

Projekat: „Zadovoljavanje pravnih interesa osoba sa mentalnim invaliditetom“

Prava osoba sa mentalnim invaliditetom

Knjiga I *Međunarodni i uporedni standardi*

Saša Gajin (ur.)



Projekat finansira Evropska unija
u okviru programa „Podrška civilnom društvu“



Projekat sprovodi CUPS



The AIRE Centre
Advice on Individual Rights in Europe

CENTAR ZA UNAPREĐIVANJE PRAVNIH STUDIJA



BIBLIOTEKA

SUOČAVANJA



Stvaranje ove publikacije pomogla je Evropska unija. Sadržaj publikacije je isključivo odgovornost Centra za unapređivanje pravnih studija i ne predstavlja nužno stavove Evropske unije.

BIBLIOTEKA
• SUOČAVANJA •

52

Urednik
PROF. DR JOVICA TRKULJA

Urednik izdanja
PROF. DR SAŠA GAJIN

Prevod
Katarina Ćirić-Duvnjak

Izdavač
Centar za unapređivanje pravnih studija
Goce Delčeva 36, 11000 Beograd
Tel: 2608 360, Fax: 2608 346, E-mail: cups@cups.rs, www.cups.rs

Za izdavača
prof. dr Vladimir V. Vodinelić

Priprema i štampa: „Dosije studio“, Beograd

Tiraž: 500 primeraka

ISBN 978-86-7546-087-9



This project is financed by the European Union
under the Support to Civil Society Project.

Finansirano od strane Evropske unije
u okviru projekta „Podrška civilnom društvu“

Naziv projekta:
„Zadovoljavanje pravnih interesa osoba sa mentalnim invaliditetom“
(“Accommodating legal needs of persons with mental disabilities”)

PRAVA OSOBA
SA MENTALNIM
INVALIDITETOM

KNJIGA I:
MEĐUNARODNI
I UPOREDNI STANDARDI

Beograd
2014

SADRŽAJ

Uvodnik	7
Uporedni pregled evropskih i svetskih standarda nege lica sa mentalnim smetnjama	9
Stavovi iz Opšteg komentara br. 1 Komiteta za prava osoba sa invaliditetom iz 2014. godine	24
Međunarodni standardi – preporuke, izjave, rezolucije ili izveštaji.	35
Evropski standardi – sporazumi.	40
Evropski standardi – preporuke, izjave, rezolucije ili izveštaji.	59
Pravni i politički okviri u odabranim evropskim zemljama.	65
Introductory note	95
Comparative Review of European and Worldwide Standards of Care for Persons with Mental Disabilities .	97
AIRE Centre selections from General Comment No. 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities.	112
International Standards – Recommendations, Statements, Resolutions Or Reports.	123

European Standards – Treaties	128
European Standards – Recommendations, Statements, Resolutions or Reports	148
The Legal and Political Frameworks in Selected European Countries	155

UVODNIK

Od AIRE Centra je u okviru projekta zatraženo da pruži uporedni pregled evropskih i svetskih standarda pravne zaštite lica sa mentalnim smetnjama. On će uključivati i usredsređivanje na pravne okvire u drugim zemljama. Od centra je takođe zatraženo da prouči najviše standarde u tim pravnim okvirima, s ciljem da se u Srbiji primeni optimalni model dobijen proučavanjem najboljih praksi koje su trenutno dostupne u sferi zaštite prava lica sa mentalnim smetnjama.

AIRE centar je centar za evropsko pravo koji već 20 godina pojedincima pruža informacije, savete i pomoć u parnicama u vezi sa pitanjima evropskog prava, uključujući ona koja se tiču Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava, Evropske socijalne povelje i Revidirane socijalne povelje, kao i Povelje Evropske unije o fundamentalnim pravima. AIRE centar takođe pruža informacije i savete o međunarodnom pravu ljudskih prava i u dosadašnjem radu je vršio obuku sudija, zvaničnika i nevladinih organizacija za ljudska prava, kako u Velikoj Britaniji, tako i u 47 država članica Saveta Evrope.

AIRE centar je dobio dozvolu od Vrhovnog suda Velike Britanije da interveniše u slučaju P. i K. „Češir Vest“, u kome je nedavno doneta presuda. Ovaj slučaj se odnosio na procenu toga da li je lice lišeno slobode u kontekstu lica sa mentalnim smetnjama koja takođe ne poseduju sposobnost da daju pristanak na smeštanje u bolnicu ili lečenje.

AIRE centar je takođe podneo dokaze Posebnom odboru Gornjeg doma britanskog parlamenta o istraživanju primene Zakona o mentalnoj sposobnosti iz 2005. godine, ko-

jim se reguliše domaći pravni okvir za ona lica sa mentalnim smetnjama koja istovremeno ne poseduju sposobnost da daju svoj pristanak. Poseban osvrt je dat o primeni međunarodnih pravnih standarda vezano za lišavanje slobode lica za koje se proceni da ne poseduju sposobnost da daju pristanak i o adekvatnim zaštitnim merama.

AIRE centar je takođe podneo komentare Komitetu za bioetiku Saveta Evrope u vezi sa izradom nacrtu Dopunskog protokola Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini o mentalnom zdravlju, a i usmenim podneskom je učestvovao u raspravi o nacrtu Dopunskog protokola.

Znanje i stručnost AIRE centra je više usmereno na primenljive međunarodne pravne standarde, nego na direktna iskustva i ekspertizu stečenu putem kontakta sa pacijentima u situacijama kada dolazi do procene mentalnog zdravlja ili pružanja nege tim licima. Komparativnu analizu evropskih i svetskih standarda poštovanja i zaštite prava osoba sa mentalnim invaliditetom pripremile su Nuala Mole, Felicity Auer and Biljana Braithwaite iz AIRE Centra.

UPOREDNI PREGLED EVROPSKIH I SVETSKIH STANDARDA NEGE LICA SA MENTALNIM SMETNJAMA

PRAVNI I POLITIČKI OKVIR NA REGIONAL- NOM I MEĐUNARODNOM NIVOU

Međunarodni standardi – sporazumi

Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom

Ova Konvencija uspostavlja zlatni standard nege osoba sa invaliditetom, uključujući lica sa mentalnim smetnjama. Ona uvodi nov način razmišljanja o invaliditetu i do sada su je prihvatile 143 države¹, uključujući i Evropsku uniju koja joj je pristupila sa izvesnim rezervama². Ona je pokretač unutrašnjih promena i suština njene poruke je da su osobe sa invaliditetom lica koja zaslužuju poštovanje i jednak tretman, a ne objekti.

Konvencija promovise socijalni model invaliditeta, koji podrazumeva da je invaliditet posledica interakcije ličnih oštećenja i društvenih, fizičkih i stanovišnih barijera.³ Poten-

- 1 Od 29. marta 2013 sa strane https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en
- 2 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en
- 3 V. neiscrpu definiciju invaliditeta u Članu 1 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom.

cijalne dobrobiti ovog modela u smislu pokretanja pozitivnih promena su široko priznate i one donose pomak ka posmatranju osoba sa invaliditetom kao aktivnih subjekata, time se udaljavajući od stava koji podrazumeva objektivizaciju.

U svetlu ove Konvencije, Komesar za ljudska prava Saveta Evrope⁴ je odao priznanje vrednosti ovakvog pristupa:

“[socijalni model invaliditeta] podrazumeva da ljudima izbor nije ograničen zbog neke njihove urođene karakteristike ili stanja, već društvenim i fizičkim okruženjem u kome žive. U povoljnom okruženju, osobi se ništa ne čini, već lica dobijaju pomoć, kao i svi drugi, da donesu nezavisne i samostalne (i u nekim slučajevima potpomognute) odluke.”⁵

Međutim, takođe je primećeno da ni socijalni model nije neosporan i bez ograničenja: ima trenutaka kada su stanje ili oštećenje koje ima osoba sa invaliditetom takvi da se njemu/njoj ne može pružiti jednakost suportivnim socijalnim merama, naročito ako se uzme u obzir da državne i privatne obaveze u tom smislu nisu neograničene.⁶ Još uvek nije u potpunosti jasno kako će se Konvencija tumačiti vezano za ova pitanja, ali ona ipak predstavlja značajan pomak. U evropskim državama su sprovedene različite studije na unutrašnjem nivou sa sadržajem ove Konvencije na umu, i najmanje [10] evropskih država je u procesu razmatranja ili pravljenja

4 Komitet ministara Saveta Evrope je takođe ukazao na pomak ka socijalnom modelu: v. Preporuku (2006) 5, odeljak 2.2.

5 Rad Komesara za ljudska prava Saveta Evrope: Pravo lica sa invaliditetom da žive nezavisno i budu uključeni u zajednicu, [CommDH/IssuePaper(2012)3]

6 Piter Bartlet, Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom i Zakon o mentalnom zdravlju (2012) 75(5) MLR 752–778, str. 759; v. takođe izveštaj Agencije Evropske unije za fundamentalna prava iz 2012: Prisilno smeštanje i prisilno lečenje lica sa problemima mentalnog zdravlja, str. 7

nacrta novih procedura za usklađivanje sa Konvencijom. Među njima su Bugarska, Hrvatska, Češka republika, Irska, Moldavija, Severna Irska, Slovačka, Španija, Ukrajina⁷ i Engleska i Vels⁸.

Član 1 (Cilj)

Cilj ove Konvencije je da se unapredi, zaštiti i obezbedi puno i ravnopravno uživanje svih ljudskih prava i fundamentalnih sloboda svim osobama sa invaliditetom, kao i da se unapredi poštovanje njihovog urođenog dostojanstva.

Osobe sa invaliditetom uključuju lica koja imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili senzorna oštećenja koja u interakciji sa različitim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu ravnopravno sa drugima.

Definicija invaliditeta je u prošlosti izazivala velike poteškoće. U gorenavedenom Članu 1 Konvencija pruža neiscrpnu definiciju kako je ne bi učinila isključivom⁹. Ona uključuje i dugoročnija pitanja mentalnog zdravlja¹⁰.

Član 3 – Opšta načela

Načela ove Konvencije su:

-
- 7 Pravna sposobnost u Evropi: Poziv na akciju vladama i Evropskoj uniji, Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama 2013 („Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi”) pod 45, 47, 49, 67, 69, 77, 79, 81
 - 8 Engleska i Vels su dobili preporuke od Posebnog odbora Gornjeg doma da sprovedu reform svog zakonodavstva o mentalnoj sposobnosti, kao i od Vrhovnog suda Velike Britanije koji se izričito oslanja na Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom u svojoj presudi u slučaju *Češir Vest* (v. u nastavku).
 - 9 Pravna zaštita osoba sa problemima mentalnog zdravlja prema zakonu protiv diskriminacije, Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011. („FRA 2011”) pod 10
 - 10 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011. pod 10

- a) Poštovanje urođenog dostojanstva, individualne samostalnosti, uključujući slobodu vlastitog izbora i nezavisnosti osoba;
- b) Nediskriminacija;
- c) Puno i efikasno učešće i uključivanje u društvo;
- d) Poštovanje razlika i prihvatanje osoba sa invaliditetima kao dela ljudske raznolikosti i čovečanstva;
[...]
- h) Poštovanje razvojnih sposobnosti dece sa invaliditetom i poštovanje prava dece sa invaliditetom na očuvanje vlastitog identiteta.

Ovim principima se uspostavljaju neke suštinske vrednosti i prava koja država mora da štiti kod osoba sa invaliditetom.

Član 12 – Ravnopravnost pred zakonom

1. Države ugovornice potvrđuju da osobe sa invaliditetom imaju pravo da svuda budu priznate pred zakonom.

2. Države ugovornice priznaju da osobe sa invaliditetom uživaju pravnu sposobnost ravnopravno sa drugima u svim sferama života.

3. Države ugovornice će preduzeti odgovarajuće mere kako bi osobama sa invaliditetom omogućile pristup pomoći koja im može biti potrebna za ostvarivanje njihove pravne sposobnosti.

4. Države ugovornice će omogućiti da sve mere koje se odnose na ostvarivanje pravne sposobnosti uključuju odgovarajuće i efikasne mehanizme zaštite radi sprečavanja zloupotrebe, u skladu sa međunarodnim pravom o ljudskim pravima. Takvi mehanizmi zaštite će omogućiti da mere koje se odnose na ostvarivanje pravne sposobnosti budu u skladu sa pravima, voljom i željama dotične osobe, da u njima ne dođe do sukoba interesa i neprimerenog uticaja, da su proporcionalne i prilagođene okolnostima dotične osobe, da se primenjuju u najkraćem

mogućem roku i da podležu redovnoj proceni kompetentnog, nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskog tela. Mehanizmi zaštite će biti srazmerni stepenu u kom te mere utiču na prava i interese osobe na koju se odnose.

5. U skladu s odredbama ovog člana, Države ugovornice će preduzeti odgovarajuće i efikasne mere kako bi osobama sa invaliditetom obezbedile jednaka prava da poseduju ili nasleđuju imovinu, da kontrolišu vlastite finansije i da imaju ravnopravan pristup bankovnim pozajmicama, hipotekama i drugim vidovima finansijskog kreditiranja; takođe će osigurati i da osobe sa invaliditetom ne budu proizvoljno lišene svoje imovine.

Prema Članu 12 Konvencije, osobama sa mentalnim smetnjama se priznaju puna i jednaka prava pred zakonom. On vodi računa o ideji da lica kojima je potrebna pomoć pri odlučivanju zbog njihovog invaliditeta treba da dobiju tu pomoć od države. Član 12 utvđuje 4 ključne stavke za države:

- „priznavanje osoba svuda pred zakonom”¹¹: ovim se podrazumeva da sve osobe imaju pravnu osobnost bez obzira na stepen njihovog invaliditeta, te da bi bez ovoga bile lišene mnogih drugih prava¹².
- „pravna sposobnost”¹³: ona se više ne može uskraćivati zbog toga što osoba ima neki vid invaliditeta¹⁴.
- „pomoć...pri ostvarivanju pravne sposobnosti”¹⁵: ovo je u skladu sa odbacivanjem koncepta nesposobnosti u Konvenciji. Ovim se naglašava potreba za pomoći koja

11 Član 12(1) Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom

12 Jednako priznavanje pred zakonom i jednaka sposobnost za postupanje: razumevanje i primena Člana 12 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom, Evropski forum o invaliditetu, 2009. („Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu”) pod 4

13 Član 12(2) Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom

14 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 4

15 Član 12(3) Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom

je proporcionalna potrebi koju ima osoba kako bi mogla da donese niz odluka zasnovanih na osnovu ličnog znanja dotične osobe i oslanjajući se na odnos poverenja između pružaoca pomoći i onoga ko tu pomoć prihvata. Nekim osobama će biti potreban veoma visok nivo pomoći. Bilo je poziva od strane država za testiranje praktičnih modela koji odgovaraju ovim zahtevima, pošto je praktično sprovođenje potpomognutog odlučivanja kod osoba sa složenim odlukama ili osoba koje imaju velika oštećenja predstavljalo izazov¹⁶.

- „mehanizmi zaštite”¹⁷: države treba da obezbede odgovarajuće i efikasne mehanizme zaštite koji se ravnopravno primenjuju na sve ljude, bilo da oni imaju invaliditet ili ne. Ovo praktično znači da treba da postoji nezavisna procena da li je potrebno potpomoći odlučivanje oslanjajući se na stručnjake, konstantno proveravajući ulogu pružaoca pomoći, kao i čestim proverama¹⁸. Od ključne je važnosti da mehanizmi zaštite i ostatak procesa pružanja pomoći budu razdvojeni¹⁹.

Evropski forum o invaliditetu ističe 8 preporuka za države ugovornice koje će im pomoći da primene ciljeve sadržane u Članu 12 Konvencije²⁰:

1. **Države treba da unaprede i podrže samoopredeljenje osoba sa invaliditetom tako što će unaprediti uspostavljanje veza među ljudima, nezavistan život i obučavanje u oblastima kao što su društvene mreže**²¹;

16 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 5

17 Član 12(4) Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom

18 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 6

19 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 6

20 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 6

21 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 6

2. **Države treba da zamene starateljstvo i njemu slične radnje potpomognutim odlučivanjem tako što će ukinuti zakone koji uskraćuju pravnu sposobnost.** One treba da omoguće da novi zakoni ne uvode potpomognuto odlučivanje pod maskom suportivnih procesa, kao i da postoje pravni mehanizmi zaštite u meri koja odgovara potrebama osobe tako da pružaju zaštitu njegovih/njenih prava²².
3. **Treba razviti sistem potpomognutog odlučivanja** koji pravno reguliše najbitnije oblasti života osobe sa invaliditetom. Taj proces treba da bude podvrgnut kontroli, takođe bi trebalo podržati uspostavljanje neformalnih mreža, trebalo bi da bude adekvatnog finansiranja, a nezavisne institucije koje se bave ljudskim pravima bi trebalo da nadgledaju tranziciju²³.
4. **Treba registrovati osobe koje pružaju pomoć, a država treba da ustanovi kriterijume za njihov odabir,** te bi kada god je moguće trebalo da budu odabrane uz saglasnost primaoca pomoći. Pružaoci pomoći treba da budu obučeni i podvrgnuti redovnim revizijama. Lokalno stanovništvo treba da bude obavješteno o procesu potpomognutog odlučivanja²⁴.
5. **Države treba da obezbede mehanizme zaštite prava osoba koje ne mogu da prevaziđu komunikacione prepreke,** ali se „nemogućnost da se uspostavi komunikacija ne sme pomešati sa nesposobnošću da se komunicira“²⁵. Merama koje bi mogle da prekrše nečiji lični integritet treba pribegavati samo uz informisani pristanak dotične

22 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 7

23 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 8

24 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 8

25 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 9

osobe, a pružaoci pomoći treba da dobiju obuku o različitim načinima komuniciranja.²⁶

6. **Sukobe između lica koje prima pomoć i onog ko je pruža treba sprečiti i rešavati** oslanjajući se na nezavisne mehanizme koji imaju za cilj da spreče zloupotrebu i koji su lako dostupni osobama koje primaju pomoć²⁷.
7. **Mehanizmi zaštite treba da budu na višem nivou kada osoba ima veće potrebe za pomoći**²⁸.
8. **Glavni mehanizmi zaštite treba da budu dostupni** tako da osobe sa invaliditetom ne budu toliko podložne zloupotrebi u ovoj oblasti²⁹.

Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama je dao slične preporuke po ovom pitanju:

- „priznavanje prava na pravnu sposobnost;
- Poštovanje volje i želja pojedinca;
- Pružanje prilike da se ospore ili menjaju aranžmani pružanja pomoći;
- Priznavanje da se potpomognuto odlučivanje zasniva na odnosu poverenja;
- Dodeljivanje jasnih uloga pružaocu pomoći kako bi pružio/la osobi sa invaliditetom informacije koje će mu/joj pomoći da napravi izbor, kao i da mu/joj pomogne da taj izbor prenese trećim licima (npr. bankama, doktorima, poslodavcima, itd.);
- Pružanje pomoći osobama koje komuniciraju na nekonvencionalan način;
- Sprečavanje i iskorenjivanje iskorišćavanja, nasilja i zloupotrebe, kao što je navedeno u Članu 16 Konvencije;

26 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 10

27 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 10

28 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 10

29 Izveštaj Evropskog foruma o invaliditetu pod 11

- Pažljivo konstruisanje i nadgledanje ovih odredbi i mehanizama zaštite kako bi se sprečilo da previše regulišu živote pojedinaca koji ih koriste i da postanu invazivne i tegobne; i
- Omogućavanje da treća lica pravno priznaju ulogu pružaoca pomoći, kao i potpomognute odluke.”³⁰

Član 14 – Lična sloboda i bezbednost

1. Države ugovornice će omogućiti osobama sa invaliditetom da ravnopravno sa drugima:

- a. Uživaju pravo na ličnu slobodu i bezbednost;
- b. Ne budu nezakonito ili proizvoljno lišene svoje slobode, da svako lišavanje slobode bude u skladu sa zakonom, te da postojanje invaliditeta ni u kom slučaju neće poslužiti kao opravdanje za lišavanje slobode.

2. Ukoliko osobe sa invaliditetom budu lišene slobode tokom nekog procesa, Države ugovornice će im, na ravnopravnoj osnovi sa drugima, obezbediti pravo na garancije u skladu sa međunarodnim pravom ljudskih prava, te da će se sa njima postupati u skladu sa ciljevima i načelima ove Konvencije, što uključuje i obezbeđivanje adekvatnog smeštaja.

Član 14 Konvencije se odnosi na ličnu slobodu i bezbednost. On se bavi važnim pitanjima prava na slobodu osoba sa invaliditetom, uključujući potencijalne konflikte sa drugim međunarodnim standardima i domaćim zakonima. On je naročito bitan zbog pitanja prisilnog smeštanja osoba u slučajevima kada su negde smeštene protiv svoje volje.

U Članu 14 se javljaju najmanje tri ključne tačke koje mogu doprineti razumevanju značenja „lišavanja slobode“ u kontekstu invaliditeta:

30 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi pod 27

- Osobe sa invaliditetom treba da uživaju pravo na slobodu ravnopravno sa drugima.
- Postojanje invaliditeta ni u kom slučaju ne treba da opravdava lišavanje slobode.
- Bilo kakvo lišavanje slobode treba pratiti adekvatnim mehanizmima zaštite.

Čini se da je Član 14 u potencijalnom sukobu sa opravdanjem zadržavanja osoba na osnovu duševnog oboljenja koje se javlja u Članu 5(1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (v. u nastavku).³¹ Visoki komesar Ujedinjenih nacija za ljudska prava je ocenio ovu odredbu kao radikalno odstupanje od pristupa Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava.³² Može biti zgodno da se „lišavanje slobode“ tumači u užem smislu kako bi se umanjio raspon tog sukoba. Međutim, Član 14 ne zahteva da se osobe sa mentalnim smetnjama nikako ne smeju zadržati. Smernice za izveštavanje o Članu 14 za Države ugovornice Konvencije kažu:

„Ovim članom se omogućava osobama sa invaliditetom da uživaju pravo na ličnu slobodu i bezbednost i da ne budu nezakonito ili proizvoljno lišene slobode na osnovu postojanja invaliditeta.“³³

Ovo se može smatrati pokazateljem da lišavanje slobode na osnovu invaliditeta koje nije nezakonito ili proizvoljno ipak može biti opravdano.

-
- 31 Za diskusiju o ovom potencijalnom sukobu i njegovim posledicama u međunarodnom pravu, v. Filip Fenel i Urfan Kalik, Sukobljene ili komplementarne obaveze? Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i englesko pravo, E.H.R.L.R. 2011, 6, 662–674
 - 32 Godišnji izveštaj Visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava, A/HRC//10/48 (od 26. januara 2009), stav 48
 - 33 Link za Smernice za izveštavanje je sledeći: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/CRPD-C-2-3.pdf>

Međutim, i dalje ostaje potencijalni sukob sa standardima Velike Britanije i drugim međunarodnim standardima po pitanju uslova da postojanje invaliditeta ni u kom slučaju ne treba da opravdava lišavanje slobode. Tumačenje ove odredbe od strane Komiteta za prava osoba sa invaliditetom će biti od velikog značaja za utvrđivanje toga da li konflikt zaista postoji. Do danas, sve ukazuje na to da ga ima. Na primer, Komitet je u Zaključnim opažanjima o Španiji preporučio da Španija „ukine odredbe koje dopuštaju prisilno zadržavanje usled očiglednog ili dijagnostikovanog invaliditeta“³⁴. Dalje, u svojim Zaključnim opažanjima o Tunisu, Komitet je iskazao zabrinutost „što posedovanje invaliditeta, uključujući intelektualni i psihosocijalni invaliditet, može biti osnov za lišavanje slobode prema sadašnjem zakonu” pre nego što je preporučio ukidanje tog zakona.³⁵ Slično tome, u Zaključnim opažanjima o Peru³⁶ i Kini³⁷, zabrinutost je iskazana po pitanju dopuštanja lišavanja slobode na osnovu invaliditeta.

Visoki komesar Ujedinjenih nacija za ljudska prava je istakao da su tokom izrade nacrtu Konvencije dati predlozi da se zabrani lišavanje slobode *samo* na osnovu invaliditeta. Ti predlozi su odbačeni. Visoki komesar zaključuje da to znači da lišavanje slobode ne može biti opravdano ako se bazira na kombinaciji razloga, od kojih je jedan mentalni ili intelektualni invaliditet.³⁸ Visoki komesar zaključuje:

34 Zaključna opažanja Komiteta za prava osoba sa invaliditetom o Španiji (CRPD/C/ESP/CO/1 (od 19. oktobra 2011.)), stav 36

35 Zaključna opažanja Komiteta za prava osoba sa invaliditetom o Tunisu (CRPD/C/TUN/CO/1 (od 13. maja 2011.)), stav 24–25

36 Zaključna opažanja Komiteta za prava osoba sa invaliditetom o Peru (CRPD/C/PER/CO/1 (od 16–20. aprila 2012.)), stav 28–29

37 Zaključna opažanja Komiteta za prava osoba sa invaliditetom o Kini (CRPD/C/CHN/CO/1 (od 17–28. septembra 2012.)), stav 23–24

38 Godišnji izveštaj Visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava, A/HRC//10/48 (od 26. januara 2009.), stav 48

„To ne treba tumačiti tako da osobe sa invaliditetom ne mogu na zakonit način biti podvrgnute zadržavanju radi nege i lečenja, ili preventivnom zadržavanju, već tako da pravni osnov na kome se zasniva odluka o ograničavanju slobode mora biti nevezan za invaliditet i neutralno definisan tako da ravnopravno važi za sve ljude.”³⁹

Član 15 – Odsustvo mučenja ili okrutnog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja

1. Niko neće biti izložen mučenju ili okrutnom, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Posebno niko neće biti podvrgnut medicinskim ili naučnim eksperimentima bez svog slobodnog pristanka.

2. Države ugovornice će preduzeti sve efikasne zakonske, administrativne, pravosudne i druge mere kako bi sprečile da osobe sa invaliditetom, na ravnopravnoj osnovi sa drugima, budu podvrgnute mučenju ili okrutnom, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.

Ovaj član direktno uključuje formulacije Člana 7 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i treba ga razmatrati uporedo sa Članovima 17 i 25 Konvencije⁴⁰.

Član 17 – Zaštita ličnog integriteta

Svaka osoba sa invaliditetom ima pravo na poštovanje svog fizičkog i mentalnog integriteta ravnopravno s drugima.

Ovim se naročito cilja na rešavanje pitanja prisilnog lečenja i Komitet Konvencije zahteva od država da mu podnose izve-

39 Godišnji izveštaj Visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava, A/HRC//10/48 (od 26. januara 2009.), stav 49

40 Prisilno smeštanje i lečenje osoba sa problemima mentalnog zdravlja, Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 („FRA 2012”), pod 22

štaje o merama koje su usvojile kako bi osigurale da se lečenje pruža uz slobodan i informisan pristanak osobe koja se leči.⁴¹

Član 25 – Zdravlje

Države ugovornice priznaju da osobe sa invaliditetom imaju pravo da ostvare najviši mogući zdravstveni standard bez diskriminacije na osnovu invaliditeta. Države ugovornice će preduzeti sve odgovarajuće mere kako bi osobama sa invaliditetom omogućile pristup zdravstvenim uslugama vodeći računa o polu, uključujući i zdravstvenu rehabilitaciju. Države ugovornice će naročito:

- a. Obezbediti osobama sa invaliditetom jednak raspon, kvalitet i standard besplatne ili pristupačne zdravstvene zaštite i programa koji se pružaju drugim licima, uključujući i oblast polnog i reproduktivnog zdravlja i javnih zdravstvenih programa namenjenih široj populaciji;
- b. Pružati konkretne zdravstvene usluge koje su potrebne osobama sa invaliditetom zbog njihovog invaliditeta, uključujući rano otkrivanje i intervenciju po potrebi, kao i usluge namenjene svođenju na najmanju meru i sprečavanju daljeg invaliditeta, uključujući i među decom i starijim osobama;
- c. Pružati ove zdravstvene usluge što je bliže moguće zajednicama gde ljudi žive, uključujući i ruralne oblasti;
- d. Tražiti od zdravstvenih radnika da osobama sa invaliditetom pruže negu istovetnog kvaliteta kao i drugima, uključujući negu zasnovanu na slobodnom i informisanom pristanku, tako što će, između ostalog, podići nivo svesti o ljudskim pravima, dostojanstvu, samostalnosti i potrebama osoba sa invaliditetom putem obuka i objavljivanjem etičkih standarda za javnu i privatnu zdravstvenu zaštitu;

41 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012, pod 22

- e. Zabraniti diskriminaciju osoba sa invaliditetom pri pružanju zdravstvenog osiguranja i životnog osiguranja, kada je takvo osiguranje dozvoljeno nacionalnim zakonom, te će stoga biti pruženo na pravičan i razuman način;
- f. Sprečiti diskriminatorско uskraćivanje zdravstvene zaštite ili zdravstvenih usluga, ili hrane i tečnosti na osnovu invaliditeta.

Član 25 spaja koncepte slobodnog i informisanog pristanka i samostalnosti, ljudskog prava i dostojanstva osoba sa invaliditetom. Agencija Evropske unije za fundamentalna prava je izjavila da će sve dok komitet Konvencije ne odluči šta tumačenje Članova 15, 17 i 25 zajedno uzev znači, ove odredbe će biti teško primeniti u praksi⁴².

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Član 9 (sloboda i bezbednost)

1. Svaki pojedinac ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Niko neće biti podvrgnut proizvoljnom hapšenju ili zadržavanju. Niko neće biti lišen slobode osim na osnovu i u skladu s procedurama ustanovljenim zakonom.
2. Svako uhapšeno lice će u vreme hapšenja biti obavješteno o razlozima hapšenja i u najkraćem roku obavješteno o optužbama protiv njega/nje.
3. Svako lice koje je uhapšeno ili zadržano na osnovu optužbi za krivično delo biće u najkraćem roku dovedeno pred sudiju ili drugo lice zakonom ovlašćeno da vrši sudske funkcije, i imaće pravo na suđenje u razumnom roku ili će u suprotnom biti pušten/a na slobodu. Neće biti pravilo da lica koja čekaju suđenje budu zadržana

42 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012, pod 23

u pritvoru, ali njihovo oslobađanje može biti uslovljeno garancijom da će se pojaviti na suđenju, u bilo kom drugom stadijumu sudskog procesa, kao i zarad izvršenja presude, ako do toga dođe.

4. Svako lice lišeno slobode hapšenjem ili zadržavanjem imaće pravo da pokrene proces pred sudom kako bi taj sud bez odlaganja prosudio o zakonitosti njegovog/njenog zadržavanja i naložio njegovo/njeno oslobađanje ukoliko to zadržavanje nije zakonito.
5. Svako lice koje je bilo žrtva nezakonitog hapšenja ili zadržavanja imaće izvršno pravo na nadoknadu.

Ovo je prvi pravno obavezujući dokument koji garantuje pravo na slobodu i za koji se smatra da se odnosi na osobe sa problemima mentalnog zdravlja⁴³. On postavlja osnovne standarde, uključujući mehanizme zaštite⁴⁴ i pravo na efikasni pravni lek⁴⁵.

Član 16

(pravo na priznavanje pred zakonom)

Svako ima pravo da svuda bude priznat pred zakonom.

Ovo je izvor prava na ravnopravno priznavanje pred zakonom koje je takođe sadržano u Članu 12 Konvencije. Više organa Ujedinjenih nacija je naglasilo važnost veze između pravne sposobnosti i sposobnosti lica da istaknu svoja druga fundamentalna prava, naročito kao vid isticanja svojih prava kako bi se zaštitili od mučenja ili lišavanja slobode⁴⁶.

43 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012, pod 14

44 Član 9(4) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

45 Član 2(3) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

46 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013, pod 14

Stavovi iz Opšteg komentara br. 1 Komiteta za prava osoba sa invaliditetom iz 2014. godine

Šta su Opšti komentari?

Opšte komentare pripremaju svi komiteti koji nadziru poštovanje međunarodnih ugovora od strane država. Obično je za svaki međunarodni ugovor formiran po jedan komitet. U konkretnim paktovima ili konvencijama postoje međunarodne obaveze koje su obavezujuće po države koje su ratifikovale te instrumente. U ovom slučaju se radi o instrumentu ljudskih prava Ujedinjenih nacija, Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom (UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, u daljem tekstu Konvencija). Komiteti koji prate poštovanje konvencija od strane Država ugovornica razmatraju informacije koje su od njih dobili (kao i takozvane „izveštaje iz senke“ nevladinih organizacija) i određena pitanja na koja se u tim izveštajima ukazuje. Ponekad se komiteti u svojim opštim komentarima pozivaju na određeni član konvencije – kao što je ovde slučaj –a ponekad na konkretan aspekt njegove primene. Njihov je cilj da državama pomognu da razumeju **sadržaj** pojedinih aspekata konvencije o kojoj je reč.

Koji je značaj ovog Opšteg komentara?

Ovaj Opšti komentar se odnosi na član 12 Konvencije (Jednakost pred zakonom, vidi prilog). Tim se članom jemči jednaka zaštita osoba sa invaliditetom pred zakonom. Taj član (kao i Opšti komentar) je opšteg karaktera i odnosi se

na osobe koje imaju bilo kakav invaliditet, bio on fizički, psihički ili psihosocijalni. Mnogi komentari i preporuke u komentaru se bave pravima osoba sa fizičkim invaliditetom. Ali neki su od naročitog značaja za osobe sa psihičkim ili psihosocijalnim invaliditetom.

Čime se Opšti komentar bavi?

Bavi se „*opštim nerazumevanjem da model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima podrazumeva napuštanje paradigme odlučivanja umesto osobe sa invaliditetom (zamenskog odlučivanja) i prelaz na paradigmu podrške odlučivanju (potpomognuto odlučivanje)*“. To znači da osobama sa invaliditetom treba pružati podršku da same donose odluke, a ne da država ili drugi ljudi donose odluke u njihovo ime. Ističe se sloboda osoba sa invaliditetom da donose odluke, uključujući i važnu slobodu da donose „loše“ odluke.

Komentar se takođe bavi značajem podrške koju treba dati napuštanju paradigme procene „najboljeg interesa“ i prelasku na paradigmu zasnovanu na „najboljem tumačenju volje i sklonosti“.

Osobe sa invaliditetom su tokom istorije u mnogim oblastima lišavane prava na poslovnu sposobnost na diskriminatoran način, u skladu sa režimima u kojima su odluke donošene umesto njih, kao što su režimi starateljstva, i zakonima o mentalnom zdravlju koji omogućavaju prinudno lečenje. Ove se prakse moraju ukinuti kako bi se obezbedilo da osobe sa invaliditetom imaju punu poslovnu sposobnost, na jednakoj osnovi sa drugima.

Lišenje poslovne sposobnosti i zamensko odlučivanje može da zadesi sve osobe sa invaliditetom. Međutim, **osobe sa kognitivnim ili psihosocijalnim invaliditetom** su i dalje nesrazmerno pogođene režimima zamenskog odlučivanja i lišenjem poslovne sposobnosti. Komitet ponovo potvrđuje da

status neke osobe kao osobe sa invaliditetom ili osobe koja ima neko oštećenje (uključujući fizičku ili senzornu smetnju) nikad ne sme predstavljati osnov za njeno lišenje poslovne sposobnosti ili ijednog prava zajemčenog članom 12.

Poslovna sposobnost i mentalna sposobnost predstavljaju dva različita pojma

Poslovna sposobnost predstavlja mogućnost osobe da bude nosilac prava i obaveza (pravni subjektivitet) i da ostvaruje ta prava i obaveze (da ima pravnu sposobnost delovanja). Ona je od ključnog značaja za mogućnost suštinskog učešća u društvu.

Mentalna sposobnost se odnosi na veštine neke osobe potrebne u procesu odlučivanja, koje su po prirodi različite kod različitih ljudi i zavise od brojnih faktora, uključujući okruženje u kojem se nalaze i socijalne faktore.

Poslovna sposobnost sadrži dva elementa. Prvi se odnosi na mogućnost osobe da bude nosilac prava, na priznanje njenog pravnog subjektiviteta pred zakonom. Drugi se odnosi na njenu pravnu sposobnost delovanja, na njenu mogućnost da ostvaruje ta prava i da zakon prepoznaje te radnje.

Osobe sa invaliditetom su često lišene upravo ove komponente bilo u potpunosti ili delimično. Poslovna sposobnost znači da svi ljudi, uključujući i osobe sa invaliditetom, imaju pravni subjektivitet i pravnu sposobnost delovanja samo zato što su ljudska bića. Stoga oba ova elementa poslovne sposobnosti moraju biti priznata da bi pravo osobe sa invaliditetom postojalo; ona se ne mogu razdvajati.

Mentalna sposobnost: Pojam mentalne sposobnosti je sam po sebi veoma kontroverzan. Ona nije, kako se obično smatra, objektivan, naučni fenomen koji se prirodno događa. Poslovna sposobnost zavisi od društvenog i političkog konteksta, jer u proceni mentalne sposobnosti dominantnu ulogu igraju discipline, profesije i prakse.

Isprepletenost poslovne i mentalne sposobnosti: U većini izveštaja Država ugovornica koje je Komitet do sada razmatrao su pojmovi mentalne i poslovne sposobnosti isprepleteni, te se često osobe, za koje se smatra da imaju otežane veštine odlučivanja usled kognitivnog ili psihosocijalnog invaliditeta stoga lišavaju poslovne sposobnosti da donose određene odluke. Te se odluke donose jednostavno:

na osnovu dijagnoze oštećenja (**pristup zasnovan na statusu**), ili

kada osoba donosi odluku za koju se smatra da će imati negativne posledice (**pristup zasnovan na ishodu**), ili

kada se smatra da su veštine odlučivanja neke osobe manjkave (**funkcionalni pristup**).

Funkcionalni pristup ima za cilj da proceni mentalnu sposobnost neke osobe i da je u skladu s tom procenom liši poslovne sposobnosti. (Često je zasnovan na proceni sposobnosti neke osobe da razume prirodu i posledice neke odluke i njene sposobnosti da iskoristi ili odmeri relevantne informacije). Ovaj funkcionalni pristup je manjkav iz dva ključna razloga. Prvo, on se diskriminatorno primenjuje na osobe sa invaliditetom. Drugo, on polazi od pretpostavke da je u stanju da precizno oceni rad ljudskog uma i zatim da osobu liši suštinskog ljudskog prava – prava na jednakost pred zakonom – ako ona ne prođe procenu. U svim ovim pristupima se invaliditet neke osobe i/ili njene veštine odlučivanja smatraju legitimnim osnovama za njeno lišenje poslovne sposobnosti i umanjivanje njenog statusa osobe pred zakonom.

Član 12 ne dozvoljava takvo **diskriminatorno uskraćivanje** poslovne sposobnosti, već iziskuje pružanje podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti.

Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti mora da podrazumeva poštovanje prava, volje i sklonosti osoba sa invaliditetom i nikada ne sme dovesti do zamenskog odlučivanja.

Planiranje unapred Česti su slučajevi – na primer u ranoj fazi pojave senilne demencije – da su osobe u stanju da izraze svoju volju i sklonosti koje zatim treba slediti kad one više ne budu u stanju jasno da ih izražavaju. Ta uputstva se često nazivaju „unapred datim uputstvima“.

Mogućnost planiranja unapred predstavlja značajan oblik podrške. Ljudi mogu da izraze svoju volju i sklonosti koje treba slediti kada više ne budu bili u stanju da drugima predočavaju svoje želje. **Sve osobe sa invaliditetom treba da imaju pravo da planiraju unapred i treba da imaju mogućnost da to čine na jednakj osnovi sa drugima.** Države ugovornice mogu da obezbede više raznih oblika mehanizama za planiranje unapred kako bi izašle u susret raznim sklonostima, ali sve te opcije moraju biti nediskriminatorne.

Sama osoba treba u tekstu unapred datih uputstava da odredi trenutak kada ona stupaju na snagu (i prestaju da važe) a taj trenutak ne treba da bude zasnovan na proceni da ta osoba nema mentalnu sposobnost.

Razlika između utvrđivanja „najboljeg tumačenja volje i sklonosti“ i „najboljeg interesa“ – ovaj deo komentara vlasti odvaja od pristupa zasnovanog na tome šta vlasti smatraju „najboljim interesom“ neke osobe i upućuje ih na pristup zasnovan na nastojanju tumačenja „volje i sklonosti“ te osobe.

„Najbolje tumačenje volje i sklonosti“ mora zameniti utvrđivanje „najboljeg interesa“ ako uprkos značajnim naporima nije moguće utvrditi volju i sklonosti neke osobe. Time se, shodno članu 12, stav 4 poštuju prava, volja i sklonosti te osobe.

Načelo „najboljeg interesa“ ne predstavlja garantiju koja je u skladu sa članom 12 u pogledu punoletnih osoba. Paradigma „volje i sklonosti“ mora zameniti paradigmu „najboljeg interesa“ kako bi se obezbedilo da osobe sa invaliditetom

užívaju pravo na poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi sa drugima.

Potpomognuto odlučivanje

Osobama sa invaliditetom se na osnovu medicinskog modela invaliditeta tradicionalno uskraćuje pristup finansijskim sredstvima i imovini. Ovaj pristup uskraćivanja osobama sa invaliditetom poslovne sposobnosti da upravljaju finansijama mora biti zamenjen podrškom u ostvarivanju poslovne sposobnosti, shodno članu 12, stav 3.

Države ugovornice o kojima je reč moraju da „razmotre zakone koji omogućavaju starateljstvo i preuzmu korake kako bi razvile zakone i politike kojima će **režime zamenskog odlučivanja zameniti potpomognutim odlučivanjem**, koje poštuju samostalnost, volju i sklonosti osobe“.

Režimi zamenskog odlučivanja (koji, po Opštem komentaru, moraju biti zamenjeni) se pojavljuju u mnogim različitim oblicima, uključujući potpuno starateljstvo, sudske zabrane i delimično starateljstvo. Oni se odlikuju određenim zajedničkim osobinama i **mogu se definisati kao sistemi shodno kojima**

(i) se osobi oduzima poslovna sposobnost, makar i u pogledu jedne jedine odluke,

(ii) neko drugi može da imenuje osobu koja će umesto nje odlučivati, uključujući i suprotno njenoj volji, ili

(iii) svaka odluka koju donosi osoba koja umesto nje odlučuje je zasnovana na onome što se smatra objektivnim „najboljim interesom“ osobe o kojoj je reč a ne na njenoj sopstvenoj volji i sklonostima.

Režimi potpomognutog odlučivanja (koji, po Opštem komentaru, treba da zamene zamensko odlučivanje) se takođe pojavljuju u mnogim različitim oblicima, ali svi oni treba

da sadrže određene ključne odredbe kako bi se obezbedilo poštovanje člana 12 Konvencije, uključujući:

(i) Potpomognuto odlučivanje mora svima da budu dostupno. Nivo potreba neke osobe za podrškom (naročito kada je visok) ne treba da predstavlja prepreku dobijanju podrške u odlučivanju;

(ii) Svi oblici podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti (uključujući i intenzivnije oblike podrške) moraju biti zasnovani na volji i sklonostima te osobe, ne na onome što se smatra da je objektivno u njenom najboljem interesu;

(iii) Način na koji osoba komunicira ne sme predstavljati prepreku dobijanju podrške u odlučivanju, čak i kad taj način komunikacije nije uobičajen ili kada ga samo nekoliko ljudi razume;

(iv) Pravno priznanje jedne ili više osoba koje je osoba sa invaliditetom formalno odabrala da joj pružaju podršku mora biti moguće i dostupno a Država ima obavezu da omogući uspostavljanje te podrške, naročito za ljude koji su izolovani i nemaju pristup vrstama podrške koje prirodno postoje u zajednici. To mora da obuhvata mehanizam kojim treće strane potvrđuju identitet osobe koja pruža podršku kao i mehanizam kojim treće strane mogu da osporavaju njeno postupanje ako smatraju da ono nije u skladu sa voljom i sklonostima osobe o kojoj je reč;

(v) Kako bi zadovoljile zahtev iz člana 12, stav 3 Konvencije, po kojem Države ugovornice moraju da preduzimaju mere kako bi „obezbedile dostupnost“ potrebne podrške, Države ugovornice moraju da obezbede da je ta podrška osobama sa invaliditetom dostupna po simboličnoj ceni ili besplatno i da nedostatak finansijskih sredstava ne predstavlja prepreku pristupu podršci u ostvarenju poslovne sposobnosti;

(vi) Podrška u odlučivanju se ne sme koristiti kao opravdanje za ograničavanje drugih osnovnih prava osoba sa invaliditetom, što se naročito odnosi na njihovo biračko pravo, pravo na sklapanje braka (ili stupanja u civilno partnerstvo) i osnivanje porodice, reproduktivna prava, roditeljska prava, pravo na davanje pristanka na intimne odnose i lečenje i pravo na slobodu;

(vii) Osoba mora imati pravo da odbije podršku i da u svako doba okonča ili izmeni odnos sa osobom koja joj pruža podršku;

(viii) Moraju se uvesti garantije u pogledu svih postupaka vezanih za poslovnu sposobnost i podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Cilj tih garantija je da obezbede poštovanje volje i sklonosti osobe;

(ix) Pružanje podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti ne treba da zavisi od procena mentalne sposobnosti; novi, nediskriminatorni pokazatelji potreba za podrškom su potrebni u pružanju podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti.

Obuka

Policija, socijalni radnici i ostali zaposleni u službama koje pružaju hitnu pomoć moraju biti obučeni kako bi osobe sa invaliditetom prepoznali kao potpuno ravnopravne osobe pred zakonom i da pridaju isti značaj njihovim primedbama i izjavama koje bi pridali i osobama bez invaliditeta. To podrazumeva obuku i podizanje svesti pripadnika ovih važnih profesija.

Sloboda i bezbednost

Uskraćivanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom i njihovo zadržavanje u ustanovama suprotno njihovoj volji, bilo bez njihove saglasnosti ili uz saglasnost osobe koja

donosi odluke umesto njih predstavlja postojan problem. Ova praksa predstavlja proizvoljno lišenje slobode i suprotna je članovima 12 i 14 Konvencije. Države ugovornice moraju da se suzdržavaju od takvih praksi i uspostave mehanizam za razmatranje predmeta u kojima su osobe sa invaliditetom smeštene u ustanovu bez svoje izričite saglasnosti.

Prinudno lečenje od strane psihijatarata i ostalih zdravstvenih radnika predstavlja kršenje prava na jednakost pred zakonom, kao i zadiranje u prava na lični integritet (čl. 17), slobodu od mučenja (čl. 15) i slobodu od nasilja, izrabljivanja i zlostavljanja (čl. 16). Ovom se praksom osoba lišava poslovne sposobnosti da bira lečenje te je suprotna članu 12 Konvencije. Države ugovornice, pak, moraju da poštuju poslovnu sposobnost osoba sa invaliditetom da donose odluke u svako doba, uključujući i u kriznim situacijama, da obezbede pružanje tačnih i pristupačnih informacija o mogućnostima usluga na raspolaganju i dostupnost nemedicinskim pristupima, kao i pristup nezavisnoj podršci. Države ugovornice su obavezne da obezbede pristup podršci za odluke vezane za psihijatrijsko i druge vrste lečenja.

Prinudno lečenje naročito predstavlja problem za osobe sa psihosocijalnim, intelektualnim u drugim vrstama kognitivnog invaliditeta. Države ugovornice moraju da ukinu politike i zakonske odredbe koje omogućavaju ili dovode do prinudnog lečenja, jer to dovodi do stalnoj povreda prava na koju nailazimo u zakonima o mentalnom zdravlju u celom svetu uprkos empirijskim dokazima koji ukazuju na nedelotvornost prinudnog lečenja i stavovima ljudi koji su koristili sisteme mentalnog zdravlja i iskusili duboku patnju i traume usled prinudnog lečenja. Komitet preporučuje da Države ugovornice obezbede da se odluke vezane za fizički ili psihički integritet neke osobe mogu donositi samo uz njenu slobodno izraženu informisanu saglasnost.

Segregacija:

*Ovaj se odeljak bavi postojanim problemom smeštanja ljudi u ustanove, pri čemu se naglašava pravo na podršku u ostvarivanju poslovne sposobnosti. Međutim, osim naglaska na ulogu „zajednice“, on se ne bavi time **kako** bi države trebalo da ispunjavaju svoje obaveze iz člana 19 i omogućuju nezavisan život osobama koje ne mogu sebe da izdržavaju*

Segregacija osoba sa invaliditetom u ustanove i dalje predstavlja rasprostanjen i podmukli problem kojim se krši veći broj prava zajemčenih Konvencijom. Taj problem pogoršava rasprostranjeno uskraćivanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom, što drugima omogućava da pristanu na njihovu institucionalizaciju. Direktorima tih ustanova je obično takođe poverena poslovna sposobnost osoba koje su u njima smeštene. Time sva moć i kontrola nad osobom prelaze u ruke ustanove.

Poštovanje Konvencije i ljudskih prava osoba sa invaliditetom iziskuje deinstitucionalizaciju i vraćanje poslovne sposobnosti svim osobama sa invaliditetom, koje moraju biti u mogućnosti da biraju gde će i sa kim živeti (član 19). Izbor mesta gde će neka osoba živeti i sa kim će živeti ne bi trebalo da utiče na njeno pravo na podršku u ostvarivanju svoje poslovne sposobnosti.

Sprovođenje na nacionalnom nivou kako bi se obezbedilo potpuno sprovođenje člana 12 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom

Države ugovornice treba da:

(a) Priznaju osobe sa invaliditetom kao osobe pred zakonom, koje imaju pravni subjektivitet i poslovnu sposobnost u svim aspektima života, na jednakoj osnovi sa drugima. To iziskuje ukidanje režima zamenskog odlučivanja i mehanizama kojima se uskraćuje poslovna sposobnost i koji su diskri-

minatorni u odnosu na osobe sa invaliditetom po svojoj svrsi i posledicama. Preporučuje se da Države ugovornice donesu zakonske odredbe kojima se štiti pravo svih na poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi;

(b) Uspostave, priznaju i osobama sa invaliditetom obezbede pristup širokom dijapazonu vrsta podrške u ostvarivanju svoje poslovne sposobnosti. Garantije tih vrsta podrške moraju biti zasnovane na poštovanju prava, volje i sklonosti osoba sa invaliditetom. Te vrste podrške moraju da zadovoljavaju navedene kriterijume o obavezama Država ugovornica da se pridržavaju člana 12, stav 3 Konvencije;

(c) sprovode stalne konsultacije i aktivno uključuju osobe sa invaliditetom, uključujući i decu sa invaliditetom, kroz reprezentativna udruženja, u razvoj i sprovođenje zakonodavstva, politika i ostalih postupaka odlučivanja radi ostvarivanja člana 12.

Države ugovornice se ohrabruju da:

preduzimaju ili opredeljuju sredstva za istraživanja i razvoj najboljih praksi koje poštuju pravo na ravnopravno priznanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom i podrške ostvarivanju poslovne sposobnosti;

razvijaju delotvorne mehanizme za borbu protiv formalnog i neformalnog zamenskog odlučivanja;

obezbede da osobe sa invaliditetom imaju mogućnost da donose suštinske odluke o svojim životima i razvijaju svoju ličnost radi podrške ostvarivanju svoje poslovne sposobnosti.

MEĐUNARODNI STANDARDI – PREPORUKE, IZJAVE, REZOLUCIJE ILI IZVEŠTAJI

Ove preporuke ili izveštaji nisu obavezujući. Međutim, oni pružaju koristan uvid u prihvaćene međunarodne standarde i norme vezane za negu lica sa mentalnim invaliditetom, naročito u odnosu na izbegavanje mučenja ili lošeg postupanja, pravne sposobnosti, prisilnog smeštanja i lečenja, i lišavanja slobode.

Izveštaj Specijalnog izvestioca UN za pitanja mučenja, Manfreda Novaka (A/63/175) od 28. Julu 2008. godine.

62. Upotreba psihijatrije kao sredstva za mučenje ili loše postupanje u svrhe političke represije, u kontekstu borbe protiv terorizma i, u manjoj meri, za lečenje namenjeno suzbijanju, kontroli i menjanju seksualnog opredeljenja pojedinaca je u velikoj meri dokumentovana. Međutim, Specijalni izvestilac ukazuje na to da zloupotreba psihijatrije i njeno nametanje osobama sa invaliditetom, a naročito osobama sa mentalnim i intelektualnim invaliditetom, zavređuje veću pažnju.

63. U okviru institucija, kao i u kontekstu prisilnog lečenja vanbolničkih pacijenata, psihijatrijska medikacija, uključujući neuroleptike i druge vrste psihoaktivnih lekova, može biti primenjena na osobama sa mentalnim smetnjama bez njihovog slobodnog i informisanog pristanka ili protiv njihove volje, pod prisilom, ili kao vid kazne. Primena lekova pri zadržavanju ili u psihijatrijskim institucijama, uključujući neuroleptike koji izazivaju drhtanje, trešenje i kontrakcije, čineći subjekta apatičnim i otupljujući njegovu/njenu inteligenciju, priznata je kao oblik

mučenja. U slučaju *Viana Akosta protiv Urugvaja*, Komitet za ljudska prava je zaključio da lečenje tužitelja, koje je obuhvatalo psihijatrijske eksperimente i prisilno davanje injekcija sedativa protiv njegove volje, predstavlja nečovečno postupanje. Specijalni izvestilac tvrdi da davanje psihijatrijskih lekova, naročito neuroleptika, bez pristanka i prisilno zarad lečenja mentalnog stanja treba da bude pažljivo razmotreno. U zavisnosti od okolnosti slučaja, naneta patnja i uticaj na zdravlje pojedinca mogu predstavljati vid mučenja ili lošeg postupanja.

Izveštaj Specijalnog izvestioca UN za pitanja mučenja i druge okrutne, nečovečne i ponižavajuće postupke ili kažnjavanje, Huana E. Mendeza (A/HRC/22/53 (od 1. feb. 2013.))

89. Specijalni izvestilac poziva sve Države da:

[...]

(b) Uvedu apsolutnu zabranu svih medicinskih intervencija sprovedenih prisilno ili bez pristanka nad osobama sa invaliditetom, uključujući nekonsenzualnu primenu psihohirurgije, elektroškova ili psihoaktivnih lekova kao što su neuroleptici, upotrebu metoda obuzdavanja i zatvaranja u samicu, bilo na duži ili kraći vremenski period. Obaveza da se okonča sa prisilnim psihijatrijskim intervencijama zasnovanih samo na invaliditetu mora se odmah sprovesti u delo, te manjak finansijskih sredstava ne može opravdati odlaganje njene primene.

(c) Zamene prinudno lečenje i zatvaranje uslugama u zajednici. Takve usluge moraju biti u skladu sa potrebama osoba sa invaliditetom i poštovati samostalnost, izbore, dostojanstvo i privatnost dotične osobe, stavljajući akcenat na alternative medicinskom modelu mentalnog zdravlja, uključujući pomoć okoline, podizanje svesti i obučavanje osoblja koji radi u oblasti zaštite mentalnog zdravlja, sprovođenja zakona i dr.

[...] ⁴⁷

47 Izveštaj Specijalnog izvestioca UN za pitanja mučenja i druge okrutne, nečovečne ili ponižavajuće postupke ili kažnjavanje, Huana.

**Komitet UN za prava osoba sa invaliditetom – Nacr
opšteg komentara o Članu 12 (od 25. novembra 2013.):**

7. Države moraju ujedinjeno ispitati sve oblasti zakona kako bi osigurale da pravo na pravnu sposobnost osoba sa invaliditetom ne bude ograničeno neravnopravno sa drugima. U prošlosti su osobe sa invaliditetom lišavane svog prava na pravnu sposobnost u mnogim oblastima na diskriminišući način putem režima zamenjskog odlučivanja kao što su starateljstvo, dodeljeno starateljstvo, i zakoni o mentalnom zdravlju koji dopuštaju prisilno lečenje. Ove prakse se moraju ukinuti kako bi se vratila puna pravna sposobnost osobama sa invaliditetom na ravnopravnom osnovu kao drugim licima.

[...]

38. Kao što je navedeno u nekoliko zaključnih opažanja, prisilno lečenje od strane psihijatrijskih i drugih zdravstvenih i medicinskih radnika predstavlja kršenje prava na ravnopravno priznavanje pred zakonom i povredu prava na lični integritet (Čl. 17), odsustvo mučenja (Čl. 15), i odsustvo nasilja, iskorišćavanja i zloupotrebe (Čl. 16). Ovakvom praksom se lice lišava pravne sposobnosti da izabere lečenje, te stoga ona predstavlja kršenje Člana 12 Konvencije. Države ugovornice su u obavezi da omoguće pristup pomoći donošenja odluka po pitanju psihijatrijskog i drugog medicinskog lečenja. Prisilno lečenje predstavlja naročit problem kod osoba sa psihosocijalnim, intelektualnim i drugim kognitivnim invaliditetima. Države moraju ukinuti politike i zakonske odredbe koje dozvoljavaju ili izvršavaju prisilno lečenje, pošto ono predstavlja konstantno kršenje zakona o mentalnom zdravlju širom sveta, uprkos empirijskim dokazima koji govore o njegovoj neefikasnosti i mišljenjima ljudi koji koriste sisteme zaštite mentalnog zdravlja, a koji su iskusili veliki bol i traume usled prisilnog lečenja. Komitet preporučuje da Države ugovornice osiguraju da

E. Mendez (A/HRC/22/53) (od 1. februara 2013.), stav 89

se odluka o fizičkom i mentalnom integritetu neke osobe može doneti jedino uz slobodan i informisan pristanak dotične osobe.⁴⁸

Radna grupa UN za proizvoljno zadržavanje

Postoje izvesni dokazi da se u pristupu Ujedinjenih nacija pre uvođenja Konvencije ogleda medicinski model invaliditeta. Obratimo pažnju na sledeći odlomak iz izveštaja Radne grupe za proizvoljno zadržavanje:

„Različiti faktori mogu prouzrokovati lišavanje slobode osobe koja pokazuje znake mentalnog oboljenja: treba sprovesti medicinski pregled bilo da osoba pati od mentalnog oboljenja ili ne, a ukoliko pati, treba utvrditi prirodu bolesti. Ukoliko se ustanovi postojanje mentalnog oboljenja, lišavanje slobode može biti motivisano potrebom za medicinskim lečenjem kome pacijent nije voljan da se podvrgne sam. Osim toga, u nekim slučajevima zatvaranje psihijatrijskih pacijenata u zatvorene institucije može biti neophodno kako bi se sprečila šteta koju pacijent može naneti drugima ili sebi.”⁴⁹

Ovaj pristup zahteva utvrđivanje medicinske dijagnoze i, ukoliko takva dijagnoza postoji, omogućava razmatranje toga da li je lišavanje slobode možda neophodno.

Nakon ovog odlomka, Radna grupa dalje razmatra važne mere zaštite koje služe da štite pojedince lišene slobode, uključujući mehanizam zaštite koji uključuje redovnu nezavisnu reviziju.⁵⁰ Ona usvaja tumačenje „lišavanja slobode“

48 Komitet Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom, Nacrt opšteg komentara Člana 12 (od 25. novembra 2013.), stavovi 7 and 38

49 E/CN.4/2005/6, od 1. decembra 2004., KOMISIJA ZA LJUDSKA PRAVA, , 61. zasedanje, stavka br. 11 (a) privremenog dnevnog reda, CIVILNA I POLITIČKA PRAVA, UKLJUČUJUĆI PITANJE MUČENJA I ZADRŽAVANJA, Izveštaj Radne grupe za proizvoljno zadržavanje („Izveštaj Saveta za ljudska prava”)

50 Izveštaj Saveta za ljudska prava, stav 58

koje, čini se, pokušava da osigura da se ovi mehanizmi zaštite primenuju u određenim, konkretnim okolnostima koje se mogu objektivno utvrditi. Radna grupa navodi:

„Psihijatrijsko zadržavanje kao administrativna mera može se smatrati lišavanjem slobode kada se dotična osoba smešta u zatvorenu ustanovu koju ne može slobodno da napusti.”⁵¹

Može se primetiti da ovaj test ne uzima kao faktor stepen ozbiljnosti oštećenja od kog dotična osoba pati niti „normalnosti“ njegovog/njenog života u toj ustanovi. Ovo je u skladu sa Članom 14 Konvencije.

51 Ibid., stav 58(a)

EVROPSKI STANDARDI – SPORAZUMI

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (uključujući jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava)

Član 3 (Zabrana mučenja)

Niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.

Jasno je i poznato da su osobe lišene svoje slobode podložnije zloupotrebi nego one koje sačuvaju svoju samostalnost i nezavisnost tako da se može uključiti zaštita Člana 3 (zabrana nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja)⁵². Postoji relativno mali broj slučajeva u Evropskom sudu za ljudska prava koji se tiču lečenja mentalnog zdravlja i Člana 3.

Kudla protiv Poljske postavlja standarde nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, navodivši:

„Sud je konstantno naglašavao da patnja i poniženje koji su ovde u pitanju u svakom slučaju moraju prevazilaziti neizbežni element patnje ili poniženja koji se javlja u dotičnom obliku zakonitog postupanja ili kažnjavanja.”⁵³

52 V. na primer kao najskoriji primer u Velikoj Britaniji Vinterborn Vju izveštaj na: <https://www.gov.uk/government/publications/winterbourne-view-hospital-department-of-health-review-and-response> i nedavne osuđujuće presude donete 23. avgusta 2013. protiv Pomoćnika za negu u Vips Kros bolnici <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-23808971>

53 Evropski sud za ljudska prava, slučaj *Kudla protiv Poljske*, Zahtev br. 30210/96

Međutim, nije dalje mnogo objašnjavano šta bi elementi mogli biti⁵⁴.

Član 5 (Pravo na slobodu i bezbednost)

1. Svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:
 - (a) u slučaju zakonitog zadržavanja lica na osnovu presude nadležnog suda;
 - (b) u slučaju zakonitog hapšenja ili zadržavanja lica zbog nepoštovanja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjavanja neke obaveze propisane zakonom;
 - (c) u slučaju zakonitog hapšenja ili zadržavanja lica radi privođenja pred nadležnu sudsku vlast zbog razumne sumnje da je počinio/la krivično delo ili kada se to razumno smatra neophodnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju;
 - (d) u slučaju zadržavanja maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora ili zakonitog zadržavanja radi njegovog privođenja nadležnom organu;
 - (e) u slučaju zakonitog zadržavanja lica radi sprečavanja širenja zaraznih bolesti, kao i zakonitog zadržavanja duševno obolelih osoba, alkoholičara ili zavisnika od droge ili skitnica;
 - (f) u slučaju zakonitog hapšenja ili zadržavanja lica radi sprečavanja njegovog neovlašćenog ulaska u zemlju, ili lica protiv koga se preduzimaju mere u cilju deportacije ili izručivanja.
2. Svako ko je uhapšen biće odmah i na jeziku koji razume obavešten o razlozima za njegovo hapšenje i o svakoj optužbi protiv njega.

54 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012., pod 24

3. Svako ko je uhapšen ili zadržan u skladu sa odredbama stava 1(c) ovog člana biće bez odlaganja izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno zakonom određeno da obavlja sudske poslove i imaće pravo na suđenje u razumnom roku ili da bude pušten/a na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može biti uslovljeno garancijama da će se lice pojaviti na sudu.
4. Svako ko je lišen slobode putem hapšenja ili zadržavanja imaće pravo da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost njegovog/njenog zadržavanja i naložiti puštanje na slobodu ukoliko je zadržavanje nezakonito.
5. Svako ko je bio uhapšen ili zadržan u suprotnosti sa odredbama ovog člana imaće utuživo pravo na nadoknadu.

Član 5 ove Konvencije svakome obezbeđuje ličnu slobodu i bezbednost. Sloboda podrazumeva fizičku slobodu pojedinca, ne samo slobodu izbora.⁵⁵ Pravo Člana 5 je kvalifikovano, te je podložno raznim izuzecima, od kojih je jedan naročito važan u ovom kontekstu: lišavanje slobode može biti opravdano ako je zasnovano na objektivnim dokazima medicinskog stanja koje predstavlja „duševno oboljenje“.⁵⁶

Prema ovom izuzetku, u ovoj Konvenciji se ogleda model invaliditeta kojim se poverenje stavlja u ruke medicinske profesije.⁵⁷ Ovaj medicinski model invaliditeta podrazumeva da je glavni uzrok invaliditeta sadržan u telesnim oštećenjima pojedinca. Postojanje tih oštećenja može predstavljati osnov za opravdanje ometanja ljudskih prava pojedinca, pod određenim uslovima i proceduralnim mehanizmima zaštite.

Usvajanje relativno širokog koncepta „lišavanja slobode“ bi omogućilo da više mera koje ograničavaju slobodu budu

55 Evropski sud za ljudska prava, *Engel protiv Holandije*, Zahtev br. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 kod stava 58

56 Član 5(1)(e) Evropske komisije za zaštitu ljudskih prava

57 *V. Vinterwerp protiv Holandije*, Zahtev br. 6301/73, 24.10.79

predmet razmatranja. Član 5(4) zahteva takvo razmatranje čak i u slučajevima kad je lišavanje slobode opravdano. Koncept „lišavanja slobode“ je put ka zaštiti od strane međunarodnog prava, ne samo prema Članu 5 ove Konvencije, već i prema drugim međunarodnim standardima kao što je Skup principa UN o zaštiti svih lica podvrgnutih bilo kom obliku zadržavanja ili zatvora.⁵⁸ Ovo je takođe slučaj kod nekih domaćih zakona koji značenje lišavanja slobode prema Članu 5 ove Konvencije direktno umetnu u zakon, npr. Zakon o mentalnoj sposobnosti iz 2005 u Velikoj Britaniji.

Značenje 'lišavanja slobode'

Agencija Evropske unije za fundamentalna prava ima široko gledište na opseg Člana 5 u situacijama prisilnog smeštanja:

„Primena Člana 5 nije aktivirana time da li je osoba zapravo zadržana/ograničena ili nije, već time da li je smešten/a u ustanovu protiv svoje volje i ne može da je napusti bez dozvole.”⁵⁹

Evropski sud za ljudska prava je ukazao da je objektivni element koncepta lišavanja slobode, koji je u centru pažnje Češir Vest slučajeva,⁶⁰ ispunjen u smislu „zatvaranja na izvesnom ograničenom mestu tokom nezanemarljivog vremenskog perioda.”

Početak mora biti konkretna situacija. Ključni faktori u određivanju toga da li neka situacija predstavlja lišavanje

58 Rezolucija Generalne skupštine UN br. 43/173

59 Izveštaj Agencije Evropske unije za fundamentalna prava, 2012: Prisilno smeštanje i prisilno lečenje osoba sa problemima mentalnog zdravlja, str. 17

60 Iako priznajemo važnost pristanka kao pitanja u širem smislu, kao što je Evropski sud za ljudska prava nedavno naglasio u slučaju *Plešo protiv Mađarske*, Zahtev br. 41242/08, od 2. oktobra 2012.

slobode, a ne samo ograničavanje slobode, uključuju vidove nametnutih mera, dužinu trajanja zadržavanja i efekte i način primene tih mera.⁶¹

Kod skorijih slučajeva vezanih za zadržavanje na osnovu mentalnog zdravlja, Sud je naveo da je „ključni faktor“ u utvrđivanju toga da li je došlo do lišavanja slobode u tim slučajevima pitanje da li je uprava dotičnih domova za negu primenila potpuni i efikasnu kontrolu lečenja, nege, smeštaja i kretanja dotične osobe.⁶² Čini se da je bitan element u proceni tog faktora bilo to da li je lice imalo slobodu da napusti dotičnu ustanovu bez dozvole uprave ili nije. Iako je pitanje dužine trajanja važan faktor u utvrđivanju toga da li je došlo do lišavanja slobode, lišavanja ipak može biti čak i ako je osoba zadržana samo tokom kraćeg vremenskog perioda.⁶³

Ovako relativno širok opseg se može sagledati u svetlu osnovne svrhe Člana 5 i njegove prirode kvalifikovanog prava. Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava je navelo:

„Zahtev Konvencije da čin lišavanja slobode bude podložan nezavisnoj sudskoj reviziji je od fundamentalnog značaja u smislu osnovne svrhe Člana 5 Konvencije da obezbedi mehanizme zaštite od proizvoljnosti.”⁶⁴

Duševno oboljenje

Značenje duševnog oboljenja u Članu 5(1)(e) u svrhu opravdavanja lišavanja slobode mora biti pažljivo tumače-

61 *Guzardi protiv Italije*, Zahtev br. 7367/76, od 06. novembra 1980., stav 92

62 V. npr. *Mihailovs protiv Letonije*, Zahtev br. 35939/10, od 22. januara 2013.; *DD protiv Litvanije*, Zahtev br. 13469/06, od 14. februara 2012.; i *Kedzior protiv Poljske*, Zahtev br. 45026/07, od 17. oktobra 2012.

63 *Rancev protiv Kipra i Rusije*, Zahtev br. 25965/04, od 07. januara 2010., stav 317

64 *Stanev protiv Bugarske*, Zahtev br. 36760/06, Veliko veće, od 17. januara 2012., stav 170

no. Može se povući paralela sa presudom Evropskog suda za ljudska prava o značenju termina „alkoholičari“, koji se takođe koristi u Članu 5(1)(e). U slučaju *Litva protiv Poljske*, Evropski sud za ljudska prava je trebalo da razmotri da li termin „alkoholičari“ treba da uključuje privremene epizode opijanja u svojoj definiciji kojom se utvrđuje zakonitost lišavanja slobode prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava. To je bio predmet velike rasprave i Sud se osvrnuo na nameru autora Konvencije u pripremnim radovima. Zaključio je da se može uključiti sledeće:

*„60. Sud smatra da reč „alkoholičari“ u svom uobičajenom smislu označava osobe koje su zavisne od alkohola. S druge strane, u Članu 5 § 1 Konvencije, ovaj termin se nalazi u kontekstu koji obuhvata nekoliko drugih kategorija lica, tj. lica koja šire zarazne bolesti, duševno obolele osobe, zavisnike od droga i skitnice. Postoji veza između svih ovih osoba u tome da one mogu biti lišene slobode kako bi primile medicinsko lečenje ili zbog pitanja koja diktira socijalna politika, ili na osnovu i medicinskih i socijalnih razloga. Stoga je legitimno zaključiti iz ovog konteksta da je glavni razlog zbog kojeg Konvencija dozvoljava lišavanje slobode osoba navedenih u stavu 1 (e) Člana 5 ne samo to što su opasni po javnu bezbednost, već i to što njihovo zadržavanje može biti neophodno imajući u vidu njihove interese (v. presudu u slučaju *Guzardi protiv Italije* od 6. novembra 1980, serija A bt. 39, stavovi 36–37, § 98 na kraju).*

61. Ovaj ratio legis ukazuje na to kako treba tumačiti termin „alkoholičari“ u smislu cilja i svrhe Člana 5 § 1 (e) Konvencije. On ukazuje da se cilj i svrha ove odredbe ne može tumačiti kao da samo dozvoljava zadržavanje „alkoholičara“ u ograničenom smislu osoba u kliničkom stanju „alkoholizma“. Sud smatra da, prema Članu 5 § 1 (e) Konvencije, osobe koje nemaju medicinsku dijagnozu „alkoholizma“, ali čije ponašanje i vladanje pod dejstvom alkohola predstavlja

pretnju po javni red ili njih same, mogu biti privedene zarad zaštite javnosti ili njihovih sopstvenih interesa, kao što je njihovo zdravlje ili lična bezbednost.

Bilo je i izdvojenih mišljenja u slučaju Litva⁶⁵. U jednom od njih, Sudija Bonelo je rekao:

Član 5 § 1 (e) dozvoljava „zakonito zadržavanje lica radi sprečavanja širenja zaraznih bolesti, kao i zakonitog zadržavanja duševno obolelih osoba, alkoholičara ili zavisnika od droge ili skitnica“. Ove klasifikacije dele jedan zajednički faktor: odnose se na kontinuirane ili uobičajene okolnosti socijalno opasnih stanja ili stavova, ali ne i na jednokratne prolazne manifestacije. Skitnica je osoba koja živi skitničkim životom, ne neko ko samo privremeno nema stalno prebivalište. Zavisnost od droge se takođe odnosi na trajnu situaciju, a ne na izolovano konzumiranje zabranjenih supstanci. **Duševno oboljenje, opet, predstavlja stanje dugotrajnog oštećenja mentalnih procesa, a ne izolovan slučaj aberantnog ponašanja.** (naglašavanje je dodato)

Po analogiji sa pristupom koji je zauzela većina u slučaju Litva, mora se uzeti u obzir to da li je moguće u svrhe opravdavanja lišavanja slobode smatrati da osobe koje privremeno pate od manjka mentalne sposobnosti, u potpunosti ili delimično i nezavisno od uzroka, mogu biti posmatrane kao duševno obolele osobe na način na koji je Sud smatrao da je moguće klasifikovati osobe koje su jednostavno pijane u skladu sa klasifikacijom „alkoholičara“ u svrhu njihovog lišavanja slobode. Ukoliko se koncept „duševnog oboljenja“ primenjuje samo na osobe sa mentalnim oboljenjem koje se može dijagnostikovati, a ne i na osobe kojima iz nekog razloga *de facto* manjka mentalne sposobnosti u datom trenutku kako bi dale svoj pristanak za smeštanje ili lečenje, neke oso-

65 Evropski sud za ljudska prava, *Vitold Litva protiv Poljske*, Zahtev br. 26629/95, od 4. aprila 2000.

be kojima je potrebno lečenje mogu se naći van te definicije „duševnog oboljenja“ i ne biti zakonski lišene slobode ma koliko to bilo u njihovom najboljem interesu. Pristup koji se koristi u Velikoj Britaniji, koji je usvojio širu definiciju duševnog oboljenja⁶⁶ još uvek nije testiran u Strasburu.⁶⁷

Konotacije koje je termin kao što je „duševno obolele osobe“ u Članu 5(1)(e) Konvencije imao 1950. godine, mogu biti u potpunosti neadekvatne za primenu u situacijama kada je potreba za lišavanjem slobode zasnovana na razumevanju složene prirode mnogih mentalnih oboljenja, kognitivnih nesposobnosti i stanja kao što je pseudokoma, koje je od tog doba mnogo napredovalo. Važno je da Evropski sud za ljudska prava ide u korak sa tim razvojem, iako će ga u interesu pravne izvesnosti Sud uvek pratiti, a ne i predvoditi.

Značajno je to da je Konvencija „živi instrument“ i da je treba tumačiti u skladu sa stavovima i okolnostima koje prevlađuju u današnje vreme, a ne sa onima koje su preovlađivale pre 60 godina, kada je izrađena⁶⁸. Promene stavova

66 G protiv E & Ors [2010] Apelacioni sud Engleske i Velsa, Civ 822 (od 16. jula 2010.), stav 60

67 Komitet ministara je 2013. godine usvojio Protokol 16 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, koji je sada otvoren za potpisivanje i ratifikaciju. Kada bude stupio na snagu, Protokol će dozvoljavati vrhovnim sudovima svih potpisnica da upućuju „pitanja principa vezana za tumačenje ili primenu prava i sloboda definisanih u Konvenciji ili njenim Protokolima“ – slično mogućnosti koja postoji prema članu 267 Sporazuma o funkcionisanju Evropske unije, da se može pozivati na Sud pravde Evropske unije. Stoga će Evropski sud za ljudska prava moći da pruži smernice nacionalnom vrhovnom sudu po pitanju tumačenja termina kao što je „lišavanje slobode“, a koji će nacionalni vrhovni sud onda moći da koristi u odluci koju donosi o određenim činjenicama slučaja.

68 Evropski sud za ljudska prava, *Tajrer protiv Velike Britanije*, Zahtev br. 5856/72, od 25. aprila 1978., stav 31; Evropski sud za ljudska prava, *Džonston protiv Irske*, Zahtev br. 9697/82, od 18. decembra 1986.,

prema homoseksualnosti⁶⁹, vanbračno rođenoj deci⁷⁰, transeksualnim osobama, prigovoru savesti na vojnu obavezu⁷¹, telesnom kažnjavanju u školama, silovanju u braku i smrtnoj kazni⁷² se ogledaju u sudskoj praksi ovog Suda. Pojmovi kao što su pravo na privatni život koji se nalazi u Članu 8(2) Konvencije su prošireni tako da uključuju pitanja kao što su moralni i fizički integritet. Države ugovornice Konvencije su obavezane Članom 53 da primenjuju Konvenciju u skladu sa drugim svojim međunarodnim obavezama, čak i ako te obaveze nisu postojale u vreme izrade i usvajanja Konvencije, kao što je npr. Konvencija o pravima deteta ili Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom.

Manjak sposobnosti, bilo klinički ili pravno ustanovljen, često će biti delimičan, te je osoba koja je, na primer, nesposobna da upravlja svojim finansijama često sasvim sposobna da donese odluku vezano za ishranu, oblačenje, TV programe ili čak neka ozbiljnija pitanja. Prema Konvenciji, „mentalno obolela“ osoba može pokrenuti postupak u Strasburu čak i ako bi od njega/nje bilo zahtevano da ga/je predstavlja staratelj u domaćim sudovima, a koncept „delimičnog starateljstva“ je uobičajen u Evropi⁷³.

stav 53; Evropski sud za ljudska prava, *Ince protiv Austrije*, Zahtev br. 8695/79, od 28. oktobra 1987.

- 69 Evropski sud za ljudska prava, *Dudžon protiv Velike Britanije*, Zahtev br. 7525/76, od 22. oktobra 1981.; Evropski sud za ljudska prava, *Šalk i Kopf protiv Austrije*, Zahtev br. 30141/04, od 24. juna 2010.
- 70 Evropski sud za ljudska prava, *Džonston protiv Irske*, Zahtev br. 9697/82, od 18. decembra 1986., stav 53; Evropski sud za ljudska prava, *Ince protiv Austrije*, Zahtev br. 8695/79, od 28. oktobra 1987.
- 71 Evropski sud za ljudska prava, *Bajatjan protiv Jeremenije*, Zahtev br. 23459/03, od 7. Julia 2011.
- 72 Evropski sud za ljudska prava, *Odžalan protiv Turske*, Zahtev br. 46221/99, od 12. maja 2005.
- 73 V. na primer Evropski sud za ljudska prava, *Kiš protiv Madarske*, Zahtev br. 38832/06, od 20. maja 2010. i Izveštaj Agencije Evropske

Međutim, Član 1 Konvencije zahteva od države da preduzme korake neophodne za sprečavanje povreda za koje zna ili bi trebalo da zna⁷⁴, a veliki je izazov pomiriti tu dužnost sa ličnom samostalnošću u situacijama kada je sposobnost dovedena u pitanje.

Lišavanje slobode osobe za koju se proceni da je „duševno obolela“ i dalje mora biti nužno, u skladu sa Članom 5(1), podvrgnuto proceduralnim mehanizmima zaštite sadržanim u tom članu i reviziji utvrđenoj Članom 5(4)

Evropski sud za ljudska prava je razmatrao sledeće:

*„68. Kada je naloženo psihijatrijsko zadržavanje podnosioca, nije bilo detaljnijeg razmatranja toga da li je njegov izbor da odbije hospitalizaciju bio racionalan ili ne, kakva je zapravo priroda predviđenog prisilnog lečenja, ili koje bi se medicinske dobrobiti mogle postići tim lečenjem, kao i kakve su mogućnosti privremenog posmatranja ili zahtevanja od podnosioca da se podvrgne vanbolničkoj nezi. U ovoj vezi, Sud smatra da je žalosno to što činjenica da podnosilac nije dao pristanak nije imala nikakvu težinu **uprkos tome što je i dalje imao pravnu sposobnost**, npr. tako što je stavljen pod starateljstvo. (naglašavanje je dodato)*

Stoga se ne može reći da je odluka da se podnosilac liši slobode bila zasnovana na proceni svih relevantnih faktora, uključujući izglede za lečenje ili uspešnost manje invazivnih alternativa, što se takođe zahteva Principima UN za zaštitu osoba sa mentalnim oboljenjima i za unapređenje brige o mentalnom zdravlju [...] S ovim u vezi, Sud primećuje da nacionalni zakon u ovom slučaju nema odredbi o alternativama kao što je odlaganje donošenja odluke do kraja posmatranja [...]

unije za fundamentalna prava o pravnoj sposobnosti osoba sa intelektualnim invaliditetom i osoba sa problemima mentalnog zdravlja

74 Evropski sud za ljudska prava, *Osman protiv Velike Britanije*, Zahtev br. 23452/94, od 28. oktobra 1998.; i Evropski sud za ljudska prava, *Z protiv Velike Britanije*, Zahtev br. 29392/95, od 10. maja 2001.

69. Iz gore navedenog sledi da sud nije ubeđen da je **mentalno oboljenje podnosioca bilo takve vrste i stepena da je zahtevalo prisilno zatvaranje**. Stoga njegovo zadržavanje nije ispunjavalo uslove predviđene Članom 5 § 1 (e) Konvencije. To znači da je došlo do kršenja te odredbe⁷⁵.”

Evropski sud za ljudska prava je nedavno potvrdio da je razlika između lišavanja slobode i ograničavanja slobode kretanja (od kojih je ovo poslednje regulisano Članom 2 Protokola br. 4)⁷⁶ samo u stepenu intenziteta, ne u prirodi ili suštini. Kako bi se utvrdilo da li je neko lišen slobode, mora se početi od njegove/njene konkretne situacije i uzeti u obzir čitav niz kriterijuma kao što su vid, trajanje, dejstvo i način primene dotične mere.⁷⁷

U središtu pažnje Evropskog suda za ljudska prava u ovim tvrdnjama su, čini se, objektivno utvrđene restriktivne mere koje su dovoljno intenzivne da se smatraju lišavanjem slobode. Ključni faktori na koje one ukazuju su elementi koji će se verovatno javiti iz perspektive pogođene osobe. Tu nema očiglednih nagoveštaja da je razlog, svrha ili motiv osobe koja primenjuje restriktivnu meru relevantan faktor za tu svrhu. Fokus je na samim merama.

U slučaju *H.M. protiv Švajcarske*, činilo se da je prilikom razmatranja da li je došlo do lišavanja slobode Sud uzeo u obzir navodno blagonaklone razloge organa vlasti da stariju damu preseli u dom za negu iz njenog doma, gde su higijena i uslovi života bili loši⁷⁸. U novijim slučajevima, Sud je izgle-

75 Evropski sud za ljudska prava, *Plešo protiv Mađarske*, Zahtev br. 41242/08, od 2. oktobra 2012., stavovi 68 and 69

76 Velika Britanija nije deo ovog Protokola

77 Evropski sud za ljudska prava[GC], *Stanev protiv Bugarske*, Zahtev br. 36760/06, od 17. januara 2012., stav 115

78 Evropski sud za ljudska prava, *H.M. protiv Švajcarske*, Zahtev br. 39187/98, od 26.02.02, stav 48; iako je mišljenje većine bilo predmet energične izdvojene presud Sudije Lukaidesa

da tumačio da se slučaj *H.M.* vrti oko pitanja saglasnosti.⁷⁹ Slično tumačenje slučaja *H.M.* se javlja u skorijoj presudi Velikog veća u slučaju *Stanev*.⁸⁰

Činjenica da je sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava uznapredovala u ovom pogledu je jasna iz jednoglasne presude Velikog veća u slučaju *Kreanga protiv Rumunije*:⁸¹

„Sud navodi da [...] svrha prisustva pojedinaca u policijskim stanicama ili činjenica da dotične strane nisu tražile mogućnost da odu su razmatrani kao odlučujući faktori... Sudska praksa je od tada evoluirala pošto se čini da svrha mera preduzetih od strane organa vlasti pri lišavanju slobode podnosilaca više nije odlučujuća za procenu Suda o tome da li je zapravo došlo do lišavanja slobode. Do danas, Sud je ovo uzeo u obzir samo u poznijim fazama svoje analize, kada je ispitivao usklađenost mera sa Članom 5 § 1 Konvencije.”

Nedugo nakon slučaja *Kreanga*, Veliko veće (u kome se nalazilo šest istih sudija) donelo je presudu u slučaju *Ostin protiv Velike Britanije* (slučaj policijske taktike „ketling“) sa tri neslaganja.⁸² Veliko veće je u slučaju *Ostin* presudilo da može uzeti u obzir specifičan kontekst i okolnosti nametnutih restriktivnih mera pri utvrđivanju toga da li one predstavljaju lišavanje slobode.⁸³ U presudi *Kreanga* je jasno da motiv ili cilj organa vlasti nije relevantan za pitanje toga da li je došlo do lišavanja slobode:

79 Profesor Ričard Stoun, ‘Lišavanje slobode: Opseg Člana 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava’ u Pregledu Evropskog prava ljudskih prava, Br. 1, 2012

80 *Stanev protiv Bugarske*, Zahtev br. 36760/06, Veliko veće, od 17. januara 2012., stav 130–131

81 *Kreanga protiv Rumunije*, Zahtev br. 29226/03, Veliko veće, od 23. februara 2012., stav 93

82 *Ostin protiv Velike Britanije*, Zahtevi br. 39692/09 40713/09 41008/09, od 15. marta 2012.

83 *Ibid.*, stav 59

„Zaista, jasno se vidi u sudskoj praksi ovog Suda da fundamentalni motiv javnog interesa, npr. da se zaštiti zajednica od pretrnje koju predstavlja neki pojedinac, nema nikakvog uticaja na pitanje da li je ta osoba lišena slobode, iako može biti relevantan za naknadno razmatranje da li je lišavanje slobode bilo opravdano prema jednom od podstavova Člana 5 § 1.... Isto važi i kada je cilj da se zaštiti, leči ili na neki način pruži pažnja osobi koja je zatvorena, osim ako je ta osoba dala validan pristanak na ono što bi se inače smatralo lišavanjem slobode.“⁸⁴ (naglašavanje je dodato)

Fokus nedavnih slučajeva, kao što je *Stanev*, na detalje samih mera ukazuje na to da razlog i svrha ne treba da budu relevantni faktori pri utvrđivanju toga da li je došlo do lišavanja slobode. Žena sa demencijom smeštena u dom za negu bez svog pristanka je možda lišena svoje slobode. Takvo lišavanje slobode može biti opravdano. To da li određena mera predstavlja lišavanje slobode razlikuje se od toga da li je ono opravdano. Kao pitanje pravnog principa, javljaju se dva sasvim odvojena i različita pitanja: „Da li je došlo do lišavanja slobode? I ako jeste, da li ono može biti opravdano?“ Skorija sudska praksa podržava ovaj stav i sugerise da su razlozi ili motivi organa vlasti za nametanje mera kojima se ograničava sloboda relevantni za pitanje da li su te mere opravdane ili ne, a ne za to da li predstavljaju lišavanje slobode. U slučaju *X protiv Finske* Sud je naveo:

„Opšti princip ustanovljen u sudskoj praksi je taj da je zadržavanje „proizvoljno“ kada, uprkos usklađenosti sa slovom nacionalnog zakona, postoji element loše vere ili obmane od strane organa vlasti.“⁸⁵

Čini se da je sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava sada stigla do tačke kada dobronamerna svrha ili cilj

84 Ibid., stav 58

85 *X protiv Finske*, Zahtev br. 34806/04, Presuda veća od 3. jula, stav 147

ne treba da budu relevantan faktor u utvrđivanju toga da li neka mera predstavlja lišavanje slobode iako bi moglo biti verovatnije opravdati je ukoliko spada u jedan od dozvoljenih izuzetaka.

Član 6 (Pravo na pravično suđenje)

1. Svako, tokom odlučivanja o njegovim/njenim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega/nje, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti iz celog ili iz dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, neophodna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.
2. Svako ko je optužen za krivično delo smatraće se nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona.
3. Svako ko je optužen za krivično delo ima sledeća minimalna prava:
 - a) da u najkraćem mogućem roku, posebno i na jeziku koji razume, bude obavešten o prirodi i razlozima za optužbu protiv njega;
 - b) da ima dovoljno vremena i uslova za pripremanje svoje odbrane;
 - c) da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere ili, ako nema dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, da ovu pomoć dobije besplatno kada interesi pravde to zahtevaju;
 - d) da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbedi prisustvo i ispitivanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega;

- e) da dobije besplatnu pomoć prevodioca ako ne razume ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.

Osobe sa invaliditetom moraju imati pristup pravdi. Već je pominjano da kada je neko lišen pravne sposobnosti, ima poteškoća da odbrani druga fundamentalna prava. U slučaju *Vinterwerp protiv Holandije* kaže se sledeće:

*„kakvo god da je opravdanje za lišavanje duševno obolele osobe sposobnosti da upravlja svojom svojinom, garancije navedene u Članu 6(1) i dalje moraju biti ispunjene”*⁸⁶

Kada je imenovan staratelj od stane pojedinca, postoji rizik od neispunjavanja Člana 6. U slučaju *Stanev protiv Bugarske* postavlja se pristup za osobu delimično lišenu pravne sposobnosti koja nije mogla da pristupi sudu prema domaćem zakonu:

*„[...] pravo da se traži od suda da razmotri proglašenje nesposobnosti je jedno od najbitnijih prava za dotičnu osobu, pošto kada se takva procedura pokrene, ona će biti odlučujuća za vršenje svih prava i sloboda na koje je uticalo proglašenje nesposobnosti, ne samo vezano za ograničenja slobode dotične osobe [...] stoga Sud smatra da je ovo pravo jedno od fundamentalnih proceduralnih prava za zaštitu lica koja su delimično lišena svoje pravne sposobnosti.”*⁸⁷

Manjak sposobnosti, bilo klinički ili pravno ustanovljen, često će biti delimičan, te je osoba koja je, na primer, nesposobna da upravlja svojim finansijama često sasvim sposobna da donese odluku vezano za ishranu, oblačenje, TV programe ili čak neka ozbiljnija pitanja. Prema Konvenciji, „mentalno obolela“ osoba može pokrenuti postupak u Strasburu čak i ako bi od njih bilo zahtevano da ih predstavlja staratelj

86 Evropski sud za ljudska prava, *Vinterwerp protiv Holandije*, Zahtev br. 6307/73, od 24. oktobra 1979., stav 73

87 *Stanev protiv Bugarske*, stav 241

u domaćim sudovima, a koncept „delimičnog starateljstva“ je uobičajen u Evropi⁸⁸.

Član 8 (Pravo na privatni i porodični život)

1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, svog doma i prepiske.

2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

Neke situacije ne predstavljaju lišavanje slobode, ali ipak uključuju neki vid privremenog lišavanja slobode. Takođe treba povući tanku liniju između vrste ograničavanja slobode i lišavanja slobode koja zahteva punu zaštitu predviđenu Članom 5(4) Konvencije.

Važnost zakona Konvencije o pravljenu razlike između postupaka koji predstavljaju lišavanje slobode i onih koji predstavljaju ometanje lične samostalnosti je u tome da su Članovi 5 i 8 veoma različiti. Primenljivi standardi Konvencije prema Članu 5 i drugi međunarodni standardi primenljivi na lišavanje slobode su ranije navedeni.

Smatra se da odeljak Člana 8 koji se odnosi na „privatni život“ obuhvata pravo na „moralni i fizički integritet“ koji se poima tako da obuhvata ne samo fizičku i psihološku dobrobit, već i ličnu samostalnost. Adekvatno za ovaj ogled, ovi koncepti su se javili u slučaju u kome se radilo o zlostavljanju osobe sa kognitivnim nesposobnostima u jednoj ustanovi.

88 V. na primer, Evropski sud za ljudska prava, *Kiš protiv Mađarske*, Zahtev br. 38832/06, od 20. maja 2010. i Izveštaj Agencije Evropske unije za fundamentalna prava o pravnoj sposobnosti osoba sa intelektualnim invaliditetom i osoba sa problemima mentalnog zdravlja

Sud je presudio⁸⁹ da to zlostavljanje predstavlja nečovečno i ponižavajuće postupanje⁹⁰, ali je smatrao da povreda podnosoćevog moralnog i fizičkog integriteta zahteva zaštitu Konvencije.

U svim slučajevima koji se tiču Člana 8 treba primeniti test koji se sastoji iz šest pitanja:

1. Da li je uključeno zaštićeno pravo – kao što je pravo na moralni i fizički integritet ili ličnu samostalnost?
2. Da li je došlo do ometanja tog prava (ili je ometanje predloženo)?
3. Da li je (odnosno, da li bi ono bilo) u skladu sa nacionalnim zakonom?
4. Da li je dotični nacionalni zakon dovoljno jasan, precizan i predvidiv?⁹¹
5. Da li sledi jedan od zakonitih ciljeva propisanih Članom 8(2) i koji? Zdravstvenu zaštitu? Ekonomsku dobit zemlje?
6. Da li je proporcionalno legitimnom cilju koji sledi? Da li su manje ometajuće alternative bile razmotrene i dati validni razlozi za njihovo odbacivanje?

Što je ozbiljnije ometanje lične samostalnosti, to je potrebno dati bolje opravdanje, ali u svim slučajevima koji se tiču ometanja ovih prava Član 8 zahteva da moraju postojati „inherentni proceduralni mehanizmi zaštite“ i da moraju biti pod nadzorom. Iz ovog sledi da što je ozbiljnije ometa-

89 Presuda da silovanje ne predstavlja kršenje Člana 3 je dobila oštre kritike

90 Evropski sud za ljudska prava, *X i Y protiv Holandije*, Zahtev br. 8978/80, od 26. marta 1985.

91 (pored gorenavedenih slučajeva, vezano za lišavanje slobode, vidi npr. *Hašman i Harup protiv Velike Britanije* (1999), *Korher protiv Austrije* (1993))

nje, to će inherentni proceduralni mehanizmi zaštite morati da budu jači. Prema formulaciji Konvencije, ti mehanizmi zaštite takođe moraju biti „praktični i efikasni, a ne teorijski i prividni“⁹². Ozbiljnost izvesnih odluka dovodi do viđenja da formalni mehanizmi zaštite moraju biti prisutni i kod tih postupaka.

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (Konvencija iz Ovijeda)

Komitet za bioetiku izrađuje nacrt Dopunskog protokola Konvencije iz Ovijeda koji se tiče zaštite ljudskih prava i dostojanstva osoba sa mentalnim oboljenjima po pitanju prisilnog lečenja i smeštanja. On se bavi sledećim odredbama, kao i Preporukom Komiteta ministara (2006) 10 (v. u nastavku).

Član 5 – Opšte pravilo

Intervencija koja se odnosi na zdravlje može se izvršiti samo nakon što je lice na koje se intervencija odnosi dalo svoj slobodan i informisan pristanak na nju.

Tom se licu prethodno daju odgovarajuće informacije o svrsi i prirodi intervencije, kao i o njenim posledicama i rizicima.

Dotično lice može slobodno i u bilo kom trenutku povući svoj pristanak.

Član 6 – Zaštita lica koja nisu sposobna da daju pristanak

1. Pod uslovima iz članova 17. i 20. intervencija na licu koje nije sposobno da da pristanak može se izvršiti samo u njegovu/njenu direktnu korist.

2. Ako, prema zakonu, maloletno lice nije sposobno da da pristanak na intervenciju, intervencija se može izvršiti samo uz

92 Evropski sud za ljudska prava, *Artiko protiv Italije*, Zahtev br. 6694/74, od 13. maja 1980.

odobrenje njegovog/njenog zastupnika ili organa vlasti, ili lica ili organa koje predviđa zakon.

Mišljenje maloletnog lica uzima se u obzir kao sve značajniji činilac u skladu sa njenim ili njegovim godinama i stepenom zrelosti.

3. Ako, prema zakonu, odraslo lice nije sposobno da da pristanak na intervenciju zbog mentalne nesposobnosti, bolesti ili sličnih razloga, intervencija se može izvršiti samo uz odobrenje njegovog/njenog zastupnika ili organa vlasti, ili lica ili organa koje predviđa zakon.

To lice učestvuje, u meri u kojoj je to moguće, u postupku davanja odobrenja.

4. Zastupniku, organu vlasti, licu ili nekom drugom organu iz prethodnih stavova 2. i 3. daju se, pod istim uslovima, informacije navedene u članu 5.

5. Odobrenje iz prethodnih stavova 2. i 3. može se povući u bilo kom trenutku u najboljem interesu dotičnog lica.

Član 7 – Zaštita lica sa mentalnim oboljenjem

U skladu sa zaštitnim uslovima koje propisuje zakon, uključujući nadzorne, kontrolne i žalbene procedure, lice s ozbiljnim mentalnim oboljenjem može se, bez svog pristanka, podvrći intervenciji u cilju lečenja njegovog/njenog mentalnog oboljenja samo ako bi, bez tog lečenja, verovatno došlo do teškog oštećenja njegovog/njenog zdravlja.

Član 5 Konvencije iz Ovijeda postavlja opšte pravilo koje se manje fokusira na medicinske intervencije, a više na saglasnost. Član 7 omogućava prisilno smeštanje ili lečenje kada ozbiljnost problema mentalnog zdravlja zahteva lečenje kako ne bi došlo do teškog oštećenja usled nelečenja. Ovim se dozvoljava prisilno lečenje u nacionalnom zakonu, pod uslovom da su sva tri uslova ispunjena.

EVROPSKI STANDARDI – PREPORUKE, IZJAVE, REZOLUCIJE ILI IZVEŠTAJI

Komitet ministara Saveta Evrope: Preporuka R(99)4 i R(2004)10

Međunarodni standardi ukazuju na to da pažljivo balansiranje može biti neophodno prilikom primene restriktivnih mera na lica sa mentalnim oboljenjem. Savet Evrope je u vezi sa pravnom zaštitom nesposobnih odraslih lica preporučio da sve zaštitne mere treba u što manjoj meri da ometaju pravnu sposobnost, prava i slobode lica na koje se odnost, što je u skladu sa ispunjanvanjem cilja intervencije.⁹³ Nedavno je preporučio da Države članice usvoje princip što manjeg ograničavanja u sledećem:

„Lica sa mentalnim oboljenjem treba da imaju pravo na negu u sredini sa što manje ograničenja i što manje ograničavajućim ili ometajućim lečenjem, uzimajući u obzir njihove zdravstvene potrebe i potrebu da se zaštiti bezbednost drugih.”⁹⁴

Komitet ministara je nedavno dopunio ovu preporuku spiskom za Države članice koji obuhvata sledeće proširenje značenja principa što manjeg ograničavanja:

93 Preporuka br. R (99) 4 Komiteta ministara Saveta Evrope o principima pravne zaštite nesposobnih odraslih lica (usvojena 23. februara 1999.), Princip 6 § 2

94 Preporuka br. REC(2004)10 Komiteta ministara Saveta Evrope državam članicama o zaštiti ljudskih prava i dostojanstvu osoba sa mentalnim oboljenjem, Član 8

„Lica sa mentalnim oboljenjem treba da dobiju negu na način i u okruženju koje u što manjoj meri ograničava njihovu slobodu i sposobnost da vode normalan život i učestvuju u životu zajednice. Ovaj princip mora biti stalno usklađen sa potrebom da se pruži odgovarajuće lečenje (uz ispunjavanje odredbi o pristanku) i zaštiti njihovo zdravlje i bezbednost, kao i bezbednost drugih.”⁹⁵

Ovim se sugeriše da će se često očekivati da će osobe sa mentalnim oboljenjem biti adekvatno podvrgnute uskraćivanju slobode. Nesumnjivo, time se okreće od predstave da osobe sa invaliditetom imaju urođeno ograničenu slobodu, te da je relativno malo verovatno da će mere predstavljati ograničavanje slobode. Može se tvrditi da bi široko poimanje „lišavanja slobode“ vodilo ka primeni dodatnih mehanizama zaštite koji unapređuju princip što manjeg ograničavanja.

Standardi Saveta Evrope o prisilnom smeštanju ukazuju na to da je visok stepen zaštite unapređen po pitanju lica sa mentalnim oboljenjem koja su smeštena u ustanovu protiv svoje volje. Komitet ministara je doneo preporuke vezano za prisilno smeštanje u slučaju kada lice sa mentalnim oboljenjem ili odbija da da pristanak ili se protivi smeštanju u ustanovu. Postoji izdvojena odredba koja se primenjuje na lica koja se ne protive i koja nisu u mogućnosti da daju pristanak za smeštanje.⁹⁶ On preporučuje da, osim u ograničenom broju izuzetnih okolnosti, lice treba biti podvrgnuto prisilnom smeštanju samo ako i dokle god su svi sledeći uslovi ispunjeni:

-
- 95 Preporuka CM/Rec(2009)3 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o nadgledanju zaštite ljudskih prava i dostojanstva osoba sa mentalnim oboljenjem (*usvojena od strane Komiteta ministara 20. maja 2009. na 1057. sastanku zamenika ministara*)
- 96 Preporuka br. REC(2004)10 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o zaštiti ljudskih prava i dostojanstvu osoba sa mentalnim oboljenjem, Član 26

- Ukoliko lice pati od mentalnog oboljenja;
- Ukoliko stanje u kome se to lice nalazi predstavlja značajan rizik od ozbiljnog oštećivanja njegovog/njenog zdravlja ili drugih lica;
- Ukoliko je svrha smeštanja i lečenje;
- Ukoliko nisu dostupni nikakvi manje restriktivni načini da se pruži adekvatna nega; i
- Ukoliko je mišljenje lica na koje se ovo odnosi uzeto u obzir.⁹⁷

Svakako da je postojanje mentalnog oboljenja bitan element u opravdavanju prisilnog smeštanja prema ovoj Preporuci. Moguće je usled procene određene situacije da se takođe smatra da osoba sa teškim mentalnim invaliditetom koja nije sposobna da se stara sama o sebi rizikuje svoje zdravlje.⁹⁸ Ovde se ogleda medicinski model poimanja invaliditeta, sličan onome koji je iznela Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava.

Izjava o Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom usvojena od strane Upravnog odbora za bioetiku Saveta Evrope na njegovom 41. Zasedanju (2–4 novembra 2011. godine)

1. Ovaj Odbor je razmotrio Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom. Naročito je analizirao da li su Članovi 14, 15 i 17 kompatibilni sa mogućnošću da se osoba sa ozbiljnim mentalnim oboljenjem pod izvesnim uslovima podvrgne prisilnom lečenju, kao što je predviđeno drugim nacionalnim i međunarodnim tekstovima. [...]

97 Preporuka br. REC(2004)10 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva osoba sa mentalnim oboljenjem, Član 17 § 1

98 Napomene sa objašnjenjima Preporuke br. REC(2004)10, stav 131

2. Nakon diskusije, Odbor je zaključio da postojanje invaliditeta samo po sebi ne mora biti opravdanje za lišavanje slobode ili prisilno lečenje bilo koje vrste. Prisilno lečenje ili smeštanje vezano za ozbiljno mentalno oboljenje može biti opravdano samo ako je verovatno da bi odsustvo lečenja ili smeštanja prouzrokovalo teško oštećenje zdravlja dotične osobe ili trećem licu.

Osim toga, ove mere se jedino mogu preduzeti pod uslovom da se ispune zaštitni uslovi propisani zakonom, uključujući i nadzorne, kontrolne i žalbene procedure.

Ova izjava potvrđuje gore pomenutu jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava.

Rezolucija 1642 (2009) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope

Član 7

Skupština poziva države članice da garantuju da će lica sa invaliditetom zadržati i upotrebljavati pravnu sposobnost ravnopravno sa drugim članovima društva tako što će:

[...]

(3) obezbediti adekvatne mehanizme zaštite od zlostavljanja lica pod starateljstvom naročito tako što će uspostaviti mehanizme za periodičnu reviziju postupaka staratelja i time što će obezbediti da zakoni zahtevaju obaveznu, redovnu i suvislu reviziju starateljstva u koju će lice na koje se ovo odnosi biti u potpunosti uključeno i imati odgovarajuće pravno zastupništvo.

Ovo ukazuje na postojanje podrške koncepta sadržanih u Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom, naročito po pitanju ravnopravnog priznavanja pred zakonom sadržanog u Članu 12 te Konvencije.

Standardi Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja

Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja organizuje posete

mestima u evropskim državama gde lica mogu biti zadržana, da bi se procenilo kako se u njima postupa s osobama lišenim slobode. Među tim mestima su psihijatrijske bolnice, socijalni domovi za negu i druge ustanove koje se bave mentalnim zdravljem. Nakon izvesnog perioda posećivanja tih ustanova u jednoj državi, Komitet joj podnosi detaljan pismeni izveštaj sa svojim nalazima i preporukama, kao i detaljima slučajeva lišavanja slobode.

Bilo je slučajeva u državnim izveštajima Komiteta gde je on zasnovao svoje mišljenje o postojanju lišavanja slobode na činjeničnim nalazima. U tim slučajevima je on tumačio značenje lišavanja slobode na relativno širok način. U svojoj proceni domova za potpomognut život u Albaniji, smatrao je da su svojevolsno primljeni pacijenti, kojima je dozvoljeno da napuste dom tokom dana i vrate se do određenog vremena, ipak lišeni slobode jer u slučaju da se ne vrate do datog vremena, bila bi pozvana njihova porodica ili policija da ih vrate⁹⁹. Komitet takođe smatra da je došlo do lišavanja slobode kada su pacijenti zadržani u bolnici i sprečeni da odu zato što ne postoje odgovarajuće ustanove socijalne zaštite u koje bi mogli biti premešteni¹⁰⁰.

U svom razmatranju lišavanja slobode, Komitet je takođe uzeo u obzir način na koji je moguće napustiti ustanovu. Ukazao je da se lišavanje slobode javlja i kada je osoba na blag ali odlučan način sprečena da napusti ustanovu kada to

99 Izveštaj vladi Albanije o poseti Albaniji koju je sproveo Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. do 21. maja 2010., Strasbur, 20. mart 2012, CPT/Inf (2012) 11, stav 130

100 Izveštaj vladi Austrije o poseti Austriji koju je sproveo Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 15. do 25. februara 2009., Strasbur, 11. mart 2010., CPT/Inf (2010) 5, stav 152

pokuša da učini¹⁰¹. Takođe smatra da je došlo do lišavanja slobode onda kada bi osoba mogla da napusti ustanovu, ali zbog svoje mentalne sposobnosti nije u mogućnosti da shvati proceduru za to, što znači da ne može da napusti ustanovu u kojoj je zadržan/a. Naročit primer se javlja u njegovoj proceni jednog doma za negu u Lihtenštajnu, koji su pacijenti mogli slobodno da napuste kroz ulazna vrata, koja su se otvarala na šifru. Pisana uputstva o tome kako da se otvore su stajala pored vrata, ali neke od osoba nisu mogle da razumeju ta uputstva zbog svoje mentalne sposobnosti (iako su druge mogle). Komitet je smatrao da ovo predstavlja lišavanje njihove slobode¹⁰².

Primećuje se da Komitet u izvesnoj meri podržava poimanje da kada pacijent zadržan u bolnici ili domu za negu nije u mogućnosti da da validan pristanak, njegovo/njeno protivljenje ne bi trebalo da bude relevantno za pitanje toga da li se pokreće zaštitna mera obaveštavanja suda. U svom izveštaju o Estoniji, Komitet je dao mišljenje da:

„svi slučajevi pacijenata/rezidenata za koje se smatra da nisu u mogućnosti da daju validan pristanak, bez obzira na to da li se oni protive svom smeštanju u ustanovu, treba da budu prijavljeni nadležnom sudu (sa ciljem da se pokrene postupak prisilnog smeštanja ili da se postavi staratelj).”¹⁰³

-
- 101 Izveštaj vladi Nemačke o poseti Nemačkoj koju je sproveo Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 20. novembra do 2. decembra 2005., Strasbur, 18. april 2007., CPT/Inf (2007) 18, stav 180
- 102 Izveštaj Vladi Kneževine Lihtenštajn o poseti Lihtenštajnu koju je sproveo Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 5. do 9. februara 2007., Strasbur, 3. juli 2008., CPT/Inf (2008) 20, stav 70
- 103 Izveštaj Vladi Estonije o poseti Estoniji koju je sproveo Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 9. do 18. maja 2007, Strasbur, 19. april 2011., CPT/Inf (2011) 15, stav 133

PRAVNI I POLITIČKI OKVIRI U ODABRANIM EVROPSKIM ZEMLJAMA

Austrija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2008. godine¹⁰⁴.
- Definiše invaliditet kao „efekat neprivremenog poremećaja fizičkih, intelektualnih ili psihijatrijskih funkcija ili senzornih funkcija koji će verovatno ometati učešće u društvu. Očekivani period trajanja od preko šest meseci se smatra neprivremenim.¹⁰⁵”
- Postojanje značajnog rizika od teškog oštećenja i problema mentalnog zdravlja je dovoljno da opravda prisilno smeštanje u ustanovu¹⁰⁶.
- Od sudije koji odlučuje o smeštanju se traži da se sastane sa dotičnim licem pre rasprave¹⁰⁷.
- Preliminarnu procenu daje doktor ili stručno lice iz javnog zdravstva, nakon čega sledi formalna procena od strane psihijatra i upravo njegov/njen izveštaj je od značaja za svrhu prisilnog smeštanja¹⁰⁸.
- Sudija može u svakom trenutku okončati smeštanje nakon podnošenja prijave ili na osnovu drugih informacija do kojih dođe¹⁰⁹.

104 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

105 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 22

106 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

107 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

108 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

109 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 38

- Starateljstvo može biti ograničeno samo na jednu oblast, na više njih, ili se odnositi na sve oblasti¹¹⁰.
- Nadzor nadgledanja je posao suda¹¹¹.
- Sud dodeljuje advokata kao staratelja kada nema članova porodice koji bi obavljali tu funkciju¹¹².
- Lice može tražiti ograničavanje sopstvene sposobnosti¹¹³ i može iskazivati svoje želje u pitanjima koja se mogu javiti u budućnosti¹¹⁴.
- Svaka odluka koju donese staratelj mora biti u skladu sa individualnom voljom lica na koje se ta odluka odnosi, a tamo gde dolazi do razmimoilaženja njihovih mišljenja, sud može doneti odluku o postupku koji će se preduzeti, imajući u vidu dobrobit dotičnog lica¹¹⁵.
- Maksimalno trajanje starateljstva je deset godina, uz mogućnost jednog produženja od 5 godina¹¹⁶.

Belgija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2009. godine¹¹⁷.
- Predviđa pružanje besplatne pravne pomoći i obezbeđuje imenovanje advokata u svojim opsežnim odredbama o pravnoj pomoći¹¹⁸.

110 Pravna sposobnost osoba sa intelektualnim invaliditetom i osoba sa problemima mentalnog zdravlja, Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 („FRA 2013”) pod 30

111 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

112 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

113 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

114 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

115 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

116 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

117 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY &mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

118 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

- Ima poseban zakon o mentalnom zdravlju kojim se reguliše prisilno smeštanje i lečenje¹¹⁹.
- Rizik od štete u kombinaciji sa problemom mentalnog zdravlja predstavlja dovoljno opravdanje za prisilno smeštanje u ustanovu¹²⁰.
- Za prisilno smeštanje i lečenje uzima se u obzir mišljenje lica na koje se ono odnosi¹²¹.
- Prema belgijskom zakonu, lekar koji vrši medicinsku procenu mentalnog zdravlja lica u svrhe prisilnog smeštanja ili lečenja ne mora da bude psihijatar ili neurolog, iako je Konvencija o sprečavanju mučenja preporučila da Belgija promeni ove odredbe tako da propisuju da tu procenu vrši kvalifikovani psihijatar¹²².
- Samo jedno stručno mišljenje je dovoljno da ispuni pravne zahteve za psihijatrijsku procenu pojedinca (ne zahteva se dodatno mišljenje ili procena)¹²³.
- „odluku o posmatranju donosi sudija nakon što neka zainteresovana strana podnese zahtev za to. Nakon što direktor ustanove pošalje sudiji izveštaj medicinskog šefa odeljenja, sudija donosi odluku o produženju boravka. U hitnim slučajevima, javni tužilac donosi odluku, nakon koje u roku od 24 časa obaveštava sudiju.”¹²⁴
- Predviđene su revizije smeštanja u ustanovu na svake dve godine¹²⁵.

119 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 29

120 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

121 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

122 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

123 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

124 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 36

125 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 40

- Belgija ima alternativu delimičnom starateljstvu u vidu savetnika koji pomaže dotičnom licu u određenim, zakonom propisanim situacijama¹²⁶.
- Da bi lice bilo lišeno svoje pravne sposobnosti, mora biti ispunjen uslov trajnosti problema njegovog/njenog mentalnog zdravlja¹²⁷.
- Lica mogu da izraze svoje želje u pitanjima koja će se javljati u budućnosti, na primer, ukoliko im je potreban staratelj u budućnosti¹²⁸.
- Ne postoji zakonska maksimalna dužina trajanja starateljstva¹²⁹.

Bugarska

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2012. godine¹³⁰.
- Predviđa pružanje besplatne pravne pomoći i obezbeđuje imenovanje advokata u svojim opsežnim odredbama o pravnoj pomoći¹³¹.
- U procesu menjanja zakona pri svom pomaku ka uvođenju potpomognutog donošenja odluka, radna grupa uspostavljena s ciljem da razmotri zakon o mentalnom zdravlju nakon presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Stanev protiv Bugarske*, napisala je idejnu belešku. Njom se propisuje da niko ne treba automatski da izgubi svoja prava, da puno starateljstvo ne postoji, da potpomognuto odlučivanje treba da bude regulisano za-

126 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30

127 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 32

128 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

129 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

130 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 44

131 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

konom i da lica treba da imaju mogućnost da se unapred pripremaju za buduće promene mentalnog zdravlja, npr. tako što će načiniti trajna punomoćja. Ona takođe zahteva učešće većeg broja stručnjaka i revizije odluke¹³².

- Nema posebnog zakona za regulisanje prisilnog smeštanja ili lečenja, koje je regulisano opštim zakonom o zdravstvu¹³³.
- Rizik od štete u kombinaciji sa problemom mentalnog zdravlja predstavlja dovoljno opravdanje za prisilno smeštanje u ustanovu¹³⁴.
- Nema zakonskog osnova kojim se zahteva da se upotrebe manje restriktivne mere koje mogu biti na raspolaganju¹³⁵.
- Samo jedno stručno mišljenje je dovoljno da ispuni pravne zahteve za psihijatrijsku procenu pojedinca (ne zahteva se dodatno mišljenje ili procena)¹³⁶.
- Jedino sud može da okonča prisilno smeštanje¹³⁷.
- Revizija mere smeštanja se odvija svaka tri meseca¹³⁸.

Kipar

- Ratifikovao je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2011. godine¹³⁹.
- Starateljstvo se može ukinuti samo sudskim postupkom¹⁴⁰.

132 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 45

133 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 30

134 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

135 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

136 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

137 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 38

138 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 40

139 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

140 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

- Rizik od štete u kombinaciji sa problemom mentalnog zdravlja predstavlja dovoljno opravdanje za prisilno smeštanje u ustanovu¹⁴¹.
- Nema zakonskog osnova kojim se zahteva da se upotrebe manje restriktivne mere koje mogu biti na raspolaganju¹⁴².
- Pravna pomoć je vezana za to da li je lice sposobno ili ne da plati advokata (nije automatska). Sud može naložiti da advokat i psihijatar dotičnog lica budu plaćeni javnim sredstvima¹⁴³.
- Zakon podrazumeva samo puno starateljstvo, a ne i delimično.¹⁴⁴
- Stanje koje uzrokuje nesposobnost mora biti trajne prirode¹⁴⁵.
- Sud vrši nadzor i kontrolu odluke¹⁴⁶.
- Kada sud donese odluku o starateljstvu, mora odgovoriti na niz pitanja o sposobnosti dotične osobe, njegovom/njenom rasuđivanju i sposobnosti da upravlja svojom svojinom i poslovima, kao i da se oslanja na psihijatrijski izveštaj¹⁴⁷.

Češka republika

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2009. godine.
- U slučaju prisilnih mera, nema referenci o mišljenju lica na koje se one odnose¹⁴⁸.

141 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

142 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

143 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

144 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30

145 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 32

146 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

147 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 34

148 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

- Zakon kojim se reguliše potpomognuto odlučivanje je stupio na snagu u januaru 2014. godine¹⁴⁹.
- Novi zakon sadrži tri glavna principa: da osobe sa invaliditetom imaju pravnu sposobnost, da se lica koja pružaju pomoć obavezuju prema licima sa invaliditetom ugovorom koji treba da odobri sud, i da lice koje pruža pomoć mora potpomoci odlučivanje osobe sa invaliditetom tako što će mu/joj pružiti informacije i savet¹⁵⁰.
- Novi zakon uvodi starateljske savete, koji nadziru rad staratelja (koji ne mogu biti njihovi članovi) i ograničava pravnu sposobnost samo u krajnjem slučaju.

Studija slučaja: Engleska i Vels

U Velikoj Britaniji postoje dva uporedna sistema koja se sve više preklapaju, ali imaju različite ciljeve: to su Zakon o mentalnom zdravlju iz 1983. (MHA) i Zakon o mentalnoj sposobnosti iz 2005. godine, (MCA), oba dopunjena Zakonom o mentalnom zdravlju iz 2007. godine¹⁵¹. Velika Britanija je ratifikovala Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2009. godine¹⁵².

Režim Zakona o mentalnom zdravlju je okrenut položaju lica koja pate od takve vrste mentalnog oboljenja da im je potrebna nega i lečenje da bi zaštitili sebe ili druge od štete. Svrha Zakona o mentalnom zdravlju je da pruži zakonski

149 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 49

150 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 49

151 Npr., osoba sa izvesnim stepenom sposobnosti koja je zakonito zadržana prema Zakonu o mentalnom zdravlju može manjkati sposobnosti za donošenje nekih odluka, kao što su one koje se tiču upravljanja finansijama, što stoga spada pod Zakon o mentalnoj sposobnosti.

152 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

okvir za prinudnu procenu, negu i lečenje lica zbog njihovih mentalnih oboljenja onda kada oni nisu u mogućnosti ili ne žele da daju pristanak na tu negu i lečenje, koji su neophodni da bi se i dotična lica i drugi zaštitili od štete. Ključnim odredbama se regulišu prinudan prijem u ustanovu zbog procene¹⁵³ i procena zarad lečenja¹⁵⁴. Prema Zakonu o mentalnom zdravlju, određene kategorije lica sa mentalnim oboljenjima mogu biti prinudno zadržane („prinudno primljene u ustanovu“) ukoliko ispunjavaju kriterijume propisane zakonom. Ono što je važno jeste da neki pacijenti koji su „prinudno primljeni u ustanovu“ prema ovom Zakonu mogu, uprkos svom mentalnom poremećaju, da imaju sposobnost da daju pristanak na lečenje, ali to jednostavno ne žele da učine.

Može se desiti da ljudima nedostaje sposobnosti, ali da ipak uopšte ne ulaze u opseg primene Zakona o mentalnom zdravlju, te da nisu podložni „prinudnom prijemu u ustanovu“ ukoliko, na primer, imaju poteškoće sa učenjem ili pate od izvesnog stepena demencije, ili su u trajnom vegetativnom stanju, ili imaju povredu mozga. Kod nekih ljudi – a to je najčešće najsloženija grupa za primenu pravnih standarda – njihova sposobnost može varirati, te mogu u svakom trenutku biti delimično sposobni.

Grupa ljudi koja bi na prvi pogled potpala pod režim Zakona o mentalnom zdravlju u Velikoj Britaniji je, pod različitim režimima u različitim evropskim jurisdikcijama, bila učesnik u najvećem broju parnica pred Evropskim sudom za ljudska prava i to se oslikava u njegovoj sudskoj praksi. On se fokusirao samo na lišavanje slobode ili nečovečno ili ponižavajuće postupanje prema licima koja bi u Velikoj Britaniji bila „prinudno primljena u ustanovu“ prema Zakonu o mentalnom zdravlju.

153 Odeljak 2 Zakona o mentalnom zdravlju iz 1983.

154 Odeljak 3 Zakona o mentalnom zdravlju iz 1983.

Zakon o mentalnoj sposobnosti je u potpunosti zasnovan na testu sposobnosti. Primenjuje se samo na ona lica koja se smatra da im manjka sposobnosti da daju pristanak. Njegove odredbe se ne primenjuju na lica koja imaju sposobnost da donose sopstvene odluke, čak iako bi drukčije mogla biti njime obuhvaćena. Lica koja poseduju sposobnost se ne mogu tretirati prema odredbama ovog Zakona, te se prema njima može prinudno postupati samo ukoliko potpadnu u opseg njegovih relevantnih odredbi.

Zakon o mentalnoj sposobnosti nije tu da bi lica kojima je potrebno lečenje mogla biti prisiljena da ga prihvate, već se primenjuje samo na ona lica koja nemaju sposobnost da daju svoj pristanak. Značajno je to da sam Zakon o mentalnoj sposobnosti zadrži suštinski princip kojim se zahteva da se „prema licu neće postupati kao da ne može da donese odluku samo zbog toga što je odluka koju donosi nepromišljena”¹⁵⁵. Evropski sud za ljudska prava je nedavno ponovio da pojedinac ima pravo da odbije medicinsko lečenje čak i ako ono znači produžetak života¹⁵⁶, te je naglasio da osim ako je lice formalno (u potpunosti ili delimično, trajno ili privremeno) lišeno svoje sposobnosti da upravlja sopstvenim životom, ono ima slobodu da odbije medicinsko lečenje ili socijalnu pomoć ukoliko želi, čak i ako bi to lečenje ili pomoć bila u njegovom/njenom najboljem interesu¹⁵⁷.

Zakon o mentalnoj sposobnosti ima drugačiji režim za drugačiju kategoriju ljudi kojima je potrebna pomoć, od onih koji potpadaju pod Zakon o mentalnom zdravlju. On takođe ima i sopstveni režim mehanizama zaštite, nazvan Režim me-

155 Odeljak 1(4) Zakona o mentalnoj sposobnosti iz 2005.

156 Evropski sud za ljudska prava, *Priti protiv Velike Britanije*, Zahtev br. 2346/02, od 29. aprila 2002., stav 64

157 Evropski sud za ljudska prava, *Plešo protiv Mađarske*, Zahtev br. 41242/08, 2. oktobar 2012., uopšteno i određeno u stavu 62

hanizama zaštite pri lišavanju slobode. Oni služe da premoste jaz na koji je ukazao Evropski sud za ljudska prava u presudi o kršenju Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u slučaju *H.L. protiv Velike Britanije*¹⁵⁸, tzv. „Bornvudski jaz“.

Jasno je i široko prihvaćeno da su lica lišena slobode podložnija zlostavljanju nego ona koja sačuvaju svoju samostalnost i nezavisnost, tako da zaštita Člana 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (zabrana nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja) može biti aktivirana.¹⁵⁹ Stoga se veliki deo diskusije oko dejstva Zakona o mentalnoj sposobnosti vrti oko Režima mehanizama zaštite pri lišavanju slobode, koji je stupio na snagu 2009. godine putem dopuna u Zakonu o mentalnom zdravlju iz 2007. kao odgovor na „Bornvudski jaz“, ali je važno da Komitet zapamti da postoje i drugi međunarodni standardi ljudskih prava koji se takođe odnose na lišavanje slobode u ovom kontekstu.

Nedavni slučaj u Vrhovnom sudu Velike Britanije, *Češir Vest*¹⁶⁰, je razjasnio principe izvedene iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava oslanjajući se na Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom, na način na koji se primenjuju u Velikoj Britaniji. Iako ovo razjašnjenje nema većeg efekta u Evropi, njime se nudi korisna predstava o odnosu između dva člana, naročito pošto je univerzalno prihvaćeno da Evropski sud za ljudska prava još nije donosio odluku o ovakvom tipu slučaja, jer se bavi licima koja ne poseduju sposobnost, koja su zadovoljna svojim smeštanjem u ustanovu za negu i koja

158 Evropski sud za ljudska prava, *H.L. protiv Velike Britanije*, Zahtev br. 45508/99, 5. oktobar 2004.

159 V. kao najskoriji primer u Velikoj Britaniji Vinterborn Vju izveštaj na <https://www.gov.uk/government/publications/winterbourne-view-hospital-department-of-health-review-and-response> i nedavne osuđujuće presude donete 23. avgusta 2013. protiv Pomoćnika za negu u Vips Kros bolnici <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-23808971>

160 *P protiv Češir Vesta i Česterskog saveta i drugih; P i Q protiv Saveta okruga Sari* (od 19. marta 2014.) [2014] UKSC 19

žive u okruženju bliskom njihovom domaćem, a koje je najpre odobreno od strane suda.

U žalbama se raspravljalo da li su okolnosti života u koje se smeštaju mentalno nesposobna lica predstavljale lišavanje slobode. Ukoliko je odgovor potvrđan, to bi tim licima omogućilo korišćenje mehanizama zaštite predviđenih Članom 5(4) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, što je uvedeno u zakon Velike Britanije u obliku Režima mehanizama zaštite pri lišavanju slobode u Zakonu o mentalnoj sposobnosti.

Vrhovni sud je smatrao da su dotična lica bila lišena slobode. U glavnoj presudi je naveo da sva lica, bilo da imaju invaliditet ili ne, imaju ista prava, kao što je i navedeno u Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom.¹⁶¹ Ključna pitanja za procenjivanje toga da li je došlo do lišavanja slobode ili ne, bila su: da li bilo stalnog nadzora i kontrole; i da li je dotična osoba imala slobodu da ode¹⁶². Stoga je smatrano da je u situaciji podnosioca žalbe došlo do lišavanja slobode. Saglasnost ili protivljenje dotične osobe nisu bili relevantni za ovaj slučaj.¹⁶³

Ova presuda je bitna jer značajno proširuje raspon mehanizama zaštite pri lišavanju slobode, oslanjajući se na univerzalni pristup pravu na slobodu. On takođe još više povezuje dve gorepomenute konvencije tako što priznaje Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom i njenu ulogu. Takođe proširuje pravila da nega bude bliska domaćem okruženju, dok su se ranije ona primenjivala samo na bolnice i domove za negu.

Grčka

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2012. godine¹⁶⁴.

161 Češir Vest, stav 45

162 Češir Vest, stav 49

163 Češir Vest, stav 50

164 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

- Rizik od štete zajedno sa zahtevom za lečenje i postojanjem problema mentalnog zdravlja predstavlja osnov za opravdavanje prisilnog smeštanja¹⁶⁵.
- Starateljstvo se može ukinuti samo sudskim postupkom¹⁶⁶.
- Okončanje prisilnog smeštanja je medicinska odluka koja obuhvata obaveštavanje suda nakon što se ta odluka donese¹⁶⁷.
- Postoji samo jedna presuda o gubitku sposobnosti lica i zaštitnoj meri koju treba usvojiti (umesto dve odvojene presude).¹⁶⁸
- Nema pomena uloge mišljenja dotičnog lica u prisilnim merama¹⁶⁹.

Litvanija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2010. godine¹⁷⁰.
- Puno starateljstvo je jedini dostupni vid starateljstva, a Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom nije primenjena, iako vlada radi na nacrtu zakona kojim će se uvesti potpomognuto odlučivanje¹⁷¹.
- Uslov da se pokuša sa manje restriktivnim alternativama se u Litvaniji odnosi samo na prisilno lečenje (a ne i na smeštanje u ustanovu)¹⁷².

165 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

166 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

167 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 38

168 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

169 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

170 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 63

171 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 64

172 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

- Rizik od štete u kombinaciji sa problemom mentalnog zdravlja predstavlja dovoljno opravdanje za prisilno smeštanje u ustanovu¹⁷³.
- Prisilno smeštanje ili lečenje zahteva procenu dva psihijatra i jednog doktora¹⁷⁴.
- Besplatna pravna pomoć se pruža licima koja nemaju svog predstavnika u sudskim procesima¹⁷⁵.
- Država vrši reviziju mera smeštanja u ustanovu svakih 6 meseci¹⁷⁶.
- Postoje namenske zaštitne mere nadgledanja od strane nacionalnog nadležnog organa¹⁷⁷.
- Ne postoji zakonska maksimalna dužina trajanja starateljstva¹⁷⁸.

Malta

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2012. godine¹⁷⁹.
- Rizik od štete u kombinaciji sa problemom mentalnog zdravlja predstavlja dovoljno opravdanje za prisilno smeštanje u ustanovu¹⁸⁰.
- Uslov da se pokuša sa manje restriktivnim alternativama na Malti se odnosi samo na prisilno lečenje (a ne i na smeštanje u ustanovu)¹⁸¹.

173 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

174 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 POD 36

175 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

176 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 40

177 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

178 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

179 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

180 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

181 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

- Nema pomena uloge mišljenja dotičnog lica u prisilnim merama¹⁸².
- Konačnu odluku o psihijatrijskoj proceni donosi direktor bolnice¹⁸³.
- Kada se imenuje staratelj, formira se i nalog za reviziju na svake dve godine¹⁸⁴.

Moldavija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2010. godine¹⁸⁵.
- Ima i delimično i puno starateljstvo¹⁸⁶.
- Planira da ukine starateljstvo i ima nacrt novog zakona o potpomognutom odlučivanju¹⁸⁷.

Holandija

- Potpisala je, ali nije ratifikovala Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom¹⁸⁸.
- Starateljstvo se može ukinuti samo sudskim postupkom¹⁸⁹.

182 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

183 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 37

184 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 37

185 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 66

186 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 67

187 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 67

188 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

189 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

- Predviđa pružanje besplatne pravne pomoći i obezbeđuje imenovanje advokata u svojim opsežnim odredbama o pravnoj pomoći¹⁹⁰.
- Formulacija kojom se sprečava diskriminacija osoba sa invaliditetom ne definiše invaliditet, iako nudi zaštitu upotrebom termina „hronično oboljenje“¹⁹¹.
- Rizik od štete u kombinaciji sa mentalnim oboljenjem predstavlja dovoljno opravdanje za prisilno smeštanje u ustanovu prema Holandskom zakonu¹⁹² a zabrinutost zbog potencijalne opasnosti odražava se u dugoj listi potencijalnih uzroka opasnosti u slučaju mentalno obolelih lica¹⁹³.
- Iako je samo jedan medicinski stručnjak neophodan za psihijatrijsku procenu lica zarad prisilnog smeštanja ili lečenja, sud može da imenuje dodatnog nezavisnog stručnjaka tokom prigovora, ukoliko želi.¹⁹⁴
- Predviđena su tri nivoa starateljstva, uključujući zaštitni nivo poverenja kojim se stremlji ka zaštiti imovinskih i finansijskih interesa, mentorstvo koje služi i za zaštitu nege i lečenja, i puno starateljstvo. To lice uvek imenuje sud, a na puno starateljstvo se gleda kao na krajnju opciju¹⁹⁵.
- Sud je zadužen za nadzor zaštitne mere nadgledanja kod osoba sa ograničenom pravnom sposobnošću¹⁹⁶.
- Puno starateljstvo može tražiti samo javni tužilac ili član porodice¹⁹⁷.

190 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

191 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 23

192 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

193 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 32–33

194 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

195 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 31

196 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

197 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

- Samo pojedinci (a ne i nekakav organ) mogu biti imenovani za staratelja¹⁹⁸.

Severna Irska

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2009. godine¹⁹⁹.
- Pokrenula je proces reformi kako bi kombinovala pravila utvrđena zakonom o mentalnom zdravlju i zakona o mentalnoj sposobnosti, čime će obezbediti zakonsku pretpostavku pravne sposobnosti²⁰⁰.
- Novi zakon će se primenjivati na mnoge oblasti života, uključujući socijalnu pomoć, finansije i zdravstvo, i njegov cilj je da obezbedi jednako postupanje prema osobama ako im manjka mentalne sposobnosti²⁰¹.

Poljska

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2012. godine²⁰².
- Postoje dva nivoa lišavanja pravne sposobnosti u Poljskoj. To su potpuno lišavanje koje podrazumeva starateljstvo, i delimično, koje podrazumeva kuratorijum²⁰³.

198 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 25

199 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 68

200 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 69

201 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 69

202 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 70

203 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 71

- Kada je lice lišeno sposobnosti, ono gubi pravo na glasanje, venčavanje, izbor mesta za život, i pristup pravosudnim pravima²⁰⁴.
- Rizik od štete zajedno sa zahtevom za lečenje i postojanjem problema mentalnog zdravlja predstavlja osnov za opravdavanje prisilnog smeštanja²⁰⁵.
- Sistem predviđa da lice mora dobiti informacije koje mu/joj mogu pomoći da odluči da li dobrovoljno da prihvati negu (ili lečenje) ili ne, a te informacije moraju biti odgovarajuće i individualno prilagođene²⁰⁶.
- Starateljstvo se može ukinuti samo sudskim postupkom²⁰⁷.
- Postoje dva nivoa ograničavanja lica sa ograničenom sposobnošću, koja odražavaju stari sistem sa delimičnim ili punim starateljstvom, pošto se odnose na neke pravne odluke ili sve pravne odluke²⁰⁸.
- Ne postoji uopšteno poimanje definicije invaliditeta u zakonu, iako se definicije mogu preuzeti iz drugih zakona protiv diskriminacije, ali je opšteprihvaćeno da on obuhvata probleme mentalnog zdravlja²⁰⁹.
- Poljski zakon postavlja uslov da se smeštanje i lečenje, u meri u kojoj je to moguće, zasnivaju na informisanom pristanku dotičnog lica, a kada sudija mora da donese odluku o smeštanju, od njega/nje se zahteva da upozna dotično lice²¹⁰.

204 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 71

205 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

206 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

207 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

208 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30

209 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 24

210 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

- Potrebna je samo jedna adekvatno kvalifikovana medicinska procena kako bi se ispunio pravni zahtev za psihijatrijskom procenom²¹¹.
- Pravna pomoć se ne pruža u svakom slučaju, iako sud može da odluči da li je potrebno učešće advokata, u kom slučaju se pravna pomoć odobrava²¹².
- Poljska je pokrenula promene svog sistema kako bi uvela koncepte potrebe, proporcionalnosti, fleksibilnosti i poštovanja volje dotičnog lica u meri u kojoj je to moguće, pružajući bolje zaštitne mere i ukidajući starateljstvo²¹³.
- U slučaju kuratorijuma (tj. delimičnog starateljstva), saglasnost kuratora je gotovo uvek neophodna za donošenje pravnih odluka (npr. za testament) i kurator je odgovoran za pružanje pomoći licu pri upravljanju poslovima²¹⁴.
- Ne postoji zakonska maksimalna dužina trajanja mere starateljstva, te ono teoretski može trajati doživotno²¹⁵.
- Lice pod starateljstvom može da podnese žalbu na odluku kojom se utvrđuje njegova/njena pravna sposobnost²¹⁶.

Rumunija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2011. godine²¹⁷.

211 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

212 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

213 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 28–29

214 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

215 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

216 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 39

217 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

- Rizik od štete zajedno sa zahtevom za lečenje i postojanjem problema mentalnog zdravlja predstavlja osnov za opravdavanje prisilnog smeštanja²¹⁸.
- Ne postoji uopšteno poimanje definicije invaliditeta u zakonu, iako se definicije mogu preuzeti iz drugih zakona protiv diskriminacije, ali je opšteprihvaćeno da on obuhvata probleme mentalnog zdravlja²¹⁹.
- Uslov da se pokuša sa manje restriktivnim alternativama prisilnom smeštanju ili lečenju u Rumuniji se odnosi samo na prisilno lečenje²²⁰.
- Proces medicinske procene mora da vrši psihijatar koji donosi odluku, koju će potvrditi tročlani panel, u kome su dva lica psihijatri. Donosilac same odluke može biti član panela (mada se preporučuje da ne bude, kada god je to moguće)²²¹.
- Za prisilno smeštanje potrebna su više od dva medicinska mišljenja²²².
- Rumunski pravni okvir koji se odnosi na pravnu sposobnost na snazi je od 50ih godina prošlog veka²²³.
- Postoji samo jedan vid starateljstva – puno starateljstvo kod kog dolazi do potpunog lišavanja pravne sposobnosti, pri čemu lice ne može primenjivati svoja prava ili vršiti pravne radnje prema sopstvenoj sposobnosti, već sve te radnje preuzima staratelj kojeg imenuje sud²²⁴.
- Stanje koje dovodi do nesposobnosti mora biti trajno²²⁵.

218 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

219 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 24

220 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

221 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

222 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 36

223 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 28

224 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30–31

225 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 32

- Ne postoji stvarno ograničenje toga ko može da pokrene meru starateljstva u ime lice na koje se ona odnosi²²⁶.
- Starateljstvo se može ukinuti samo sudskim postupkom (sud mora presuditi da ono više nije potrebno)²²⁷.

Rusija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2012. godine²²⁸.
- Ustavni sud je naložio da se sprovede opsežnija zaštita prava osoba sa mentalnim oboljenjima 2012²²⁹ godine, te je stoga Rusija usvojila zakon o konceptu ograničene pravne sposobnosti (tj. delimičnom starateljstvu)²³⁰.
- Staratelj pomaže licu u sprovođenju njegovih/njenih svakodnevnih prava i dužnosti, a za ozbiljnije transakcije je neophodan pristanak dotične osobe.
- Kao posledicu slučaja pred Evropskim sudom za ljudska prava, 2011. godine je Rusija usvojila proceduralne mehanizme zaštite kako bi pružila bolju zaštitu licima zadržanim u bolnicama ili pod starateljstvom²³¹.
- Lica moraju biti obavještena o slučajevima koji se po pitanju pravne sposobnosti vode protiv njih, a lice lišeno svoje pravne sposobnosti ipak može da odbije zdravstve-

226 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 34–35

227 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

228 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 72

229 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 73

230 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 73

231 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 73

nu intervenciju i da podnese zahtev sudu za povraćaj svoje sposobnosti²³².

Slovačka

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2010. godine²³³.
- Rizik od štete zajedno sa zahtevom za lečenje i postojanjem problema mentalnog zdravlja predstavlja osnov za opravdavanje prisilnog smeštanja²³⁴.
- Postoje dva nivoa ograničavanja lica sa ograničenom sposobnošću, koja odražavaju stari sistem sa delimičnim ili punim starateljstvom, pošto se odnose na neke pravne odluke ili sve pravne odluke²³⁵.
- Sposobnost može biti uskraćena ili ograničena ako zbog trajne prirode svog mentalnog oboljenja²³⁶ lice nije u mogućnosti da sprovede izvesne pravne postupke, što ih lišava mnogih pravnih prava, uključujući pravo na glasanje, venčavanje i podizanje dece²³⁷.
- Ustavni sud je presudio da uobičajena praksa sistema znači da se javni interes često stavlja ispred ličnih prava, zbog čega dolazi do kršenja pravne sposobnosti prema Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom, prava na pravnu sposobnost, prava na integritet i privatnost, pra-

232 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 73

233 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 76

234 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

235 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30

236 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 32

237 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 77

va na zaštitu od nezakonitog ometanja, u praksi i porodičnom životu, i prava na sudsku zaštitu²³⁸.

- Zaštita od diskriminacije se pruža na osnovu „zdravstvenog statusa“, a ne neke definicije invaliditeta mentalnog zdravlja²³⁹.
- Zakonom se zahteva ispunjenje dve odvojene kombinacije kriterijuma pre nego što lice može biti prisilno smešteno u ustanovu. Oni obuhvataju: ili problem mentalnog zdravlja i rizik od štete nanete dotičnoj osobi i/ili njihovoj okolini, ili problem mentalnog zdravlja i rizik da će se njihovo mentalno zdravlje značajno pogoršati²⁴⁰.
- Zakon ne predviđa iscrpljivanje svih manje restriktivnih mera pre prisilnog smeštanja lica u ustanovu²⁴¹.
- Tokom nametanja prisilne mere, nije neophodno navesti mišljenje lica na koje se ona odnosi²⁴².
- Lekar koji vrši medicinsku procenu u svrhu prisilnog smeštanja ne mora da ima iskustva u psihijatriji²⁴³.
- Njen zakon o pravnoj sposobnosti je stupio na snagu 1964. i prema Agenciji Evropske unije za fundamentalna prava, od tada nije dopunjen²⁴⁴.
- Lice može zahtevati ograničavanje svoje pravne sposobnosti ako želi²⁴⁵.

238 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 77

239 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 23

240 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31–32

241 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

242 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

243 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 35

244 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 28

245 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

- Ukoliko niko od rodbine ne može da bude staratelj licu, zakon predviđa da državni službenik ili institucija, npr. lokalni nadležni organ, može biti staratelj dotičnom licu²⁴⁶.
- Sistem starateljstva podrazumeva uslov proporcionalnosti. Staratelj nije nužno kompetentan da daje pristanak u ime dotične osobe po svim pitanjima, već to zavisi od stepena u kome ta lica mogu ili ne mogu da razumeju relevantne odluke, a što je ličnija odluka, to je više sposobnosti verovatno da će pojedinac zadržati²⁴⁷.
- Ne postoji maksimalna dužina trajanja starateljstva.²⁴⁸

Slovenija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2008. godine²⁴⁹.
- Rizik od štete zajedno sa zahtevom za lečenje i postojanjem problema mentalnog zdravlja predstavlja osnov za opravdavanje prisilnog smeštanja²⁵⁰.
- Ne postoji uopšteno poimanje definicije invaliditeta u zakonu, iako se definicije mogu preuzeti iz drugih zakona protiv diskriminacije, ali je opšteprihvaćeno da on obuhvata probleme mentalnog zdravlja²⁵¹.
- Slovenački zakon propisuje da lice može biti zakonito zadržano ukoliko su prethodno isprobane manje restriktivne alternative (ukoliko su manje intruzivna sredstva upotrebljena)²⁵².

246 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

247 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

248 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

249 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

250 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

251 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 24

252 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

- Okončanje mere koja je dovela do prisilnog smeštanja predstavlja medicinsku odluku o kojoj se nadležni sud obaveštava po hitnom postupku²⁵³.
- Predviđa pružanje besplatne pravne pomoći i obezbeđuje imenovanje advokata u svojim opsežnim odredbama o pravnoj pomoći²⁵⁴.
- Kada se mera smeštanja u ustanovu potvrdi, revizija se vrši jednom godišnje²⁵⁵.
- Postoje dva nivoa ograničavanja lica sa ograničenom sposobnošću, koja odražavaju stari sistem sa delimičnim ili punim starateljstvom, pošto se odnose na neke pravne odluke ili sve pravne odluke²⁵⁶.
- Postoji samo jedna presuda o gubitku sposobnosti lica i zaštitnoj meri koju treba usvojiti (umesto dve odvojene presude).²⁵⁷
- Postoji niz lica koje mogu pokrenuti zaštitne mere, uključujući javnog pravobranioca, člana porodice, socijalnog radnika, lice koje živi sa osobom na koju se te mere odnose, pa i samo dotično lice, koje može zahtevati ograničavanje svoje pravne sposobnosti²⁵⁸.
- Odluke donete pod starateljstvom ne moraju uzimati u obzir želje lica na koje se odnose²⁵⁹.
- Ne postoji zakonska maksimalna dužina trajanja mere starateljstva, te je u principu ono neograničeno²⁶⁰.

253 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 38

254 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 39

255 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 40

256 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30

257 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

258 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

259 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

260 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

Španija

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2007. godine²⁶¹.
- Revizija Komiteta Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom je 2011. godine preporučila reviziju zakona o starateljstvu i povereništvu, kako bi se podstakao prelaz sa zamenjskog odlučivanja na potpomognuto odlučivanje²⁶².
- Još jedna revizija je trebalo da bude gotova do decembra 2013. Pre toga je sistem još uvek dozvoljavao ograničavanje sposobnosti lica i produžetak „roditeljskog autoriteta“ i nakon navršene 18. godine života²⁶³.
- Zakonski kriterijumi u Španiji za uvođenje mera kod lica koja ne poseduju pravnu sposobnost odnose se na uzroke nesposobnosti, tj. fizičke i mentalne „nedostatke“ koji na neki način ometaju sposobnost lica da upravlja sopstvenim poslovima²⁶⁴.
- Španija ima specijalan sud koji se bavi merama ograničavanja pravne sposobnosti, uključujući i njeno utvrđivanje i ukidanje²⁶⁵.
- Lica mogu zahtevati ograničavanje sopstvene pravne sposobnosti²⁶⁶.

261 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 78

262 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 79

263 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 79

264 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 32

265 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 33

266 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

- Organi koji nisu fizička lica mogu vršiti funkciju staratelja ukoliko su neprofitni²⁶⁷.
- Lica mogu navesti svoje želje za budućnost ukoliko izgube sposobnost, npr. mogu izabrati staratelja za ubuduće²⁶⁸.
- Ne postoji zakonska maksimalna dužina trajanja starateljstva u Španiji²⁶⁹.
- Lice može da podnese žalbu na odluku koja se tiče njegove/njene pravne sposobnosti²⁷⁰.
- Ne postoji zakon kojim se reguliše prisilno smeštanje i lečenje²⁷¹.
- Zakonske odredbe koje se tiču prisilnog smeštanja ne postavljaju uslov postojanja pretnje po samo lice ili druge, već potreba za terapijskim lečenjem može biti dovoljan uslov²⁷².
- Ne postoji uslov da se najpre moraju iscrpeti sve manje restriktivne opcije od prisilnog smeštanja ili lečenja²⁷³.
- Okončanje prisilnog smeštanja je medicinska odluka o kojoj sud mora biti obavešten čim se ona donese²⁷⁴.
- Sistem starateljstva podrazumeva uslov proporcionalnosti. Staratelj nije nužno kompetentan da daje pristanak u ime dotične osobe po svim pitanjima, već to zavisi od stepena u kome ta lica mogu ili ne mogu da razumeju relevantne odluke, a što je ličnija odluka, to je više sposobnosti verovatno da će pojedinac zadržati²⁷⁵.

267 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

268 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

269 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

270 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 39

271 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 29

272 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 32

273 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 33

274 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 38

275 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

Švedska

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom 2008. godine²⁷⁶.
- Švedska je primer zemlje u kojoj promena terminologije u izvesnoj meri demonstrira promenu pristupa. Uzmimo za primer njenu preporuku da se promeni domaća terminologija u oštećenje umesto hendikep²⁷⁷.
- Rizik od štete zajedno sa zahtevom za lečenje i postojanjem problema mentalnog zdravlja predstavlja osnov za opravdavanje prisilnog smeštanja²⁷⁸.
- Sistem predviđa da lice mora dobiti informacije koje mu/joj mogu pomoći da odluči da li da dobrovoljno prihvati negu (ili lečenje) ili ne, a te informacije treba da budu odgovarajuće i individualno prilagođene²⁷⁹.
- Zakon o prisilnoj psihijatrijskoj nezi takođe propisuje proceduru po kojoj lice može biti podvrgnuto prisilnom lečenju nakon procesa od dva koraka u kome lekari donose odluku²⁸⁰.
- Prvi lekar donosi procenu da je prisilna nega neophodna, a drugi nezavisni lekar mora naložiti prisilno lečenje (to mora biti drugi lekar, a ne isti onaj koji odlučuje da se osoba smesti u ustanovu) – obično je to načelnik ustanove²⁸¹.

276 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

277 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2011 pod 22

278 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 31

279 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 34

280 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 37

281 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 36

- Upravni sud može izvršiti reviziju prinudnog smeštanja i obezbediti da drugi nezavisni psihijatar proceni dotičnu osobu²⁸².
- Švedska je u potpunosti ukinula starateljstvo u svom sistemu, zamenivši ga sa dve alterantive 1989. godine²⁸³.
- Od 1995. godine, Švedska takođe koristi sistem Ličnog ombudsmana, kompetentnog nezavisnog stručnjaka čiji je posao da predstavlja interese lica nekoliko godina, i čije se usluge koriste samo na zahtev dotičnog lica (te se smatra da je razvio/la blizak odnos sa tim pojedincem). Lični ombudsman i dotično lice zajednički odlučuju o pomoći koja je je tom licu potrebna²⁸⁴.
- Lice samo može zahtevati ograničavanje sopstvene sposobnosti²⁸⁵.
- Sistem starateljstva podrazumeva uslov proporcionalnosti. Staratelj nije nužno kompetentan da daje pristanak u ime dotične osobe po svim pitanjima, već to zavisi od stepena u kome ta lica mogu ili ne mogu da razumeju relevantne odluke, a što je ličnija odluka, to je više sposobnosti verovatno da će pojedinac zadržati²⁸⁶.
- Naročito, čak i kada je lice pod povereništvom, ono zadržava pravo da obavlja niz radnji koje nisu eksplicitno uključene u starateljstvo, kao što su stupanje u radni odnos, trošenje time stečene zarade i kontrolisanje drugih finansija, kao što je novac za penziju²⁸⁷.
- Starateljstvo se može ukinuti samo sudskim postupkom²⁸⁸.

282 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2012 pod 36

283 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 31

284 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 31

285 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 35

286 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 36

287 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 37

288 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 38

- Postoje žalbene procedure za podnošenje žalbe na odluku koja utiče na pravnu sposobnost lica²⁸⁹.
- U svoja dva sistema, Švedska ima dve vrste predstavnika za lica sa ograničenom sposobnošću. Poverenika, koji je staratelj kojeg imenuje sud, a kojem za postupanje i pravno obavezujuće odlučivanje ne treba pristanak osobe na koju se to odnosi; i mentora kojeg može izabrati dotično lice, a kome je neophodan pristanak tog lica za donošenje pravno obavezujućih odluka u njegovo/njeno ime (i mentor može biti imenovan od strane suda)²⁹⁰.

Ukrajina

- Ratifikovala je Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom²⁹¹.
- Koristi starateljstvo²⁹².
- Staratelji su u obavezi da postupaju u „najboljem interesu“ lica na koje se ti postupci odnose²⁹³
- Ne postoji mehanizam provere toga da li staratelj zapravo postupa u najboljem interesu dotičnog lica²⁹⁴.
- Lice pod starateljstvom ne može da ukine starateljstvo podnošenjem zahteva ili sudskim postupkom²⁹⁵.

289 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 39

290 Agencija Evropske unije za fundamentalna prava, 2013 pod 30

291 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 80

292 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 80

293 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 81

294 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 81

295 Centar za zastupanje prava osoba sa mentalnim smetnjama u Evropi, pod 81

INTRODUCTORY NOTE

The task of the AIRE Centre has been to provide a comparative review of European and worldwide standards on care for persons with mental disabilities. This will include a focus on the legal frameworks in other countries. It has also been asked to study the highest standards achieved within these legal frameworks, with a view to implementing the optimal model in Serbia by studying the best practices currently available for protecting the rights of persons with mental disabilities.

The AIRE Centre is a European law centre which has provide information, advice and litigation assistance for 20 years to individuals on matters of European law, including on the European Convention on Human Rights, the European Social Charter and the Revised Social Charter and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The AIRE Centre also provides information and advice on international human rights law, and has trained judges, public officials and human rights non-governmental organisations both in the UK and across the 47 members state of the Council of Europe.

The AIRE Centre was granted permission by the Supreme Court of the UK to intervene in the case of P and Q, “Cheshire West”, which has had judgment recently handed down. The case concerned assessing whether a person had been deprived of their liberty in the context of persons with mental disabilities who also lacked the capacity to consent to placement or treatment.

The AIRE Centre has also submitted evidence to the UK House of Lords Select Committee examining the implementation of the Mental Capacity Act 2005, which regulates the domestic legal framework for those persons with a mental disability who also lacks the capacity to consent. It commented in particular on the application of international legal standards in relation to the deprivation of liberty of those deemed as lacking the capacity to consent, and the relevant safeguards.

The AIRE Centre has also provided comments to the Council of Europe Committee on Bioethics in relation to its drafting of a draft Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on mental health, and made oral submissions at a hearing on the draft Additional Protocol.

The AIRE Centre's knowledge and expertise is limited to the applicable international legal standards rather than any direct experience or expertise involving contact with patients in situations in which mental health is being assessed or care is being provided to those persons.

COMPARATIVE REVIEW OF EUROPEAN AND WORLDWIDE STANDARDS OF CARE FOR PERSONS WITH MENTAL DISABILITIES

THE LEGAL AND POLITICAL FRAMEWORK AT THE REGIONAL AND INTERNATIONAL LEVELS

International standards – treaties

United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

The CRPD sets out the gold standard for the care of persons with disabilities, including those with mental disabilities. It introduces a new way of thinking about disabilities and 143 states have acceded to it at this point¹. This includes the European Union which has acceded with limited reservations². It is a driver for domestic change and its core message is that persons with disabilities are subjects deserving of respect and equal treatment rather than objects.

The CRPD promotes a social model of disability, which understands disability as arising out of the interaction of

1 As at 29 March 2013 from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

2 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

personal impairments and social, physical and attitudinal barriers.³The potential benefits of this model in driving positive change have been widely recognised. There drives the shift towards understanding disabled persons as active subjects and away from an attitude of objectification.

In light of the CRPD, the Council of Europe (CoE) Commissioner for Human Rights⁴ has recognised the value of this approach:

“[the social model of disability]recognises that people are not limited in their choices because of any inherent feature or condition of the person him or herself, but by the social and physical environment in which they live. In enabling environments, things are not done to a person, but rather people are supported, just like anyone else, to make independent and autonomous (and in some cases supported) decisions.”⁵

However, it has also been noted that the social model is not without its challenges and limitations: there will be times when the conditions or impairments of a person with disabilities will be such that they cannot be equalised by supportive social responses, particularly given the fact that state and private obligations in that regard are not unlimited.⁶ It is not yet wholly clear how the CRPD will be interpreted in relation

3 See the non-exhaustive definition of disability in Article 1 of the UN CRPD.

4 The Council of Europe Committee of Ministers has also indicated a move to the social model: see Rec (2006) 5, section 2.2

5 Council of Europe Commissioner for Human Rights paper: The right of people with disabilities to live independently and be included in the community, [CommDH/IssuePaper(2012)3]

6 Peter Bartlett, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law (2012) 75(5) MLR 752–778, page 759; see also the FRA report 2012: Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, page 7

to these issues, but it clearly marks an important shift. Various studies have been conducted across European states at the domestic level in light of the contents of the CRPD and at least [10] European states are in the process of considering or drafting new procedures to align with the CRPD, including Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Ireland, Moldova, Northern Ireland, Slovakia, Spain, Ukraine⁷ and England and Wales⁸.

Article 1 (Purpose)

The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.

Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.

The definition of disability has historically caused vast difficulties. At Article 1 the CRPD provides a non-exhaustive definition (see above) to ensure that it is not exclusionary⁹. It includes longer-lasting mental health concerns of persons¹⁰.

7 Legal Capacity in Europe: A Call to Action to Governments and to the EU, Mental Disability Advocacy Centre 2013 (“MDAC Europe”) at 45, 47, 49, 67, 69, 77, 79, 81

8 England and Wales has received recommendations by the House of Lords Select Committee to reform its legislation on mental capacity, and from the UK Supreme Court which expressly relied on the CRPD in its judgment in *Cheshire West* (see *infra*).

9 The legal protection of persons with mental health problems under non-discrimination law, European Union Agency for Fundamental Rights, 2011 (“FRA 2011”) at 10

10 FRA 2011 at 10

Article 3 – General principles

The principles of the present Convention shall be:

- a) Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons;
- b) Non-discrimination;
- c) Full and effective participation and inclusion in society;
- d) Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity;
[...]
- h) Respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities.

These principles set up some core values and rights that the state should protect for persons with disabilities.

Article 12 – Equal recognition before the law

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

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.

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 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.

5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate 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.

Under Article 12 of the CRPD, persons with mental disabilities are recognized as having full and equal rights before the law. It enshrines the idea that those who need support in decision making as a consequence of their disability should be provided that support by the state. Article 12 sets out 4 key points for states:

- "recognition everywhere as persons before the law"¹¹: that all persons have legal personality irrespective of the degree of their disability and without this they will be deprived of a range of other rights¹².
- "legal capacity"¹³: can no longer be denied as a consequence of a person having some sort of disability¹⁴.
- "support...in exercising legal capacity"¹⁵: this is in line with the CRPD rejection of the concept of incapacity.

11 Article 12(1) of the CRPD

12 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 ("EDF Report") at 4

13 Article 12(2) of the CRPD

14 EDF Report at 4

15 Article 12(3) of the CRPD

It highlights the need for support which is proportionate to the need of the person so they are able to make a range of decisions built on personal knowledge of that person and relying on a relationship of trust between the supporter and the supported. Some persons will require a very high level of support. There have been calls for tests of practical models that fit these requirements by states, since the practical enforcement of supported decision making for those with complex decisions or persons who are very impaired presents some challenges¹⁶.

- “safeguards”¹⁷: states should ensure there are appropriate and effective safeguards in place which apply equally to persons whether or not they have a disability. Practically, this means there should be independent assessment of whether supported decision making is required, relying on experts and with constant checks on the role of the supporter along with frequent review¹⁸. Crucially the safeguards and the rest of the provision for support should be separated¹⁹.

The European Disability Forum highlights 8 recommendations for states parties to aid them in implementing the objectives contained in Article 12 of the CRPD²⁰:

States should promote and support the self-determination of people with disabilities by promoting networks of persons, independent living and training in areas such as social networks²¹;

16 EDF Report at 5

17 Article 12(4) of the CRPD

18 EDF Report at 6

19 EDF Report at 6

20 EDF Report at 6

21 EDF Report at 6

State should replace guardianship or its equivalents with supported decision making by abolishing laws that remove legal capacity. They should ensure that new legislation does not usher in substituted decision making disguised as supportive procedures and that legal safeguards are in place which are proportionate to the need of a person and ensure protection of their rights²².

Develop a supported decision making system which legally regulates the most significant areas affecting the life of a person with disabilities. The process should be subject to review, informal networks should be encouraged, there should be adequate funding and independent human rights institutions should monitor the transition²³.

Support persons should be registered and the state should establish criteria for their selection, where possible they should be selected with the consent of the person being supported. They should receive training and regular review. The local population should be informed of the supported decision making process²⁴.

States should provide safeguards for the rights of those persons who are unable to overcome communication barriers and “inability to establish communication must not be confused with an inability to communicate”²⁵. Measures that are may violate the person’s personal integrity should only be undergone with their informed consent and supporters should receive training on a range of ways of communication.²⁶

22 EDF Report at 7

23 EDF Report at 8

24 EDF Report at 8

25 EDF Report at 9

26 EDF Report at 10

Conflicts between supported and supported should be prevented and resolved relying on independent mechanisms aimed at preventing abuse and that are easily accessible for the supported person²⁷.

Safeguards should be higher where a person has greater support needs²⁸.

Mainstream protection mechanisms should be made accessible so that persons with disabilities are not as vulnerable to abuse in this sphere²⁹.

The Mental Disability Advocacy Centre has made similar recommendations in this regard:

- “recognize the right to legal capacity;
- respect the will and preference of the individual;
- provide the opportunity to challenge and modify support arrangements;
- recognize that supported decision-making is built on relationship of trust;
- assign clear roles to supported to provide information to help the person with a disability to make choices, and to assist the person to communicate these choices to third parties (such as banks, doctors, employers, etc);
- accommodate for individuals who communicate unconventionally;
- prevent and remedy exploitation, violence and abuse, as outlined in Article 16 of the CRPD;
- carefully structure and monitor these provisions and safeguards to ensure that they do not over-regulate the

27 EDF Report at 10

28 EDF Report at 10

29 EDF Report at 11

lives of the individuals utilizing them and become invasive and burdensome; and

- ensure that third parties give legal recognition to the role of support people and to decisions made with supported.”³⁰

Article 14 – Liberty and security of the person

1. States Parties shall ensure that persons with disabilities, on an equal basis with others:

- a. Enjoy the right to liberty and security of person;
- b. Are not deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily, and that any deprivation of liberty is in conformity with the law, and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty.

2. States Parties shall ensure that if persons with disabilities are deprived of their liberty through any process, they are, on an equal basis with others, entitled to guarantees in accordance with international human rights law and shall be treated in compliance with the objectives and principles of this Convention, including by provision of reasonable accommodation.

Article 14 of the CRPD relates to liberty and security of person. It raises important issues around the right to liberty of persons with disabilities, including potential conflicts with other international standards and domestic law. In particular it is important in relation to involuntary placement of persons when they are placed somewhere against their will.

At least three key points emerge from Article 14 that may help to understand the meaning of ‘deprivation of liberty’ in the context of disability:

- Persons with disabilities should enjoy the right to liberty on an equal basis with others.

30 MDAC Europe at 27

- The existence of a disability should in no case justify a deprivation of liberty.
- Any deprivation of liberty should be met with proper safeguards.

Article 14 appears potentially to conflict with the justification of detention of persons on the basis of unsound mind contained in Article 5(1) of the European Convention on Human Rights (“ECHR”) (see *infra*).³¹ The UN High Commissioner for Human Rights has referred to this provision as a radical departure from the ECHR’s approach.³² It may be attractive to interpret ‘deprivation of liberty’ narrowly in order to lessen the scope of any such conflict. However, Article 14 does not require that persons with mental health problems may never be detained. The Reporting Guidelines on Article 14 for State parties of the CRPD state:

*“This article ensures that persons with disabilities enjoy the right to liberty and personal security, and are not deprived of their liberty, unlawfully or arbitrarily, on the basis of the existence of a disability.”*³³

This can be read as indicating that a deprivation of liberty on the basis of a disability that is not unlawful or arbitrary may therefore be justifiable.

However, there remains a potential conflict with both UK and other international standards in the requirement that

-
- 31 For a discussion of this potential conflict and its consequences in international law, see Philip Fennell and Urfan Khaliq, *Conflicting or complementary obligations? The UN Disability Rights Convention, the European Convention on Human Rights and English law*, E.H.R.L.R. 2011, 6, 662–674
 - 32 UN High Commissioner for Human Rights Annual Report, A/HRC//10/48 (26 January 2009), paragraph 48
 - 33 Here is a link to the Reporting Guidelines: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/CRPD-C-2-3.pdf>

the existence of a disability should in no case justify a deprivation of liberty. The interpretation of this provision by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities will be very important in determining whether this conflict is real. To date, the indications are that it is. For example, the Committee in the Concluding Observations on Spain recommend that Spain “repeal provisions that authorize involuntary internment linked to an apparent or diagnosed disability”.³⁴ Furthermore, in its Concluding Observations on Tunisia the Committee expressed concern “that having a disability, including an intellectual or psychosocial disability, can constitute a basis for the deprivation of liberty under current legislation” before recommending the repeal of that legislation.³⁵ Similar concerns about the permissibility of deprivation of liberty on the grounds of disability are expressed in the Concluding Observations on Peru³⁶ and China.³⁷

The UN High Commissioner for Human Rights has pointed out that proposals were made during the drafting of the CRPD to prohibit deprivations of liberty based *solely* on disability. Those proposals were rejected. The High Commissioner deduces that this means that a deprivation of liberty cannot be justified on the basis of a combination of grounds,

34 The Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Spain (CRPD/C/ESP/CO/1 (19 October 2011)), paragraph 36

35 The Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Tunisia (CRPD/C/TUN/CO/1 (13 May 2011)), paragraph 24–25

36 The Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Peru (CRPD/C/PER/CO/1 (16–20 April 2012)), paragraph 28–29

37 The Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on China (CRPD/C/CHN/CO/1 (17–28 September 2012)), paragraph 23–24

one of which is the presence of a mental or intellectual disability.³⁸ The High Commissioner concludes:

“This should not be interpreted to say that persons with disabilities cannot be lawfully subject to detention for care and treatment or to preventive detention, but that the legal grounds upon which restriction of liberty is determined must be de-linked from the disability and neutrally defined so as to apply to all persons on an equal basis.”³⁹

Article 15 – Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

1. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his or her free consent to medical or scientific experimentation.
2. States Parties shall take all effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent persons with disabilities, on an equal basis with others, from being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

This directly incorporates the language of Article 7 of the ICCPR and should be read alongside Articles 17 and 25 of the CRPD⁴⁰.

Article 17 – Protecting the integrity of the person

Every person with disabilities has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others.

38 UN High Commissioner for Human Rights Annual Report, A/HRC//10/48 (26 January 2009), paragraph 48

39 UN High Commissioner for Human Rights Annual Report, A/HRC//10/48 (26 January 2009), paragraph 49

40 Involuntary placement and treatment of persons with mental health problems, FRA 2012 (“FRA 2012”) at 22

This is specifically aimed at addressing the issue of involuntary treatment and the CRPD Committee requires states to report to it on the measures they have adopted to ensure that treatment is provided with the free and informed consent of the person.⁴¹

Article 25 – Health

States Parties recognize that persons with disabilities have the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health without discrimination on the basis of disability. States Parties shall take all appropriate measures to ensure access for persons with disabilities to health services that are gender-sensitive, including health-related rehabilitation. In particular, States Parties shall:

a. Provide persons with disabilities with the same range, quality and standard of free or affordable health care and programmes as provided to other persons, including in the area of sexual and reproductive health and population-based public health programmes;

b. Provide those health services needed by persons with disabilities specifically because of their disabilities, including early identification and intervention as appropriate, and services designed to minimize and prevent further disabilities, including among children and older persons;

c. Provide these health services as close as possible to people's own communities, including in rural areas;

d. Require health professionals to provide care of the same quality to persons with disabilities as to others, including on the basis of free and informed consent by, inter alia, raising awareness of the human rights, dignity, autonomy and needs of persons with disabilities through training and the promulgation of ethical standards for public and private health care;

41 FRA 2012 at 22

e. Prohibit discrimination against persons with disabilities in the provision of health insurance, and life insurance where such insurance is permitted by national law, which shall be provided in a fair and reasonable manner;

f. Prevent discriminatory denial of health care or health services or food and fluids on the basis of disability.

Article 25 brings together the concepts of free and informed consent and of autonomy, human right and dignity of persons with disabilities. The European Agency for Fundamental Human Rights has stated that until the CRPD committee decides on what an interpretation of Articles 15, 17 and 25 might mean when they are combined these provisions will be challenging to apply at a practical level⁴².

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

Article 9 (liberty and security)

- Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.
- Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.
- Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in

42 FRA 2012 at 23

custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

- Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.
- Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

This is the earliest legally binding document guaranteeing a right to liberty and is understood as applying to persons with mental health problems⁴³. It sets out basic standards including safeguards⁴⁴ and the right to an effective remedy⁴⁵.

Article 16 (right to recognition before law)

Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law.

This is the source of the right to equal recognition before the law which we see contained also in Article 12 of the CRPD. Various UN bodies have asserted the importance of the link between legal capacity and a person's capability to assert their other fundamental rights, in particular as a way of asserting their rights to protect themselves from torture or deprivation of liberty⁴⁶.

43 FRA 2012 at 14

44 Article 9(4) of the ICCPR

45 Article 2(3) of the ICCPR

46 FRA 2013 at 14

AIRE Centre selections from General Comment No. 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

What are General Comments?

General Comments (GC) are drafted by all the Committees which monitor compliance by states of international treaties. Usually there is a committee for each international treaty. There are international obligations contained in specific covenants or conventions, owed by states which have signed up to the particular treaty, in this case a UN human rights instrument, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (the UNCRPD).. The Committee monitoring compliance draws on the information that the it has received from the States Parties (and from any “shadow” reports sent in by INGO’s) and addresses specific issues that those reports disclose. Sometime they refer – as in this case – to a particular article of a convention; sometimes they refer to a specific aspect of its implementation. They are intended to assist states in understanding the **content** of particular aspects of the relevant Convention.

What is the significance of this GC?

This GC is a comment on Article 12 of the UNCRPD. (Equal recognition before the law) (attached). This article provides for equal recognition before the law of persons with disabilities. The Article (and thus also the GC) is of general application and covers persons with all types of disabilities

both physical, mental and psycho-social. Many of its comments and recommendations are more oriented towards the rights of people with physical disabilities. But several are of particular relevance to people whose disability is mental or psychosocial.

What does the GC address?

It addresses the “*general failure to understand that the **human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision-making***”. This means that instead of the state (or other persons) taking decisions on behalf of person with disabilities, those persons should be “supported” in taking their own decisions. The freedom of a person with disabilities to make choices – including, importantly, the freedom to make “bad” choices is emphasised.

*It also addresses the important of upholding the shift from an assessment of “**best interests**” paradigm to one that is predicated on the “**best interpretation of will and preferences**”*

Historically, persons with disabilities have been denied their right to legal capacity in many areas in a discriminatory manner under substitute decision-making regimes such as guardianship, conservatorship and mental health laws that permit forced treatment. These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others.

All persons with disabilities, including those with physical, mental, intellectual or sensory impairments, can be affected by denial of legal capacity and substitute decision-making. However, **persons with cognitive or psycho-social disabilities** have been, and still are, disproportionately affected by substitute decision-making regimes and denial of legal capacity. The Committee reaffirms that a person’s status as

a person with a disability or the existence of an impairment (including a physical or sensory impairment) must never be grounds for denying legal capacity or any of the rights provided for in article 12.

Legal capacity and mental capacity are distinct concepts

Legal capacity is the ability to hold rights and duties (legal standing) and to exercise these rights and duties (legal agency). It is the key to accessing meaningful participation in society.

Mental capacity refers to the decision-making skills of a person, which naturally vary from one person to another and may be different for a given person depending on many factors, including environmental and social factors.

Legal capacity consists of two strands. The first is the **legal standing** to have rights, to be recognized as a legal person before the law. The second is the **legal agency** to act on those rights, and to have those actions recognized by the law.

It is this component that is frequently denied or diminished for persons with disabilities. Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. Therefore, both these strands of legal capacity must be recognized for the right to legal capacity for persons with disabilities to be fulfilled; they cannot be separated.

Mental capacity: The concept of mental capacity is highly controversial in and of itself. It is not, as it is commonly presented, an objective, scientific and naturally occurring phenomenon. Mental capacity is contingent on social and political contexts, as are the disciplines, professions and practices which play a dominant role in assessing mental capacity.

Conflation of legal and mental capacity: In most of the State party reports that the Committee has examined so far,

the concepts of mental and legal capacity have been conflated so that where a person is considered to have impaired decision-making skills, often because of a cognitive or psychosocial disability, his or her legal capacity to make a particular decision is consequently removed. This is decided simply:

on the basis of the diagnosis of an impairment (**status approach**), or

where a person makes a decision that is considered to have negative consequences (**outcome approach**), or

where a person's decision-making skills are considered to be deficient (**functional approach**).

The functional approach attempts to assess mental capacity and deny legal capacity accordingly. (Often based on whether an individual can understand the nature and consequences of a decision and/or whether she/he can use or weigh the relevant information.) This functional approach is flawed for two key reasons. The first is that it is discriminatorily applied to people with disabilities. The second is that it presumes to be able to accurately assess the inner-workings of the human mind and to then deny a core human right – the right to equal recognition before the law – when an individual does not pass the assessment. In all these approaches, a person's disability and/or decision-making skills are taken as legitimate grounds for denying his or her legal capacity and lowering his or her status as a person before the law.

Article 12 does not permit such **discriminatory denial** of legal capacity, but rather requires that support be provided in the exercise of legal capacity.

Support in the exercise of legal capacity must respect the rights, will and preferences of persons with disabilities and should never amount to substitute decision-making.

Advance planning *It is frequently the case – for example in the early stages of the onset of senile dementia– that indi-*

viduals are able to state their will and preferences which should then be followed when they are no longer able to make these clear. These are often called “advance directives”

The ability to plan in advance is an important form of support. People can state their will and preferences which should be followed at a time when they may not be in a position to communicate their wishes to others. **All persons with disabilities have the right to engage in advance planning and should be given the opportunity to do so on an equal basis with others.** A choice of various forms of advance planning mechanisms can be provided by State parties to accommodate various preferences, but all options should be non-discriminatory..

The point at which an advance directive enters into force (and ceases to have effect) should be decided by the person in the text of the directive and should not be based on an assessment that the person lacks mental capacity.

The difference between “best interpretation of will and preference” and “best interests” determinations – *this part of the comment steers authorities away from an approach that is predicated on what **the authorities** consider to be in the person’s “best interests” and towards an approach that it predicated on attempting to interpret the “will and preference” of the individual*

Where, after significant efforts have been made, it is not practicable to determine the will and preference of an individual, ‘best interpretation of will and preference’ must replace ‘best interests’ determinations. This respects the rights, will and preferences of the individual, according to Article 12 (4).

The ‘best interests’ principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The ‘will and preference’ paradigm must replace the ‘best interests’ para-

digm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others.

Supported decision making

Access to finance and property has traditionally been denied to persons with disabilities based on the medical model of disability. This approach of denying persons with disabilities legal capacity for financial matters must be replaced with support to exercise legal capacity, in accordance with article 12, paragraph 3

State parties concerned must “review the laws allowing for guardianship and trusteeship, and take action to develop laws and policies to **replace regimes of substitute decision-making by supported decision-making**, which respects the person’s autonomy, will and preferences”.

Substitute decision-making regimes (which the GC says must be replaced) can take many different forms, including plenary guardianship, judicial interdiction and partial guardianship. They have certain common characteristic and **can be defined as systems where**

(i) legal capacity is removed from a person, even if this is just in respect of a single decision;

(ii) a substitute decision-maker can be appointed by someone other than the person concerned, and this can be done against his or her will or

(iii) any decision made by a substitute decision-maker is based on what is believed to be in the objective “best interests” of the person concerned, as opposed to being based on the person’s own will and preferences.

Supported decision-making regimes (which the GC says should replace substitute decision making) can also take many forms, but they should all incorporate certain key pro-

visions to ensure compliance with article 12 of the Convention, including the following:

(i) Supported decision-making must be available to all. A person's level of support needs (especially where these are high) should not be a barrier to obtaining support in decision-making;

(ii) All forms of support in the exercise of legal capacity (including more intensive forms of support) must be based on the will and preference of the person, not on what is perceived as being in his or her objective best interests;

(iii) A person's mode of communication must not be a barrier to obtaining support in decision-making, even where this communication is non-conventional, or understood by very few people;

(iv) Legal recognition of the support person(s) formally chosen by a person must be available and accessible, and the State has an obligation to facilitate the creation of support, particularly for people who are isolated and may not have access to naturally occurring supports in the community. This must include a mechanism for third parties to verify the identity of a support person as well as a mechanism for third parties to challenge the action of a support person if they believe that the support person is not acting based on the will and preference of the person concerned;

(v) In order to comply with the requirement set out in article 12, paragraph 3, of the Convention that State parties must take measures to "provide access" to the support required, State parties must ensure that support is available at nominal or no cost to persons with disabilities and that lack of financial resources is not a barrier to accessing support in the exercise of legal capacity;

(vi) Support in decision-making must not be used as justification for limiting other fundamental rights of persons

with disabilities, especially the right to vote, the right to marry (or establish a civil partnership) and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty;

(vii) The person must have the right to refuse support and terminate or change the support relationship at any time;

(viii) Safeguards must be set up for all processes relating to legal capacity and support in exercising legal capacity. The goal of safeguards is to ensure that the person's will and preferences are respected.

(ix) The provision of support to exercise legal capacity should not hinge on mental capacity assessments; new, non-discriminatory indicators of support needs are required in the provision of support to exercise legal capacity.

Training

Police officers, social workers, and other first responders must be trained to recognize persons with disabilities as full persons before the law and to give the same weight to complaints and statements from persons with disabilities as they would give to non-disabled persons. This entails training and awareness-raising in these important professions.

Liberty and security

The denial of the legal capacity of persons with disabilities and their detention in institutions against their will, either without their consent or with the consent of a substitute decision-maker, is an ongoing problem. This practice constitutes arbitrary deprivation of liberty and violates articles 12 and 14 of the Convention. State parties must refrain from such practices and establish a mechanism to review cases whereby persons with disabilities have been placed in a residential setting without their specific consent.

Forced treatment by psychiatric and other health and medical professionals is a violation of the right to equal recognition before the law and an infringement of the rights to personal integrity (art. 17), freedom from torture (art. 15), and freedom from violence, exploitation and abuse (art. 16). This practice denies the legal capacity of a person to choose medical treatment and is therefore a violation of article 12 of the Convention. State Parties must, instead, respect the legal capacity of persons with disabilities to make decisions at all times, including in crisis situations, ensure that accurate and accessible information is provided about service options and that non-medical approaches are made available, and provide access to independent support. State parties have an obligation to provide access to support for decisions regarding psychiatric and other medical treatment.

Forced treatment is a particular problem for persons with psychosocial, intellectual and other cognitive disabilities. State parties must abolish policies and legislative provisions that allow or perpetrate forced treatment, as it is an ongoing violation found in mental health laws across the globe, despite empirical evidence indicating its lack of effectiveness and the views of people using mental health systems who have experienced deep pain and trauma as a result of forced treatment. The Committee recommends that State parties ensure that decisions relating to a person's physical or mental integrity can only be taken with the free and informed consent of the person concerned.

Segregation:

*This section looks at the ongoing problem of placing people in institutions but whilst emphasising the right to support in the exercise of legal capacity, but apart from emphasising the role of “communities” does not address the question of **how** the state should carry out its obligations to provide for independent living for those who cannot provide for themselves under article 19*

The segregation of persons with disabilities in institutions continues to be a pervasive and insidious problem that violates a number of the rights guaranteed under the Convention. The problem is exacerbated by the widespread denial of legal capacity to persons with disabilities, which allows others to consent to their placement in institutional settings. The directors of institutions are also commonly vested with the legal capacity of the persons residing therein. This places all power and control over the person in the hands of the institution.

In order to comply with the Convention and respect the human rights of persons with disabilities, deinstitutionalization must be achieved and legal capacity must be restored to all persons with disabilities, who must be able to choose where and with whom to live (art. 19). A person's choice of where and with whom to live should not affect his or her right to access support in the exercise of his or her legal capacity.

Implementation at national level to ensure the full implementation of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

State parties should:

(a) Recognize persons with disabilities as persons before the law, having legal personality and legal capacity in all aspects of life, on an equal basis with others. This requires the abolition of substitute decision-making regimes and mechanisms that deny legal capacity which discriminate in purpose or effect against persons with disabilities. It is recommended that State Parties create statutory language protecting the right to legal capacity on an equal basis for all;

(b) Establish, recognize and provide persons with disabilities with access to a broad range of supports in the exercise of their legal capacity. Safeguards for these supports must be premised on respect for the rights, will and preferences of

persons with disabilities. The supports should meet the criteria set out in paragraph 25 above on the obligations of State parties to comply with article 12, paragraph 3, of the Convention;

(c) Closely consult with and actively involve persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the development and implementation of legislation, policies and other decision-making processes give effect to article 12.

State Parties are encouraged to:

undertake or devote resources to the research and development of best practices respecting the right to equal recognition of the legal capacity of persons with disabilities and support in the exercise of legal capacity;

develop effective mechanisms to combat both formal and informal substitute decision-making;

ensure that persons with disabilities have the opportunity to make meaningful choices in their lives and develop their personalities, to support the exercise of their legal capacity.

INTERNATIONAL STANDARDS – RECOMMENDATIONS, STATEMENTS, RESOLUTIONS OR REPORTS

These recommendations or reports are non-binding. However, they provide a useful indication of the accepted international standards and norms relating to the care of persons with mental health disabilities, in particular in relation to the avoidance of torture or ill treatment, legal capacity involuntary placement and treatment and deprivation of liberty.

UN Report of the Special Rapporteur on Torture, Manfred Nowak (A/63/175) 28 July 2008

62. The use of psychiatry as a means of torture or ill-treatment for the purpose of political repression, in the context of the fight against terrorism and, to a lesser extent, in treatment inflicted in order to attempt to suppress, control and modify the sexual orientation of individuals has been well documented. However, the Special Rapporteur notes that abuse of psychiatry and forcing it upon persons with disabilities, and primarily upon persons with mental or intellectual disabilities, warrants greater attention.

63. Inside institutions, as well as in the context of forced outpatient treatment, psychiatric medication, including neuroleptics and other mind-altering drugs, may be administered to persons with mental disabilities without their free and informed consent or against their will, under coercion, or as a form of pu-

nishment. The administration in detention and psychiatric institutions of drugs, including neuroleptics that cause trembling, shivering and contractions and make the subject apathetic and dull his or her intelligence, has been recognized as a form of torture. In *Viana Acosta v. Uruguay*, the Human Rights Committee concluded that the treatment of the complainant, which included psychiatric experiments and forced injection of tranquilizers against his will, constituted inhuman treatment. The Special Rapporteur notes that forced and non-consensual administration of psychiatric drugs, and in particular of neuroleptics, for the treatment of a mental condition needs to be closely scrutinized. Depending on the circumstances of the case, the suffering inflicted and the effects upon the individual's health may constitute a form of torture or ill-treatment.

UN Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan, E. Mendez (A/HRC/22/53) (1 Feb 2013)

89. The Special Rapporteur calls upon all States to:

[...]

(b) Impose an absolute ban on all forced and non-consensual medical interventions against persons with disabilities, including the non-consensual administration of psychosurgery, electroshock and mind-altering drugs such as neuroleptics, the use of restraint and solitary confinement, for both long- and short-term application. The obligation to end forced psychiatric interventions based solely on grounds of disability is of immediate application and scarce financial resources cannot justify postponement of its implementation.

(c) Replace forced treatment and commitment by services in the community. Such services must meet needs expressed by persons with disabilities and respect the autonomy, choices, dignity and privacy of the person concerned, with an emphasis on alternatives to the medical model of mental health, including

peer support, awareness-raising and training of mental health-care and law enforcement personnel and others.

[...] ⁴⁷

**UN Committee on the Rights of Persons with
Disabilities – Draft General Comment
on Article 12 (25 November 2013):**

7. States must holistically examine all areas of law to ensure that the right of persons with disabilities to legal capacity is not restricted on an unequal basis with others. Historically, persons with disabilities have been denied their right to legal capacity in many areas in a discriminatory manner under substitute decision-making regimes such as guardianship, conservatorship and mental health laws that permit forced treatment. These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others.

[...]

38. As has been stated in several concluding observations, forced treatment by psychiatric and other health and medical professionals is a violation of the right to equal recognition before the law and an infringement of the rights to personal integrity (art. 17), freedom from torture (art. 15), and freedom from violence, exploitation and abuse (art. 16). This practice denies the legal capacity of a person to choose medical treatment and is therefore a violation of article 12 of the Convention. States parties have an obligation to provide access to support for decisions regarding psychiatric and other medical treatment. Forced treatment is a particular problem for persons with psychosocial, intellectual and other cognitive disabilities. States must abolish

47 UN Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan, E. Mendez (A/HRC/22/53) (1 Feb 2013) at paragraph 89

policies and legislative provisions that allow or perpetrate forced treatment, as it is an ongoing violation of mental health laws across the globe, despite empirical evidence indicating its lack of effectiveness and the views of people using mental health systems who have experienced deep pain and trauma as a result of forced treatment. The Committee recommends that States parties ensure that decision relating to a person's physical or mental integrity can only be taken with the free and informed consent of the person concerned.⁴⁸

UN Working Group on Arbitrary Detention

There is some evidence that the United Nations' approach before the introduction of the CRPD is reflective of a medical model of disability. See the following extract from a report of the Working Group on Arbitrary Detention:

“Various factors may give rise to deprive of his liberty someone, showing the signs of mental illness: to conduct a medical examination whether or not that person is in fact suffering from mental illness, and if so, to identify the nature of the illness. If his mental illness is established, deprivation of liberty may be motivated by the need of medical treatment, to which the patient is unwilling to subject himself. In addition, in some cases confinement of psychiatric patients in closed institutions may prove necessary to prevent the harm which the patient might cause to others or to himself.”⁴⁹

48 UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities – Draft General Comment on Article 12 (25 November 2013) at paragraphs 7 and 38

49 E/CN.4/2005/6, 1 December 2004, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Sixty-first session, Item 11 (a) of the provisional agenda, CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, INCLUDING THE QUESTION OF TORTURE AND DETENTION, Report of the Working Group on Arbitrary Detention (“HRC Report”)

This approach requires the establishment of a medical diagnosis and, if such a diagnosis is forthcoming, enables a consideration of whether a deprivation of liberty may be necessary.

After this passage the Working Group go on to consider the important protections in place to safeguard individuals who are deprived of their liberty, including the safeguard of regular independent review.⁵⁰ It adopts an interpretation of ‘deprivation of liberty’ that seems to attempt to ensure that these safeguards apply in certain objectively determinable concrete circumstances. The Working Group states:

“Psychiatric detention as an administrative measure may be regarded as deprivation of liberty when the person concerned is placed in a closed establishment which he may not leave freely.”⁵¹

Notably, this test does not appear to take into account as a factor the degree of severity of the person’s impairment or the ‘normality’ of their life in the establishment. This is in line with Article 14 of the CRPD.

50 HRC Report at paragraph 58

51 Ibid., paragraph 58(a)

EUROPEAN STANDARDS – TREATIES

European Convention on Human Rights (ECHR) (including jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR))

Article 3 (Prohibition on torture)

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

It is clear and well recognised that persons who are deprived of their liberty are more vulnerable to abuse than those who retain their autonomy and independence so that the protection of Article 3 ECHR (the prohibition on inhuman or degrading treatment) may be involved⁵². There are relatively few cases at the ECtHR on mental health treatment and Article 3.

Kudla v. Poland sets out the standards for inhuman and degrading treatment stating:

*“the Court has consistently stressed that the suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment.”*⁵³

52 See for example in the UK most recently the Winterbourne View Report <https://www.gov.uk/government/publications/winterbourne-view-hospital-department-of-health-review-and-response> and the recent convictions on 23 August 2013 of the Care Assistants at Whipps Cross Hospital <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-23808971>

53 ECtHR, *Kudla v/ Poland*, Application No. 30210/96

Although it has not elaborated much further on what elements might be⁵⁴.

Article 5 (Right to liberty and security)

1. Everyone has the right to liberty and security of person.

No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
- (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
- (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
- (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
- (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;
- (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him.

54 FRA 2012 at 24

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.
5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

Article 5 of the ECHR provides that everyone has a right to liberty and security of person. Liberty means physical liberty of person, not just a freedom to choose.⁵⁵ The Article 5 right is qualified and so is subject to a number of exceptions, one of which is particularly relevant in this context: deprivation of liberty may be justified based on objective evidence of a medical condition constituting an ‘unsound mind’.⁵⁶

As this exception suggests, the ECHR is reflective of a model of disability that places trust in the medical profession.⁵⁷ This medical model of disability understands disability as rooted primarily in a person’s bodily impairments. The existence of such impairments may form the basis of a justification of an interference with a person’s human rights, subject to certain conditions and procedural safeguards.

The adoption of a relatively wide concept of ‘deprivation of liberty’ would ensure that more measures restricting

55 ECtHR, *Engel v The Netherlands*, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 at para 58

56 Article 5(1)(e) of the ECHR

57 See *Winterwerp v The Netherlands*, App. No. 6301/73, 24.10.79

liberty are subject to scrutiny. Such scrutiny is required by Article 5(4), even in cases where a deprivation of liberty is justified. The concept of ‘deprivation of liberty’ is the gateway to protections under international law, not only under Article 5 of the ECHR, but also other international standards such as the UN Body of Principles for the Protection of All Persons under any Form of Detention or Imprisonment.⁵⁸ This is also the case for some domestic legislation which insert the meaning of deprivation of liberty under Article 5 ECHR directly into the legislation, for example the Mental Capacity Act 2005 in the UK.

The meaning of ‘deprivation of liberty’

The European Union Agency on Fundamental Rights takes a broad view of the scope of Article 5 in involuntary placement situations:

“The application of Article 5 is triggered not by whether or not a person is in fact restrained or detained, but instead by whether he or she is placed in an institution against his or her will and cannot leave without authorisation.”⁵⁹

The ECtHR has indicated that objective element of the concept of deprivation of liberty, which was the primary focus of the *Cheshire West* cases,⁶⁰ is met in respect of “confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time.”

The starting point must be the concrete situation. Key factors in determining whether a situation amounts to a de-

58 UN General Assembly Resolution 43/173

59 FRA report 2012: Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, page 17

60 Although we note the importance of consent as an issue more widely, as highlighted recently by the ECtHR in *Plesó v Hungary*, App. No. 41242/08, 02 October 2012

privation of liberty, rather than merely a restriction on liberty, include the type of measures imposed, the duration of detention and the effects and manner of implementation of the measures.⁶¹

In recent cases relating to detention on mental health grounds, the Court has stated that “the key factor” in determining whether there was a deprivation of liberty in those cases was whether the management of the care homes in question exercised complete and effective control over the person’s treatment, care, residence and movement.⁶² An important element of assessing that factor appears to have been whether or not a person is free to leave the placement in question without the management’s permission. Although duration is a relevant factor in determining whether there is a deprivation of liberty, nonetheless a deprivation can occur even if the detainee has been held only for a short period.⁶³

This relatively wide scope can to be understood in light of the underlying purpose of Article 5 and its nature as a qualified right. The Grand Chamber of the ECtHR has stated:

*“The Convention requirement for an act of deprivation of liberty to be amenable to independent judicial scrutiny is of fundamental importance in the context of the underlying purpose of Article 5 of the Convention to provide safeguards against arbitrariness.”*⁶⁴

61 *Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, 06 November 1980, paragraph 92

62 See e.g. *Mihailovs v Latvia*, App. No. 35939/10, 22 January 2013; *DD v Lithuania*, App. No. 13469/06, 14 February 2012; and *Kedzior v Poland*, App. No. 45026/07, 17 October 2012

63 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. No. 25965/04, 07 January 2010, paragraph 317

64 *Stanev v Bulgaria*, App. No. 36760/06, Grand Chamber, 17 January 2012, paragraph 170

Unsound mind

The meaning of unsound mind within Article 5(1)(e) for the purposes of justifying a deprivation of liberty must be carefully construed. A parallel can be drawn with an ECtHR ruling on the meaning of the term “alcoholics” also used in Article 5(1)(e). In the case of *Litwa v Poland*. The ECtHR was called upon to consider whether the term “alcoholics” should include temporary episodes of drunkenness within its definition for the purposes of considering the lawfulness of deprivations of liberty under the ECHR. This was a subject of much debate and the ECtHR looked to the intention of the drafters of the ECHR in its travaux préparatoires. It concluded that it could be included:

“60. The Court observes that the word “alcoholics”, in its common usage, denotes persons who are addicted to alcohol. On the other hand, in Article 5 § 1 of the Convention this term is found in a context that includes a reference to several other categories of individuals, that is, persons spreading infectious diseases, persons of unsound mind, drug addicts and vagrants. There is a link between all those persons in that they may be deprived of their liberty either in order to be given medical treatment or because of considerations dictated by social policy, or on both medical and social grounds. It is therefore legitimate to conclude from this context that a predominant reason why the Convention allows the persons mentioned in paragraph 1 (e) of Article 5 to be deprived of their liberty is not only that they are dangerous for public safety but also that their own interests may necessitate their detention (see the Guzzardi v. Italy judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, pp. 36–37, § 98 in fine).

61. This ratio legis indicates how the term “alcoholics” should be understood in the light of the object and purpose of Article 5 § 1 (e) of the Convention. It indicates that the object and purpose of this provision cannot be interpreted as

only allowing the detention of “alcoholics” in the limited sense of persons in a clinical state of “alcoholism”. The Court considers that, under Article 5 § 1 (e) of the Convention, persons who are not medically diagnosed as “alcoholics”, but whose conduct and behaviour under the influence of alcohol pose a threat to public order or themselves, can be taken into custody for the protection of the public or their own interests, such as their health or personal safety.

There were some separate opinions in *Litwa*⁶⁵. In one separate opinion, Judge Bonellonoted:

*Article 5 § 1 (e) permits “the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics, drug addicts or vagrants”. These classifications share one common factor: they refer to continuing or habitual states of socially dangerous conditions or attitudes, but not to one-off, transient manifestations. A vagrant is a person who lives a life of vagrancy, not anyone who temporarily happens to have no fixed abode. Drug addiction, too, relates to a continuing situation, not to an isolated consumption of a prohibited substance. **To be of unsound mind, again, represents a condition of extended impairment of mental processes, rather than any isolated bout of aberrant behaviour.**(emphasis added)*

By analogy with the approach taken by the majority in *Litwa*, consideration needs to be given to whether it is possible, for the purposes of justifying a deprivation of liberty, to consider that persons who temporarily lack mental capacity, wholly or partially and for whatever reason, can be considered as being of “unsound mind” in the same way that the Court found it possible to consider persons who were simply drunk to come within the classification of “alcoholics” for the

65 ECtHR, *WitoldLitwa v. Poland*, Application no. 26629/95, 4 April 2000

purpose of their deprivation of liberty . If the concept of “unsound mind” is only applied to persons with diagnosable mental disorders, and is not applied to persons who, for whatever reason, *de facto* lack the mental capacity at the relevant time to consent to placement or treatment some persons in need of treatment may fall outside the definition of “unsound mind” and may thus not be able to be lawfully deprived of their liberty however much this might be in their best interests . The approach that has been adopted in the UK, which has accepted a broad definition of unsound mind⁶⁶ has not yet been tested in Strasbourg.⁶⁷

The connotations that a term such as “persons of unsound mind” in Article 5(1)(e) of the ECHR, had in 1950 may be wholly inappropriate to be applied to situations when the necessity of a deprivation of liberty is based on understanding the complex nature of many mental disorders, learning disabilities and conditions such as “locked in syndrome” which has evolved so far from that time. The important thing is that the ECtHR keeps pace with those developments, although in the interest of legal certainty, the ECtHR will always follow them rather than spearheading them.

66 G v E & Ors [2010] EWCA Civ 822 (16 July 2010) at para 60

67 Protocol 16 to the ECHR was adopted by the Committee of Ministers in 2013 and is now open for signature and ratification. The Protocol, when in force, will permit the supreme courts of all contracting parties to it to refer “questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto” – in a similar way to the possibility which exists under article 267 TFEU for references to be made to the CJEU. The ECtHR will thus be able to provide a national supreme court with guidance as to the interpretation to be given to a term such as ‘deprivation of liberty’ which the national supreme court will then be able to use to inform the decision which it takes on the particular facts of the case.

Significantly, the ECHR is a “living instrument” and is to be interpreted in the light of the attitudes and conditions prevailing in the present day rather than those which prevailed 60 years ago when it was drafted⁶⁸. The changing attitudes to homosexuality⁶⁹, children born out of wedlock⁷⁰, transsexuals, conscientious objection to military service⁷¹, corporal punishment in schools, rape in marriage and the death penalty⁷² have all been reflected in the Court’s case law. Concepts such as the right private life found in Article 8(2) of the ECHR have expanded to include such matters as moral and physical integrity. The Contracting Parties to the ECHR are obliged under Article 53 to apply the ECHR in a manner consistent with any other international obligations now binding on a state, even if those obligations did not exist at the time of the Conventions drafting and adoption, for example the Convention on the Rights of the Child or the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Lack of capacity whether clinically or legally determined will often be partial and a person who is for example incapable of managing his or her financial affairs is often quite capable of making choices relating to food clothing TV programmes or even more serious matters . Under the ECHR a

68 ECtHR, *Tyrer v. UK*, Application no. 5856/72, 25 April 1978 at para 31; ECtHR, *Johnston v. Ireland*, Application no. 9697/82, 18 December 1986 at para 53; ECtHR, *Inze v. Austria*, Application no. 8695/79, 28 October 1987

69 ECtHR, *Dugeon v. UK*, Application no. 7525/76, 22 October 1981; ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, Application no. 30141/04, 24 June 2010

70 ECtHR, *Johnston v. Ireland*, Application no. 9697/82, 18 December 1986 ECtHR, *Inze v. Austria*, Application no. 8695/79, 28 October 1987

71 ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, Application no. 23459/03, 7 July 2011

72 ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Application no. 46221/99, 12 May 2005

“mentally ill” person can bring a case to Strasbourg even if they would be required to act through their guardian in the domestic courts and the concept of “partial guardianship” is common across Europe⁷³.

However Article 1 of the ECHR requires the state to take the necessary steps to prevent a harm of which it knew or ought to have known⁷⁴ and reconciling that duty with personal autonomy in situations where capacity is in doubt is a great challenge.

A deprivation of liberty imposed on a person adjudged to be of “unsound mind” must still be necessary and proportionate to comply with Article 5(1) and must be subject to the procedural safeguards inherent in that article as well as to the review specified under Art 5(4)

The ECtHR has considered this:

*“68. In ordering the applicant’s psychiatric detention, no in-depth consideration was given to the rational or irrational character of his choice to refuse hospitalisation, to the actual nature of the envisaged involuntary treatment or to the medical benefits which could be achieved through that treatment, or to the possibilities of applying a period of observation or requiring the applicant to pursue outpatient care. In this connection, the Court finds it regrettable that no weight whatsoever was attributed to the applicant’s non-consent, **although his legal capacity had not been removed**, for example by placing him under guardianship. (emphasis added)*

It cannot therefore be said that the decision to deprive the applicant of his liberty was based on an assessment of all

73 See for example ECtHR, *Kiss v. Hungary*, Application no. 38832/06, 20 May 2010 and FRA Report on the Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems

74 ECtHR, *Osman v. UK*, Application no. 23452/94, 28 October 1998; and ECtHR, *Z v UK*, Application no. 29392/95, 10 May 2001

the relevant factors including the therapeutic prospects or the viability of less invasive alternatives, as required also by the United Nations Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care [...] The Court would note in this connection that the national law does not provide in this case for alternatives such as the postponement of a decision pending observation [...]

69. *It follows from the above that the Court is not persuaded that the applicant's **mental disorder was of a kind or degree warranting compulsory confinement**. Therefore his detention fell short of the conditions assumed by Article 5 § 1 (e) of the Convention. There has thus been a violation of that provision⁷⁵.*

The ECtHR recently affirmed that the difference between deprivation of liberty and restrictions on liberty of movement (the latter being governed by Article 2 of Protocol No. 4)⁷⁶ is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. In order to determine whether someone has been deprived of his liberty, the starting point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.⁷⁷

The focus of the ECtHR in these affirmations appears to be on objectively determinable restrictive measures that are sufficiently intense to amount to a deprivation of liberty. The key factors they point to are elements that are likely to present themselves from the perspective of the person affected. There is no obvious indication here that the reason, purpose

75 ECtHR, Plesó v. Hungary, Application no. 41242/08, 2 October 2012 at paras 68 and 69

76 The UK is not a party to this Protocol

77 ECtHR [GC], Stanev v. Bulgaria, Application no. 36760/06, 17 January 2012, paragraph 115

or motive of the person implementing a restrictive measure is a relevant factor for this purpose. The focus is on the measures themselves.

In *H.M. v Switzerland* the Court seemed to take into account an authority's ostensibly benevolent reasons for moving an elderly lady into a care home from her own home, where the hygiene and living conditions were poor when considering whether she had been deprived of her liberty⁷⁸. In more recent cases the Court seems to have interpreted the *HM* case as turning on the issue of consent.⁷⁹ A similar interpretation of *H.M.* emerges from the more recent Grand Chamber judgment in *Stanev*.⁸⁰

That case law of the ECtHR has evolved in this respect is clear from the unanimous Grand Chamber judgment in *Creangă v Romania*:⁸¹

“The Court notes that [...] the purpose of the presence of individuals at police stations, or the fact that the parties concerned had not asked to be able to leave, were considered to be decisive factors... The case-law has evolved since then as the purpose of measures by the authorities depriving applicants of their liberty no longer appears decisive for the Court's assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty. To date, the Court has taken this into account only at a later stage of its analysis, when examining the compatibility of the measure with Article 5 § 1 of the Convention.”

78 ECtHR, *H.M. v Switzerland*, App. No. 39187/98, 26.02.02, paragraph 48; although the view of the majority was subject to a strong dissenting judgment from Judge Loucaides

79 Professor Richard Stone, 'Deprivation of Liberty: The scope of Article 5 of the European Convention on Human Rights' in the European Human Rights Law Review, Issue 1, 2012

80 *Stanev v Bulgaria*, App. No. 36760/06, Grand Chamber, 17 January 2012, paragraph 130–131

81 *Creangă v Romania*, App. No. 29226/03, Grand Chamber, 23 February 2012, paragraph 93

Shortly after *Creangă*, the Grand Chamber (with six of the same judges sitting) delivered its judgment in *Austin v UK*, (the “kettling” case) with three dissensions.⁸² The Grand Chamber in *Austin* found that it could have regard to the specific context and circumstances of restrictive measures imposed in determining whether they amount to a deprivation of liberty.⁸³ The *Creanga* judgment makes clear that an authority’s motive or object is not relevant to the question of whether there has been a deprivation of liberty:

*“Indeed, it is clear from the Court’s case-law that an underlying public interest motive, for example to protect the community against a perceived threat emanating from an individual, has no bearing on the question whether that person has been deprived of his liberty, although it might be relevant to the subsequent inquiry whether the deprivation of liberty was justified under one of the subparagraphs of Article 5 § 1.... The same is true where the object is to protect, treat or care in some way for the person taken into confinement, unless that person has validly consented to what would otherwise be a deprivation of liberty.”*⁸⁴ (emphasis added)

The focus of recent cases, such as *Stanev*, on the details of the measures themselves suggests that reason and purpose should not be relevant factors in determining whether there is a deprivation of liberty. A woman with dementia placed in a care home without her consent may have been deprived of her liberty. Such a deprivation of liberty may be justifiable. Whether a particular measure amounts to a deprivation of liberty is different from whether it is justified. As a matter of legal principle, two quite separate and distinct questions:

82 *Austin v United Kingdom*, App. Nos. 39692/09 40713/09 41008/09, 15 March 2012

83 *Ibid.*, paragraph 59

84 *Ibid.*, paragraph 58

Has there been a deprivation of liberty? And, if so, can it be justified?”

Recent case law supports this statement and suggests that the authorities’ reasons or motives for imposing measures restricting liberty are relevant to whether or not those measures are justifiable rather than to whether they amount to a deprivation of liberty. In *X v Finland* the Court stated:

*“One general principle established in the case-law is that detention will be “arbitrary” where, despite complying with the letter of national law, there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities.”*⁸⁵

Nor can it be for administrative convenience.

The caselaw of the ECtHR seems now to have reached the point where a benevolent purpose or aim should not a relevant factor in determining whether a measure amounts to a deprivation of liberty even though it may be more likely to justify it provided that it falls within one of the permitted exceptions

Article 6 (Right to a fair trial)

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly by the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special cir-

85 *X v Finland*, application no. 34806/04, Chamber Judgment, 3 July, paragraph 147

cumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
 - (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
 - (b) to have adequate time and the facilities for the preparation of his defence;
 - (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
 - (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
 - (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Persons with disabilities must have access to justice. It has already been mentioned above that where persons are deprived of their legal capacity they struggle to assert other fundamental rights. *Winterwerp v. the Netherlands* has stated that

*“whatever the justification for depriving a person of unsound mind of the capacity to administer his property, the guarantees laid down in Article 6(1) must nevertheless be respected”*⁸⁶

86 ECtHR, *Winterwerp v. the Netherlands*, Application No. 6307/73 24 October 1979 at para 73

Where guardianship has been put in place on behalf of an individual there is a risk that Article 6 might not be realized. *Stanev v. Bulgaria* has set out the approach for a person partially deprived of legal capacity who had not been able to access a court under domestic law:

*“[...]the right to ask a court to review a declaration of incapacity is one of the most important rights for the person concerned since such a procedure, once initiated, will be decisive for the exercise of all the rights and freedoms affected by the declaration of incapacity, not least in relation to any restrictions that may be placed on the person’s liberty [...] the Court therefore considers that this right is one of the fundamental procedural rights for the protection of those who have been partially deprived of their legal capacity.”*⁸⁷

Lack of capacity whether clinically or legally determined will often be partial and a person who is for example incapable of managing his or her financial affairs is often quite capable of making choices relating to food clothing TV programmes or even more serious matters . Under the ECHR a “mentally ill” person can bring a case to Strasbourg even if they would be required to act through their guardian in the domestic courts and the concept of “partial guardianship” is common across Europe⁸⁸.

Article 8 (Right to private and family life)

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance

87 *Stanev v. Bulgaria* at para 241

88 See for example ECtHR, *Kiss v. Hungary*, Application no. 38832/06, 20 May 2010 and FRA Report on the Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems

with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Some situations do not amount to a deprivation of liberty but nevertheless involve some type of deprivation of liberty of a more temporary nature. There is also a fine line to be drawn between the kind of restriction of liberty and a deprivation of liberty which demands the full protections set out in Article 5(4) of the ECHR.

The importance in ECHR law of making the distinction between acts which constitute a deprivation of liberty and those which constitute an interference with personal autonomy is that the provisions of Article 5 and Article 8 are very different. The applicable ECHR standards under Article 5 and other international standards applicable to the deprivation of liberty are set out above.

The “private life” rubric of Article 8 has been held to include the right to “moral and physical integrity” which is seen as encompassing not only physical and psychological well being but also personal autonomy. Appropriately for the present exercise these concepts emerged in a case which concerned the abuse of a person with learning disabilities in an institution. The Court found⁸⁹ that the ill-treatment fell short of inhuman and degrading treatment⁹⁰, but considered that the injury to the applicant’s “moral and physical integrity” required the protection of the ECHR.

89 The finding that a rape did not constitute a violation of Article 3 has been much criticised

90 ECtHR, *X and Y v. the Netherlands*, Application No. 8978/80, 26 March 1985

- A six point test should be applied to all cases falling within the scope of Article 8:
- Was there a protected right engaged – such as the right to moral and physical integrity or personal autonomy?
- Was there an interference with that right (or is one proposed)?
- Was it (or would it be) in accordance with national law ?
- Is the national law in question sufficiently clear, precise and foreseeable?⁹¹
- Did it pursue one of the legitimate aims set out in Article 8(2) and which one? The protection of health? The economic well being of the country?
- Was it proportionate to the legitimate aim pursued? Had less intrusive alternatives been considered and valid reasons given for rejecting them?

The more serious an interference with personal autonomy, the greater the justification that will have to be shown but in any case concerning an interference with these rights. Article 8 requires that there must be “inherent procedural safeguards” in place and observed. It flows from this that the more serious the interference the stronger the inherent procedural safeguards will need to be. Those safeguards must also – in ECHR terminology – be “practical and effective not theoretical and illusory”⁹². The seriousness of certain decisions leads to the view that formal safeguards must also be in place for those acts .

91 (see in addition to the cases cited above in relation to deprivations of liberty – see e.g. *Hashman and Harrup v UK* (1999), *Chorherr v Austria* (1993))

92 ECtHR, *Artico v Italy*, Application No.6694/74, 13 May 1980

Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention)

The Committee on Bioethics is drafting an Additional Protocol to the Oviedo Convention concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorders with regard to involuntary treatment and placement. It will elaborate the following provisions, as well as Committee of Ministers Recommendation (2006) 10 (see *infra*).

Article 5 – General rule

An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it.

This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks.

The person concerned may freely withdraw consent at any time.

Article 6 – Protection of persons not able to consent

1. Subject to Articles 17 and 20 below, an intervention may only be carried out on a person who does not have the capacity to consent, for his or her direct benefit.

2. Where, according to law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law.

The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.

3. Where, according to law, an adult does not have the capacity to consent to an intervention because of a mental disabili-

lity, a disease or for similar reasons, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law.

The individual concerned shall as far as possible take part in the authorisation procedure.

4. The representative, the authority, the person or the body mentioned in paragraphs 2 and 3 above shall be given, under the same conditions, the information referred to in Article 5.

5. The authorisation referred to in paragraphs 2 and 3 above may be withdrawn at any time in the best interests of the person concerned.

Article 7 – Protection of persons who have a mental disorder

Subject to protective conditions prescribed by law, including supervisory, control and appeal procedures, a person who has a mental disorder of a serious nature may be subjected, without his or her consent, to an intervention aimed at treating his or her mental disorder only where, without such treatment, serious harm is likely to result to his or her health.

Article 5 of the Oviedo convention sets out a general rule placing limited on medical intervention and focusing on consent. Article 7 allows for involuntary placement or treatment where there is a serious mental health issue, treatment is required to help that issue and serious harm might occur if the person is not treated. This authorizes involuntary treatment in the national legislation if these three requirements are fulfilled.

EUROPEAN STANDARDS – RECOMMENDATIONS, STATEMENTS, RESOLUTIONS OR REPORTS

Council of Europe Committee of Ministers: Recommendation R(99)4 and R(2004)10

International standards indicate that a careful balancing exercise may be required when applying restrictive measures to persons with mental disorder. The Council of Europe have recommended, in connection with the legal protection of incapable adults, that any protection measures taken should interfere with the legal capacity, rights and freedoms of the person concerned to the minimum extent which is consistent with achieving the purpose of the intervention.⁹³ More recently, it has recommended that Member States adopt a principle of least restriction in the following terms:

“Persons with mental disorder should have the right to be cared for in the least restrictive environment available and with the least restrictive or intrusive treatment available, taking into account their health needs and the need to protect the safety of others.”⁹⁴

93 Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on principles concerning the legal protection of incapable adults (adopted on 23 February 1999), Principle 6 § 2

94 Recommendation No. REC(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder, Article 8

The Committee of Ministers has more recently complemented this recommendation with a checklist for Member States. It includes the following expansion on the meaning of the principle of least restriction:

*“People with mental disorder should be cared for in the way and in the setting that least restricts their liberty and ability to live a normal life and to participate in the life of the community. This principle must be continuously balanced against the need to provide appropriate treatment (subject to consent provisions) and the protection of their health and safety and the safety of others.”*⁹⁵

This suggests that it will often be expected that people with mental disorder will properly have restrictions imposed on their liberty. Arguably, it points away from the idea that persons with disability inherently have limited liberty, so that it is relatively unlikely that measures will amount to restrictions on liberty. It might be argued that a wide understanding of ‘deprivation of liberty’ would lead to the application of additional safeguards that promote the principle of least restriction.

The Council of Europe standards on involuntary placement suggest that a high degree of protection is promoted in respect of persons with mental disorder placed against their will. The Committee of Ministers has made recommendations in relation to involuntary placement situations where a person with a mental disorder either refuses to consent or objects to a placement. There is a separate provision applying to persons who do not object and are unable to consent

95 Recommendation CM/Rec(2009)3 of the Committee of Ministers to member states on monitoring the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder (*Adopted by the Committee of Ministers on 20 May 2009 at the 1057th meeting of the Ministers’ Deputies*)

to a placement.⁹⁶ It recommends that, except in limited exceptional circumstances, a person should only be subject to involuntary placement if and so long as all of the following conditions are met:

- the person has a mental disorder;
- the person's condition represents a significant risk of serious harm to his or her health or to other persons;
- the placement includes a therapeutic purpose;
- no less restrictive means of providing appropriate care are available; and
- the opinion of the person concerned has been taken into consideration.⁹⁷

Notably, the existence of a mental disorder is an important element in the justification of an involuntary placement according to this Recommendation. It is possible, in light of an assessment of the particular situation, that a person who is seriously disabled by a mental disorder and is unable to care for him or herself may also be viewed as putting his or her health at risk.⁹⁸ This is reflective of a medical model of understanding disability, similar to that put forward by the ECHR.

96 Recommendation No. REC(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder, Article 26

97 Recommendation No. REC(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder, Article 17 § 1

98 Explanatory Notes to Recommendation No. REC(2004)10, paragraph 131

Statement on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted by the Council of Europe's Steering Committee on Bioethics (CDBI) at its 41st meeting (2–4 November 2011)

The CDBI considered the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities. It analysed in particular whether Article 14, 15 and 17 were compatible with the possibility to subject under certain conditions a person who has a mental disorder of a serious nature to involuntary placement or involuntary treatments as foreseen in other national and international texts. [...]

As a result of the discussion, the Committee concluded that the existence of a disability may not justify in itself a deprivation of liberty or any involuntary treatment. Involuntary treatment or placement may only be justified, in connection with a mental disorder of a serious nature, if from the absence of treatment or placement serious harm is likely to result to the person's health or to a third party.

In addition, these measures may only be taken subject to protective conditions prescribed by law, including supervisory, control and appeal procedures.

This statement reinforces the ECtHR jurisprudence set out above.

Resolution 1642 (2009) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe

Article 7

The Assembly invites member states to guarantee that people with disabilities retain and exercise legal capacity on an equal basis with other members of society by:

[...]

(3) providing sufficient safeguards against abuse of people under guardianship notably through establishing mechanisms for periodic review of guardian's actions and ensuring that legislation mandates compulsory, regular and meaningful reviews of guardianship, in which the person concerned is fully involved and has adequate legal representation.

This implies support for the concepts enshrined in the CRPD, in particular regarding equal recognition in front of the law in Article 12 CRPD.

European Committee for the Prevention of Torture standards (CPT)

The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("CPT") organises visits to places of detention in European states in order to assess how persons deprived of their liberty are treated in them. These places include psychiatric hospitals, social care homes and other institutions relating to mental health. Following a period of visiting the institutions within a state the CPT provides it with a detailed written report detailing instances of deprivation of liberty detailing its findings and recommendations.

There have been some instances in the CPT country reports in which it has set out its opinion on the existence of a deprivation of liberty based on its factual findings. In these instances it has construed the meaning of deprivation of liberty relatively broadly. In its assessment of supported homes in Albania, it considered that the voluntary admission of patients, who were allowed to leave during the day with a curfew, were still deprived of their liberty because their family or the police would be called to enable their return, if they had

not returned by an agreed time⁹⁹. The CPT also considers there to be a deprivation of liberty where patients are held in a hospital and stopped from leaving because there were not appropriate social welfare institutions to which they could be moved¹⁰⁰.

In its consideration of deprivations of liberty, the CPT has also considered the manner in which it is possible to leave an institution. It has suggested that there still existed a deprivation of liberty of a person where they were gently but firmly prevented from leaving an institution, where they had tried to do so¹⁰¹. It also considers that there is a deprivation of liberty where a person could be able to leave but due to their mental capacity they are unable to interpret the mechanism for doing so, meaning they are unable to leave the institution in which they are detained. Specifically, in its evaluation of a nursing home in Liechtenstein patients were free to leave through the entrance door, which was operated by a keycode. Written instructions on how to operate this were next to the door, but some persons were unable to comprehend these owing to their mental capacity (although others

99 Report to the Albanian Government on the visit to Albania carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 21 May 2010, Strasbourg 20 March 2012, CPT/Inf (2012) 11 at para 130

100 Report to the Austrian Government on the visit to Austria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 15 to 25 February 2009, Strasbourg 11 March 2010, CPT/Inf (2010) 5 at para 152

101 Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 20 November to 2 December 2005, Strasbourg 18 April 2007, CPT/Inf (2007) 18 at para 180

could). The CPT considered this to constitute a deprivation of their liberty¹⁰².

We note some support from the CPT for the idea that where a patient detained in a hospital or care home is unable to validly consent, their lack of objections should not be relevant to the issue of whether the safeguard of notification to a competent court is triggered. In a report on Estonia the CPT gave the following view that:

“all patients/residents who are presumed to be unable to give their valid consent, regardless of whether they object to their placement, should be notified to the competent court (with a view to initiating an involuntary placement procedure or having a guardian appointed).”¹⁰³

102 Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 5 to 9 February 2007, Strasbourg 3 July 2008, CPT/Inf (2008) 20 at para 70

103 Report to the Estonian Government on the visit to Estonia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 9 to 18 May 2007, Strasbourg, 19 April 2011, CPT/Inf (2011) 15 at para 133

THE LEGAL AND POLITICAL FRAMEWORKS IN SELECTED EUROPEAN COUNTRIES

Austria

- Ratified CRPD in 2008¹⁰⁴.
- Defines disability as “the effect of a non-temporary disruption of physical, intellectual or psychiatric functions or of sensory functions likely to impede participation in society. A period expected to last more than six months is deemed non-temporary.¹⁰⁵”
- Existence of a significant risk of serious harm and of a mental health problem is enough to justify involuntary placement¹⁰⁶.
- Judge deciding on a placement is asked to meet individual prior to the hearing¹⁰⁷.
- Preliminary assessment takes place by doctor or public health official, followed by a formal assessment by a psychiatrist and it is that person’s report that matters for the purpose of the involuntary placement¹⁰⁸.

104 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

105 FRA 2011 at 22

106 FRA 2012 at 31

107 FRA 2012 at 34

108 FRA 2012 at 35

- A judge may terminate a placement at any time either following an application or on the basis of other information he has received¹⁰⁹.
- Guardianship can be limited to a single issue, for a few or can be for all matters¹¹⁰.
- Monitoring falls to a court to supervise¹¹¹.
- Designates a lawyer to be the guardian where there is no family member available¹¹².
- Person can request a restriction of their own capacity¹¹³ and may express their wishes about issues that may arise in the future¹¹⁴.
- Each decision made by a guardian must accord with the individual will of the relevant person and where they differ in their opinions the court may decide the action considering the well being of the person¹¹⁵.
- Maximum time limit for guardianship is ten years, with the option for one renewal of 5 years¹¹⁶.

Belgium

- Ratified CRPD in 2009¹¹⁷.
- Allows for free legal support and provides for a lawyer to be appointed in its comprehensive legal aid provisions¹¹⁸.

109 FRA 2012 at 38

110 Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems, FRA, 2013 (“FRA 2013”) at 30

111 FRA 2013 at 33

112 FRA 2013 at 35

113 FRA 2013 at 35

114 FRA 2013 at 36

115 FRA 2013 at 36

116 FRA 2013 at 38

117 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

118 FRA 2012 at 39

- Has special mental health law regulating involuntary placement and treatment¹¹⁹.
- Risk of harm combined with a mental health problem are enough to justify involuntary placement¹²⁰.
- Refers to relevant person's opinion for both involuntary placement and treatment¹²¹.
- Physician performing medical evaluation of mental health of person for purposes of involuntary placement or treatment does not have to be a psychiatrist or neurologist under Belgian law, although the CPT has recommended that it change these rules so that this is done by a trained psychiatrist¹²².
- Only one expert opinion fulfills legal requirement for the individual's psychiatric assessment (no requirement of an additional opinion or assessment)¹²³.
- "the decision on observation is made by a judge following a request from any interested party. After the director of the institution sends the judge a report by the medical head of department, the judge takes a decision on extending the stay. In urgent cases, the public prosecutor decides, after which, and within 24 hours, he/she informs a judge."¹²⁴
- Placement reviews every two years¹²⁵.

119 FRA 2012 at 29

120 FRA 2012 at 31

121 FRA 2012 at 34

122 FRA 2012 at 35

123 FRA 2012 at 35

124 FRA 2012 at 36

125 FRA 2012 at 40

- Has an alternative to partial guardianship in the form of a counselor who assists the person with certain actions set out in law¹²⁶.
- There's a requirement of permanence of the mental health state of the relevant person if they are to be deprived of their legal capacity¹²⁷.
- Persons are able to express wishes on issues arising in the future, for example if they were to require a guardian in the future¹²⁸.
- No statutory maximum term for guardianship¹²⁹.

Bulgaria

- Ratified CRPD in 2012¹³⁰.
- Allows for free legal support and provides for a lawyer to be appointed in its comprehensive legal aid provisions¹³¹.
- In process of changing law in a move towards having supported decision making. A working group, set up to consider mental health legislation after the judgment of the ECtHR in *Stanev v. Bulgaria* wrote a concept note. This sets out that no one should lose their rights automatically, that complete guardianship should not exist, that supported decision making should be legislated for and that persons should be able to plan for future changes of mental health for example by making enduring

126 FRA 2013 at 30

127 FRA 2013 at 32

128 FRA 2013 at 36

129 FRA 2013 at 38

130 MDAC Europe at 44

131 FRA 2012 at 39

powers of attorney. It also requires the involvement of multiple experts and reviews of the decision¹³².

- No specific legislation in place regulating involuntary placement or treatment, which is regulated by a general health act¹³³.
- Risk of harm combined with a mental health problem are enough to justify involuntary placement¹³⁴.
- There is no statutory basis requiring exhausting less restrictive measures that might be available¹³⁵.
- Only one expert opinion fulfills legal requirement for the individual's psychiatric assessment (no requirement of an additional opinion or assessment)¹³⁶.
- Involuntary placement can only be terminated by a court¹³⁷.
- Review of placement measure happens every three months¹³⁸.

Cyprus

- Ratified CRPD in 2011¹³⁹.
- Court proceedings are required for guardianship to be removed¹⁴⁰.

132 MDAC Europe at 45

133 FRA 2012 at 30

134 FRA 2012 at 31

135 FRA 2012 at 33

136 FRA 2012 at 35

137 FRA 2012 at 38

138 FRA 2012 at 40

139 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

140 FRA 2013 at 38

- Risk of harm combined with a mental health problem are enough to justify involuntary placement¹⁴¹.
- There is no statutory basis requiring exhausting less restrictive measures that might be available¹⁴².
- Legal aid linked to whether or not person able to pay for a lawyer (i.e. not automatic. A court can order that the person's lawyer and psychiatrist are publicly paid¹⁴³.
- Only full guardianship, no partial guardianship recognized in law¹⁴⁴.
- The condition causing incapacity must be permanent in nature¹⁴⁵.
- Monitoring and follow-up of the decision is maintained by the court¹⁴⁶.
- When the court decides on guardianship it must answer a range of questions on the competence of the relevant person, their judgment and their capacity administer their property and manage their affairs, as well as relying on a psychiatric report¹⁴⁷.

Czech Republic

- Ratified CRPD in 2009.
- No reference is made to the person's opinion in involuntary measures¹⁴⁸.

141 FRA 2012 at 31

142 FRA 2012 at 33

143 FRA 2012 at 39

144 FRA 2013 at 30

145 FRA 2013 at 32

146 FRA 2013 at 33

147 FRA 2013 at 34

148 FRA 2012 at 34

- Law setting out supported decision making came into force in January 2014¹⁴⁹.
- New law sets out three main principles, that legal capacity remains of persons with disabilities, that persons who are acting in support are bound to the persons with a disability by a contract which needs to be court approved and the person in support must assist the decision making of the person with disabilities by providing information and advice¹⁵⁰.
- New law introduces guardianship councils which monitor guardians (who are not able to be a member themselves) and restricts legal capacity only as a last resort.

Case study: England and Wales

In the UK there are two parallel systems which are increasingly seen to overlap: but have different objectives: The Mental Health Act 1983 (MHA) and the Mental Capacity Act 2005 (MCA), both as amended by the Mental Health Act 2007¹⁵¹. The UK ratified the CRPD in 2009.¹⁵²

The Mental Health Act regime is directed towards the situation of those persons suffering from the kind of mental health disorders which necessitate care and treatment to be given to protect themselves or others from harm. The purpose of the MHA is to provide the statutory framework for the compulsory assessment care and treatment of people for their mental disorder when they are unable or unwilling to con-

149 MDAC Europe at 49

150 MDAC Europe at 49

151 For example, a person with a degree of capacity who is lawfully detained under the MHA may lack capacity to make some decisions such as financial management which thus fall under the MCA.

152 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

sent to that care and treatment and when it is necessary for that care and treatment to be given to protect themselves and others from harm. The key provisions regulate compulsory admission for assessment¹⁵³ and assessment for treatment¹⁵⁴. Under the MHA, certain categories of person with mental health disorders can be compulsorily detained (“sectioned”) if they meet the criteria set out in the statute. Importantly, some patients who are “sectioned” under the MHA may, despite their mental disorder, have the capacity to consent to treatment but are simply unwilling to do so.

People may lack capacity but fall wholly outside the scope of application of the MHA and are not susceptible to being “sectioned” if for example they have learning difficulties or suffer from some degree of dementia or are in persistent vegetative state or have a brain injury. For some people – and these are often the most complex group for the application of legal bright lines – their capacity may fluctuate and they may at all times have partial capacity.

The group of people who would *prima facie* fall under the MHA regime in the UK have, under the various regimes in place in different European jurisdictions, been the subject of most litigation before the European Court of Human Rights (ECtHR) and its case law reflects this. It historically focused only on deprivations of liberty or the infliction of inhuman or degrading treatment in relation to people who would in the UK have been “sectioned” under the MHA.

The MCA is based wholly upon a capacity test. It only applies to those who are deemed to lack capacity to consent. Its provisions do not apply to any persons who have the capacity to make their own decisions, even if they might otherwise fall within its scope. Those who retain the capacity to

153 Section 2 of the Mental Health Act 1983

154 Section 3 of the Mental Health Act 1983

consent cannot be considered under the MCA and can only be compulsorily treated if they fall within the scope of the relevant provisions of the MHA.

The MCA is not in place to ensure those who require treatment can be forced to obtain it but only applies to those who do not have the capacity to consent. Significantly, the MCA itself contains a core principle requiring that a “person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision”¹⁵⁵. The ECtHR has recently re-iterated that a person is entitled to refuse medical treatment even where it prolongs life¹⁵⁶ and has emphasised that unless a person has been formally (wholly or partially, permanently or temporarily) deprived of his capacity to manage his own life he is at liberty to refuse medical treatment or social support if he so wishes, even if that treatment or support is in his best interests¹⁵⁷.

The MCA operates a different regime for a different category of people in need from those who fall under the MHA. It also operates its own regime of safeguards called the Deprivation of Liberty Safeguards regime (DOLS). These were intended to close the protection gap disclosed by the finding of the ECtHR of a violation of the European Convention on Human Rights (ECHR) in the case of *HL v UK*¹⁵⁸, “the Bournemouth gap”.

It is clear and well recognised that persons who are deprived of their liberty are more vulnerable to abuse than those who retain their autonomy and independence so that

155 Section 1(4) of the Mental Capacity Act 2005

156 ECtHR, *Pretty v. UK*, Application no. 2346/02, 29 April 2002 at para 64

157 ECtHR, *Plesó v. Hungary*, Application no. 41242/08, 2 October 2012 generally and specifically at para 62

158 ECtHR, *HL v UK*, Application no. 45508/99, 5 October 2004

the protection of Article 3 ECHR (the prohibition on inhuman or degrading treatment) may be involved¹⁵⁹. Much of the discussion of the working of the MCA has thus surrounded the DOLS regime, which came into force in 2009 through the amendments made by the Mental Health Act 2007 in response to the “Bournewood gap” but it is important for the Committee to remember there are other international human rights standards which also apply to deprivations of liberty in this context.

The recent case in the Supreme Court in the UK, *Cheshire West*¹⁶⁰ clarified the principles derived from the ECHR relying on the CRPD, as they apply in the UK. Although this does not have broader European wide effect, it offers a helpful idea of the the relationship between the two articles, in particular since it was universally agreed that a case of this type has not yet been decided at the ECtHR, since it deals with persons without capacity who were content with their care placements and had been living in a setting close to domestic life and which had received initial authorization by a court.

The appeals considered whether the living arrangements for mentally incapacitated persons amounted to a deprivation of liberty. If they did that would provide those persons with the safeguards afforded them under Article 5(4) of the ECHR, as incorporated into UK legislation as Deprivation of Liberty Safeguards in the MCA.

159 See most recently the Winterbourne View Report <https://www.gov.uk/government/publications/winterbourne-view-hospital-department-of-health-review-and-response> and the recent convictions on 23 August 2013 of the Care Assistants at Whipps Cross Hospital <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-23808971>

160 *P v Cheshire West and Chester Council and another; P and Q v. Surrey County Council* (19 March 2014) [2014] UKSC 19

The Supreme Court held that the persons concerned had been deprived of their liberty. The main judgment stated that all persons, whether or not they had disabilities, had the same rights, as set out in the CRPD.¹⁶¹ The key points relied upon to assess whether or not there had been a deprivation of liberty were: whether there was continuous supervision and control; and whether or not the relevant person was free to leave¹⁶². It was held that in the appellants' situation there had therefore been a deprivation of liberty. Compliance or objection of the relevant person were not relevant here.¹⁶³

This judgment is significant because it expands the protections afforded by deprivation of liberty safeguards much more broadly, relying on a universal approach of the right to liberty. It also links the CRPD and the ECHR more closely by recognizing the CRPD and its role. It also extends the rules to care close to home life where as before these only applied to hospitals or care homes.

Greece

Ratified CRPD in 2012¹⁶⁴.

- The risk of harm along with requirement for treatment are listed alongside the existence of a mental health problem as the basis for justification of involuntary placement¹⁶⁵.
- Court proceedings are required for guardianship to be removed¹⁶⁶.

161 Cheshire West at para 45

162 Cheshire West at para 49

163 Cheshire West at para 50

164 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

165 FRA 2012 at 31

166 FRA 2013 at 38

- Terminating an involuntary placement is a medical decision involving a notification of that decision to the court once it has been made¹⁶⁷.
- Single judgment on loss of capacity of person and the protective measure that should be adopted (rather than two separate judgments).¹⁶⁸
- No reference is made to the person's opinion in involuntary measures¹⁶⁹.

Lithuania

- Ratified CRPD in 2010¹⁷⁰.
- Full guardianship is the only type available and the CRPD has not been implemented, although the government is working on a draft law which sets out supported decision making¹⁷¹.
- The requirement to try to use less restrictive alternatives only applies to involuntary treatment in Lithuania (and not placement)¹⁷².
- Risk of harm combined with a mental health problem are enough to justify involuntary placement¹⁷³.
- Involuntary placement or treatment requires two psychiatrists and one doctor to make an assessment¹⁷⁴.

167 FRA 2012 at 38

168 FRA 2013 at 33

169 FRA 2012 at 34

170 MDAC Europe at 63

171 MDAC Europe at 64

172 FRA 2012 at 33

173 FRA 2012 at 31

174 FRA 2012 AT 36

- Free legal assistance is provided for persons without their own representative in court processes¹⁷⁵.
- State reviews placement measures every 6 months¹⁷⁶.
- Dedicated national authority monitoring protective measures¹⁷⁷.
- No statutory maximum length of time for guardianship¹⁷⁸.

Malta

- Ratified CRPD in 2012¹⁷⁹.
- Risk of harm combined with a mental health problem are enough to justify involuntary placement¹⁸⁰.
- The requirement to try to use less restrictive alternatives only applies to involuntary treatment in Malta (and not placement)¹⁸¹.
- No reference is made to the person's opinion in involuntary measures¹⁸².
- Final decision on psychiatric assessment made by director of hospital¹⁸³.
- When guardian is appointed, an order is made for review within two years¹⁸⁴.

175 FRA 2012 at 39

176 FRA 2012 at 40

177 FRA 2013 at 33

178 FRA 2013 at 38

179 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

180 FRA 2012 at 31

181 FRA 2012 at 33

182 FRA 2012 at 34

183 FRA 2012 at 37

184 FRA 2013 at 37

Moldova

- Ratified the CRPD in 2010¹⁸⁵.
- Has partial and full guardianship¹⁸⁶.
- Plans to abolish guardianship and has a draft new law on supported decision making in place¹⁸⁷.

The Netherlands

- Signed but not ratified the CRPD¹⁸⁸.
- Court proceedings are required for guardianship to be removed¹⁸⁹.
- Allows for free legal support and provides for a lawyer to be appointed in its comprehensive legal aid provisions¹⁹⁰.
- Language preventing discrimination of disabled persons does not define disability although protection is afforded through the use of the term “chronic illness”¹⁹¹.
- Risk of harm combined with a mental disorder are enough to justify involuntary placement under Dutch legislation¹⁹² and the concern over a danger sets out a long list of possible causes of that danger in the instance of those with mental disorders¹⁹³.

185 MDAC Europe at 66

186 MDAC Europe at 67

187 MDAC Europe at 67

188 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

189 FRA 2013 at 38

190 FRA 2012 at 39

191 FRA 2011 at 23

192 FRA 2012 at 31

193 FRA 2012 at 32–33

- Although only one medical expert is required psychiatrically assess a person for involuntary placement or treatment, the court is able to appoint an additional independent expert during a challenge if it wishes¹⁹⁴.
- Three levels of guardianship, including a protective trust level aimed at protecting property and financial interests, mentorship which also protects care and treatment and full guardianship. This person is always court appointed and the full guardianship is seen as the last resort option¹⁹⁵.
- Monitoring protection measures for a person whose legal capacity is restricted falls to a court to supervise¹⁹⁶.
- Full guardianship can only be requested by the public prosecutor or a family member¹⁹⁷.
- Only individuals (and not any other sort of body) may be appointed as a guardian¹⁹⁸.

Northern Ireland

- Ratified the CRPD in 2009¹⁹⁹.
- Undertaking reform process to combine the rules on mental health law and mental capacity law, which will ensure a statutory presumption of legal capacity²⁰⁰.
- The new law will apply across many areas of life including welfare, finance and healthcare and aims to ensure the equal treatment of persons if they lack mental capacity²⁰¹.

194 FRA 2012 at 35

195 FRA 2013 at 31

196 FRA 2013 at 33

197 FRA 2013 at 35

198 FRA 2013 at 25

199 MDAC Europe at 68

200 MDAC Europe at 69

201 MDAC Europe at 69

Poland

- Ratified CRPD in 2012²⁰².
- There are two layers to deprivation of legal capacity in Poland . These are full, which constitutes guardianship, or in part, which constitutes curatorship²⁰³.
- Where an individual is deprived of capacity, they lose the right to vote, marry, choose where to live and their access to justice rights²⁰⁴.
- The risk of harm along with requirement for treatment are listed alongside the existence of a mental health problem as the basis for justification of involuntary placement²⁰⁵.
- System provides that the person must receive information which can help them to decide whether or not to accept care (or treatment) voluntarily and that information should be appropriate and individually tailored²⁰⁶.
- Court proceedings are required for guardianship to be removed²⁰⁷.
- Two levels of restriction for persons with limited capacity, reflects the old part or full guardianship system, since these are for all legal decisions or some legal decisions²⁰⁸.
- No common understanding of the definition of disability in legislation, although definitions can be taken from

202 MDAC Europe at 70

203 MDAC Europe at 71

204 MDAC Europe at 71

205 FRA 2012 at 31

206 FRA 2012 at 34

207 FRA 2013 at 38

208 FRA 2013 at 30

other non-discrimination legislation, but it is generally accepted as including mental health problems²⁰⁹.

- Polish law requires that to the extent possible, placement and treatment must be based on the person's informed consent and when a judge has to make a placement decision he or she is asked to meet the person²¹⁰.
- Only one suitably qualified medical assessment is required to fulfill the legally required psychiatric assessment²¹¹.
- Legal aid not granted in every case although the court can decide that a lawyer should participate and then it is granted²¹².
- Poland has developments underway to change its system to reflect concepts of necessity, proportionality, flexibility and respecting the will of the person to the extent possible, providing more protective measures and removing guardianship²¹³.
- Under curatorship (i.e. partial guardianship) the curator's consent is almost always required for legal decisions (e.g. for a will) and the curator is responsible for assisting the person with their affairs²¹⁴.
- No statutory maximum on the length of guardianship measure so can theoretically carry on indefinitely²¹⁵.
- Person under guardianship is able to appeal the decision determining their legal capacity²¹⁶.

209 FRA 2011 at 24

210 FRA 2012 at 34

211 FRA 2012 at 35

212 FRA 2012 at 39

213 FRA 2013 at 28–29

214 FRA 2013 at 36

215 FRA 2013 at 38

216 FRA 2013 at 39

Romania

- Ratified CRPD in 2011²¹⁷.
- The risk of harm along with requirement for treatment are listed alongside the existence of a mental health problem as the basis for justification of involuntary placement²¹⁸.
- No common understanding of the definition of disability in legislation, although definitions can be taken from other non-discrimination legislation, but it is generally accepted as including mental health problems²¹⁹.
- The requirement to try to use less restrictive alternatives to involuntary placement or treatment, in Romania only applies to involuntary treatment²²⁰.
- The medical evaluation process must be conducted by a psychiatrist who makes a decision which is confirmed by a panel of three persons, two of whom are psychiatrists, although the original decision maker can be on the panel (it is only recommended that if possible they are not)²²¹.
- More than two medical opinions are required for involuntary treatment²²².
- Romania's legal framework relating to legal capacity has been in force since the 1950s²²³.
- Only one fully type of guardianship where there is a full deprivation of legal capacity under which a person can-

217 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

218 FRA 2012 at 31

219 FRA 2011 at 24

220 FRA 2012 at 33

221 FRA 2012 at 35

222 FRA 2012 at 36

223 FRA 2013 at 28

not exercise their rights or act legally in their own capacity, the court appointed guardian undertakes all activities²²⁴.

- The condition causing incapacity must be permanent in nature²²⁵.
- No real limit on who can institute a guardianship measure on behalf of a person²²⁶.
- Court procedure required to remove guardianship (court must decide it is no longer needed)²²⁷.

Russia

- Ratified the CRPD in 2012²²⁸.
- Constitutional Court ordered more comprehensive protection of the rights of persons with mental health disorders in 2012²²⁹ and as a consequence Russia introduced legislation on a concept of restricted legal capacity (i.e. partial guardianship)²³⁰.
- Guardian assists person carrying out their everyday rights and duties, and consent is required for more serious transactions.
- In 2011 as a result of a case in front of the ECtHR, Russia adopted procedural safeguards to provide better protection for persons detained in hospitals or under guardianship²³¹.

224 FRA 20123 at 30–31

225 FRA 2013 at 32

226 FRA 2013 at 34–35

227 FRA 2013 at 38

228 MDAC Europe at 72

229 MDAC Europe at 73

230 MDAC Europe at 73

231 MDAC Europe at 73

- Individuals must be notified of cases involving legal capacity against them, a person deprived of their legal capacity may still refuse healthcare intervention and is able to apply to court to seek to restore their capacity²³².

Slovakia

- Ratified the CRPD in 2010²³³.
- The risk of harm along with requirement for treatment are listed alongside the existence of a mental health problem as the basis for justification of involuntary placement²³⁴.
- Two levels of restriction for persons with limited capacity, reflects the old part or full guardianship system, since these are for all legal decisions or some legal decisions²³⁵.
- Capacity can be deprived or restricted if the permanent nature of a persons mental health disorder²³⁶ renders them unable to perform certain legal acts, and this strips them of many legal rights including right to vote, marry and bring up children²³⁷.
- Constitutional Court found that general practice of the system mean that public interest was often placed before the rights of the person leading to violations of legal capacity in the CRPD, the right to legal capacity, the right to integrity and privacy, the right to protection against

232 MDAC Europe at 73

233 MDAC Europe at 76

234 FRA 2012 at 31

235 FRA 2013 at 30

236 FRA 2013 at 32

237 MDAC Europe at 77

unlawful interference, in practice and family life and the right to judicial protection²³⁸.

- Discrimination protection is afforded on the basis of 'health status' rather than any definition of mental health disability²³⁹.
- Legislation provides that two separate combinations of criteria must be fulfilled before a person can be lawfully involuntarily placed. These are either a mental health problem and risk of danger to the person and or the area around them, or a mental health problem and a risk that their mental health will seriously deteriorate²⁴⁰.
- Before a person is involuntarily placed, legislation does not provide that all less restrictive measures should be exhausted²⁴¹.
- No reference need be made to a person's opinion during the course of an involuntary measure being imposed²⁴².
- Physician who performs the medical evaluation for the purposes of involuntary placement does not have to have experience in psychiatry²⁴³.
- It's legislation on legal capacity took effect in 1964 and has not been amended since then according to FRA²⁴⁴.
- Two levels of restriction for persons with limited capacity, reflects the old part or full guardianship system, since these are for all legal decisions or some legal decisions²⁴⁵.

238 MDAC Europe at 77

239 FRA 2011 at 23

240 FRA 2012 at 31–32

241 FRA 2012 at 33

242 FRA 2012 at 34

243 FRA 2012 at 35

244 FRA 2013 at 28

245 FRA 2013 at 30

- Person may request a restriction of their legal capacity if they wish to²⁴⁶.
- If no relative is available to be a guardian of a person, legislation provides that a state official or institution, for example the relevant local authority might be the guardian on behalf of the person²⁴⁷.
- Guardianship systems contains a proportionality requirement. The guardian is not necessarily competent to provide consent on behalf of the person in all matters, it depends on the degree to which that persons may or may not comprehend the relevant decisions, and the more personal the decision the more capacity to make is likely to be retained by the individual²⁴⁸.
- No maximum time limit for guardianship measure to be in place.²⁴⁹

Slovenia

- Ratified CRPD in 2008²⁵⁰.
- The risk of harm along with requirement for treatment are listed alongside the existence of a mental health problem as the basis for justification of involuntary placement²⁵¹.
- No common understanding of the definition of disability in legislation, although definitions can be taken from other non-discrimination legislation, but it is generally accepted as including mental health problems²⁵².

246 FRA 2013 at 35

247 FRA 2013 at 35

248 FRA 2013 at 36

249 FRA 2013 at 38

250 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

251 FRA 2012 at 31

252 FRA 2011 at 24

- Slovenian legislation provides that a person may be lawfully detained provided less restrictive alternatives have been tried (less intrusive means have been used)²⁵³.
- Termination of a measure causing involuntary placement is a medical decision which is immediately notified to a competent court²⁵⁴.
- Allows for free legal support and provides for a lawyer to be appointed in its comprehensive legal aid provisions²⁵⁵.
- Once placement measure is confirmed, timeframe for review is once per year²⁵⁶.
- Two levels of restriction for persons with limited capacity, reflects the old part or full guardianship system, since these are for all legal decisions or some legal decisions²⁵⁷.
- Single judgment on loss of capacity of person and the protective measure that should be adopted (rather than two separate judgments).²⁵⁸
- A range of persons are able to institute protective measures including a public attorney, family member, social worker, a person who lives with the person, the person themselves, who is able to request a restriction of his or her legal capacity²⁵⁹.
- Decisions taken under guardianship need not take into account the wishes of the person²⁶⁰.

253 FRA 2012 at 33

254 FRA 2012 at 38

255 FRA 2012 at 39

256 FRA 2012 at 40

257 FRA 2013 at 30

258 FRA 2013 at 33

259 FRA 2013 at 35

260 FRA 2013 at 36

- No statutory maximum for a guardianship measure meaning in principle it is unlimited²⁶¹.

Spain

- Ratified the CRPD in 2007²⁶².
- CRPD Committee review recommended in 2011 that the laws on guardianship and trusteeship be reviewed to encourage a move from substituted decision-making to supported decision-making²⁶³.
- Another review was due by December 2013. Before that time the system still allowed for limitations on a persons capacity and for a concept of 'paternal authority' to continue beyond the age of 18²⁶⁴.
- The statutory criteria in Spain for instituting measures for a person without legal capacity refers to the causes of the incapacity i.e. physical or mental 'deficiencies' which somehow prevent a person from being able to manage their own affairs²⁶⁵.
- Spain has a special court dealing with measures restricting legal capacity including determining it, and terminating it²⁶⁶.
- Persons are able to request a restriction of their own legal capacity²⁶⁷.
- Entities which are not natural persons may perform the guardianship role provided they are non-profit making²⁶⁸.

261 FRA 2013 at 38

262 MDAC Europe at 78

263 MDAC Europe at 79

264 MDAC Europe at 79

265 FRA 2013 at 32

266 FRA 2013 at 33

267 FRA 2013 at 35

268 FRA 2013 at 35

- Persons are able to set out their wishes for the future should they lose capacity, for example choosing a guardian for the future²⁶⁹.
- There is no statutory maximum for the guardianship period in Spain²⁷⁰.
- A person is able to appeal a decision which impacts on their legal capacity²⁷¹.
- No legislation regulating involuntary placement and treatment²⁷².
- Legislation for involuntary placement does not place a requirement on there being a threat presented to the person by themselves or to others, and a need for therapeutic treatment could be enough²⁷³.
- There is no requirement that less restrictive options than involuntary placement or treatment are exhausted²⁷⁴.
- Terminating an involuntary placement is a medical decision involving a notification of that decision to the court once it has been made²⁷⁵.
- Guardianship systems contains a proportionality requirement. The guardian is not necessarily competent to provide consent on behalf of the person in all matters, it depends on the degree to which that persons may or may not comprehend the relevant decisions, and the more personal the decision the more capacity to make is likely to be retained by the individual²⁷⁶.

269 FRA 2013 at 36

270 FRA 2013 at 38

271 FRA 2013 at 39

272 FRA 2012 at 29

273 FRA 2012 at 32

274 FRA 2012 at 33

275 FRA 2012 at 38

276 FRA 2013 at 36

Sweden

- Ratified CRPD in 2008²⁷⁷.
- Sweden is an example of a country in which a change in terminology demonstrates, to some extent, an alteration of approach. For example, its recommendation to change its domestic terminology from handicap to impairment²⁷⁸.
- The risk of harm along with requirement for treatment are listed alongside the existence of a mental health problem as the basis for justification of involuntary placement²⁷⁹.
- System provides that the person must receive information which can help them to decide whether or not to accept care (or treatment) voluntarily and that information should be appropriate and individually tailored²⁸⁰.
- The Compulsory Psychiatric Care Act also sets out the procedure by which a person can be subjected to involuntary treatment, requiring a two step process in which the physicians make the decision²⁸¹.
- The first physician makes the judgment that compulsory care is required, a second independent physician must make the order for the compulsory treatment (and they must have a different identity to the one deciding to admit the person) – normally the chief physician at facility²⁸².

277 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

278 FRA 2011 at 22

279 FRA 2012 at 31

280 FRA 2012 at 34

281 FRA 2012 at 37

282 FRA 2012 at 36

- Administrative court can review all compulsory placement and ensures another independent psychiatrist assesses the person involved²⁸³.
- Sweden has removed guardianship from its system entirely replacing it with two alternatives in 1989²⁸⁴.
- Since 1995 it has also used a 'Personal Ombudsman' (PO) system who is a skilled professional independent expected to represent the interests of the person for some years, used only on request of the person (and therefore considered to develop a close relationship with the individual). The PO and the person jointly decide on support the person requires²⁸⁵.
- The person is able to request a restriction of their capacity themselves²⁸⁶.
- Guardianship systems contains a proportionality requirement. The guardian is not necessarily competent to provide consent on behalf of the person in all matters, it depends on the degree to which that persons may or may not comprehend the relevant decisions, and the more personal the decision the more capacity to make is likely to be retained by the individual²⁸⁷.
- In particular, even where a person is under trusteeship that person retains the right to do a range of things which are not explicitly included under the guardianship, including entering into a contract of employment, spend the salary from it and control other finances such as retirement monies²⁸⁸.

283 FRA 2012 at 36

284 FRA 2013 at 31

285 FRA 2013 at 31

286 FRA 2013 at 35

287 FRA 2013 at 36

288 FRA 2013 at 37

- Court proceedings are required for guardianship to be removed²⁸⁹.
- There are appeal procedures available to appeal the decision which affects a person's legal capacity²⁹⁰.
- Within its two systems, Sweden has two types of representative for person with limited capacity. A trustee is a court appointed guardian who does not require the person's consent to act and make decisions have a legally binding effect, and a mentor who can be chosen by the person and who must obtain the consent of the person before making legally binding decisions on their behalf (these can be court appointed as well)²⁹¹.

Ukraine

- Has ratified the CRPD²⁹².
- Uses guardianship²⁹³.
- Guardians are required to act in the 'best interests' of the person²⁹⁴.
- No mechanism for checking whether guardian actually acting in best interests²⁹⁵.
- Person under guardianship is not able to remove their guardian by request or by way of court proceedings²⁹⁶.

289 FRA 2013 at 38

290 FRA 2013 at 39

291 FRA 2013 at 30

292 MDAC Europe at 80

293 MDAC Europe at 80

294 MDAC Europe at 81

295 MDAC Europe at 81

296 MDAC Europe at 81

The European Commission is the EU's executive body.

“The European Union is made up of 27 Member States who have decided to gradually link together their know-how, resources and destinies. Together, during a period of enlargement of 50 years, they have built a zone of stability, democracy and sustainable development whilst maintaining cultural diversity, tolerance and individual freedoms. The European Union is committed to sharing its achievements and its values with countries and peoples beyond its borders”.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14-056.34

342.726-056.34

PRAVA osoba sa mentalnim invaliditetom. Knj. 1,
Međunarodni i uporedni standardi / [urednik izdanja Saša
Gajin ; prevod Katarina Ćirić-Duvnjak]. - Beograd : Centar
za unapređivanje pravnih studija, 2014 (Beograd : Dosije
studio). - 182 str. ; 20 cm. - (Biblioteka Suočavanja ; 52)

Tiraž 500. - Tekst uporedo na srp. i engl. jeziku.
- Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-7546-087-9

a) Особе са сметњама у менталном развоју –
Међународна заштита

COBISS.SR-ID 207838476

OSTALA IZDANJA U BIBLIOTECI SUOČAVANJA

Zbornik: *Kriza i obnova prava* (red. Zoran Ivošević), 1999.

Zbornik: *Ustavnost i vladavina prava* (red. Kosta Čavoški), 2000.

Života Ristić: *Novo evropsko berzansko pravo*, 2000.

Zbornik: *Krijumčarenje ljudi*, 2001.

Zbornik: *Liberalna misao u Srbiji* (red. J. Trkulja i D. Popović), 2001.

Kolektiv autora: *Pravo radio-difuznih preduzeća*, 2001.

Zbornik: *Kriza i reforma pravosuđa* (red. Jovica Trkulja), 2001.

Milan Kurepa: *Usud otpora*, 2002.

Vladimir V. Vodinelić: *Prošlost kao izazov pravu*, 2002.

Zbornik: *Prava osoba sa invaliditetom* (red. Jovica Trkulja), 2003.

Miodrag Jovičić: *L'état régional*, 2003.

Dejvid Mekenzi: *Jovan Ristić – Evropski državnik*, 2004.

Elda Brogi, Vladimir Vodinelić, Saša Gajin: *Developing a Harmonized Information and Communication Law in Europe*, 2005.

D. Mekenzi: *Jovan Marinović – Evropski gospodin i srpski diplomata (1821–1893)*, 2006.

Antidiskriminaciono pravo – vodič (ur. Saša Gajin), 2006.

Diskriminacija u Srbiji: Izveštaj Koalicije protiv diskriminacije (ur. Saša Gajin), 2007.

Antidiskriminaciono pravo – vodič II izdanje (ur. Saša Gajin), 2007.

Pravna pomoć (ur. Saša Gajin), 2007.

Antidiskriminaciono pravo – vodič, III izdanje, (ur. Saša Gajin), 2008.

Diskriminacija u Srbiji 2007 – Izveštaj koalicije protiv diskriminacije (ur. S. Gajin), 2008.

Dostupnost objekata u posedu organa javne vlasti 2007 – izveštaj Koalicije protiv diskriminacije, (ur. Saša Gajin), 2008.

Organizacije osoba sa invaliditetom, (ur. Saša Gajin), 2008.

Diskriminacija osoba sa invaliditetom, (ur. Saša Gajin), 2008.

Diskriminacija u Srbiji 2008 – izveštaj Koalicije protiv diskriminacije, (ur. S. Gajin), 2009.

Dostupnost objekata u posedu organa javne vlasti 2008 – izveštaj Koalicije protiv diskriminacije, (ur. Saša Gajin), 2009.

Diskriminacija osoba sa invaliditetom, (ur. Saša Gajin), 2009.

Organizacije osoba sa invaliditetom II, (ur. Saša Gajin), 2009.

Teror imperijalizma u dvadesetom stoljeću, Grujica Žarković, 2009.

Pravo i politika Evropske unije iz perspektive domaćih autora – Zbornik radova, (ur. Saša Gajin), 2009.

Izveštaj o implementaciji Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, (Violeta Kočić Mitaček, Tanja Drobnjak, Saša Gajin (ur.) i grupa autora), 2009.

Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama, (ur. Saša Gajin), 2012.

Model Zakona o razlozima i postupku ograničenja i zaštite pojedinih prava i sloboda, (ur. Saša Gajin), 2012.

Pritužbama protiv diskriminacije, (ur. Saša Gajin), 2013.