

Др Невена Петрушић,*
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.9:347.15/.17-056.26](497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

ПОСТУПАК ЗА ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ У ПРАВУ СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА О ПРАВИМА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ**

Апстракт: У раду је анализиран новелирани поступак за лишење пословне способности у светлу савремених међународних стандарда о заштити права особа са инвалидитетом. Елаборирана су најважнија законска решења којима је овај посебан ванпарнични поступак редизајниран, у контексту законских услова под којима особа може у потпуности или делимично бити лишена пословне способности. Полазећи од нове парадигме једнакости особа са инвалидитетом, у раду је указано на одступања од високих правозащитних постулата које поступак за лишење пословне способности треба да задовољи, имајући у виду деликатну природу предмета одлучивања.

Кључне речи: особе са инвалидитетом, лишење пословне способности, ванпарнични поступак за лишење пословне способности.

1. Уводна разматрања

У Србији, као и у другим деловима света, ментално здравље има тренд погоршања,¹ чему доприносе вишегодишњи кумулирани стрес узрокован

* nevena@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 2013–2018. године.

1 Према истраживању које је 2004. године спровела Светска здравствена организација на узорку од 60.000 одраслих особа у 14 земаља света, 9–17% испитаника имало је неку епизоду менталног поремећаја у протеклој години, свака четврта особа у неком периоду свог живота бива погођена неким менталним проблемом, а очекује се да ће до 2020. године на глобалном нивоу депресија бити други узрок укупног оболевања и један од водећих проблема јавног здравља. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.wfmh.org>.

економском кризом, ратовима у региону, санкцијама, као и сиромаштво, социјално искључивање и константна несигурност.² Велики је и број особа са физичким, сензорним, интелектуалним или психосоцијалним инвалидитетом дугорочног или пролазног карактера, који у интеракцији са различитим препрекама омета њихово пуно и ефикасно учешће у друштву равноправно са другима.

У потрази за адекватним одговором на проблеме са којима се суочавају особе са инвалидитетом (ОСИ), државе последњих година спроводе опсежне реформе у различитим правним областима.³ Томе подстицај дају бројни међународни документи, који државама пружају јасан путоказ за побољшање положаја ОСИ и заштите њихових људских права. На универзалном плану посебан значај има *Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом*, са пратећим *Факултативним протоколом* из 2006. године⁴, која промовише социјални модел инвалидности занован на људским правима⁵ и у потпуности мења парадигму у приступу особама са инвалидитетом: особе са инвалидитетом не сагледавају се као „објекти заштите“, већ као „субјекти права“, а од држава се очекује да уклоне препреке које их онемогућавају у уживању права. Тиме се у друштвеном третману ОСИ прави отклон у

2 Стратегија развоја заштите менталног здравља, 2007. год. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija%20Razvoja%20Zastite%20Mentalnog%20Zdravlja.pdf>

3 Последњих година реформе су нарочито интензивне у области заштите особа са проблемима менталног здравља. За државе ЕУ, видети: *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2013. Retrieved 15 September 2015 from, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems>. Нове законе о заштити особа са менталним сметњама донеле су Хрватска, Македонија, Босна и Херцеговина, Црна Гора и Словенија.

4 *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, усвојена на заседању Генералне скупштине 13. децембра 2006. Србија је потврдила ову Конвенцију 2009. године, заједно са Факултативним протоколом уз ову Конвенцију. (“Сл. гласник РС – Међународни уговори”, бр. 42/2009). О процесу доношења Конвенције и њеном значају (Tatić: 2004: 57).

5 Најједноставније речено, социјални модел инвалидности подразумева да се инвалидитет посматра у односу на начин како је друштво организовано, а не у односу на нечије оштећење или различитост. Потребно је уклонити препреке које ограничавају животне изборе особа са инвалидитетом, а када се оне уклоне, ОСИ постају самосталне и једнаке у друштву. Социјални модел инвалидности снажно промовишу и раније усвојени документи из круга тзв. меког права: *Principles for the Protection of Persons with Mental Illnesses and the Improvement of Mental Health Care* од 19. децембра 1991, U.N. Doc. A/46/49 (1991), Annex (188 – 92), U.N. Doc. A/46/49 and *Standard rules on equalization of opportunities for persons with disabilities*, Resolution 48/96, annex, of 20 December 1993 Retrieved 15 September 2015 from www.unhcr.ch/html/menu3/b/68.htm. Шире (Rosenthal, E. Rubenstein, S. L. 2003: 257).

односу на медицински модел и модел социјалне помоћи (добробити), који су владајући у већини система (Marković, 2012: 68; Bekker: 2014: 12). Када је у питању пословна способност, Конвенција је заснована на ставу да је она људско право које припада свима, што захтева потпуно укидање института лишења пословне способности и његову замену механизмима који се заснивају на пружању подршке у остваривању пословне способности, коју у пуној мери контролише сама особа са инвалидитетом (Dhanda, 2014: 42). Основно полазиште је да ОСИ остварују пословну способност равноправно са другима у свим аспектима живота а, уколико постоје животне ситуације у којима им је потребна подршка, држава је у обавези да им подршку обезбеди, што подразумева да уместо тзв. *заменског одлучивања* обезбеди *доношење одлука уз подршку*.⁶ Мера за остваривање пословне способности обезбеђује да се поштују права, воља и приоритети конкретне особе, спрече сукоб интереса и непримерени утицаји, а евентуална ограничења морају бити пропорционална, орочена и бити предмет редовног преиспитивања у поступку пред судом или другим независним телом.⁷

У окриљу Савета Европе усвојена је, поред Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1955. год.⁸, и Ревидирана европска социјална повеља⁹, којом је предвиђено да „*особе са инвалидитетом имају право на независност, социјалну интеграцију и пуно учешће у животу друштвене заједнице*”¹⁰, као неколико препорука директно усмерених на заштиту људских права и достојанства особа са менталним и психосоцијалним инвалидитетом¹¹.

6 Шире о упоредноправним моделима доношења одлука уз подршку (*Poslovna sposobnost kao ljudsko pravo – vodič kroz domaћu praksu i moguће alternative starateljstvu; 2012, 21–42*).

7 Чл. 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом. Шире: Ђирић Миловановић, Шимоковић, 2012: 2–11; Бекер, 2014: 11).

8 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (“Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, бр. 9/2003 од 26. 12. 2003. године). Република Србија је Конвенцију преузела као правни сукцесор државне заједнице Србија и Црна Гора.

9 Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље (“Сл. гласник РС – Међународни уговори”, бр. 42/2009).

10 Чл. 15 Ревидиране европске социјалне повеље.

11 Recommendation No. Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder, Recommendation No: Rec (90) 22. on the protection of the mental health of certain vulnerable groups in society, Recommendation No. R (83)2 to member States on legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients, Recommendation

Са извесним закашњењем, Србија се прикључила државама које су реформисале своје системе заштите ОСИ. Усвојена је *Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији (2007–2015)*, а донети су *Закон о сузбијању дискриминације особа са инвалидитетом* из 2006. год.¹², *Закон о забрани дискриминације* из 2009. год.¹³, *Закон о запошљавању и професионалној рефабилитацији особа са инвалидитетом*¹⁴ и други прописи.¹⁵ Када је реч о заштити права особа са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом, донета су два закона којима је унапређен положај ових особа. Најпре је 2013. год. усвојен *Закон о заштити права лица са менталним сметњама*¹⁶, којим је, поред осталог, реформисана добровољна и принудна хоспитализација особа са менталним сметњама (Петрушић, 2013: 323–344), да би наредне, 2014. год. био усвојен *Закон о изменама и допунама*

No. 1235 (1994) on psychiatry and human rights. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.coe.int>.

12 Овим законом први пут је утврђена свеобухватна дефиниција особа са инвалидитетом у складу са социјалним моделом инвалидности. У чл. 3, ст. 1 прописано је да су особе инвалидитетом „особе са урођеном или стеченом физичком, сензорном, интелектуалном или емоционалном онеспособљеношћу које услед друштвених или других препрека немају могућности или имају ограничене могућности да се укључе у активности друштва на истом нивоу са другима, без обзира на то да ли могу да остварују поменуте активности уз употребу техничких помагала или служби подршке“.

13 „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009.

14 „Службени гласник РС“, број 36/09.

15 О правном оквиру заштите права особа са инвалидитетом, шире: Посебан извештај о дискриминацији особа са инвалидитетом, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2013. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/izve%C5%A1taji>.

16 “Сл. гласник РС“, бр. 45/13. Према наводима из Образложења, циљ овог закона био је да успостави адекватан систем заштите менталног здравља, да промовише људска права и недискриминацију особа са менталним сметњама и подстакне њихово веће социјално укључивање. Закон је, такође, усмерен на стварање услова за примену савременог приступа у лечењу, које се спроводи у најмање рестриктивном окружењу, што подразумева развијање адекватних ванболничких програма лечења у заједници и постепену деинституционализацију и затварање психијатријских установа азилантског типа у којима су услови живота алармантни. Шире: Национални механизам за превенцију тортуре, Извештај за 2012. годину, Заштитник грађана, Београд, 2013, стр. 27, Retrieved 15 September 2015 from http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf). Видети и: *Људска права у Србији*, Београдски центар за људска права, Београд, 2013, стр. 78–87. Retrieved 15 September 2015 from http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf.

*Закона о ванпарничном поступку*¹⁷, којим је новелиран поступак за лишење пословне способности.

Овај рад посвећен је новим законским решењима којима је редизајниран поступак за лишење пословне способности. У немогућности да се у раду овакве врсте целовито анализира овај поступак, указаћу само на најважније измене и на она законска решења која је законодавац пропустио да усклади са правозаштитним постулатима који се испуњење очекује у овој специфичној области цивилне процедуре. Да би се правилно оценио квалитет процесних правила, која су инструменталне природе, у првом делу рада укратко сам изложила разлоге за лишење пословне способности у контексту нових међународних стандарда успостављених Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом, док је други део рада посвећен процесним решењима.

2. Разлози за лишење пословне способности

Упркос томе што је Србија ратификовала Конвенцију о правима особа са инвалидитетом и обавезала се да своје законодавство усклади са конвенцијским стандардима, у српском праву и даље постоји потпуно и делимично лишење пословне способности.¹⁸

Према чл. 146, ст. 2 Породичног закона,¹⁹ потпуно се лишава пословне способности пунолетна особа која „због болести или сметњи у психофизичком развоју није способна за нормално расуђивање те због тога није у стању да се сама стара о себи и о заштити својих права и интереса“.²⁰ Пословна способност особе која је потпуно лишена пословне способности изједначена је са пословном способношћу млађих малолетника, а то су деца испод 14 година, која могу предузимати правне послове којима се прибављају искључиво права, правне послове којима се не стичу ни права ни обавезе, као и правне послове малог значаја.²¹ Пунолетна особа делимично се лишава пословне

17 „Сл. гласник РС“, бр. 55/2014.

18 У литератури се срећу различите дефиниције пословне способности. Тако поједини теоретичари пословну способност дефинишу као “способност лица да својом изјавом воље закључује правне послове и предузима друге правне радње. (Ковачевић Куштримовић, Лазић, М, 2008: 115). Неки теоретичари наглашавају да пословна способност подразумева способност правног субјекта да својим изјавама воље заснива, преноси, мења и гаси права и обавезе, као и да својим изјавама производи таква правна дејства у односу на друге. (Водинелић: 1999: 31).

19 „Сл. гласник РС“, 18/2005 (у даљем тексту: ПЗ).

20 Чл. 146, ст. 1 ПЗ.

21 Чл. 64, ст. 1 ПЗ. О пословној способности деце: (Петрушић, 2008: 35–56).

способности ако „због болести или сметњи у психофизичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица“.²² Пословна способност особе којој је делимично одузета пословна способност једнака је пословној способности старијих малолетника,²³ а то су деца од 14 до 18 година, која могу предузимати све правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља.²⁴ Судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одређују правни послови које лице делимично лишено пословне способности може, односно не може самостално предузимати.²⁵

Евидентно је да су законски разлози за одузимање пословне способности, посебно могућност да особа буде потпуно лишена пословне способности, у директној супротности са Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом и да не задовољавају услове под којима се ограничавање људских права може сматрати легитимним. То је и сама држава констатовала у Иницијалном извештају о примени Конвенције,²⁶ који је Комитету за права особа са инвалидитетом поднела још 2012. год. У овом извештају наводи се да „[...] законске норме којима се уређује старатељство и лишење пословне способности нису модификоване и представљају одређену препреку у поштовању права ОСИ“ (...) да је „већина (их је) донета у периоду када су особе са инвалидитетом [...] биле искључене из друштва“ [...], те да „постоји јасно опредељење Републике Србије да унапреди режим лишавања пословне способности“. С друге стране, ако се посматрају у контексту Устава Републике Србије,²⁷ одредбе о лишењу пословне способности, које представљају

22 Чл. 147, ст. 1 ПЗ.

23 Чл. 147, ст. 3 ПЗ.

24 Чл. 64, ст. 2 ПЗ.

25 Чл. 147, ст. 3 ПЗ. Ова одреба је недовољно прецизна јер оставља могућност да судска одлука садржи попис послова које особа може самостално да предузима или попис послова које не може самостално да предузима. ЗВП је у том погледу јаснији јер належа суду да у одлуци наведе врсту послова које особа може самостално предузимати (чл.40, ст. 3 ЗВП). Чини се да су оба законска правила неадекватна јер су супротна суштини делимичног лишења пословне способности. Ако се одлуком о делимичном лишењу пословне способности особа ограничава у могућности да својим изјавама воље склапа правне послове и предузима друге радње, једино што би одлука могла да садржи јесте попис правних послова и радњи које особа не може самостално да предузима. Тих правних послова и радњи свакако је знатно мање у односу на оне који су у домену правностваралачке воље особе делимично лишене пословне способности.

26 Иницијални извештај о примени Конвенције о правима особа са инвалидитетом, Влада Републике Србије, 2012. Retrieved 15 September 2015 from http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni_izvestaj_na_srpskom_jeziku.pdf.

27 „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

нужно прописивање начина остваривања права на пословну способност (Драшкић, 2010: 365), потребно је да буду усклађене са Уставом и међународним стандардима, што захтева прописивање правила која би додатно обезбедила да суштина зајемченог права на пословну способност остане очувана (Драшкић, 2010: 365).

Упркос томе што су државни органи свесни да је установа лишења пословне способности супротна стандардима у домену заштите људских права и права особа са инвалидитетом, законски разлози за лишење пословне способности ни до данас нису измењени. Због тога су ментални и психосоцијални инвалидитет и даље легални основ за одузимање пословне способности, што је директно супротно прописима садржаним у Конвенцији о правима особа са инвалидитетом, која од држава захтева да уместо одузимања пословне способности обезбеде доступну подршку²⁸ за њено остваривање.²⁹

Иако прописи о условима за лишење пословне способности нису измењени, дошло је до промена у погледу самог поступка за лишење пословне способности. У редовима који следе анализирани су кључне новине у процесном режиму.

3. Поступак за лишење пословне способности као процесни метод

Поступак за лишење пословне способности регулисан је Законом о ванпарничном поступку³⁰, као један од посебних поступака који се односе на уређење личних стања (Станковић: 2007, 73). Као и други ванпарнични

28 О могућим облицима подршке, детаљно: Општи коментар члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом Комитет за права особа са инвалидитетом УН-а. Retrieved 15 September 2015 from <http://pescanik.net/opsti-komentar-clana-12-konvencije-o-pravima-osoba-s-invaliditetom/>.

29 О јазу који постоји између домаћих прописа и савремених међународних стандарда у домену права на пословну способност сведочи и чињеница да је лишење пословне способности пројектовано и као својеврсни механизам притиска на особе оболеле од алкохолизма или болести зависности. Наиме, када су ове особе у питању, суд може одложити доношење решења о делимичном лишењу пословне способности на период од шест до 12 месеци, ако се „основано може очекивати“ да ће се оне суздржати од злоупотребе алкохола или других опојних средстава или ако се подвргну лечењу у одговарајућој здравственој установи. Међутим, суд лако може опозвати одлуку о одлагању ако лице прекине лечење или буде „отпуштено из здравствене установе због нарушавања реда (подвукла Н.П.)“ (чл. 41 ЗВП).

30 Закон о ванпарничном поступку (“Сл. гласник СРС”, бр. 25/82 и 48/88 и “Сл. гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014 и 6/2015) – у даљем тексту: ЗВП.

поступци, и овај поступк регулисан је применом уобичајене легислативне технике у домену ванпарничног процесног права: прописана су општа ванпарнична процесна правила,³¹ која се примењују у свим ванпарничним поступцима, као и специфична ванпарнична процесна правила која се примењују само у поступку за лишење пословне способности,³² с тим што је прописана сходна примена одредаба Закона о парничном поступку у свим оним процесним ситуацијама које нису на посебан начин регулисане ЗВП.³³

Приликом редизајнирања поступка за лишење пословне способности законодавац није одступио од уобичајеног процесног метода. Наиме, за разлику од лишења родитељског права, које је пребачено у парнични поступак (Петрушић, 2009: 94), поступак за лишење пословне способности задржао је своју природу. То је и даље ванпарнични поступак, који се у овој врсти правних ствари на територији Србије примењује више од 140 година, од усвајања *Правила о поступању у неспорним (ванпарничним) делима* из 1872. године.

У литератури је изражен став (Гавриловић, 2015: 1) да ванпарнични поступак није примерен метод за поступање у правним стварима које се тичу лишења пословне способности јер њихово решавање подразумева расправљање о чињеницама, које су, по правилу, спорне, а сам ванпарнични поступак прилагођен је решавању неспорних ствари. Сматрам да овакав став није утемељен. Без намере да дубље анализирам комплексне критеријуме на основу којих се врши избор метода правне заштите, јер би то превазишло предмет овог рада, указаћу само на чињеницу да је ванпарнични поступак, као метод цивилне процедуре, сложена процесна творевина састављена од веома разноврсних и хетерогених поступака (Rakić-Vodinić, 1989: 25) и да се он деценијама успешно примењује и у континентозним правним стварима, чије решавање подразумева утврђивање спорних правно-релевантних чињеница, какав карактер имају и правне ствари које се тичу лишења пословне способности. Искуство показује да ванпарнични поступак, који је у односу на парнични поступак флексибилнији, бржи, мање формалан и оријентисан на помоћ, ако је ваљано регулисан, представља адекватан метод за пружање правне заштите управо са оним правним стварима у којима постоји потреба за заштитом личности или правних интереса особа којима је потребна подршка друштвене заједнице, какав је случај и са лишењем пословне способности. У државама у којима ванпарнични поступак представља традиционалан метод правне

31 Чл. 1–30. ЗВП.

32 Чл. 31–44 ЗВП.

33 Чл. 30, ст. 2 ЗВП.

заштите, какав је случај са Аустријом и Немачком, ови поступци чине само „језгро ванпарничног поступка“ (Marković, 1972: 83–98). Због тога не изненађује што је у овим државама, након што су темељно реформисале своје ванпарнично процесно право (Maganić, 2006: 465-497),³⁴ ванпарнични поступак у „победничкој офанзиви“; У његовом „окриљу“ данас су скоро сви поступци у вези са личним стањима и породичним односима, укључујући и поступке који се тичу пословне способности и старатељства (Петрушић, 2013а: 164; Maganić, 2006: 468).

Иако се законодавцу не може приговорити што је задржао ванпарнични поступак као метод за пружање правне заштите у стварима лишења пословне способности, може му се и те како замерити што још увек није реформисао застарело и превазиђено ванпарнично процесно право и ускладио га са принципима правне државе и савременим стандардима правичног суђења. Свеобухватна реформа домаћег ванпарничног процесног права, која се више не сме одлагати, омогућила би да и Србија, следећи тренд трансфера правних ствари из парнице у ванпарнични поступак, многе правне ствари које се тичу личног статуса и породичних односа пребаци у ванпарнични поступак, како је то учинила, на пример, Аустрија,³⁵ чији су процесни закони били узор у изградњи домаће цивилне процедуре.

4. Новине у поступку за лишење пословне способности

4.1. Временско ограничење и преиспитивање мере лишења пословне способности

Једна од важних новина у области лишења пословне способности огледа се у томе што је законодавац процесним законом делимично модификовао овај институт тако што је лишење пословне способности конципирао као меру заштите и прописао да се она одређује максимално на три године.³⁶ Након истека рока на који је мера одређена („време проверавања“), који се уноси у решење суда, суд је дужан да по службеној дужности (пре)

34 Аустрија је то учинила усвајањем Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (AußStrG) од 12. 12. 2003. (BGBl I 112), који је ступио на снагу 1. 1. 2005. год., а Немачка, усвајањем Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) од 17. 12. 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

35 Према AußStrG, у ванпарничном поступку одлучује о пореклу детета, о издржавању малолетног детета и сродника у првој линији, даје се одобрење за усвајање детета, одлучује о споразумном разводу итд.

36 Чл. 40, ст. 2 ЗВП.

испита да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности.³⁷

Наведена законска правила несумњиво представљају значајан помак у односу на ранија правила која су омогућавала да особа буде лишена пословне способности на неодређено време, што је у пракси најчешће значило да је особа трајно лишена једног од основних људских права (Beker, 2014: 58). Временско ограничење трајања мере лишења пословне способности мотивисано је настојањем да се отклоне пропусти на које је указао Европски суд у пресуди донетој 2009. год. у предмету *Салонтаји-Дробњак против Србије*³⁸ утврдивши да у овом случају поступак одузимања пословне способности није задовољио стандарде правичног суђења, те да је једна од мањкавости домаћег права непостојање обавезне периодичне провере стања лица којем је одузета пословна способност (Адамовић, 2010: 225–240). Основни недостатак новог законског решења огледа се у томе што законодавац није прописао критеријуме на основу којих суд одређује трајања мере унутар трогодишњег рока. Због тога се може очекивати да ће по аутоматизму одређивати максимални трогодишњи рок, независно од тога да ли је неспособност особе која се лишава пословне способности трајног или пролазног карактера. Иако постоји могућност да се пре истека рока на који је мера лишења пословне способности покрене поступак за враћање пословне способности, било би, свакако, корисније да је законодавац прописао руководна правила која би суду омогућила да рок трајања мере усклади са околностима конкретног случаја и да по истеку рока *ef officio* спроведе нови поступак у коме ће утврдити постојање разлога за лишење пословне способности.

ЗВП прописано је: „*Кад истекне време проверавања, суд по службеној дужности испитује да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности*“.³⁹ У прелазним и завршним одредбама ЗВП прописано је да је дужност суда да по службеној дужности „испита“ постојање разлога за лишење пословне способности у односу на сва лица која су лишена пословне способности према ранијим прописима, и то у року од три године од дана правноснажности одлука за оне одлуке које су донете две године пре ступања на снагу нових прописа, односно у року од годину дана за одлуке које су раније донете.⁴⁰

37 Чл. 42 ЗВП.

38 *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, Application no. 36500/05, Retrieved 15 September 2015 from <http://www.vk.sud.rs/salontajn.html>.

39 Чл. 42, ст. 1 ЗВП.

40 Чл. 56, ст. 2 ЗВП.

У вези са одредбама које налажу суду да по службеној дужности „испита да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности“, најпре треба указати да се не ради ни о каквом посебном поступку „испитивања“, већ о новом поступку који суд покреће *ex officio* и у коме доноси нову одлуку у погледу пословне способности особе лишене пословне способности. Овај поступак се у свему има спровести према прописима којима је регулисан поступак у којем се одлучује о пословној способности, што укључује утврђивање чињеница, извођење одговарајућих доказа и предузимање свих других потребних радњи које се предузимају и када се први пут одлучује о лишењу пословне способности. Самим законом детаљно су регулисани могући исходи новог поступка: суд може утврдити да не постоје услови за враћање пословне способности, када утврђује ново „време провере“, може вратити пословну способност, уместо потпуног одредити делимично лишење, али и обрнуто, а такође је овлашћен и да смањи, односно повећа обим послова које особа може самостално да предузима, поред оних послова на које је законом овлашћена.⁴¹

ЗВП одређује да суд покреће поступак за „испитивање постојања разлога за лишења пословне способности“ после истека рока на који је ова мера одређена. Овакво законско решење је неадекватно из најмање два разлога. Пре свега, оно је супротно правилу да мера лишења пословне способности може трајати највише три године, јер ће, у суштини, мера трајати онолико дуго колико траје поступак преиспитивања разлога за њен опстанак, од његовог покретања, до правноснажног окончања. С друге стране, ово правило игнорише правно дејство правноснажне судске одлуке којом се привремено ограничава пословна способност као једно од основних људских права. Ова одлука престаје да важи истеком рока на који је мера лишења пословне способности одређена, тако да престаје свако ограничење, а особа стиче пун пословни капацитет. О овим околностима законодавац очигледно није водио рачуна, јер да јесте, предвидео би дужност суда да покрене и оконча поступак за „испитивање разлога за лишење пословне способности“ пре него што истекне „време проверавања“.

4.2. Процесни положај и овлашћења особе о чијој се пословној способности одлучује

Лице о чијој се пословној способности одлучује има положај странке, независно од тога да ли је поступак покренут предлогом овлашћених субјеката или по службеној дужности. То подразумева да особа о чијој се пословној способности одлучује има право на контрадикторан судски поступак

41 Чл. 42 и 42а ЗВП.

(*adversarial trial*). Ово елементарно процесно људско право (Galič, 2005: 41–58) спречава да у судском поступку особа о чијим се правима одлучује буде сведена на објекат поступања. Остваривање овог права кључна је гаранција да ће особа моћи активно да суделује у поступку и изношењем чињеница, доказа и правних ставова и изјашњавањем о процедурној грађи, утиче на садржину судске одлуке. Због тога право на контрадикторан поступак, које се обично везује за двостраначке (парничне) поступке, постоји и у когниционим ванпарничним поступцима. Сагласно томе, остваривање овог права мора бити обезбеђено и у поступку за лишење пословне способности, и то независно од тога да ли је он покренут по службеној дужности, као једностраначки поступак, или предлогом овлашћеног субјекта, када има карактер двостраначког поступка.

И ранијим, као и новим правилима, прописана је дужност суда да особу према којој се поступак води лично саслуша, с тим што се саслушање обавља у здравственој установи ако се у време спровођења поступка особа тамо налази, где се одржава и само рочиште (чл. 36, ст. 1 ЗВП). Разлика у формулацији није суштинског карактера: према ранијим правилима, у оваквој ситуацији особа се по правилу саслушава у здравственој установи а, према новим правилима, обавезно се саслушава у тој установи. (истакла Н.П.). Највећу забринутост изазива, међутим, чињеница да је законодавац задржао правило које суду пружа могућност да одустане од саслушања лица према коме се поступак води само ако би то могло да буде штетно по његово здравље или ако саслушање уопште није могуће с обзиром на душевно или физичко стање тог лица (чл. 36, ст. 3 ЗВП). Очигледно је да су ова правила недовољно јасна и отварају простор за произвољно тумачење. Сама могућност да суд одустане од саслушања особе о чијој пословној способности одлучује јер је проценио да би то могло да буде штетно по њено здравље може бити изговор да се особи ускрати право да буде саслушана и да се њена реч чује у поступку. Досадашња пракса је то јасно потврдила: истраживање спроведено током 2011. год. на узорку 889 предмета лишења пословне способности показало је да у 87% случајева суд није саслушао особу, а да у 84% случајева судија није чак ни видео особу коју лишава пословне способности (Лазаревић, Ћирић Миловановић, Шимоковић, 2012: 19).

Ради унапређења положаја особа о чијој се пословној способности одлучује законодавац је прописао да суд „*уважава мишљење и ставове лица према коме се поступак води, у мери у којој је то могуће с обзиром на стање његовог менталног здравља*“⁴². Иако је мотивисана добрим намерама, ова одредба није операционализована, па се чини да је више израз настојања да се

42 Чл. 36, ст. 3 ЗВП.

закону да модерна нота него што је резултат искрене намере да се особи заиста пружи прилика да изрази свој став, који може остварити одређени утицај на садржину одлуке. Да је таква намера постојала, законодавац би (макар) прописао дужност суда да у образложењу одлуке наведе разлоге због којих није „уважио“ мишљење и ставове особе коју је лишио пословне способности.

Коначно, једна од значајних новина огледа се у томе што је законодавац особи према којој се поступак води признао овлашћење да против прво-степене одлуке којом је лишено пословне способности изјави жалбу у року од осам дана од дана достављања одлуке, и то без обзира „на стање свог менталног здравља“. Ово правило је реакција на погрешну правну праксу у којој се уобичајило да се првоостепене одлуке уопште не достављају особама које су лишене пословне способности, иако су оне, све до правноснажности одлуке о лишењу пословне способности, процесно способне и могу пуноважно предузимати све радње у поступку.

4.3. Заступање

Један од озбиљних пропуста законодавца огледа се у томе што је пропустио прилику на адекватан начин регулише заступање особе о чијој се пословној способности одлучује. Наиме, међу посебним одредбама о поступку за лишење пословне способности и даље постоји само одредба којом је прописано да је суд дужан да саслуша стараоца, односно привременог заступника,⁴³ с тим што се може применити и општа одредба ЗВП којим је прописана могућност да суд постави привременог заступника сваком учеснику у поступку кад су испуњени услови под којима парнични суд дужан туженом поставља привременог заступника.⁴⁴ У конкетсту поступка за лишења пословне способности случајеви у којима се особи према којој се овај поступак води може поставити приврмени заступник ако нема свог законског заступника и ако се у току поступка покаже да би редован поступак око постављања законског заступника дуго трајао, па би због тога за њу могле да настану штетне последице, као и онда кад суд констатује да између ње и њеног законског заступника постоји колизија интереса.

У поступку за лишење пословне способности особа о чијој се пословној способности одлучује процесно је способна и може лично да предузима процесне радње или да ангажује пуномоћника. Уколико се поступак води према особи која је већ лишена пословне способности и којој је одређен старатељ, он се појављује и као њен законски заступник. Проблематична

43 Чл. 37 ЗВП.

44 Чл. 6 ЗВП у вези са чл. 81 ЗПП.

ситуација настаје када је поступак за лишење пословне способности покренуо орган старатељства, који је особи о чијој се пословној способности одлучује поставио привременог старатеља, најчешће неког од запослених у органу старатељства. У том случају постоји потенцијални сукоб интереса. До сличног сукоба интереса долази и када се као предлагач јавља члан породице који је истовремено и старатељ особе према којој се поступак води. За ове и друге ситуације законодавац није прописао адекватна решења, нити је одредио, макар примера ради, индикаторе за препознавање сукоба интереса. Због тога постоји опасност да особа суштински нема заступника који ће је на адекватан начин заступати и штитити њене интересе. С друге стране, непостојање адекватних правила отвара исувише широк простор за могуће злоупотребе, што је недопустиво, посебно ако се има у виду да је утврђивање сукоба интереса изузетно комплексан и суптилан задатак, с обзиром на то да интерес законског заступника није увек јасан, већ је често „маскиран“ и тешко препознатљив.

Решење свакако треба тражити у прописивању правила о обавезном адвокатском заступању, што би подразумевало дужности суда да особи о чијој се пословној способности одлучује постави бесплатног заступника ако нема средстава да плати адвоката, јер је то гаранција да ће право на контрадикторан поступак бити делотворно, а сам поступак испунити стандарде правичности. У прилог таквом ставу говори и пракса Европског суда за људска права, који приликом испитивања тзв. *процесне законитости* оваквог типа одлука одлучно стоји на становишту да су националне власти дужне да обезбеде „специјалне процесне гаранције“ кад се поступак води према лицу које није у стању да штити своја права и интересе,⁴⁵ што подразумева да се таквој особи мора обезбедити стручна правна помоћ, односно квалификовани заступник, ако је то потребно да би њена права и интереси били заштићени. Према схватању Европског суда, право на бесплатног заступника није опште право свих особа према којима се поступак води, већ да то право припада само оним особама које нису способне да „*изнесе аргументе у своју корист и схвате правна питања која се у поступку појављују*“, али је задатак суда да о томе перманентно води рачуна током читавог поступка.⁴⁶ Поред тога, Европски суд очекује да национална судска власт обезбеди квалитетно заступање и нарочито истиче да само именовање квалификованог заступника није довољно, те да је суд дужан да перманентно контролише како постављени заступник

45 Winterwerp v. the Netherlands, (Application no. 6301/73), одлука од 24. 10. 1979, пар. 60. Retrieved 15 September 2015 from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597>.

46 Megyeri v. Germany (Application no. 13770/88), одлука од 12. 05. 1992, пар. 23. Retrieved 15 September 2015 from <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57785>

врши своју улогу.⁴⁷ Важећи прописи, међутим, не омогућавају да се особи о чијој се пословној способности одлучује постави бесплатни адвокат, чак и када она то изричито тражи, јер се, сагласно чл. 170 ЗПП, који се у ванпарничном поступку сходно примењује, бесплатни адвокат може поставити само странци која је ослобођена претходног плаћања трошкова поступка, а у поступку за лишење пословне способности особа према којој се поступак води не сноси трошкове, па се ова одредба не може применити.

5. Закључне напомене

После више од три деценије Република Србија је маја 2014. године трансформисала поступак за лишење пословне способности. Непосредни повод за законодавну интервенцију било је настојање да се уклоне она анахрона законска решења због којих овај поступак није испуњавао ни минимум стандарда правичног суђења, док је само лишење пословне способности, у суштини било трајна мера. Анализа прописа којима је редизајниран поступак за лишење пословне способности, у контексту услова под којима се ова мера може применити, показује да је, упркос извесним побољшањима, овај поступак и даље у нескладу са савременим правозаштитним постулатима у овој деликатној области цивилне процедуре. Иако је Србија 2009. године ратификовала Конвенцију о правима особа са инвалидитетом и тиме преузела обавезу да своје законодавство усклади са конвенцијским постулатима, иако је исте те године Европски суд за људска у предмету Салонтаји-Дробњак против Србије утврдио да су поједина законска решења супротна европским стандардима о људским правима, то нису били довољни разлози да законодавац приступи озбиљној реформи поступка за лишење пословне способности у духу нове парадигме једнакости особа са инвалидитетом. Медицински приступ лишењу пословне способности, неадекватна решења у погледу процесне позиције и заступања лица према којем се поступак води, неадекватни механизми за препознавање сукоба интереса и спречавање злоупотреба, само су део негативних карактеристика због којих је нови поступак за лишење пословне способности још увек у нескладу са стандардима и постулатима правичног суђења.

Литература

Адамовић, А. (2010) Лишење пословне способности – Србија у поступку пред Европским судом за људска права, у: Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике

47 Videti odluku u predmetu Pereira v. Portugal, Application no 44872/98, 26 February 2002, <http://echr.ketse.com/doc/44872.98-en-20020226/view/>

Србије: тематски зборник радова, Књ. 5 (Невена Петрушић, ур.), Центар за публикације Правног факултета, Ниш

Beker, K. (2014) Лишење пословне способности, закони и пракса у Републици Србији, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом MDRI-S, Београд

Vodinelić, V. (1999) Функције пословне способности малолетника, Право – теорија и пракса, бр. 3

Gavrilović, B. (2015) Законодавство као козметика, Retrieved 15 September 2015 <http://pecanik.net/zakonodavstvo-ka-kozmetika/>

Galič, A. (2005) Наčело контрадикторности у парничном поступку: ставови словеначког уставног суда и Европског суда за људска права, Правни живот, бр. 12

Dhanda, A. (2014) Утицај Конвенције УН-а о правима особа са инвалидитетом на законодавне измене: како треба изменити закон да препозна право садржано у члану 12. Конвенције, у: Пословна способност и живот у заједници, Зборник радова и препорука (ур. Билјана Јанјић, Косана Бекер, Милан М. Марковић), Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом (MDRI-S), Београд

Драшкић, М. (2010) Нови стандарди за поступак лишења пословне способности: актуелна пракса европског суда за људска права, Анали Правног факултета у Београду, година LVIII, бр. 2

Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2013. Retrieved 15 September 2015 from, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems>

Иницијални извештају о примени Конвенције о правима особа са инвалидитетом у Републици Србији (2012), Retrieved 15 September 2015 http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni_izvestaj_na_srpskom_jeziku.pdf

Извештај за 2012. годину, Заштитник грађана, Београд, 2013, Retrieved 15 September 2015 from [http://www.ombudsman.rs/ attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf)

Kovačević Kuštrmović, R. Lazić, M. Uvod u грађанско право, Punta, Ниш

Lazarevic, S. Ćiric Milovanovic, D. Šimokovic, L. (2012) Универзалност права у пракси: анализа примене конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом у односу на особе са интелектуалним теškoћама у Србији, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом MDRI – Sand people in need, Београд

Људска права у Србији (2013) Београдски центар за људска права, Београд, Retrieved 15 September 2015 from [http://www.bgcentar.org.rs/ images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf](http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf)

Маганић, А. (1991) Нуžност реформе хрватског изванпарничног права. Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, 27, 1/2006

Marković, M. (1972) Mogućnost vanparnične delatnosti u stvarima sa elementom inostranosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XI sveska

Marković, M. M. (2012) Poslovna sposobnost kao univerzalno ljudsko pravo i determinanta društvenog položaja lica sa mentalnim invaliditetom, Stanovništvo br. 2

Petrušić, N. (2008) Granice poslovne sposobnosti deteta, u: Aktuelna pitanja građanske kodifikacije: zbornik radova (Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, ur.), Pravni fakultet, Niš

Петрушић, Н. (2009), Поступак за лишење родитељског права, Билтен судске праксе, бр. 30. Окружни суд, Ниш

Petrušić, N. (2013) Novine u postupku za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim smetnjama, Pravni život: tematski broj, Pravo i dostojanstvo, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, God. 62, br. 9, tom 1

Петрушић, Н. (2013а), Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65

Посебан извештај о дискриминацији особа са инвалидитетом, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2013. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/izve%C5%A1taji>

Rakić-Vodinelić, V. (1989) (Ne)potrebnost vanparničnog postupka – onakav kakav, možda, jeste, Vanparnični i izvršni sudski postupak, Knjiga o građansko sudskom postupku, II tom, Beograd

Rosenthal, E. Rubenstein, S. L. (1993) International Human Rights Advocacy under the Principles for the Protection of Persons with Mental Illness, International Journal of Law and Psychiatry, 16, 257

Стратегија развоја заштите менталног здравља од 19. јануара 2007. године. Retrieved 15 September 2015 from [http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija %20Razvoja%20Zastite%20 Mentalnog %20 Zdravlja.pdf](http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija%20Razvoja%20Zastite%20Mentalnog%20Zdravlja.pdf)

Tatić, D. (2004), Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom, Hereticus, br. 3

Ćirić Milovanović, D. Šimoković, I. (2012) Poslovna sposobnost kao ljudsko pravo – vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom (MDRI-S), Beograd

Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE PROCEDURE FOR DEPRIVATION OF CONTRACTUAL CAPACITY
IN SERBIAN LEGISLATION IN LIGHT OF INTERNATIONAL
STANDARDS ON THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES**

Summary

In May 2014, after more than three decades, the Republic of Serbia changed the legal provisions governing the procedure for depriving a person of contractual capacity. The immediate reason for this legislative intervention was an attempt to remove the anachronous legal solutions due to which the non-contentious proceedings did not meet even the minimum standards of a fair trial while the deprivation of contractual capacity amounted to a permanent revocation of one of the most important human rights. In light of the requirements governing the application of this measure, analysis of current legislation on the procedure governing the deprivation of contractual capacity shows that, irrespective of certain improvements, this procedure is still inconsistent with the contemporary standards of justice in this area.

*In 2009, the Republic of Serbia ratified the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, thus assuming the obligation to harmonize its legislation with the Convention provisions. In *Salontaji-Drobnjak v. Serbia* (2009), the European Court of Human Rights found that some legal solutions were contrary to the European human rights standards; regardless of this fact, there was no serious reform of the procedure for depriving a person of contractual capacity in the spirit of the new paradigm of equality in the exercise of human rights of persons with disabilities. The medical approach to the deprivation of contractual capacity, the inadequate solutions on the procedural position and the defendants' legal representation, as well as the lack of mechanisms for identifying conflicts of interest and preventing abuse are only some of the reasons for which the domestic proceedings for deprivation of contractual capacity must be thoroughly reformed without any further delay.*

Key words: *persons with disabilities, deprivation of contractual capacity, non-contentious proceedings.*