

Др Марија Драшкић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
судија Уставног суда Републике Србије
maja@ius.bg.ac.rs

НОВИ СТАНДАРДИ ЗА ПОСТУПАК ЛИШЕЊА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ: АКТУЕЛНА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Европски суд за људска права донео је недавно две пресуде у којима се бавио питањима везаним за поступак лишења пословне способности. Поруке ових одлука односе се и на пожељне измене српског законодавства, па их зато вреди представити у ширем изводу.

Случај Салонтаји-Дробњак против Србије (Salontaji-Drobnjak v. Serbia)

Подносилац представке, држављанин Србије, делимично је лишен пословне способности одлуком Општинског суда у Врбасу од 22. фебруара 2005. године, а на основу вештачења које је обавио Институт за психијатрију Клиничког центра у Новом Саду. Наказ овог стручног тела гласио је да подносилац представке пати од поремећаја који је дијагностикован као параноја парницења (*paranoia querulans*), због тога што је подносилац представке био поднео преко 200 тужби Општинском суду у Врбасу, највише против својих претпостављених. Мишљење тима вештака било је да га треба делимично лишити пословне способности. Окружни суд у Новом Саду је 24. марта 2005. године потврдио првостепену одлуку, а Врховни суд Србије је 28. фебруара 2006. године одбио ревизију подносиоца представке. Покушај господина Салонтаји-Дробњака да суду уручи предлог за враћање пословне способности 7. јуна 2005. године није успео, јер је Општински суд у Врбасу одбио да га прими док се подносиоцу представке не постави старатељ.

Након тога господин Салонтаји-Дробњак обратио се Европском суду за људска права истичући повреду права на правично суђење и права на поштовање приватног и породичног живота. Суд је, најпре, изразио став да претпоставља да у случајевима који укључују душевно болесна лица домаћи судови, такође, треба да уживају одређени простор за процену. Међутим, како је током поступка пред Судом било утврђено да подносилац представке није присуствовао последњем рочишту, након кога је донета одлука о лишењу пословне способности, да самим тим није могао лично да оспори налаз и мишљење вештака, да у образложењу одлуке Општинског суда у Врбасу нема уверљивог објашњења за одсуство подносиоца представке осим да његово присуство не би било „сврсиходно“, да подносилац представке уопште није имао могућност да се састане са правницом која му је била законски заступник у поступку за лишење пословне способности те да му је био онемогућен приступ суду приликом подношења предлога за враћање пословне способности, Европски суд је утврдио да је дошло до повреде права на правично суђење (чл. 6, ст. 1 Европске конвенције). Што се тиче права на поштовање приватног и породичног живота, Европски суд је, истина, признао потребу државе да се заштити од несносних парничара, али је утврдио да је у том случају држава дужна да установи ефикасан судски механизам који би се изборио са таквим захтевима, без прибегавања додатним мерама које би се одразиле на пословну способности таквих лица. С друге стране, Суд је констатовао и недостатак домаћег законодавства који се састоји у томе што није предвиђено ограничено време трајање лишења пословне способности, као и периодично преиспитивање одлуке о лишењу пословне способности од стране суда, онако како предвиђа чл. 14 Препоруке Комитета министара Савета Европе од 23. фебруара 1999. године. Због учињених повреда Суд је подносиоцу представке досудио накнаду нематеријалне штете у износу од 12.000 евра, као и износ од 3.000 евра на име трошкова судског поступка.¹

Случај Х. против Хрватске (Х. v. Croatia)

Поступак у овом предмету покренула је хрватска држављанка Х., рођена 1972. године, у односу на коју је Центар за социјални рад из Загреба децембра 1998. године покренуо поступак за лишење пословне способности. Подносиатељки представке одмах је за привременог старатеља постављена њена мајка како би је надаље заступала у овом поступку. Предлог Центра темељио се на обавештењу Психијатријске болнице о томе да је она у више наврата лечена од

¹ Вид. Салонтаји Дробњак против Србије, представка бр. 36500/05 од 13. октобра 2009. године, *Службени гласник РС*, бр. 92/2009.

параноидне шизофреније након покушаја самоубиства. У поступку лишења пословне способности подносиатељка представке је саслушана и она је том приликом изјавила да су њени проблеми почели пре више година, када је отишла у Лондон, где је почела да конзумира марихуану, да је имала халуцинације, али да се сада лечи те да не жели да буде лишена пословне способности, а посебно не жели да јој за старатеља буде постављена мајка, из приватних разлога. Напоменула је да је у другом месецу трудноће и да намерава да прекине трудноћу, али то се ипак није догодило. Након порођаја, у децембру 1999. године, психијатар из болнице у којој се лечила обавестио је Центар да сматра да је потребно наставити поступак за лишење пословне способности због тога што се њено стање погоршало услед неконтролисаног узимања психоактивних супстанци, чиме угрожава сопствену безбедност, а посебно безбедност свог детета. У наставку поступка, подносиатељка представке је још једном саслушана, прибављено је и ново психијатријско вештачење, па је суд у мају 2001. године подносиатељку представке потпуно лишио пословне способности.

Подноситељка представке се није жалила и одлука је постала правноснажна. За старатеља јој је најпре постављена мајка, али је након тога, на захтев мајке, за старатеља постављена радница Центра. У фебруару 2004. године подносиатељка представке затражила је од општинског суда у Загребу да јој се врати пословна способност. Након прибављеног психијатријског вештачења, које је указивало на погоршање њене болести у правцу акутне психозе са параноидним маничним идејама, подносиатељка представке је приговорила наведеном вештачењу и затражила ново. Друго вештачење обавила је Клиника за психијатрију Медицинског факултета у Загребу, али је оно у потпуности подржало налаз и мишљење првог вештачења. Ослањајући се на овај доказ, суд је марта 2005. године одбио захтев подносиатељке представке за враћање пословне способности. Подносиатељка представке се није жалила на ту одлуку. У међувремену, стручни тим Центра за социјални рад је у јулу 2000. године предложио, а Центар донео решење на основу кога је ћерка А. подносиатељке представке смештена на хранитељску заштиту код баке, мајке подносиатељке представке. У новембру 2001. године Центар је подносиатељки представке одузео право да живи са својим дететом и наложио да се дете смести у СОС Деце село, јер је током поступка надзора утврђено да дете, иако је стављено под хранитељску заштиту баке, и даље живи у истом домаћинству са мајком, која се меша у васпитање детета, чему се хранитељка није могла одупрети. Током 2003. године Центар је по службеној дужности покренуо поступак за усвојење А., ћерке подносиатељке представке, без њеног знања, а на основу сагласности старатељке детета М. Б. Решење је постало правноснажно

септембра 2003. године. Према важећем хрватском законодавству, подносиатељка представке није била странка у поступку усвојења њене ћерке, будући да јој је била потпуно одузета пословна способност, нити је била обавештена да је такав поступак спроведен, већ је за усвојење свог детета сазнала тек касније.

Подноситељка представке обратила се Европском суду за људска права сматрајући да је повређено њено право на поштовање породичног живота, које гарантује чл. 8. Европске конвенције о људским правима, будући да је њена ћерка дата на усвојење без њеног знања, пристанка или учешћа у поступку усвајања. Суд је стао на становиште да усвојење детета, као веома рестриктивна мера која има за последицу потпуно прекидање односа између родитеља и детета, несумњиво представља мешање у право на поштовање породичног живота подносиатељке представке. Оцењујући да ли је мешање било законито и да ли је имало легитиман циљ, Европски суд је, најпре, потврдио да одлука о којој је реч има упориште у домаћем закону, те да је циљ хрватског законодавства да заштити децу, па како ништа у овом предмету не указује на то да је било неке друге сврхе, Суд је закључио да су одлуке о којима је реч имале за циљ да заштите најбоље интересе детета, што јесте легитиман циљ у смислу чл. 8, ст. 2 Европске конвенције о људским правима.

Но, средишње питање у овом предмету, по мишљењу Суда, јесте да ли је мешање јавних власти у остваривање права на породични живот у конкретном предмету било неопходно у демократском друштву. Суд је поновио да раздвајање породице увек представља веома озбиљно мешање те да се међу питањима која се разматрају у процесу одлучивања о усвојењу детета безусловно морају разматрати и прописно узети у обзир и ставови и интереси биолошких родитеља, којима се мора омогућити правовремено коришћење свих правних средстава која им стоје на располагању. Суд је посебно приметио да ни у једном од поступка који су претходили усвојењу није био оцењиван однос између подносиатељке представке и њене ћерке, иако је једна од *ex lege* последица лишавања пословне способности било и потпуно искључење подносиатељке представке из поступка усвојења њене ћерке. Стога чињеница да, према домаћем праву, родитељ коме је одузета пословна способност није странка у поступку усвојења нити је потребна његова сагласност за усвајање детета, представља мешање јавних власти које није било нужно у демократском друштву. Суд, надаље, примећује да ни у једном претходном поступку није донета посебна одлука о подносиатељкином родитељском праву, иако је она наставила да врши то право бар у одређеној мери, тако што је посећивала дете све до усвајања. Суд, најзад, констатује да није превидео чињеницу да је подносиатељка

представке била потпуно лишена пословне способности, али да не може прихватити да свака особа лишена пословне способности треба аутоматски да буде искључена из поступка усвајања свог детета. Суд налази да није било довољно то што су надлежне домаће власти подносиоци представке само укратко обавестиле телефоном о томе да је покренут поступак усвојења, већ је било нужно да јој се пружи прилика да буде саслушана у том поступку, а тиме и да добије могућност да изрази своје ставове о могућем усвојењу своје ћерке. Суд је у закључку констатовао да је пропуштање хрватских власти да укључе подносиоци представке у поступак усвајања њене ћерке довело до повреде права на поштовање њеног приватног и породичног живота (чл. 8 Европске конвенције). Подносиоци представке Суд је досудио износ од 8.000 евра на име накнаде нематеријалне штете.²

1. ПРАВО НА ЗДРАВЉЕ

Нови Устав Републике Србије проглашен је и ступио је на снагу 8. новембра 2006. године. Одредба овог Устава којом се штити право на здравље гласи: „Свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља“.³ Изгледа, дакле, да је уставотворцу овога пута било посебно важно да изреком помене и физичко и психичко здравље, односно да овом одредбом демонстрира да никакве разлике у заштити здравља не сме бити у зависности од тога у ком сегменту људске личности је наступило нарушавање здравља.

Устав Светске здравствене организације дефинише здравље као стање потпуног телесног (физичког), душевног (менталног) и социјалног благостања, а не само одсуство болести и изнемоглости.⁴

² *Case of X. v. Croatia*, No. 11223/04 од 26. јуна 2008. године.

³ Вид. чл. 68, ст. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06. Претходни српски Устав гарантовао је само право на заштиту здравља, не помињући изричито физичко или психичко здравље. Вид. чл. 30, ст. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/90.

⁴ Вид. Преамбулу Устава Светске здравствене организације из 1946. године. Исту дефиницију здравља понавља и Декларација Светске здравствене организације из Алма Ате (1974): „Здравље није пуко непостојање болести, већ стање потпуног физичког, менталног, духовног и социјалног благостања“.

Иако се у литератури овој дефиницији много тога приговара (на пример, да је двозначна и да садржи двосмислени обрт, па се због тога назива „разроком“; да садржи идеалистичке и утопистичке елементе; да је изван времена и простора; да одређује здравље као апсолутну, а не релативну категорију; да дефинише здравље на негативан, а не на позитиван начин; да се здравље на овај начин фетишизира и апсолутизује; један критичар је, штавише, рекао да здравље, како га дефинише Светска здравствена организација, више личи на кому, него на здравље; да је потпуна

Но, није само Светска здравствена организација дефинисала здравље. И песници су писали понекад о здрављу. Тако, велики хрватски песник епохе надреализма, Тин Ујевић, осећајући у себи благоговорност здравља, пише:

*О Тине,
сине
ведрине,
чврстине,
једрине,
густине...*

дајући прегршт атирбута здравља, толико потребних да би се појам и значење појма „здравље“ лакше схватило, и то истовремено димензије телесног (физичког) и духовног здравља.⁵ Штавише, Тин Ујевић је написао и једну развијену дефиницију здравља, вероватно још 1938. године, дакле скоро деценију пре него што је Светска здравствена организација поставила своју дефиницију: „По мојем мишљењу, детерминантни чинилац, који делује у сваком човеку као стваралац свих психичких особина и чинова, те одређује човеков усуд у најопћенитијем и у најпојединачнијем смислу, *зове се здравље*. Другим ријечима, ја сматрам здравље иманентним, али апсолутним начелом каузалитета које живи у сваком човјеку. Здравље, дакле, ствара и квалитету човјекове поезије и литературе: оно, и ништа друго. Питати се, да ли је дужина човјековог живота и ток његов унапријед одређен у колевци, изгледа помало метафизички, па ипак, и дужина човјековог живота и развој његових надахнућа одређен је посредно здрављем, а то је здравље један еквилибриј који није само претходно остварен него се непрестано бори, кроз разне мијене организма, за своје одржање“.⁶

И Конвенција о правима детета предвиђа да државе чланице признају право детета на највиши ниво здравствене и медицинске заштите и на рехабилитацију, те да ће државе чланице настојати да ниједном детету не буде ускраћено право на такву здравствену

ослобођеност од болести неспојива са процесом живота (*Dubos*); да се у стварности тешко може наћи потпуно здрав човек (*Kiekegaard*); да се здравље, напротив, може мерити и степеновати (Аристотел), итд., ипак је ова дефиниција до данас најчешће коришћена у свету.

⁵ Колико је Тин Ујевић држао до ведрине, која је несумњиво манифестација доброг духовног здравља, може се видети из записа „Ако што бих једино потомцима хтио намријети у баштину била би ВЕДРИНА. Кристална коцка ведрине“, вид. Т. Ујевић, *Fumus acerbum (Opojnost uma), Ljudi na vratima gostionice*, August Cesarec, Zagreb 1986.

⁶ *Ibid.*

заштиту.⁷ Такође, Конвенција обавезује државе чланице да „у највећој могућој мери обезбеде опстанак и развој детета“,⁸ а правилни и потпуни развој детета везује се за живот „у породичној средини, у атмосфери среће, љубави и разумевања“.⁹ Право детета да му буду обезбеђени најбољи могући животни и здравствени услови за правилан и потпун развој гарантује и Породични закон Србије.¹⁰ Ради се, дакле, о једном праву детета које има карактер најопштијег принципа који прожима примену свих других права детета. Развој се, при том, мора сагледавати као холистички концепт, будући да се и сва друга права детета морају вршити тако да имају за циљ правилан и потпун развој детета. Отуда, многе обавезе које су преузеле државе чланице Конвенције о правима детета, а које се односе на заштиту детета од насиља и експлоатације, на здравље, одговарајући стандард живота, образовање, слободно време, игру или рекреацију, директно утичу на могућности правилног и потпуног развоја.¹¹ С друге стране, развој не сме да подразумева само припрему детета за доба зрелости, већ мора да обухвати оптималан ниво услова за живот и развој детета у детињству, укључујући физички, ментални, духовни, морални, психолошки и социјални развој. Само тако развој детета биће у складу с људским достојанством и успешно ће припремити дете за самостални живот у будућности. Кључну улогу у обезбеђивању оптималног развоја за дете имају његови родитељи, разуме се, у оквиру својих способности и финансијских могућности, али и други чланови породице који су одговорни за дете, а држава је обавезна да им у томе пружи сваку могућу помоћ (материјална подршка, програми потпоре у погледу исхране, одевања, становања итд).¹²

Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може дати пристанак за предузимање медицинског захвата у српском праву.¹³ На овај начин, дете које је достигло задовољавајући степен зрелости добија прилику да о свом здрављу – као једном од најважнијих аспеката правилног и потпуног развоја – доноси одлуке самостално. У савременом медицинском праву, наиме, напуштен је патернализам у односу између лекара и пацијента, који је значио да лекар има само задатак да се на најбољи могући

⁷ Вид. чл. 24, ст. 1 Конвенције о правима детета, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90.

⁸ Вид. чл. 6, ст. 2 Конвенције о правима детета.

⁹ Вид. Преамбулу Конвенције о правима детета.

¹⁰ Вид. чл. 62, ст. 1 Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

¹¹ Вид. чланове 19, 24, 27, 28, 29, 31 39 Конвенције о правима детета.

¹² Чл. 27 Конвенције о правима детета.

¹³ Чл. 62, ст. 2 Породичног закона.

начин стара о пацијенту, занемарујући сасвим пацијентову вољу и његове жеље у погледу лечења. Уместо тога, однос између лекара и пацијента данас се првенствено темељи на принципу поштовања аутономије пацијента и његових личних права. Суштина тог принципа је да пацијент није објект медицине, него субјект који, уз помоћ лекара, слободно одлучује о свим мерама које се тичу његовог живота и здравља.¹⁴ Отуда се у савременом праву без сагласности пацијента не може, по правилу, извршити над њим никаква дијагностичка и терапијска мера, односно такви поступци противно вољи пацијента могу се предузимати само у изузетним случајевима који су одређени законом.¹⁵ Када је у питању дете, правила медицинског права налажу да родитељи имају право да се сагласе са предузимањем хируршких или других медицинских интервенција над својим дететом док је оно малолетно, али да дете које је достигло задовољавајући степен зрелости може и само донети одлуку о томе да ли пристаје на предложени медицински захват.¹⁶

¹⁴ Опширније вид. Ј. Радишић, М. Драшкић, В. Водинелић, М. Поповић, В. Стамболовић, М. Самарцић, „Повеља о правима пацијената“, *Право теорија и пракса* 12/1999, 39-46.

¹⁵ Тако је и у српском праву. Без пристанка пацијента не сме се, по правилу, над њим предузети никаква медицинска мера, а медицинска мера противно вољи пацијента, односно његовог законског заступника, може се предузети само у изузетним случајевима који су предвиђени законом и који су у складу са лекарском етиком. Изузетни случајеви су они у којима је пацијент без свести, или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, а треба да буде предузета хитна медицинска мера над њим. У том случају, медицинска мера може се предузети на основу конзилијарног налаза. Вид. чланове 31-35 Закона о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 107/05. Вид. и чл. 5 Конвенције о људским правима и биомедицини (1997).

¹⁶ То је често решење и у упоредном праву. На пример, у праву Норвешке родитељи немају право да изјављују сагласност у име детета које је навршило 16 година живота, а малолетници од 12-16 година имају право да изразе своје мишљење у вези са предстојећом медицинском интервенцијом, вид. пар. 4 Закона о правима пацијената Норвешке. У енглеском праву неопходна је сагласност малолетника старијег од 16 година за сваки хируршки, медицински или стоматолошки захват, што значи да је у том случају уклоњена потреба да се захтева сагласност родитеља, вид. пар. 8. Закона о реформи породичног права (*The Family Law Reform Act, 1969*). Штавише, у једној веома познатој судској одлуци Дом лордова је, као највиши енглески суд, оценио да лекар има право да даје медицинске савете или предузима третмане у вези са контрацепцијом и у погледу девојака млађих од 16 година и без претходног одобрења родитеља, под условом да је девојка способна да разуме савет лекара, да је лекар покушао да је убеди да о третману обавести родитеље или му допусти да он то учини, да је вероватно да ће девојка почети или наставити сексуалне односе без обзира на контрацептивни третман, да ће њено физичко или ментално здравље бити нарушено у одсуству савета или третмана те да је у њеном најбољем интересу да лекар поступа без сагласности родитеља (тзв. „Гилик тест компетенције“), вид. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985), 3 All E.R. 402. Опширније о пристанку малолетника на медицински захват

2. ПРАВО НА ПОСЛОВНУ СПОСОБНОСТ

Устав Србије познаје одредбу која предвиђа да лице пунолетством стиче способност да самостално одлучује о својим правима и обавезама те да пунолетство наступа са навршених 18 година.¹⁷ Ако је право на правну личност – како гласи рубрум овог члана Устава Србије – овом одредбом дефинисано и кроз право на стицање пословне способности,¹⁸ могло би се закључити да Устав Србије не прави било какву разлику између правне и пословне способности, увршћујући их у основна људска права и слободе.

С друге стране, произилази из Устава Србије такође и то да никакво ограничавање како правне, тако и пословне способности није могуће. Док је то у погледу правне способности неспорно и јасно, будући да су у савременим законодавствима сва људска бића правни субјекти и сва имају исти обим и квалитет правне способности од тренутка рођења,¹⁹ у погледу немогућности ограничења пословне способности решење је посве ново.²⁰ У Уставу Србије постоји, наиме, одредба која гарантује непосредну примену зајемчених људских права и која дозвољава да се начин остваривања ових права може прописати законом само ако је то Уставом изричито предвиђено или је то неопходно за остваривање појединог права због његове правне природе,²¹ односно да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена само ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном

у међународном и упоредном праву, вид. G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague Boston London 1998, 310 312; N. Ivović, *Saglasnost za medicinsku intervenciju i odgovornost ljekara*, Pravni fakultet, Podgorica 2004, 157 175.

¹⁷ Вид. чл. 37, ст. 2 Устава Србије.

¹⁸ Право на правну способност гарантује чл. 37, ст. 1 Устава Србије: „Свако лице има правну способност“.

¹⁹ Није, наравно, тако било одувек у праву, већ је то резултат одређеног непо вратног стадијума развоја права и цивилизације уопште. У прошлости су, као што је познато, постојали системи у којима су читаве категорије људи биле лишене правне способности (робови у старом Риму) или је обим њихове правне способности био ужи у односу на друге категорије грађана (на пример, кметови у феудализму). Вид. опширније О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1995, 52 53.

²⁰ Пословна способност се дефинише као способност закључивања правних послова, а под њима се подразумевају изјаве воље које производе грађанскоправна дејства (настанак, пренос или промену субјективних грађанских права). С гледишта пословне способности, сва су физичка лица традиционално била сматрана потпуно пословно неспособним, ограничено (делимично) способним или потпуно пословно способним, вид. опширније О. Станковић, В. Водинелић, 57.

²¹ Чл. 18, ст. 1 Устава Србије.

да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.²² Имајући, дакле, у виду да је неспорно да начин остваривања или ограничавање правне способности никада не би могло бити додатно уређено законом, поставља се питање да ли Устав уопште допушта прописивање начина остваривања или ограничавање пословне способности?

Тумачењем одредбе о томе да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена само ако, поред других услова који се морају испунити, такво ограничење допушта Устав, долазимо одмах до неспорног закључка да Устав није предвидео никакву могућност да право на пословну способност буде додатно уређено или ограничено законом, онако како је то учињено у погледу неких других људских и мањинских права (као што је, на пример, право на држављанство, слобода кретања, тајност писма, заштита података о личности, право на имовину, итд.). Стога, будући да Устав уопште не допушта ограничење овог права, изостаје подвргавање могућег ограничења и осталим додатним критеријумима обезбеђења, као што су захтев да ограничење може бити само у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.

С друге стране, интерпретација уставне норме о томе да је законом дозвољено прописати начин остваривања неког људског и мањинског права зајемченог Уставом само ако је то изричито предвиђено или ако је то неопходно за остваривање појединог права због његове правне природе, доводи нас до закључка да Уставом свакако није изричито предвиђено да се начин остваривања права на пословну способност може законом прописати. Остаје, стога, још једино последња могућност – тумачење да се начин остваривања овог људског права, чију непосредну примену гарантује Устав, пропише законом, с образложењем да је то неопходно за остваривање овог права због његове правне природе. Но, и том случају, законско прописивање начина остваривања права на пословну способност морало би задовољити и додатни уставни критеријум, а то је захтев да закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права.

У српском праву потпуно се лишава пословне способности пунолетно лице које због болести или сметњи у психофизичком развоју није способно за нормално расуђивање, те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса.

²² Вид. чл. 20, ст. 1 Устава Србије. Овакво уставно ограничење људских и мањинских права потпуно је у складу са стандардима предвиђеним у чл. 8, 9, 10 и 11 Европске конвенције о људским правима, *Службени лист СЦГ Међународни уговори*, бр. 9/03.

Пословна способност лица које се потпуно лишавља пословне способности једнака је пословној способности млађег малолетника. Делимично се, пак, лишавља пословне способности пунолетно лице које због болести или сметњи у психофизичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе, односно права и интересе других особа.²³ Пословна способност лица које је делимично лишено пословне способности једнака је пословној способности старијег малолетника, а судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одредиће се правни послови које то лице може односно не може самостално предузимати.²⁴

Ако би, другим речима, пред Уставним судом било постављено питање да ли су одредбе Породичног закона о потпуном или делимичном лишењу пословне способности у складу са одредбама Устава о непосредној примени зајемчених права те допуштеном степену ограничења људских и мањинских права, аргументација за неприхватање неке такве хипотетичне иницијативе или одбијања предлога морала би се кретати само у оквиру тумачења према коме одредбе о лишењу пословне способности – без обзира на то што је више или мање ограничавају – представљају само нужно прописивање начина остваривања овог права које је неопходно због његове правне природе, али ипак не утичу на суштину зајемченог права на пословну способност. Такво тумачење захтевало би, међутим, уношење у наш правни систем и неких нових правила, која би додатно обезбедила да суштина зајемченог права на пословну способност остане очувана, и то у мери у којој је особа која се лишавља пословне способности у стању да изрази сопствено мишљење у складу са својим очуваним менталним капацитетом.

3. КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

На исто тумачење упућују и одредбе Конвенције о правима особа са инвалидитетом, која је усвојена под окриљем Уједињених

²³ Исти став у погледу тумачења појма непосредног угрожавања заузела је и судска пракса: „Према наведеној одредби Закона о браку и породичним односима опасност угрожавања својих права и интереса или права и интереса других особа мора бити *непосредна* па је за правилну примјену материјалног права потребно утврдити да ли је Б. И. непосредно неким својим поступцима угрожавао своја права или интересе односно права или интересе других особа, па ће се тек након тога о приједлогу за лишење пословне способности моћи законито одлучити.“ Вид. решење Врховног суда Хрватске Гзз. 34/84 од 31. маја 1984, *Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava*, Zagreb 1988, одлука бр. 30.

²⁴ Вид. чланове 146 и 147 Породичног закона.

нација и коју је Србија недавно ратификовала.²⁵ Према тој Конвенцији, особама са инвалидитетом сматрају се подједнако особе чија су дугорочна оштећења у физичкој, менталној, интелектуалној или чулној сфери, док појам дискриминације по основу инвалидитета подразумева сваку разлику, искључивање или ограничавање на основу инвалидитета, што има за циљ или ефекат нарушења или поништења признавања, уживања или вршења, равноправно са другима, свих људских права и основних слобода у политичкој, економској, друштвеној, културној, цивилној или било којој другој области.²⁶ Дакле, утврдили смо да је појам инвалидитета и појам дискриминације особе са инвалидитетом потпуно једнако одређен, сасвим независно од тога да ли се ради о соматском или менталном оштећењу.

Равноправност пред законом Конвенција о правима особа са инвалидитетом²⁷ дефинише на следећи начин:

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.

Потпуно неочекивано, међутим, у званичном преводу текста Конвенције на српски језик равноправност пред законом особа са инвалидитетом дефинише се на следећи начин:

1. Државе стране уговорнице поново потврђују да особе са инвалидитетом имају право да свуда буду признате пред законом, као и друга лица.

2. Државе стране уговорнице признају да особе са инвалидитетом остварују свој *правни капацитет* (подвукла М. Д.) равноправно са другима у свим аспектима живота.

По мом мишљењу, ст. 1 чл. 12 Конвенције односи се неспорно на гаранцију правне способности, а ст. 2 чл. 12 на заштиту пословне способности особа са инвалидитетом.²⁸ Енглески термин *legal capacity*, наиме, несумњиво може значити само пословну

²⁵ Конвенција је усвојена на 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација, на седници од 13. децембра 2006. године. Конвенција садржи и Опцио ни протокол, који је такође био предмет ратификације, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 42/09.

²⁶ Вид. чл. 1, ст. 2 (појам особе са инвалидитетом) и чл. 2, ст. 4 (појам дискриминације особе са инвалидитетом).

²⁷ Вид. чл. 12, ст. 1 2 Конвенције о правима особа са инвалидитетом. За ори гинални текст Конвенције вид. <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=259>.

²⁸ Занимљиво је да неслужбени превод чл. 12, ст. 1 и 2 Конвенције о прави ма особа са инвалидитетом на сајту једне невладине организације управо користи

способност,²⁹ док појам правни капацитет на српском језику нема никакво специфично значење. Слично разликовање начињено је и у француском тексту Конвенције између појма правне способности (*personnalité juridique*), који је употребљен у ст. 1, и појма пословне способности (*capacité juridique*), који је употребљен у ст. 2 чл. 12 Конвенције. Изгледа, другим речима, да је српски законодавац, поступајући на овај начин, „изгубио у преводу“ право значење одредбе о правној и пословној способности особа са инвалидитетом, односно – то је такође једна претпоставка – хтео је да избегне обавезивање на јасан захтев Конвенције да особе са инвалидитетом (а то су, видели смо, сви који имају оштећења било у физичкој или менталној сфери) морају остваривати и своју пословну способност („правни капацитет“) равноправно са свима другима и у свим аспектима живота. Коначно, то значи да никакво лишавање пословне способности на начин како се то чинило до сада – било делимично или потпуно – не би било дозвољено!³⁰

Са друге стране, и постојање ст. 4 чл. 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом демантује тумачење да се ст. 1 и 2 овог члана односе само на правну способност. Наиме, ова одредба обавезује државе уговорнице да обезбеде све оне мере којима ће пружити одговарајуће и ефикасне гаранције за остваривање „правног капацитета“ особа са инвалидитетом, ради спречавања злоупотреба и у складу са међународним правом људских права. Такве гаранције састојаће се у мерама којима се поштују права, воља и приоритети

појмове „правна способност“ (у ст. 1) и „пословна способност“ (у ст. 2), вид. <http://www.slikom.org/arh/konvencija.html>.

²⁹ Вид. дефиницију појма (*legal*) *capacity* у Википедији [http://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_(law)).

³⁰ Сличну забуну учинио је и хрватски Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом (*Međunarodne novine Republike Hrvatske*, бр. 6/07), чији превод ст. 1 и 2 чл. 12 гласи:

1. Државе странке поново потврђују да особе с инвалидитетом имају право свугдје бити признате као особе једнаке пред законом.

2. Државе странке ће прихватити да особе с инвалидитетом имају *правну способност (правни положај)* [подвукла М. Д.], на једнакој основи као и друге особе у свим аспектима живота.

Хрватски законодавац је, дакле, енглески термин *legal capacity* односно француски *capacité juridique* превео као правну способност (алтернативно, у загради, стоји и термин правни положај)! Не само са аспекта чисто језичког, већ и систематског тумачења, могло би се поставити питање каква је у том случају разлика у значењу првог и другог става чл. 12 Конвенције, односно шта би значило да особе са инвалидитетом имају право свугде бити признате као особе једнаке пред законом, осим да то управо значи признање правне способности? У наставку, поновити у ставу другом исто то, кроз појам правне способности и правног положаја (ма шта то значило!), не би имало никаквог оправдања, према правилима о систематском и циљном тумачењу правних норми.

односне особе; такође, ове мере треба да послуже да не дође до сукоба интереса и непримереног утицаја; најзад, такве мере треба да буду пропорционалне и прилагођене околностима односне особе, да трају најкраће могуће време и да подлежу редовном преиспитивању надлежног независног и непистрасног органа или суда. Будући да правна способност у савременим правима не може ничим бити ограничена и да за њено остваривање односно вршење не могу постојати никакве мере које ће је гарантовати, јасно је да Конвенција о правима особа са инвалидитетом у овој одредби, у ствари, говори управо о начину на који ће се вршити пословна способност особа са инвалидитетом. Другим речима, смисао целог члана 12. Конвенције о правима особа са инвалидитетом јесте, по мом мишљењу, да обезбеди апсолутно идентичну заштиту особама са инвалидитетом како у погледу правне способности, тако и у односу на пословну способност. Конвенција о правима особа са инвалидитетом дозвољава мере ограничавања само у домену вршења пословне способности особа са инвалидитетом, са гаранцијама које су побројане, али никакво ограничавање није допуштено на нивоу дефиниције пословне способности. Исход оваквог тумачења може бити само један: предстоји реформа законодавства које се односи на правила о лишавању пословне способности!

Исти закључак потврђује и Препорука Комитета министара Савета Европе о принципима који се односе на правну заштиту пунолетних особа лишених пословне способности, која у једном од принципа налаже да правни оквир за лишење пословне способности треба да буде такав да колико год је то могуће узме у обзир да могу постојати различити степени неспособности те да се неспособност може временом и мењати. Препорука посебно наглашава да мером заштите дотичној особи не би требало аутоматски одузети право гласа, право на састављање тестаментa, право на давање пристанка приликом предузимања медицинских интервенција, односно приликом доношења осталих одлука личне природе. Препорука, такође, предлаже да мере лишавања пословне способности треба да буду ограниченог трајања те да подлежу периодичном преиспитивању од стране надлежне институције.³¹

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: ЈАСНА ПОРУКА ИЗ СТРАЗБУРА?

Најкраћи коментар двеју приказаних пресуда Европског суда за људска права могао би се, дакле, сажети у констатацију да најважнији међународни документи о људским правима налажу државама чла-

³¹ Вид. Принципе бр. 3 и 14 Препоруке Комитета министара Савета Европе No R (99) 4 о принципима који се односе на правну заштиту пунолетних особа лишених пословне способности, од 23. фебруара 1999. године.

ницама да поштују нове стандарде у односу на особе које имају дугорочна ментална оштећења, односно да пословна способност не може надаље бити одузима на начин како се то до сада традиционално чинило у законодавствима већине земаља. Прва интервенција морала би се учинити у Породичном закону, у том смислу што би било предвиђено да мера лишења пословне способности – као мера којом се пословна способност не одузима, већ се остварује вршење пословне способности особа које не могу самостално вршити сопствену пословну способност – може трајати само одређено време, односно да се може продужавати само ако и даље постоје разлози због којих је та мера била одређена. С друге стране, изменама Закона у ванпарничном поступку, у коме се налазе процесне одредбе којима се регулише поступак лишења пословне способности, требало би предвидети судски механизам периодичног преиспитивања донете одлуке о лишењу пословне способности.

Другим речима, уместо садашњег концепта, према коме се једна особа лишава пословне способности на неодређено време, а она сама или други активно легитимисани субјекти могу покренути поступак за враћање пословне способности, био би установљен супротан принцип: лишавање пословне способности било би увек ограничено неким временским роком, а продужење ове мере омогућило би суду да периодично контролише да ли је оваква мера још увек неопходна. Такво решење почивало би управо на уверењу да постоје различити степени неспособности за расуђивање, односно да неспособност за расуђивање није једном заувек фиксирана и да се може временом и мењати. Најзад, способност особа с дугорочним менталним оштећењима да учествују у доношењу неких за њих веома важних одлука – посебно оних које се тичу личних права, као што је давање сагласности за усвајање детета, састављање тестаментa или давање сагласност за предузимање медицинске интервенције – мора бити очувана у мери у којој ће овим особама омогућити да изразе свој став, мишљење и интересе. У суштини, ради се о праву ових особа на партипацију, као једном од темељних људских права. Афирмација особе која нема пуни ментални капацитет за самостално доношење одлука подразумева прихватање чињенице да и таква особа треба да изражава своје ставове у свим питањима која се на њу односе и у мери у којој јој то стање здравља допушта, али и обавезује јавне власти да обезбеде механизме у којима ће се такве особе саслушати и њиховим ставовима, мишљењима и интересима посветити дужна пажња у складу са њиховим очуваним менталним капацитетима. Свакако да је посебно важна улога државних органа у томе да осигурају да погледи и ставови ових људи буду релевантни фактор приликом доношења одлука – које ће у правном смислу предузимати њихови законски заступници – барем о оним најважнијим

њиховим личним правима. То, наравно, не значи да ће одлука неминувано и увек бити у складу с мишљењем особе о којој је реч, али је од кључне важности да та особа буде укључена у доношење одлуке те да добије објашњење због чега је морала бити донета другачија одлука од оне коју је она желела.