

Др Ивана Симоновић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23598

UDK: 342.7:347.155
Рад примљен: 15.10.2019.
Рад прихваћен: 02.11.2019.

ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ У СВЕТЛУ КОНЦЕПТА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ КАО ЉУДСКОГ ПРАВА**

Апстракт: У Републици Србији право на правну личност уставом је гарантовано право; правна способност стиче се рођењем, општа је, трајна и безусловна. Основно је својство сваког човека, и он се њоме легитимише као личност у праву. Наведене одлике не опажамо код пословне способности – нема је свака особа, нити је, за оне које је имају, она нужно истог степена. Разлику узрокује различитост њихових функција: правном способношћу човеку се, као биолошком бићу, додаје нови – правни – квалитет, и тек са њом он постаје и правна личност; пословном способношћу штити се особа којој се признаје, али и остали учесници у правном промету. Отуда потичу и њена условљеност довољном развијеношћу интелектуалних, вољних и емоционалних процеса, њено степеновање и могућност губитка (али и враћања) током живота.

Овакав (преовлађујући) приступ, заснован на парадигми о неопходности очуваног менталног капацитета, почиње се критиковати као превазиђен. Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом (2006) право на пословну способност постављено је као основно људско право, а сама пословна способност као неопходан услов остваривања пуне једнакости (пред законом) свих људских бића. Особи са интелектуалним сметњама треба пружити подршку да оствари своју пословну способност с обзиром на сметње које има, а не испитивати да ли су оне препрека да пословну способност уопште и стекне.

* ivana@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2019. године.

У светлу ове фундаменталне промене у поимању пословне способности, у раду проверавамо исправност закључка о постепеном укидању разлике између правне и пословне способности. Уколико нам се ова теза чини сувише смелом, проверићемо исправност предлога (у неким земљама законски већ прихваћеног) да се, макар, напусте институти степеновања и лишења пословне способности и замене различитим, конкретној особи са интелектуалним сметњама, прилагођеним облицима помоћи и подршке.

Кључне речи: *пословна способност, лишење пословне способности, људска права, Конвенција о правима особа са инвалидитетом, подршка особама са интелектуалним сметњама.*

1. Увод

Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом¹ направила је револуцију у посматрању инвалидитета и поступању према особама са инвалидитетом. Њоме је потврђено да се сва права гарантована међународним уговорима односе и на особе са инвалидитетом, без дискриминације (Petrušić, Bekker, Ćirić Milovanović, 2016: 7), а право на једнакост/равноправност пред законом (чл. 12 Конвенције) акцентовано као једно од најзначајнијих за доследну и правилну примену осталих конвенцијских одредаба.

Равноправност пред законом основни је општи принцип заштите и остваривања људских права, гарантован већим бројем међународних докумената, између осталог и Универзалном декларацијом о људским правима и Међународним пактом о грађанским и политичким правима. Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом овом принципу приступа се са позиција урођеног достојанства и забране дискриминације,² следом чега особе са инвалидитетом имају право да буду признате као особе пред законом, тј. као личности у праву, са пуном пословном способношћу.

1 Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 49/09. Даље: Конвенција.

2 Начело забране дискриминације (чл. 3 ст. 1 (б)) општи је принцип на ком је Конвенција заснована. Чланом пет Конвенције (Једнакост и забрана дискриминације) гарантована је једнакост свих људи пред законом и право на једнаку заштиту и једнаке погодности у складу са законом. Државе уговорнице забраниће сваку дискриминацију по основу инвалидности и гарантоваће особама са инвалидитетом једнаку и ефикасну правну заштиту од дискриминације по било ком основу.

Право на равноправност из чл. 12 Конвенције подразумева да је пословна способност урођено и универзално својство сваког појединца зато што проистиче из чињенице да су она или он људска бића. Темељем тога, право на пословну способност јесте основно људско право, којим се сваки појединац признаје као особа пред законом – увек и свуда равноправно с другима – без обзира на неко лично својство. По међународном праву о људским правима не постоје дозвољене околности за ускраћивање или ограничавање права на признање пред законом³, па ни права на пословну способност. Историјски посматрано, пословна способност најчешће је одузимања или ограничавана због менталних сметњи које отежавају самостално старање о себи и самосталну заштиту својих права и интереса. Особи лишеној пословне способности поставља се старалац, овлашћен да одлучује уместо штићеника (у његово име и за његов рачун). Штићеник остаје носилац права и обавеза (јер је правно способан), али без могућности самосталног и правно делотворног остваривања садржине већине њих.

2. Нормативни садржај права на равноправност Конвенције о правима особа са инвалидитетом

Члан 12 ст. 1 и 2 “Конвенције о правима особа са инвалидитетом” гласи:

1. Државе уговорнице поново потврђују да особе са инвалидитетом имају право да свуда буду признате пред законом, као и друга лица.
2. Државе уговорнице признају да особе са инвалидитетом остварују свој правни капацитет (*legal capacity*) равноправно са другима, у свим аспектима живота.

Ставом 1 цитираног члана потврђује се право на правну личност особа са инвалидитетом, које уживају једнако као и други, самим тим што су људска бића. Ставом 2 иде се даље, па се особама са инвалидитетом признаје и право самосталног остваривања (вршења) права и обавеза која уживају као правни субјекти.

Иза употребљеног израза *legal capacity* заправо крије се суштина промене у одређивању појма пословне способности и повезивања овог правног института са теоријом и праксом права о људским правима. Српски превод у Закону о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом дослован је – правни капацитет – и није најсрећније решење, јер није близак домаћој правној теорији и пракси, нити исказује суштински другачије промишљање о пословној способности. Конвенцијом први пут се правна и пословна способност повезују у јединствену, нераздвојну, целину и

3 Општи коментар бр. 1 (2014) члана 12 пар. 5.

промовишу као основно људско право, припадајуће сваком људском бићу, једнако као и права на живот, достојанство, слободу.⁴

Да бисмо боље разумели промену у приступу пословној способности и њен преображај из (тек) елемента правног статуса физичког лица (које се стиче под одређеним условима, а не рођењем) у основно људско право, неопходно је анализовати изразе којима су писци Конвенције одредили садржину појма *legal capacity*. У томе нам може помоћи и Општи коментар бр. 1 (2014)⁵ који је Комитет за права особа са инвалидитетом издао након што је, на основу извештаја држава потписница о примени Конвенције, утврдио да оне нису разумеле да се пословној способности мора приступити као неутуђивом људском праву. С обзиром на значај ове новине, Комитет је организовао интерактивне форуме на којима се дискутовало о пословној способности. Уочено је да се не разумеју нов концепт о пословној способности и обим обавеза које државе потписнице с тим у вези преузимају, нити да је промена условљена другачијим моделом инвалидности, ком се, такође, приступа са позиције људских права.⁶ Више не може бити речи о одузимању пословне способности због психофизичког оштећења, најчешће менталног, нити о одлучивању у име и за рачун особе са инвалидитетом (тзв. заменско одлучивање).⁷ Заправо, зато што пословна способност постаје основно људско право и универзална вредност коју дели читав људски род, више не постоје легитимни разлози њеног ускраћивања, било ком и по било ком основу. Заменско одлучивање постаје неприхватљиво, јер особу са инвалидитетом лишава могућности одлучивања о себи, својим правима и интересима и, од субјекта права, претвара је у правни објекат о ком се одлучује. Уместо тога, државе су у обавези обезбедити разноврсне и

4 Хрватски законодавац најпре је *legal capacity* превео само као правна способност (правни положај), да би Исправком Закона о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом грешку исправио и преводом обухватио и правну и пословну способност. Видети: Конвенција о правима особа са инвалидитетом, *Narodne novine MU*, br. 6/07 и 5/08. О усклађивању хрватског породичног законодавства са Конвенцијом и европским документима о пословној способности видети: Milas Klarić, 2014: 92–115.

5 Општи коментар бр. 1 (2014), Члан 12: Равноправност пред законом, усвојен на једанаестом заседању Комитета за права особа са инвалидитетом, одржаном од 31. марта до 11. априла 2014.

6 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 3.

7 Пракса је показала да су пословне способности најчешће лишаване особе са менталним, когнитивним и психосоцијалним сметњама. Комитет истиче да ово нису оправдани разлози, јер једно лично својство – инвалидитет – постаје разлог другачијег (неравноправног) поступања и дискриминисања особе са инвалидитетом у односу на општу популацију. За стање у Србији видети: Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 85–86.

конкретној особи прилагођене (формалне и неформалне) облике помоћи и подршке у остваривању њене пословне способности.⁸

Имајући ово у виду, у Општем коментару бр. 1 (2014) појашњена је садржина појма *legal capacity* и државама дате смернице у испуњавању преузетих обавеза. Основне обавезе, свакако, јесу промена или стављање ван снаге законâ на основу којих је могуће лишење пословне способности и обезбеђивање особама са инвалидитетом подршке и помоћи у остваривању њихове (пуне) пословне способности.⁹

3. Анализа конвенцијског права на равноправност и другачијег поимања пословне способности

3.1. Изједначавање правне и пословне способности

Ставом 1 чл. 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом потврђује се право особа са инвалидитетом да буду признате као особе у праву и за право.¹⁰ Оне су личности у праву и, као такве, уживаоци свих права и обавеза признатих одговарајућим међународним документима и националним правом. Дакле, правно су способне, и то никад није било спорно.

Захваљујући томе што имају пун правни капацитет – а он обједињава правну и пословну способност – особе са инвалидитетом јесу и вршиоци тих права и обавеза¹¹, способне да својим радњама стварају правнозначајне учинке у свим сферама живота. Таквим правним капацитетом – јединством правне и пословне способности – признаје се особама са инвалидитетом право самосталног (или, ако је потребно и особа са инвалидитетом то жели, уз помоћ и подршку) заснивања, мењања и окончања правних односа, какво право имају и особе без инвалидитета („на једнакој основи са другима“, ст. 2 чл. 12 Конвенције). У Општем коментару наводе се примери: „право да се буде власник имовине или да се она наслеђује (за ово је довољна и правна способност, нап. аут.), да се контролишу финансије, има равноправан приступ банкарским кредитима, хипотекарним зајмовима и другим облицима финансијског кредитирања, као и да се не буде лишен имовине нечијом самовољом.“¹² У навођењу ових правних послова, који

8 Чл. 12 ст. 3 Конвенције о правима особа са инвалидитетом.

9 Опште обавезе држава потписница прописане су чл. 4 Конвенције о правима особа са инвалидитетом.

10 У правној литератури наилази се на израз *legal standing* (McSherry, 2012: 23).

11 *Legal agency*, Ibidem, стр. 23.

12 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 11.

су углавном акти имовинског располагања (уговори о зајму, о кредиту обезбеђеном хипотеком...) и на основу употребе израза „да контролишу“ (своје правне односе, нап. аут.) видимо да су државе потписнице дужне особама са инвалидитетом обезбедити самостално и пуноважно располагање имовином, дакле, ефективно остваривање садржине пословне способности. Имајући у виду да се право на пословну способност признаје у свим сферама живота, пуноважне су и њихове правне радње неимовинске природе, у грађанскоправним и у односима уређеним прописима јавног права (нпр., изборно право, в. Настић, 2015: 137–155).

Нужност омогућавања особама са инвалидитетом пуноважног иступања у правном промету (самостално или уз помоћ и подршку) темељи се на чињеници да су оне људска бића: пословна способност је *универзално урођено право*, припадајуће свим људима, укључујући особе са инвалидитетом.¹³ Обухвата, истовремено и неодвојиво, право имања права (правна способност) и право њиховог пуноважног вршења (пословна способност). Обе се способности морају признати да би право особа са инвалидитетом на пуну пословну способност било остварено, не могу се раздвојити.¹⁴

3.2. Раздвајање пословне способности од менталне способности

Признање права на пуну пословну способност обавезује и на раздвајање пословне способности од менталне и стављање ван снаге прописа којима се омогућава да особа оштећених или смањених вештина одлучивања¹⁵ због тог буде лишена пословне способности. Претпостављена или стварна ментална неспособност не смеју се користити као оправдање ускраћивања пословне способности, јер се установљавају претежно на основу медицинских критеријума, који су недовољни за такву процену.¹⁶ Не пориче се чињеница да је неким особама, због болести или психо-социјалних сметњи, отежано самостално остваривање садржине појединих права и обавеза, али не дозвољава да их се због тога стави у неравноправан положај у односу на општу популацију. Уколико желе, имају право на помоћ у добијању и разумевању информација потребних да одлуче и одлуку саопште, као и право да таква – њихова – одлука произведе намеравани правни учинак.

13 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 12бис.

14 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 12бис in fine.

15 Одређење менталне способности у Општем коментару бр. 1 (2014), пара. 12.

16 Способност доношења одлука такође је и друштвено одређена (васпитно-образовним системом, породичним и ширим окружењем одрастања и живљења).

4. Пословна способност у праву и пракси Републике Србије

4.1. Услови за стицање пословне способности

У праву Републике Србије, материјалноправне одредбе о пословној способности налазе се у Породичном закону, а процесне, којима је уређен поступак лишења пословне способности, у Закону о ванпарничном поступку. Већ чињеница да је институт лишења пословне способности део важећег права говори нам о његовој неусклађености са међународним стандардима утврђеним Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом и новим социјалним моделом инвалидитета. Анализа одредаба Породичног закона о условима стицања пословне способности потврдиће чињеницу да идеја о пословној способности као универзалном и урођеном људском праву још увек није заживела, као што ни измене Закона о ванпарничном поступку из 2014. године, којима се установљава обавезно периодично преиспитивање изречене мере лишења пословне способности, нису одговарајућа примена конвенцијских одредаба.

Матични законски пропис о пословној способности јесте Породични закон из 2005. г., према ком се потпуна пословна способност стиче пунолетством (навршеном осамнаестом годином живота), судском одлуком дозвољеним склапањем брака пре пунолетства и постајањем родитељем са најмање шеснаест година, на основу дозволе суда и испуњења прописаних услова.¹⁷ Нормом су уређене три различите ситуације – редовно стицање пословне способности и две врсте еманципације старијег малолетника, али је само први начин значајан за нашу тему, јер се односи на правни статус пунолетне одрасле особе.

У нашем праву, пунолетним се постаје са навршеном осамнаестом годином живота (чл. 11 ст. 1 ПЗ) и тада се аутоматски, *ipso iure* и без испитивања менталне зрелости осамнаестогодишњака, постаје потпуно пословно способним. Законска је (оборива) претпоставка да је свака пунолетна особа способна за нормално расуђивање и одлучивање и да се може самостално старати о својој личности, правима и интересима, а у правном промету властитим изјавама воље стварати правне учинке (стицати права, обавезивати се и одговарати за последице својих допуштених правних поступака¹⁸).

17 Чл. 11 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05. Даље: ПЗ.

18 Грађанскоправна одговорност за недопуштене поступке – проузроковање штете – стиче се раније, са навршеном четрнаестом годином живота, чл. 160 ст. 3 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/85 и 57/89; *Сл. лист СРЈ*, 31/93).

Мада способност *нормалног* расуђивања није изричито нормирана као услов стицања пословне способности, она то, ипак, јесте. У поступку лишења пословне способности она је предмет процене: уколико се утврди да пунолетна особа није способна за нормално расуђивање, те због тога није у стању сама се старати о својој личности, правима и интересима, судском одлуком може бити лишена пословне способности.¹⁹ С друге стране, неспособност самосталног старања о себи и заштити својих права и интереса може бити разлогом да се над пунолетном особом продужи родитељско право (чл. 85 ПЗ), због чега она ни не стиче пословну способност, већ остаје у статусу особе под родитељским старањем.

4.2. Процесна правила о лишењу пословне способности

Способност нормалног расуђивања оцењује се на основу вештачења судског вештака одговарајуће медицинске струке²⁰, чији налаз и мишљење о стању менталног здравља особе често имају снагу крунског доказа, иако се суд тиме не сме задовољити. У складу са Препоруком бр. Р(99)4 Савета Европе и Комитета министара о начелима правне заштите пунолетних особа смањених способности, законодавац обавезује суд да лично саслуша особу о чијој се пословној способности одлучује и да уважи њено мишљење и ставове у мери у којој је то могуће с обзиром на стање њеног *менталног здравља*.²¹ Ову законску измену свакако треба поздравити, али и констатовати две чињенице. Најпре, да се право на једнаку и закониту правну заштиту (на правичан поступак) може релативизовати због менталног здравља особе (одустајањем од саслушања ако би то било штетно по њено здравље или неуважавањем њеног мишљења и ставова, опет због њеног менталног здравља). Затим, да се није одустало од медицинских разлога као (пресудних) критеријума оцене пословне способности, упркос критикама таквог приступа (в. Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 13–14; McSherry, 2012: 23).

Болест или сметње у психофизичком развоју, ипак, могу бити само повод за испитивање и процену пословне способности, али, сами за себе, нису довољни и никада не могу довести до лишења пословне способности. На њихово постојање мора се надовезати једна од двеју могућих последица. Прва је неспособност за расуђивање због које се особа не може сама старати о себи и заштити својих права и интереса (због чега може бити потпуно

19 Видети чл. 146 ст. 1 Породичног закона.

20 Чл. 38 ст. 1 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14 и 6/15. Даље: ЗВП.

21 Чл. 36 ст. 1 и 2 ЗВП.

лишена пословне способности); друга – непосредно угрожавање својих или туђих права или интереса, уз очувану способност расуђивања (што може водити делимичном лишењу пословне способности).²² Задатак је суда да, уз помоћ вештака медицинске струке, неспорно утврди сваку правно значајну чињеницу из овог узрочно-последичног низа и његову непрекидност, јер оне тек у свом јединству могу бити материјалноправни разлог лишења пословне способности.

Примећујемо да одредбе Породичног закона предвиђају да суд, мада је утврдио постојање разлога, *може*, а да не мора, изрећи меру лишења пословне способности. Законом о ванпарничном поступку, с друге стране, могућност избора потребне, али другачије, мере помоћи и подршке не постоји: норма је тако стипулисана да обавезује суд да особу према којој се поступак води лиши (потпуно или делимично) пословне способности кад нађе да постоје за то прописани услови.²³ Породични закон, који је донет пре усвајања Конвенције о правима особа са инвалидитетом²⁴, више је у складу с њом, макар зато што оставља могућност другачијег поступања, него што су измене Закона о ванпарничном поступку из 2014, између осталог и учињене да би Република Србија одговорила (неким својим) обавезама преузетим ратификацијом Конвенције.

Будући да је Република Србија чланица Савета Европе, на другачије уређење института пословне способности обавезује нас и Препорука Савета Европе и Комитета министара бр. Р(99)4 о принципима правне заштите неспособних одраслих особа.²⁵ Њоме се, као један од 28 принципа, установљава и принцип очувања пословне способности у највећој могућој мери (принцип 3): правни прописи треба да уваже чињенице постојања различитих степена способности и њене променљивости током живота. Сходно томе, не треба одмах примењивати мере заштите које одраслу неспособну особу аутоматски лишавају пословне способности, већ обезбедити јој другачије облике помоћи или представљања у правним односима који се тичу њене личности или имовине. Мада је Препоруком дозвољено *ограничење* пословне способности, уколико је неопходно за заштиту одрасле неспособне особе, ипак, акцензован је значај успостављања примеренијих мера помоћи, којима ће се уважити жеље,

22 В., чл. 146 и 147 ПЗ.

23 В., чл. 40 ст. 1 ЗВП.

24 Породични закон донет је 2005, а Конвенција о правима особа са инвалидитетом усвојена је 13. децембра 2006. (GA Res 61/106. UN Doc A/Res/16/106), а ступила на снагу 3. маја 2008. г.

25 Recommendation No. R(99)4 on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults, усвојена 23. фебруара 1999. г.

потребе и осећања особе према којој се мера примењује и омогућити да она искаже своје мишљење или став о питањима која је се тичу.²⁶

Да би судија, уместо лишења, одредио другачију врсту неопходне помоћи у остваривању пословне способности, потребно је нашим правним прописима уредити разноврсне формалне и неформалне облике такве помоћи и подршке, довољно прилагодљиве потребама и преференцијама особе које се тичу. Из таквог корпуса мера, требало би да и сама одрасла особа може изабрати ону коју, за своју ситуацију, сматра најпримеренијом, без интервенције суда. Истраживања судског поступања у поступцима лишења пословне способности (в., Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 13–14) показују да је суд у потпуности усмерен на утврђивање неспособности и да се, за мерне инструменте, користе статусни приступ и принцип исхода.

Статусни приступ усмерава се на испитивање психо-физичког здравља особе, која се проглашава пословно неспособном уколико се код ње утврде озбиљна и тешка ментална или интелектуална оштећења. (McSherry, 2012: 23) Медицинска дијагноза, дакле, довољна је за изрицање тешке статусне последице каква је губитак пословне способности, што је неприхватљиво и у супротности са одредбама Породичног закона. Подсетимо, болест или сметње у психо-физичком развоју могу бити искључиво повод за оцену пословне способности.

Принципом исхода и функционалним тестом процењује се очувана способност доношења одлука (тзв. когнитивни приступ процене пословне способности). Првим се упоређују раније понашање и одлучивање особе са садашњим одлукама и друштвеним правилима, како би се утврдило има ли одступања и, уколико их има, са каквим последицама. (McSherry, 2012: 24) Предмет процене код функционалног теста јесу способности разумевања и упамћивања значајних информација, способност њихове употребе ради доношења конкретне одлуке и, на крају, способност њеног саопштавања. (McSherry, 2012: 24) Будући да се не ради о апстрактној процени когнитивних способности, констатација о умањеним способностима за доношење неких одлука (нпр., за послове располагања вреднијом имовином, али не и за послове управљања или за обављање свакодневних послова располагања мање вредности или мањег значаја) не укида аутономност особе у осталим

26 Принцип 9 – Поштовање жеља и осећања одрасле неспособне особе. Двадесет и осам установљених принципа правне заштите тиче се одраслих особа које, због недовољно развијених или оштећених телесних и менталних својстава, не могу самостално одлучивати о својим личним или имовинским односима, или их не могу разумети, о њима се изјаснити или спровести у дело донету одлуку, чиме, последично, нису у стању ни да заштите своје интересе (Први део Препоруке – Област примене).

сферама живота. Сматра се да би функционални тест могао бити применљив и у системима у којима пословна способност не може бити одузета, и то као метод утврђивања врсте помоћи и подршке у одлучивању и њиховог прилагођавања актуелним способностима, вештинама и потребама особе са инвалидитетом. (в., Devi, Bickenbach, Stucki, 2011: 252–253; Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 13)

5. Закључак

Право на равноправност/једнакост пред законом из члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом утврђује да је пословна способност урођено и универзално својство сваке особе, зато што проистиче из чињенице да су он или она људска бића. Темељем тога, право на пословну способност постаје ново људско право, којим се сваки појединац признаје за личност у праву и за право, увек и свуда равноправно са другима, без обзира на индивидуалне разлике или лична својства.²⁷ Применом међународних стандарда о заштити основних људских права, нема оправданих разлога за задирање у пословну способност, која је универзална и потпуна.

Нов приступ поставља пословну способност на ниво универзалног људског права, утемељеног на људском достојанству, задирањем у коју (ограничавањем или одузимањем) пориче се вредност особе као људског бића. Анализом (обавезујућих) конвенцијских одредаба о пословној способности, закључујемо да пословна способност готово да постаје трајна и неповредива, попут правне способности. Право на једнакост пред законом из чл. 12 Конвенције повезује правну и пословну способност у нераздвојиво јединство, што одступа од преовлађујућег, законског и теоријског, приступа правном субјективитету физичких лица, виђеног као сложен институт у ком правну способност нужно не мора да прати и пословна способност.

Приписивање пословној способности обележја основног људског права добија на значају у ситуацијама у којима пунолетна особа не може самостално иступати у правном промету, најчешће зато што јој болест или психо-социјалне сметње отежавају разумевање и одлучивање. Упоредноправно и историјски посматрано, таква се особа лишава пословне

²⁷ Речено изразима из Конвенције, признаје се *право на пун правни капацитет*, сачињен из две нераздвојне компоненте – правне и пословне способности. Обе се морају истовремено признати (стећи) – и способност имања права и обавеза и способност њиховог самосталног остваривања – да би право на пословну способност, на начин уређен Конвенцијом, суштински било универзално, потпуно и једнако за све, без дискриминације по било ком основу.

способности (потпуно или делимично) и ставља под старатељство, а њен старалац овлашћује да одлучује уместо ње (у име и за рачун) или да сагласношћу и проценом најбољег штићениковог интереса даје правну делотворност његовим изјавама воље. Правилна примена члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом искључује меру лишења пословне способности и налаже њену замену разноврсним, потребама и способностима конкретне особе прилагођеним, облицима помоћи и подршке у одлучивању.

Уместо лишења пословне способности говори се о помоћи и подршци у остваривању пуне пословне способности. Особа остаје пословно способна (јер је то сада трајно својство њеног правног субјективитета), а њена воља правно делотворна, с тим што има право на помоћ у одлучивању и исказивању воље. Ратификацијом Конвенције о правима особа са инвалидитетом, држава се обавезује на обезбеђивање прилагодљиве помоћи и подршке, на прелаз са заменског одлучивања (у име и за рачун) на одлучивање уз помоћ и подршку и укидање законске могућности лишавања пословне способности пунолетне особе због процене да није у стању сама се старати о себи и својим правима и интересима. Последично, старатељство над пунолетном особом морало би бити, ако не потпуно напуштено, а оно темељно преобликовано, због другачијих права и обавеза стараоца.²⁸ Израз старалац постаје неодговарајући, јер пунолетна особа добија једног или више помоћника од поверења (које може и сама изабрати), ради циљане подршке тамо где јој инвалидитет отежава самостално вршење права и обавеза.

Сагледавање пословне способности кроз призму права о људским правима није сасвим заживело ни у универзитетској настави, где се пословна способност и даље изучава као елемент правног статуса физичког лица, којем нису својствене општост, трајност и неотуђивост. (в., Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2008: 119–124; Vodinelić, 2012: 352–359) Правној и пословној способности приступа се на традиционалан академски начин: то су два засебна својства правног субјективитета; прва је еминентна, трајна и потпуна, друга се може степеновати, током живота изгубити (лишењем) и поново стећи. Конвенцијски стандард да су правна и пословна способност елементи истог института (за који је употребљен израз правни капацитет) и да су обе потпуне и трајне, није ушао ни у одговарајуће законске текстове и правну праксу, нити у уџбенике који се баве статусом правних субјеката.

28 Ограничено или делимично старатељство, са судском одлуком прецизно утврђеним овлашћењима стараоца, у тачно одређеним областима живота особе са инвалидитетом, могло би бити прелазно решење ка потпуном укидању института лишења пословне способности.

Република Србија није једина земља која је ставила резерве на члан 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом,²⁹ нити једина по чијем је праву могуће особу, због неспособности за расуђивање и немогућности самосталног старања о себи и својим правима и интересима, лишити пословне способности и ставити под старатељство. Заменско одлучивање није у потпуности замењено одлучивањем уз помоћ и подршку (што би захтевала доследна и правилна примена Конвенције), али му се прибегава као крајњој мери, код особа неспособних за самосталан живот због тешких менталних оштећења.³⁰

Напоследку, није нам била намера да поричемо разлике у менталној способности особа (што би се противило научним сазнањима) већ да промислимо о оправданости другачијег поступања према особама којима су ове способности умањене. Запитајмо се да ли због тога треба да буду лишене пословне способности (што је мала правна смрт) и зависне од туђег старања или би другачији облик помоћи, који не повређује њихово достојанство, био примеренији.

Литература/References

Vodinelić, V. (2012). *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik.

Devi, N., Bickenbach, J., Stucki, G. (2011). Moving Towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *European Journal of Disability Research*. 5. 249–264.

Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 25. 1982, 48. 1988, 46. 1995, 18. 2005, 85. 2012, 45. 2013, 55. 2014 и 6. 2015.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1985 и 57. 1989; *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993

Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 49. 2009.

Klarić Milovanović, I. (2014). Reforma skrbničkog zakonodavstva i europski pravni okvir. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. Br. 1(V). 92–115.

29 B., UN Treaty Collections. Convention on Rights of Persons with Disabilities: Declarations with Reservations, 2007.

30 На сајту организације Alzheimer Europe могу се погледати правни прописи и пракса о пословној способности тридесет европских земаља (не и Републике Србије). Видети: [https://www.alzheimer-europe.org/Policy-in-Practice2/Country-comparisons/2010-Legal-capacity-and-proxy-decision-making/\(language\)/eng-GB](https://www.alzheimer-europe.org/Policy-in-Practice2/Country-comparisons/2010-Legal-capacity-and-proxy-decision-making/(language)/eng-GB)

Конвенција о правима особа са инвалидитетом. *Narodne novine MU*. Бр. 6. 2007. и Бр. 5. 2008.

Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта.

McSherry, B. (2012). Legal Capacity Under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. U *Journal of Law and Medicine*. Бр. 20. 22–27.

Настић, М. (2015). Изборно право особа са инвалидитетом. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70(LIV). 137–155.

Општи коментар бр. 1 (2014) Комитета за права особа са инвалидитетом. Једанаесто заседање, 31. март – 11. април 2014.

Petrušić, N., Beker, K., Ćirić Milovanović, D. (2016). *Smernice za postupanje sudija u slučajevima lišenja poslovne sposobnosti*. Београд: Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом MDRI-S.

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2005.

Recommendation No. R(99)4 on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults, усвојена 23. фебруара 1999. г.

UN Treaty Collections. Convention on Rights of Persons with Disabilities: Declarations with Reservations, 2007. Преузето 15. 9. 2019.

http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&Chapter=4&lang=en

Doc. Ivana Simonović, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

DEPRIVATION OF LEGAL CAPACITY, IN LIGHT OF THE CONCEPT OF LEGAL CAPACITY AS A HUMAN RIGHT

Summary

In the legal system of the Republic of Serbia, every individual is guaranteed the right to legal personality (Article 37, para. 1 of the Constitution). Thus, the most important features of legal capacity (its universal character, permanence and unconditional application) have obtained their constitutional dimension. Contractual capacity does not comprise these features. It is not universal because it does not pertain to every single person, nor does it imply the same degree (scope) of capacity for those who have it. This distinction between the legal capacity and the contractual capacity is a consequence of their different functions. The former provides a new legal quality to every person as a biological being; one becomes a person in law thanks to the legal capacity. One of the many functions of contractual capacity is the protective one, in terms of safeguarding both the individual who is being recognized as a person in law and all other participants in legal affairs. Hence, it is preconditioned by the sufficient development of intellectual, willful and emotional processes, which are used as criteria for grading the scope of contractual capacity as well as for depriving an individual of this capacity and possibly re-instating it during one's lifetime.

Yet, this prevailing approach, based on the paradigm that the scope of one's contractual capacity is subjected to one's mental capacity, has been criticized as obsolete. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) establishes the right to legal capacity as a basic human right, and as a necessary condition for attaining full equality of all human beings before the law. It seems that legal capacity comprises contractual capacity as well; thus, instead of assessing whether their intellectual disabilities are an obstacle to attaining contractual capacity, persons with intellectual disabilities should be supported to exercise their legal (and contractual) capacity, they should be assisted in making the decision and expressing it.

In light of this fundamental change in understanding the concept of contractual capacity, the author analyzes the validity of the conclusion that the distinction between the legal capacity and the contractual capacity is gradually being abandoned. If this hypothesis seems too bold, the author will assess the validity of the proposal (already accepted in some countries) to abandon the institutes of grading

contractual capacity and depriving a person of contractual capacity, and replacing them with different tailor-made forms of assistance and support, adapted to the specific needs of the person with intellectual disabilities.

Keywords: *legal capacity, contractual capacity, deprivation of legal capacity, human rights, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, support for persons with intellectual disabilities.*