

др Ненад ТЕШИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О ПРАВНОПОСЛОВНОМ ОСАМОСТАЉИВАЊУ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

Резиме

У Републици Србији је у току рад на изради јединственог грађанског законика.¹ На овај начин, код нас је поново устоличена идеја Српског грађанског законика (1844) о регулисању грађанских субјективних права у једном законодавном акту. У плану је да кодификација обухвати класична подручја грађанског права: установе Општег дела грађанског права; стварно право са својином као централном установом и правима изниклим из својине као што су: службености, заложно (хипотекарно) право; потом облигационо право са установама уговора и проузроковања штете као главних извора облигационих односа; наследно право са тестаментом и законским наследним редом као основама за наслеђивање; породично-правни односи као и друге изведене дисциплине које су у вези са општим грађанским правом, а које су се у нашем правном систему развиле у том обиму да заслужују кодификацију.²

Такав законодавни приступ, имаће за последицу и преиспитивање правила о правном субјективитету физичких лица. Аутор овде све елементе правног субјективитета физичких лица означава генеричним термином – правна зрелост тако да она обухвата: способност лица да буде носилац права и обавеза (правна способност), способ-

1 Уважавајући вишегодишње иницијативе и предлоге удружења правника, Влада РС донела је одлуку о образовању посебне комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика РС (*Службени гласник РС*, бр. 104/06, бр. 104/06, 110/06 и 85/09). Вид.: Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, *Преднацрт Грађанског Законика РС (друга књига), Облигациони односи*, Београд 2009.

2 Образложење Преднацрта грађанског законика Републике Србије, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, 3.11.2013, стр. 1.

ност да изјавама воље ступи у грађанскоправни однос (пословна способност) и способност да својом имовином одговара за проузроковану штету (деликтна способност) – материјалноправна зрелост. Додатно, субјекти у праву имају могућност да буду странка у парници (страначка способност) и да сами или преко пуномоћника пуноважно предузимају парничне радње (парнична способност) – процесноправна зрелост. Стављајући у прва план истраживање активног аспекта материјалноправне зрелости – пословну способност, аутор пре свега испитује правнопословно осамостаљивање малолетника у односу на њихове законске заступнике.

Кључне речи: *правна способност, пословна способност, млађи малолетници, старији малолетници, способност за расуђивање.*

1. УВОД

На почетку излагања о правном субјективитету треба направити разлику између људског бића (биолошки појам), човека (социолошки појам), личности (психолошки појам) и физичког лица што је правни појам. Све су то различити називи за исти предмет (субјекат) проучавања коме свака од ових наука приступа из угла свог метода. Ове науке истражују, свака на свој начин, феномен развоја, сазревања поменутог субјекта, па је, сходно томе, природно да се и правна наука бави правним сазревањем. Чини се да правна зрелост физичког лица обухвата његову материјалноправну зрелост: правну способност (*имовински потенцијал*), пословну способност (*активна страна*) и деликтну способност (*пасивна страна – изложеност грађанскоправној санкцији*). Поред материјалноправног аспекта, правна зрелост подразумева и процесноправни аспект – страначку и парничну способност. Правила о материјалноправној зрелости данас у Републици Србији нису садржана у једном извору права, већ су разбацана пре свега у Уставу, Закону о облигационим односима и Породичном закону. У времену када се питања у погледу правне способности физичких лица, пре свега услед развоја медицине усложњавају (на пример, она која се тичу зачећа и тренутка од којег људска јединка ужива правну заштиту) регулисање материјалног грађанског права у једној кодификацији је нарочито пожељно и омогућава кохерентнији приступ субјективитету физичких лица.

У овом раду претежно се разматра активни сегмент материјалноправне зрелости – пословна способност.³ С обзиром да пословна

3 Неки аутори способност склапати правне послове и деликтну способност – предузети недопуштено дело уз одговорност за то дело подводе под једну

способност подразумева правну способност, делимично излагање о правној способности физичких лица није се могло избећи.

2. ПРАВНА СПОСОБНОСТ

Устав Републике Србије, као акт највише правне снаге, гарантује право на правну личност, тако да свако лице има правну способност.⁴ Правна способност се стиче рођењем, али се и зачетку када је то у његовом интересу признају одређена права (нпр. наследна), ако се живо роди.⁵ Другим речима, правна способност може, по потреби, бити заснована на фикцији. Зачетак је у таквој ситуацији субјект права под одложним условом и то без обзира да ли је плод у утроби мајке или је зачет у поступку вештачке оплодње.⁶ Додатно, правни поредак уводи претпоставку да је дете живо рођено, без обзира да ли је способно за самосталан живот.

Правна способност је основно својство физичког лица.⁷ Као таква она је од рођења стално присутна, непреносива и није погодна за одрицање.⁸ Ипак, не може се рећи да је правна способност људима урођена, него само да је призната општом нормом.⁹ Она дакле није природни, већ правни атрибут човека. Тако у римском праву правна способност није била општа, већ се правила разлика с обзиром на категорију становништва којој је неко лице припадало. У савременом праву, човек као такав има правну способност без обзира на здравствено стање, пол и старост.¹⁰ Ова одлика правне способности наводи на закључак да је управо ова способност раздваја субјекте од објеката права. За стицање правне способности поред рођења није

катеорију „делотворну способност“. Вид.: Ivan Ćepulić, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb 1925, 45.

4 Чл. 37, ст. 1 Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006).

5 Отуда неки аутори и код правне способности указују на постепеност у настајању. Тако се у вези настанка човекове правне способности разликују три категорије: рођени човек, зачет а још нерођени човек и још незачети човек. Вид.: Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 335.

6 Опширније о могућности ширења фикције насцитуруса и на ембрионе конципиране у поступку вештачке оплодње вид.: Ненад Теших, „Људски живот *in statu nascendi* – питање својине или ограниченог правног субјективитета“, Зборник радова са Саветовања „Ново породично законодавство“ у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобар 2006. године, 329–347.

7 Petar Klarić, Martin Vedriš, *Грађанско право, Опћи део, Стварно право, Обвезно и Насљедно право*, Zagreb 2009, 33.

8 I. Ćepulić, 46.

9 P. Klarić, M. Vedriš, 33.

10 Илија Бабић, *Увод у грађанско и Стварно право*, Београд 2010, стр. 23.

потребна било каква додатна правна или фактичка радња, на пример: упис у матичне књиге, изјава родитеља и сл. Међутим, ако физичко лице жели да стекне својство предузетника како би обављало делатност у циљу остваривања прихода под пословним именом неопходна је његова регистрација.¹¹ Ипак, на овај начин не настаје нова правна личност. „Предузетник за све обавезе настале у вези са обављањем своје делатности одговара целокупном својом имовином и у ту имовину улази и имовина коју стиче у вези са обављањем делатности.“ Овај принцип је јасно изражен и у нашој судској пракси. Тако „оснивач радње, као носилац правне способности, одговара за дугове који проистекну из пословања радње, али исто тако и за дугове оснивача радње, као физичког лица, настале ван пословања радње.“¹² „Физичко лице је увек странка у материјалноправном, али и у процесноправном односу, независно од тога да ли је у материјалноправни однос ступило у обављању регистроване привредне делатности, у вези са њом или изван ње.“ Ипак, регистрација предузетничке активности није без материјалноправних последица, на пример, на предузетника се примењују одредбе Закона о привредним друштвима и процесних последица: „Ова околност је релевантна за заснивање надлежности основног или привредног суда, а суд оцену надлежности врши према наводима тужбе. Ако је у тужби тужилац означен као предузетник, странка у поступку је физичко лице, а због значења предузетничког својства, засноваће се надлежност привредног суда.“¹³ Примерено томе, брисањем предузетника и на тај начин престанком својства предузетника, не престаје одговорност физичког лица које је било регистровано као предузетник за настале обавезе.¹⁴

Правна способност се поклапа са личношћу у праву, тако да се једно без другог не може замислити.¹⁵ Смрћу неког ишчежава и његова правна способност.¹⁶ У нашем праву се као време смрти не-

11 Чл. 83, ст. 1 и чл. 86, ст. 1 Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011).

12 Одговорна је целокупна имовина физичког лица, па тако и онај део који чине имовинска права настала из пословања радње. „Имајући у виду да је физичко лице носилац правне и страначке способности, те стога једино може бити странка у материјално-правном односу (независно од тога да ли је у материјално-правни однос ступило у вези са обављањем регистроване делатности или изван ње), као и странка у парничном поступку, произлази да је тужено физичко лице пасивно легитимисано да плати утужени износ тужиоцу, без обзира на чињеницу што је тужен у својству власника радње.“ Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5184/2008 од 14.4.2009. године, *Paragraf Lex*.

13 Вид.: Решење Вишег трговинског суда, Пж. 9249/2007(1) од 3.4.2008. године, *Paragraf Lex*.

14 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 424/2012 од 19.9.2012. године, *Paragraf Lex*.

15 Лазар Марковић, *Грађанско право, Прва књига Општи део и Стварно право*, Београд 1927, 120.

16 P. Klarić, M. Vedriš, 35.

ког лица узима тренутак његове мождане смрти. Ово се посредно може закључити из правила о узимању органа са умрлог лица. Наиме, узимање органа од умрлог лица због пресађивања другом лицу ради лечења може се извршити искључиво после дијагностиковања и утврђивања мождане смрти на основу медицинских критеријума у складу са законом.¹⁷

Ако се зна да је неко лице мртво, али није познат тренутак када је смрт наступила, заинтересовано лице може покренути поступак доказивања смрти неког лица.

Правна способност престаје природном смрћу, али и у ситуацији која јој је правно уподобљена – проглашењем несталог лица за умрло, када наступају иста правна дејства као код фактичке смрти.¹⁸ Неко лице може бити оглашено умрлим у одговарајућем ванпарничном поступку (претпостављена смрт).¹⁹ Предлог за проглашење несталог лица за умрло може поднети свако лице које за то има непосредни правни интерес, као и јавни тужилац.²⁰

3. ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ

„Од способности да се буде подмет права и обавеза, ваља разликовати способност за правну радњу, тј. способност каквог лица да може својим делима, заснивати правне одношаје“.²¹

Опште је правило да су пред Уставом и законом сви једнаки.²² Другим речима, забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна по било ком основу, а нарочито по основу старости и психичког или физичког инвалидитета.²³ Ипак, законодавац не може остати „нем“ у погледу одређених природних неједнакости, односно различитих могућности лица да схвате значај и последице предузетих правних радњи. Управо ова способност је одлучујућа за послов-

17 Чл. 48 Закон о трансплантацији, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009. Притом, мождану смрт дијагностикује надлежни здравствени радник, док мождану смрт утврђује надлежна комисија здравствене установе.

18 А. Станковић, „Проглашење несталих лица за умрло у нашем праву“, *Правни живот* 7–8/90, стр. 1153.

19 Тако на пример „доношење решења о рехабилитацији неког лица зависи од претходног питања – проглашења несталог лица за умрло“. Решење Вишег суда у Ваљеву, Рех. 17/2012 од 23.1.2013. године. *Paragraph Lex*.

20 Чл. 58 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон и 18/2005 – др. закон. Опширније А. Станковић, 1151–1154.

21 Андра Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Београд 1996, 297.

22 Чл. 21 ст. 1 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

23 Чл. 23 ст. 3 Устав Републике Србије.

ну способност која се обично дефинише као способност за правне радње,²⁴ или прецизније способност да се властитом изјавом изазове настанак, престанак или промена грађанских субјективних права.

У правној књижевности се често расправљало о квалитетима људске јединке који утичу на правни субјективитет. Тако проф. Ђорђевић као својства или стања која модификују способност за правну радњу наводи: пол, доба живота, здравље и то телесну и душевну болест, расипништво (распикућство) друштвени позив или staleж.²⁵ Преглед нашег позитивног права у овој области показује да су се од ових стања која наводи проф. Ђорђевић данас са одлучујућим утицајем на пословну способност практично очували: узраст (животна доб) и способност за расуђивање. Остала стања, од значаја за активни аспект материјалноправне зрелости су у савременом приватном праву опстала само у траговима. Ипак, у једном продубљеном разматрању пословне способности ни она се не могу избећи. Добна и умна неједнакост битно утичу на обим пословне способности физичких лица, па ће се и наше излагање руководити овим координатама.

3.1. Узраст (животна доб)

Устав Републике Србије гарантује да физичко лице пунолетством стиче способност да самостално одлучује о својим правима и обавезама, постављајући границу пунолетства на 18 година.²⁶ Према ЗОО, за закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора, а ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључивање законом дозвољено.²⁷ Питање пословне способности је са више детаља регулисано у Породичном закону.²⁸ Када је реч о критеријуму процене у којој мери је неко лице стасало за правни промет могућа су два пута.

24 Л. Марковић, 120. Пословна способност се тражи не само за правне послове, него и за правне радње као што је дерелинкција. Р. Klarić, М. Vedriš, 34.

25 Готово идентично и И. Тепулић који као квалитете који утичу на правни субјективитет истиче: пол, доба и здравље (физичко и душевно). И. Čepulić, 49–53.

26 Чл. 37, ст. 2 Устав РС.

27 Чл. 56, ст. 1 и ст. 2 ЗОО.

28 Приступ по коме је пословна способност регулисана у истом законодавном акту са материјом породичних односа не представља новину у нашем праву. Вид.: чл. 15 Закон о браку и породичним односима, *Сл. гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Сл. гласник РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001).

а) Универзални (генерацијски) приступ који полази од претпоставке о једнакој умној способности свих малолетника истог годишта. Тако се у римском праву пословна способност везивала за тренутак стицања полне зрелости.²⁹ Сматрало да жене достижу полну зрелост са дванаест, а за мушкарце се то утврђивало индивидуално, све до Принципата када је ова граница постављена на 14 година.³⁰ Наше савремено право у складу са европскоконтиненталном правном традицијом следи ову концепцију.

б) Индивидуалистички приступ или приступ појединачне процене који полази од тога да малолетници исте животне доби могу бити различите зрелости, па је улога суда да у сваком конкретном случају испита способност малолетника да схвати значај и последице предузете правне радње. У неким ситуацијама такво резонување је прихваћено и у нашем праву, на пример код утврђивања мишљења детета у поступку у коме се одлучује о његовим правима. „Пре него што утврди мишљење детета, суд ће по службеној дужности на поуздан начин испитати способност детета да формира своје мишљење.“³¹

Правнопословна разборитост се не може стећи напрасно. Као што је потребно време да се схвати да нису сви људи добри, тако је одређено животно искуство неопходно не само да се умањи могућност грешке у рачуну, већ и да престане лакомисленост и олако упуштање у ризик. Отуда се пословна способност (нем. „*Geschäftsfähigkeit*“, енгл. „*contractual capacity*“) као способност предузимати правне послове,³² у упоредном праву редовно везује за узраст и стиче постепено. Још се римско право овде служило градациом. Тако су се малолетници делили на децу млађу од 7 година (*infantes*), која су била потпуно пословно неспособна, и на старије малолетнике: младиће до 14 година и девојке до 12 година, који су

29 У нашем праву данас у овом погледу не постоји усклађеност. Кривични законик поставља границу полне зрелости на 14 година, прописујући да је кривично дело обљуба над дететом, дакле лицем које је млађе од 14 година, осим ако између учиниоца и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости. Вид.: чл. 180 Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009 (КЗ).

30 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1985, 78

31 „Суд мишљење детета респектује тек уколико претходно утврди да је дете способно да формира своје мишљење, што је без консултације са органом старатељства или специјализованом установом, или одговарајућим стручњаком немогуће испитати, а мишљење се утврђује на начин и на месту, односно у условима, који су у складу са животном доби и зрелошћу детета.“ Вид.: Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж.2. 14/2006(3) од 6.9.2006. године, *Paragraf Lex*.

32 Тако проф. Водинелић схвата правни посао као изјаву воље да наступи правно дејство. Владимир Водинелић, „Функције пословне способности малолетника“, *Право – теорија и пракса* 3/1999, 31.

имали ограничену пословну способност.³³ Позитивно право је готово очувало овако постављене границе пословног осамостаљивања не марећи много за околност да деца у савременим друштвеноекономским условима брже сазревају.³⁴ Породични закон (2005) у овом погледу, чини се представља значајан помак у односу на решење из Закона о браку и породичним односима.³⁵ Законодавац тако прави разлика између млађих малолетника (лица до 14 година), старијих малолетника (лица од 14 до 18 година) и пунолетних лица.³⁶ Ипак, неке одредбе овог Закона заслужују појашњења која би могла бити од користи и *de lege ferenda*.

3.1.1. Малолетници до 14 година

Дете које није навршило 14. годину живота (млађи малолетник) може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја.³⁷

3.1.1.1. Послови који искључиво доносе корист малолетнику

У римском праву *impuberes* (старији малолетници) могли су закључивати само оне послове који су увећавали њихову имовину (*meliozem condicionem facere*).³⁸ На пример, примити наслеђе, поклон, наплатити дуг.³⁹

Природно је да се овде прави разлика између двостранообвезних и једностранообвезних послова. Двостранообвезни послови извесно не улазе у групу оних из којих неко лице може стећи само права. Они правно гледано никада нису једнострано повољни, иако економски гледано могу погодовати једног уговорника.⁴⁰ Поставља се питање шта је са добротиним пословима?

33 Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд 2011, 145.

34 Душица Палачковић, „Значај воље малолетника у контексту права на самоодређење“, *Правни живот* 9/2002, 708.

35 *Сл. гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Сл. гласник РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001.

36 Чл. 64. ст. 1–2 Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005 и 72/2011 – др. закон (ПЗ). Слично степеновање постоји и у кривичном праву, па се дететом сматра лице које није навршило четрнаест година (чл. 112, ст. 8. КЗ), а малолетником лице које је навршило четрнаест година, а није навршило осамнаест година (чл. 112, ст. 9 КЗ).

37 Чл. 64, ст. 1 ПЗ.

38 Д. Стојчевић, 78.

39 Ж. Бујуклић, 145.

40 Упоредити: Ivan Šimović, „Utjecaj dobi na poslovnu i parničnu sposobnost“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 61(5)/2011, 1661.

У домаћој правној књижевности се углавном истиче да уколико на основу уговора о поклону настаје и нека обавеза за малолетника (на пример, уговор о поклону с налогом) такво уговарање није дозвољено без сагласности законског заступника.⁴¹

У савременом праву је тешко замислити посао, па макар он био и добротин, који не доноси неке непосредне и посредне уштрбе уговорним странама. Стога се мора направити разлика између уштрба који утичу на пуноважност и оних који су у том погледу занемарљиви. Према неким ауторима, „релевантним уштрбима треба сматрати само извесне правне уштрбе, тј. оне уштрбе који се испољавају у правној сфери, а који настају на основу чињеница које су објективно утврдиле у моменту предузимања правног посла. Ти уштрби могу потицати из изјављене воље субјекта у правном промету (непосредни уштрби) или из новог чињеничног стања које је створено предузимањем правног посла (посредни уштрби). Насупрот томе, неизвесне правне уштрбе не би требало узимати у обзир приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме правни посао.“⁴² Сходно овој концепцији „малолетник не сме самостално да закључи ниједан двостранообавезан уговор, да се прихвати наследства, да прими на поклон имовинскоправну целину, да прими поклон са налогом⁴³ или да као поклонопримац закључи уговор о поклону за који се везује плаћање пореза, не сме самостално да уступи своје потраживање, да дерелинквира ствар, нити да опрости дуг.“⁴⁴

Фразу „искључиво права“ треба разумети као правни стандард чије испуњавање је препуштено судској пракси.⁴⁵ Ипак, изгледа да правна наука овде може бити од веће користи ако понуди неколи-

41 Марко Ђурђевић, „Уговор ограничено пословно способног малолетника“, *Правни живот* 10/1996, 479.

42 „Неизвесни правни уштрби су они који се везују за чињенице које не постоје у моменту предузимања правног посла, већ се могу (али не морају) појавити у будућности.“ Дејан Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/2010, 103.

43 И за проф. Водинелића „правно корисни послови су они којим малолетник, одн. лишени пословне способности прибавља искључиво права, не обавезујући се (нпр. као поклонопримац, прихватилац опроста дуга, као прималац легата без налога)“. В. Водинелић, 356.

44 Д. Ђурђевић, 106.

45 Тако су у немачком праву пуноважни послови из којих малолетник стиче само правну корист (нем. „*rechtlichen Vorteil*“). Вид.: § 107 НГЗ. У руском праву малолетник од 6 до 14 године може самостално предузети послове усмерене на бесплатно добијање користи (рус. „*безвозмездное получение выгоды*“), ако се не захтева нотарјална форма или државна регистрација. Вид.: чл. 28, ст. 2, тачка 2 РГЗ. Супротно овоме, у енглеском праву не постоји генерално правило по

ко могућих путева и „арсенал аргумената“ којима се ова различита тумачења могу бранити. У том погледу се чини да би наведени теоријски приступ пословима млађих малолетника, у неким деловима, требало допунити. Тако код оцене пуноважности „поклона са налогом“, суд мора имати у виду да је концепција по којој и дете може прихватити поклон, утемељена у нашој правној традицији. „Примити поклон може сваки, и онај који иначе сам уговора другога закључити не може“ (§ 563 СГЗ), или „дар може примити и пословно неспособно лице“ (чл. 512, ст. 1 Скице).⁴⁶ Код таквог уговарања, суд мора узети у обзир да ли је налог установљен у корист неког трећег, поклонодаваца или самог поклонопримца. На пример, могуће је да поклонодавац наложи поклонопримцу да поклоњену ствар употребљава на одређени начин („да у поклоњеној кући станује“;⁴⁷ „да не сме располагати главницом поклоњеног новца за одређено време, већ само каматом“).⁴⁸ Налог се може састојати у предузимању одређеног акта (чињење), или у уздржавању од одређеног акта (нечињење).⁴⁹ На пример, да поклонодавац наложи поклонопримцу да остави пушење или алкохол.⁵⁰ Добро би било да судија сагледа и да ли учињени налог доноси имовински уштрб поклонопримцу и какве су размере таквог уштрба. Могуће је да поклонодавац наложи поклонопримцу да прочита „све од Достојевског“. Ако му је претходно поклатио сабрана дела овог „руског класика“, онда такав налог не доноси малолетнику било какав имовински или неимовински уштрб (чак напротив). С друге стране, ако малолетник већ нема на располагању дела Достојевског, он ће их врло лако (уз минимално улагање) пронаћи на Интернету или у најближој библиотеци. У овом случају постоји одређени имовински уштрб који се огледа у плаћању претплате за Интернет или чланарине у библиотеци, али је и даље овај посао правно и економски повољан (неризичан) и сасвим разумљив за малолетника. Код оцене пуноважности таквог уговора – поклона са налогом, суд може поћи од тога да ли је стечено право (правна корист) у очигледној несразмери са правним уштрбом. Ако је уштрб у имовини малолетника незнатан (занемарљив), тако да би

коме уговор обвезује малолетника, ако је у његову корист. Ewan McKendrick, *Contract Law*, Palgrave MacMillan 2007, 349.

46 С тим да његов законски заступник може изјавом дариваоцу раскинути дар примљен без његове дозволе. Чл. 512, ст. 2 Скица за Законик и облигацијама и уговорима.

47 Вид: Обрен Станковић, у: Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 192.

48 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 504.

49 С. Перовић, 504.

50 Вид.: О. Станковић, у: Станковић, Водинелић, 192.

у конкретном случају једнако поступило и разумно пунолетно лице,⁵¹ суд се мора руководити начелом *in favorem contractus*.⁵²

До готово истог резултата може доћи и онај судија који овом питању приступи из угла теорије о каузи. Ако прихватимо да код синалагматичних уговора разлог обвезивања за једну страну лежи у извршењу обавезе друге стране и да код добротичних уговора мотив улази у поље каузе,⁵³ онда *animus donandi* очигледно раздваја поклон од двостранообавезних послова.⁵⁴ Ако је кауза у добротичству (милосрђу), а не у среброљубљу, онда се правно резонуваће овде извесно преплиће са ванправним (емотивним). Поклонодавац се руководи благонаклоношћу, а за узврат од поклонопримца очекује одређени степен захвалности.⁵⁵ Међутим, у животу се јављају ситуације када је неки посао неспорно у правном и економском интересу поклонопримца, али законски заступник не жели да малолетни поклонопримац осети благодарност према поклонодавцу. У таквим случајевима, чини се није правно целисходно захтевати да уговор о поклону с налогом у има и за рачун поклонопримца закључи његов закон-

51 Порез на наслеђе и поклон плаћа се на право својине и друга права на непокретности из члана 2 став 1 Закона о порезима на имовину, које наследници наследе, односно поклонопримци приме на поклон. Порез на наслеђе и поклон плаћа се и на наслеђени, односно на поклон примљени: 1) готов новац; 2) штедни улог; 3) депозит у банци; 4) новчано потраживање; 5) право интелектуалне својине; 6) право својине на возилу, пловилу, односно ваздухоплову и другим покретним стварима. Вид.: чл. 14, ст. 1 и ст. 2 Закон о порезима на имовину, *Сл. гласник РС*, бр. 26/2001, *Сл. лист СРЈ*, бр. 42/2002 – одлука СУС и *Сл. гласник РС*, бр. 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – одлука УС и 47/2013. С обзиром на широко постављени предмет опорезивања код пореза на поклон и наслеђе, усвајање супротне концепције по којој малолетник не може примити поклон за који се везује плаћање пореза практично своди могућност пуноважног прихвата поклоне за млађег малолетника само на ситуације када је поклонопримац првог наследног реда, односно поклонопримац другог наследног реда – на један на поклон примљени стан, ако је са поклонодавцем непрекидно живео у заједничком домаћинству најмање годину дана пре пријема поклоне. Вид.: чл. 21, ст. 1, тачка 1 и тачка 3 Закон о порезима на имовину. Чини се да ово није била интенција Породичног закона. Осим тога, плаћање пореза је јавноправна обавеза која једнако погађа малолетне и пунолетне поклонопримце (пореска стопа је иста за све), па у том смислу нити се може избећи, нити утиче на пуноважност правног посла.

52 У нашој правној теорији је углавном заступљено супротно становиште по коме "малолетник као послугопримац не може без одобрења законског заступника закључити уговор о послузи обзиром да он подразумева не само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове одржавања). Вид.: М. Ђурђевић, 479.

53 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2011, 265–266.

54 Битан елеменат уговора о поклону поред предмета је и *animus donandi*. С. Перовић, 614.

55 О. Антић (2011а), 276.

ски заступник.⁵⁶ Да би смо то приближили свакодневном животу, послужићемо се једним примером. Ако малолетнику који се суочава са сталним претњама због коцкарског дуга деда поклони новац да отплати дуг „зеленашима“ с налогом да се више не коцка, деда вероватно не жели да уговор о поклону у име и за рачун поклонопримца закључи неко кога сматра кривим због његове „васпитне запуштености“, а ни дечаковој мајци која избегава контакт са породицом њеног бившег мужа „не пада на памет“ да закључи такав уговор о поклону како њен малолетни син не би осетио било какву благодарност према поклонодавцу. Сматрамо да би малолетник могао самостално примити такав поклон, без обзира на постављени налог, јер је реч о послу који не трпи одлагање и у искључивом је интересу малолетника. Ако од малолетника, а не од његовог законског заступника, зависи да ли ће налог бити извршен на време и на начин како је то уговором о поклону предвиђено, онда је природно да малолетник самостално процени да ли је за њега такав налог прихватљив.⁵⁷ Ово нарочито, ако следимо становиште да „поклонопримац може раскинути уговор и извршити повраћај примљеног, уколико је вредност налога постала већа од вредности поклона или је извршење налога постало знатно отежано.“⁵⁸

И на крају, али не и најмање важно, до таквог се закључка може доћи и на основу једног аргумента системске природе. Суд при оцени пуноважности поклона с налогом не може послове из којих малолетник стиче само корист посматрати изоловано од важећих правила у погледу послова мањег значаја.⁵⁹ У нашем праву послови мањег значаја чине групу послова које малолетник предузима слободно, без „правног надзора“. Ценећи пуноважност поклона с налогом суд мора имати у виду у чију корист је налог учињен. Ако је налог дат поклонопримцу, по својој природи такав да малолетнику не доноси било какав имовински уштрб или га доноси, али је овај терет за конкретног малолетника незнатан (занемарљив) суд може такав посао оценити као посао мањег значаја. Другим речима, чак и ако се доследно усвоји концепција по којој малолетник не може самостално прихва-

56 Ово нарочито, ако се узме у обзир да је овај уговор у нашем праву формалан и да форма поклона може бити писмена или реална, односно писмена уз оверу потписа у случају промета непокретности. С. Перовић, 610.

57 С. Перовић, 610.

58 С. Перовић, 610. Тако и проф. Константиновић: „Ако је извршење налога потребно више средстава него што износи вредност дара или ако извршење налога буде отежано из било ког разлога, обдареник се може ослободити наложене дужности враћањем примљеног.“ Чл. 514, ст. 5 Скица за законик о облигацијама и уговорима.

59 Упоредити са § 107 НГЗ и чл. 19/2 ШвГЗ (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1907).

тити поклон с налогом, јер није реч о послу из кога малолетник стиче само права, овај посао ће бити пуноважан ако је налог малог значаја. Чини се да овде у корист пуноважности посла говори и принцип: корисно се штетним не квари (*utile per inutile non vitiatur*). Важи дакле правило да ће се немогућ, забрањен, неморалан, неразумљив и противречан, налог сматрати као да није и постављен.⁶⁰

Сходно овом приступу, ако је у питању посао малог значаја, малолетни поверилац из таквог посла може самостално опростити дуг. На пример, малолетник да на зајам три порцеланца пријатељу који је убедљиво најбољи кликераш у њиховом крају пред меч са једним дечаком из противничког тора, с тим да му овај касније врати исти број порцеланца и два нулоперца. Ако партија крене у супротном правцу од очекиваног, малолетник ће другу вероватно опростити изгубљене кликере и заједно ће се припремати за реванш.

Чини се да је такво тумачење у складу са правнополитичком циљем ове норме и да на примерен начин мири заштитну и развојну функцију правила о правнопословном осамостаљивању.

3.1.1.2. Послови који не дотичу малолетникову имовину (правно неутрални послови)

Малолетник до 14 година може предузети посао из кога не стиче ни права ни обавезе. И овде је дакле реч о послу из кога права и обавезе настају, али то не дотиче имовинску позицију малолетника. Малолетник таквим послом нити стиче, нити губи. Правно неутрални послови су без утицаја на имовину малолетника, не доприносе јој, нити је погађају. У нашој правној књижевности се као пример неутралног посла наводи правни посао који малолетник предузме у својству нечијег пуномоћника јер за самог малолетника такво уговарање не ствара ни права ни обавезе.⁶¹ Чини се да у ову групу спада пословодство без налога ако малолетник као незвани вршилац туђег посла закључи уговор за рачун онога чији су послови, а ради заштите интереса господара посла, на пример прода туђе плодове подложне брзом кварењу.⁶² Ако туђи посао чијем је вршењу приступио не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очи-

60 Вид.: чл. 132 Закон о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003 – одлука УСРС (ЗОН). Опширније о налогу као ограничењу при постављању наследника. Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2011, 260.

61 Д. Ђурђевић, 84. „Пошто је правни посао који предузима у има властодвца за њега само неутралан правни посао (њему нити прибавља права, нити га обавезује), пуномоћник може да буде не само старији малолетник (14–18. године), него и млађи малолетник (до 14. године) јер је и он пословно способан да предузима такве послове“. В. Водинелић, 481.

62 Према неким ауторима у групу неутралних послова спада и посао у коме малолетник прода туђу ствар. Вид.: I. Šimović, 1663.

гледне користи за господара посла,⁶³ и ако је поступио у свему како треба и радио оно што су околности захтевале, малолетни *negotiorum gestor* има право захтевати да га онај чији је посао вршио ослободи свих обавеза које је због тога посла узео на себе и да преузме све обавезе које је закључио у његово име.⁶⁴ Таквих примера нема много, али се чини да развој савремених средстава комуникације широко отвара врата за правно неутралне послове. То су оне ситуације када, на пример, млађи малолетник са очевог телефона пошаље SMS на неки „хуманитарни број“ којим донира средства за помоћ гладнима или на овај начин гласа за свог омиљеног певача на такмичењу за младе таленте. Ови послови ће, по правилу, бити мањег значаја. Слична је и ситуација када млађи малолетник дође у посед података неопходних за коришћење платне картице и на очево име закључи уговор о куповини преко Интернета, чини се да ће правни посао чије последице не погађају имовину малолетника производити дејство. Утврђивање ништавости таквог посла би, с једне стране, угрозило правну сигурност, а с друге стране не би донело претерану корист законском заступнику малолетника. Друга уговорна страна је због одсуства визуелне комуникације, по правилу савесна, и може захтевати накнаду штете коју трпи због ништавости уговора.⁶⁵

3.1.1.3. Багателни (свакодневни) послови

Млађи малолетник може закључити и послове мањег значаја. Под овим пословима подразумевају се обично „ситнији, рутински послови, уобичајни за малолетника тог узраста“.⁶⁶ С једне стране, ови послови не утичу битно на његову имовину и у том смислу су безопасни (бенигни), а с друге стране, ови послови, по својој природи, нису сложени тако да и млађи малолетник може разумети њихов предмет и каузу. Ови послови се, по правилу, тичу свакодневних потреба малолетника или његове породице.⁶⁷ Правни стандард –

63 Чл. 220, ст. 2 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља (ЗОО). Опширније о нужном и корисном пословодству као једном од извора облигације О. Антић (2011а), 545–547.

64 Чл. 223, ст. 1 ЗОО. Ако онај чији је посао накнадно одобри оно што је извршено, пословођа без налога сматра се налогопримцем који је од почетка радио по налогу лица чији је посао (чл. 228 ЗОО).

65 Уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости. Вид.: чл. 108 ЗОО.

66 В. Водинелић, 36.

67 Тако у руском праву малолетници од 6 до 14 година могу самостално предузети ситне свакодневне послове (рус. „*мелкие бытовые сделки*“). Вид.: чл. 28, ст. 2, тач. 1. РГЗ.

посао малог значаја – ће тек бити попуњен активношћу судова. Ипак, чини се да у прецизирању његове садржине, суд поред објективног критеријума – вредности престације – мора узети у обзир и друге околности конкретног случаја, као што су имовинске прилике малолетника и његове породице, њихове (куповне) навике и уопште начин живљења. Оно што је рутинско и свакидашње за једног малолетника и његово окружење, може бити крајње неуобичајно за његове вршњаке који одрастају у другим друштвеноекономским условима.⁶⁸

У енглеском праву се као изузетак од правила да уговори малолетника овога не обвезују, наводи ситуација када је циљ уговора да задовољи малолетникове основне потребе (енгл. „*necessaries*“). Ово под условом ако је уговор као целина у корист малолетника и не намеће му неке терете.⁶⁹ Притом се води рачуна о томе да виши статус малолетника условљава и његове веће потребе.⁷⁰

3.1.2. Малолетници од 14 до 18 година

Старији малолетник (лице које је напунило 14 година, али је млађе од 18), поред послова које може предузимати млађи малолетник, дакле оних који му искључиво доносе правну корист, правно неутралних послова и багателних послова може предузимати и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља.⁷¹

Законски заступник може малолетнику унапред дати сагласност за одређени посао. Ова сагласност се може дати за одређени круг послова, али не и за све послове. Изгледа да се круг послова које родитељ унапред одобрава малолетнику може прецизирати и вредносно, на пример, стављањем на располагање одређеног новчаног износа (цепарац), тако да овај слободан у његовом трошењу.⁷²

68 Проф. Панов предлаже три критеријума за конкретизацију овог правног стандарда: вредност предмета правног посла, учесталост закључења правног посла, имовно стање сваке конкретне породице. Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2011, 410. Проф. Драшкић заузима супротно становиште које значај посла своди на вредност. „Сви остали правни послови детета млађег од 14 година апсолутно су ништави (теретни правни послови, *послови великог значаја или велике вредности*)“. Вид.: Марија Драшкић, *Породично право и право детета*, Београд 2009, 273.

69 Енгл. „*not if it contains harsh and onerous terms*“. Вид: Guenter Treitel by Edwin Peel, *The Law on Contract*, London 2007, стр. 567.

70 Енгл. „*the higher the status, the greater the range of necessities*“. Е. McKendrick, 348.

71 У хрватском праву се истиче да материјалноправна воља малолетника (лица од 14 до 18 година) није правно ирелевантна, али није довољна за настанак правног посла њој се за пуноважност правног посла мора придружити одобрење законског заступника. I. Šimović, 1644.

72 Вид: §110 НГЗ. „У цепарцу треба без сумње видети користан васпитни облик који постепено упознаје малолетника са значајем новца и његовим руковањем.“ Тако

Из наведених правила следи закључак да старији малолетници могу у правном промету предузимати две врсте послова: самосталне (без било чијег правног надзора)⁷³ и надгледане (уз претходну или накнадну сагласност онога који процењује њихову целисходност).⁷⁴ У оквиру надгледаних послова законодавац разликује послове правног располагања покретном имовином (мање вредности) за које је довољна само сагласност родитеља од послова располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности где је за предузимање посла поред сагласности родитеља неопходна и претходна или накнадна сагласност органа старатељства.⁷⁵ Ово правило је у једном мањем делу неопходно кориговати. У имовини малолетника се поред својине на непокретним и покретним стварима велике вредности могу налазити и друга права од изузетне вредности, на пример, имовинска компонента ауторског права наслеђена од оца композитора. Чини се да би и пре евентуалне законске измене ову одредбу требало тумачити тако да фраза непокретна и покретна имовина велике вредности обухвата и права велике вредности. Поред тога, ово правило би требало допунити одговарајућом претпоставком да један родитељ делује уз сагласност другог родитеља.⁷⁶

Наведене групе послова старијих малолетника разликују се и по последицама до којих доводи изостанак одговарајуће сагласности за њихово предузимање. Послови које по закону малолетници могу самостално предузети су пуноважни без било какве сагласности. Послови располагања покретним стварима, као и правима мање вредности су рушљиви у недостатку сагласности родитеља. Код послова располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности постоји дилема тако да једна група аутора ове послове закључене без сагласности органа старатељства сматра ништавим,⁷⁷

о малолетниковом располагању правима која су му у том циљу дата. Михаило Митић, „Акти располагања малолетних лица“, *Анали ПФБ* 2–3/67, 357.

- 73 Ни у овом случају није искључен васпитни надзор детета који је саставни део права и дужности родитеља да се стара о детету. Ово подразумева и управљање и располагање имовином детета кроз које се посредно може утицати на правилно формирање његове личности. Родитељско право овлашћује родитеља да на пример, одузме малолетнику пропагандни материјал верске секте или прибор за уживање цигарета без обзира што их је овај добио на поклон.

74 Чл. 64 ПЗ.

75 Чл. 193, ст. 3 ПЗ.

- 76 Таква претпоставка постоји у швајцарском праву и чини се значајно доприноси правној сигурности. Чл. 304/2 ШВГЗ. Ово из разлога што су родитељи детета, осим изузетно, његови сузаступници. Као законски заступници, родитељи имају право и дужност да заступају дете у свим правним пословима и у свим поступцима изван граница пословне и процесне способности детета. Вид.: чл. 72, ст. 1 ПЗ

- 77 „Правни посао за који орган старатељства није дао одобрење је ништав.“ М. Драшкић, 416.

други опет сматрају да су ови послови закључени под одложним условом и да сагласност органа старатељства доводи до наступања њиховог дејства⁷⁸ и на крају неки писци држе да је недостатак сагласности органа старатељства узрок рушљивости таквог посла.⁷⁹

Сходно законском правилу, сагласност родитеља, као и органа старатељства, када се тражи, може бити претходна и накнадна. У том смислу решење о контролисаном укључивању малолетника у правни промет је доследно. Међутим, дилема постоји у погледу санкције која погађа посао предузет у недостатку ових сагласности. Изостанак сагласности родитеља је разлог рушљивости, да ли и у одсуству сагласности органа старатељства посао располагања стварима веће вредности погађа иста санкција?

Прихватање става по коме је посао располагања стварима веће вредности ништав, али да може бити оснажен сагласношћу органа старатељства води пре свега рачуна о интересима малолетника усвајајући слично правило као код зеленашког посла где накнадно наступајућа околност (захтев оштећеног да се његова обавеза смањи на правичан износ може отклонити ништавост).⁸⁰ Ипак, правило о оснажењу зеленашког посла је изричито прописани изузетак у Закону о облигационим односима. Супротно томе, према општем правилу, ништав уговор не постаје пуноважан кад забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане.⁸¹

С друге стране, становиште по коме посао располагања вредним стварима, коме недостаје сагласност органа старатељства, погађа санкција рушљивости, пре свега узима у обзир сигурност промета. Отуда овде или треба прихватити правило по коме сагласност органа старатељства мора бити претхода или дата најкасније у тренутку предузимања правног посла, што је из угла правне сигурности привлачније,⁸² или усвојити становиште по коме је малолетников по-

78 Ако је реч о претходној сагласности (дозволи) онда уговор не настаје, уколико ова није дата, напротив накнадна сагласност (одобрење) има сва обележја одложног услова, тј. ако се одобрење добије уговор производи права дејства. С. Перовић, 176.

79 Тако М. Ђурђевић, 488.

80 Ако оштећени захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ, суд ће удовољити таквом захтеву ако је то могуће, а у том случају уговор са одговарајућом изменом остаје на снази.

81 А овде се не може сматрати да је забрана била мањег значаја. Вид: чл. 107, ст. 1 ЗОО.

82 Чини се да је другачија формулација Закона о браку и породичним односима управо била на овом трагу. „Дете које је навршило четрнаест година живота може само да закључује правне послове, али је за пуноважност тих послова, изузев послова мањег значаја, потребно одобрење његових родитеља, односно одобрење органа старатељства за правне послове из члана 121 овог закона, уколико законом није друкчије одређено (чл. 122, ст. 1 Закон о браку и поро-

сао располагања вредним стварима без одобрења органа старатељства рушљив, тако да производи дејства, док лице у чијем интересу је рушљивост установљена не исходује његово поништење.

3.1.3. Малолетници од 15 година

Граница од 15 година, у нашем праву, је нарочито значајна за правнопословно осамостаљивање малолетника. Од тог тренутка он може ступити у радни однос, располагати зарадом и имовином коју је стекао сопственим радом.⁸³ Додатно малолетник који је навршио 15 година и способан је за расуђивање може сачинити пуноважно завештање као последњу изјаву воље (завештајна способност).⁸⁴ Ако је способан за расуђивање малолетник овог узраста може дати сагласност за предузимање медицинског захвата.⁸⁵ У том смислу се и ови послови малолетника могу сврстати у самосталне правне послове (послове које малолетник може предузети без било чијег правног надзора).

3.1.4. Пунолетство – пуна пословна способност

Сходно закону, пуна пословна способност се може стећи пунолетством, али и ступањем у брак пре пунолетства.⁸⁶ За закључење брака таквом лицу неопходна је дозвола суда⁸⁷ која се мора прибавити у посебном поступку.⁸⁸ Поред тога, суд може дозволити стицање потпуне пословне способности малолетном лицу које је навршило 16. годину живота, а постало је родитељ и достигло је телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности,

дичним односима) и „Родитељи могу само са одобрењем органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свога детета само ради његовог издржавања, васпитавања и образовања или ако то захтева који други његов интерес.“ Чл. 121 Закона о браку и породичним односима. Могућност предузимања посла само са одобрењем по нама јасно указује на потребу претходне или истовремене сагласности.

83 Радно способан малолетник може закључити уговор о раду, уговор којим располаже својом зарадом из уговора о раду и уговор (било који) којим располаже имовином која је стечена радом. М. Ђурђевић, 476.

84 Чл. 79 ЗОН. Опширније Драгица Живојиновић, „Тестаментарна (завештајна) и пословна способност“, *Правни живот* 10/2001, 123–135.

85 Чл. 62, ст. 2 ПЗ.

86 Опширније о стицању пословне способности пре пунолетства Оливер Антић, у: Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 145–146.

87 Чл. 11, ст. 2 ПЗ.

88 Чл. 79–86 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 и 45/2013 – др. закон. Опширније Гордана Станковић, „Ванпарнични поступак за стицање пословне способности“, *Правни живот* 13/2008, 171–182.

правима и интересима.⁸⁹ Проф. Станковић наглашава да је пословна способност која се стиче пунолетством „и општа и потпуна, општа у том смислу што се односи на закључивање свих правних послова...; а потпуна у том смислу што се сви ти послови могу закључивати самостално...“⁹⁰

3.2. Способност за расуђивање (душевно здравље)

У правој теорији је чини се неспорно, да би се воља физичког лица уважавала као правнорелевантна, тако да заснива права и обавезе ово лице мора бити обдарено разумом. Умно немоћни⁹¹ се у правнопословном смислу одвајају од душевно здравих, пре свега ради њихове заштите, а потом и због сигурности правног промета.⁹² Једном стечена пословна способност се може и за живота изгубити. У ванпарничном поступку суд на захтев предлагача испитује да ли је пунолетно лице према степену способности за нормално расуђивање⁹³ у стању да се само брине о својим правима и интересима и одлучује о потпуном или делимичном лишењу пословне способности.⁹⁴

Анализа правила која у српском праву регулишу активну страну материјалноправне зрелости чини се отвара најмање две дилеме: а) какав је однос способности за расуђивање и пословне способности и б) да ли сходно Породичном закону и даље постоје три групе лица: апсолутно пословно неспособна, делимично (ограничено) пословно способна и потпуно пословно способна лица.

89 Чл. 11, ст. 3 ПЗ.

90 Обрен Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву“, *Анали ПФБ* 6/1982, 1215.

91 Душевна болест се разуме као поремећај човекових духовних моћи. А. Ђорђевић, 302.

92 У римском праву ни лица са физичким недостацима (слепи, глуви, парализовани) нису могли закључивати оне правне послове за које је неопходно предузимање строго прописаних речи и гестова. Ж. Бујуклић, 147.

93 „Лице за које је налазом и мишљењем вештака неуропсихијатра утврђено да због своје болести (параноидне психозе) није способно да правилно расуђује, да самостално одлучује о питањима свог здравља као и да располаже већим сумама новца, делимично ће се лишити пословне способности, као пунолетно лице, које због душевне болести својим поступцима може да угрожава своја права или интересе и интересе других лица.“ Решење Врховног суда Србије, Рев. 3208/2005 од 1.3.2006. године, *Paragraf Lex*.

94 Чл. 31 Закон о ванпарничном поступку. Поступак за лишење пословне способности може да се покрене и по предлогу брата, односно сестре само ако они живе у породичној заједници са лицем против кога се поступак покрене. Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 739/2004 од 15.7.2004. године, *Paragraf Lex*.

3.2.1. Какав је однос способности за расуђивање и пословне способности?

Способност за расуђивање,⁹⁵ као услов стицање пословне способности, не помиње ни Устав, ни Породични закон Републике Србије. Такав номотехнички приступ законодавца може навести на помисао да се способност за расуђивање у овом случају подразумева као услов.⁹⁶ Међутим, нека друга правила у оквиру истог закона поред узраста изричито наводе као посебан услов и способност малолетника за расуђивање, на пример, оно које се тиче сагласности малолетника за медицински захват⁹⁷ и његове одлуке о наставку школовања.⁹⁸ Такво решење усваја и Закон о наслеђивању, где се као елеменат завештајне способности поред одређене животне доби наводи и способност за расуђивање.⁹⁹

Ово наводи на помисао да способност за расуђивање и није у саставу пословне способности. За закључење пуноважног уговора, у нашем позитивном праву, потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора.¹⁰⁰ Или нешто прецизније понудилац мора бити пословно способан у тренутку давања понуде, обзиром да понуда не губи дејство ако је неспособ-

95 Према неким ауторима, „правно-психолошки схватање значаја свог дела обухвата: а) природни, односно реални значај дела и б) друштвени значај дела. Душан Јевтић, „Завештање у душевно ненормалном стању“, *Анали ПФБ* 3–4/1963, 342.

96 У римском праву умоболник се сматрао поступно пословно неспособним, па је старатељ обављао све његове послове. Д. Стојчевић, 80.

97 Чл. 62, ст. 2 ПЗ.

98 Чл. 63, ст. 2 ПЗ. Неки аутори примећују да се способност за расуђивање уопште не помиње у норми о стицању тзв. радне способности. Закон у овом случају не тражи за петнаестогодишњака уобичајни услов: способност за расуђивање. А овај се захтев изричито наводи у другим бројним случајевима нпр. увид у матичну књигу рођених, код права да одлучи са којим ће родитељем дете живети, код права да одлучи о начину одржавања личног контакта, код пристанка на медицински захват, код права на промену личног имена. С. Панов, 417.

99 Чл. 79 ЗОН. Опширније О. Антић, (2011б), 232–236. „Приликом оцењивања способности за прављење тестаментна примењују се блажи критеријуми од оних који важе за општу пословну способност..., што значи такво душевно стање код завештаоца при коме је он способан да схвати стварни и правни значај својих поступака, тј. да зна шта ради и какве су правне последице његових поступака, па је у том смислу тестаментална способност ужа од пословне способности, тако да није битно да ли је завешталац имао општу пословну способност, већ је битно да је био способан за тестирање, па тако за лица која нису потпуно лишена пословне способности постоји претпоставка да су та лица способна за расуђивање“. Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1161/2004(1) од 30.8.2004. године, *Paragraf Lex*.

100 Чл. 56, ст. 1. ЗОО.

ност једне стране наступила пре њеног прихватања.¹⁰¹ Овако изгледа као да је способност за расуђивање изван пословне способности, да утиче на пуноважност правног посла, али не условљава пословну способност као такву. Ако је „уговор ништав када га је закључила уговорна страна неспособна за расуђивање.“¹⁰² онда је то кумулативни услов који поред пословне способности мора бити испуњен да би неки правни посао био пуноважан.

Из правила ЗОО, се може закључити да су душевно здравље и умни развој фактори од којих зависи способност за расуђивање.¹⁰³ Поред тога, закон каже да „малолетник од навршене седме до навршене четрнаесте године не одговара за штету, осим ако се докаже да је при проузроковању штете био способан за расуђивање.“ Ипак, ову способност за расуђивање ваља разликовати од способности за расуђивање код пословне способности. Тако у једном случају суд закључује да је „при разматрању питања да ли је неки субјект штетник способан да грађанско-правно одговара за проузроковану штету, потребно разликовати деликтну од пословне способности, јер се прва састоји у способности за расуђивање или у постојању нормалне психичке диспозиције у време извршења недопуштеног дела, која омогућава схватање значаја конкретног учињеног дела и његових последица“.¹⁰⁴

Према становишту наших судова „апсолутно је ништав уговор који је закључило потпуно пословно неспособно лице и ако том лицу формалним решењем пословна способност није одузета“.¹⁰⁵ Другим речима, да би се изјава воље урачунала њеном даваоцу, он не

101 Исто важи и за смрт понудиоца изузев ако супротно произлази из намере страна, обичаја или природе посла. Чл. 44 ЗОО.

102 Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд 1995, 41.

103 Лице које услед душевне болести или заосталог умног развоја или којих других разлога није способно за расуђивање, не одговара за штету коју другоме проузрокује. Чл. 159, ст. 1 ЗОО.

104 Вид.: Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4115/01 од 18. априла 2002. године, *Paragraf Lex*.

105 „У време закључења уговора о продаји непокретности, као и пре и после овог времена продавац је боловао од тешког облика зависности од алкохолизма, због чега је био неспособан да схвати значај правне радње коју је предузео и њене последице, био је неурачунљив, неспособан да располаже својом имовином. Било је потребно да му се одузме пословна способност, што је изостало... од одлучујућег значаја за оцену правне ваљаности предметног правног посла купопродаје је стварна неспособност продавца да уговор закључи, а не правна констатација формалним решењем, за коју се зна да се не може одмах прилагодити стварном стању, већ зависи од поступка који се покреће по службеној дужности, а и на основу предлога закона овлашћених лица.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. број 3548/98 од 23. децембра 1998. године, *Paragraf Lex*.

сме бити умно поремећен (лишен разума).¹⁰⁶ Да би воља лица могла да заснује правнорелевантне последице, лице „мора да има свест о својим радњама и њиховим последицама“.¹⁰⁷ Није од значаја да ли је у одговарајућем поступку утврђена ова неспособност. У парничном поступку се може утврђивати да је посао неког лица ништав (неспособност за расуђивање *in concreto*) без обзира што ово лице претходно није лишено пословне способности. Супротно томе, ако је неко лице лишено пословне способности не може се тврдити да је неки његов посао у конкретном случају пуноважан.

Овде се чини отвара једна правнолoгичка дилема: ако лице које нема способност за расуђивање нема пословну способност, како онда одлуком суда оно може бити лишено пословне способности. Аргумент би овде могао бити да ово лице ни у тренутку покретања одговарајућег ванпарничног поступка нема пословну способност и да суд одлуком само декларативно утврђује њено непостојање. Лишење у српском језику значи само потпуно одузимање онога што неко поседује (на пример, лишење живота), па сматрамо да је законодавац у овом контексту могао употребити погоднији израз који упућује на декларативну природу ове одлуке, али и могућност суда да утврди потпуно или делимичну неспособност за правне послове.

3.2.2. *Да ли у нашем праву постоје апсолутно пословно неспособна лица?*

У нашој правној књижевности се сва лица с обзиром на своју правнопословну самосталност традиционално деле на: апсолутно пословно неспособна, ограничено пословно способна и потпуно пословно способна лица.¹⁰⁸ Међутим, разматрање правила о пословној способности из Породичног закона (2005) намеће дилему да ли у нашем праву и даље постоје апсолутно пословно неспособни, односно категорија лица чија је изјава воље сасвим неподобна за грађанскоправна дејства.¹⁰⁹

Ако се још једном осврнемо на правила о пословној способности у нашем позитивном праву, на први поглед је јасно да и млађи малолетници могу одређене послове самостално предузимати и да сходно Породичном закону ова лица нису апсолутно пословно не-

¹⁰⁶ Упор.: Л. Марковић, 126.

¹⁰⁷ О. Антић, у: Стојановић, Антић, 143.

¹⁰⁸ О. Станковић, у: Станковић, Водинелић, 57; О. Антић, у: Стојановић, Антић, 143.

¹⁰⁹ „Помањкању воље примерено је једино то да се изјаве воље пословно неспособног малолетника сматрају неважећим – непостојећим правним пословима (или ништавим, ако се не прихвата посебна категорија непостојећих правних послова)“. В. Водинелић, 32.

способна, већ ограничено пословно способна. Овде нарочито треба истаћи послове из којих малолетник стиче искључиво права, који за њега не морају бити ни свакодневни ни рутински, већ се могу односити и на непокретности и покретне ствари велике вредности. Други део ове дилеме се тиче лица која су потпуно лишена пословне способности. Формулација Закона (чл. 146/1 ПЗ) да пунолетно лице које због болести или сметњи у психо-физичком 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 може бити потпуно лишено пословне способности наговештава постојање категорије апсолутно пословно неспособних. Међутим, већ у следећем ставу, истог члана, каже се да је лице лишено пословне способности у том погледу изједначено са млађим малолетником,¹¹⁰ за кога смо већ утврдили да одређене послове може предузимати мимо правног надзора законског заступника.¹¹¹

Сматрамо да послове из којих стиче само права, послове из којих не стиче права, нити се обвезује и послове мањег значаја може предузети и лице које је душевно болесно или има сметње у психо-физичком развоју. Такво се резонување може објаснити на два начина. Прво, тврдњом да се за овај мањи сегмент правних послова не тражи способност за расуђивање, или друго, остајући при ставу, да је за пуноважност свих послова неопходна способност за расуђивање. Научно смо ближи другом становишту које не одбацује способност за расуђивање као услов ваљаности посла, с тим да је послове из којих неко лице стиче само права, послове из којих ово лице не стиче права, нити се обвезује и послове мањег значаја довољна минимала способност за расуђивање коју имају и млађи малолетници, али и лица душевно болесна и умно заостала.¹¹² Таква природна способност за расуђивање је човеку урођена и има је док је жив.¹¹³ Ни лице

110 Чл. 146, ст. 2. Вид. С. Панов, 538.

111 У решењу којим се лице делимично лишава пословне способности, суд може на основу резултата медицинског вештачења одредити врсту послова које то лице може предузимати самостално поред послова на које је законом овлашћено. Чл. 40, ст. 2 Закон о ванпарничном поступку.

112 Као и други уговорници и ова лица су заштићена општим правилима усмереним на очување еквивалентности престација на пример, правила о прекомерном оштећењу (чл. 139 ЗОО) и зеленашким пословима (чл. 141 ЗОО).

113 У нашој правној науци је углавном заступљено супротно становиште. „Лице које нема никакву правнорелевантну вољу (лице неспособно за расуђивање) не може да буде заступник, пошто заступник треба да изјави вољу, а такво лице то није у стању, тако да се не би ни радило о правном послу (непостојећи правни посао). В. Водинелић, 481. Сходно овом приступу, апсолутно су неспособна за уговорање лица чија изјава воље не представља и не може представљати правнорелевантну чињеницу. Катарина Доловић, „Непостојећи уговор“, *Анали ПФБ* 2/2011, 274.

које је дуже време „без свести“ не губи такву способност, с тим што она у овом периоду фактички мирује, све до „буђења пацијента из коме“.

Овде је важно истаћи да су млађи малолетници, али и лица из категорије душевно болесних и умно заосталих способна за неке правне радње сличне правним пословима.¹¹⁴ Малолетник може предузимати реалне акте за које је довољна природна воља субјекта који их предузима. Тако малолетни аутор, без обзира на душевну и телесну зрелост, стиче ауторско право као збир личноправних и имовинскоправних овлашћења.¹¹⁵ Ово обзиром да ауторско право настаје самим фактом настанка ауторског дела, без потреба за било каквом регистрацијом или интервенцијом државног органа.¹¹⁶ Нешто је сложенија недоумица, да ли ова лица могу самостално предузети радњу дереликције.¹¹⁷ Мишљења у нашој правној књижевности, по овом питању, су у најмању руку подељена. На једној страни, налази се становиште по коме малолетник може ову радњу самосталну предузети, јер је реч правном послу из кога се не стичу ни права ни обавезе.¹¹⁸ С друге стране, уочљив је став да малолетник не може самостално предузети ову радњу. По једнима, јер она доноси непосредан правни уштрб у његовој имовини,¹¹⁹ а по другима из разлога што није правнолוגично да малолетник не може самостално да прода ствар чији је власник (што је бољи материјални интерес), а да може самостално и суверено извршити дереликцију те ствари (што је лошији материјални интерес).¹²⁰ Судија суочен са задатком да оцени пуноважност радње дереликције малолетника млађег од 14 године коју није у његово име предузео његов законски заступник, одно-

114 Вид: О. Антић, у: Стојановић, Антић, 314.

115 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, 1999, 105. Упор.: чл. 26, ст 2, тач. 2. РГЗ.

116 С. Марковић, 148–149.

117 Слично је и питање да ли такав малолетник може самостално предузети радњу окупације (чин воље). С друге стране, чини се да није спорно да малолетник може самостално предузети радњу саопштења, на пример да може пуноважно обавестити дужника о цесији. Ово нарочито из разлога што се у нашем праву дужник не може пуноважно ослободити дуга испуњењем обавезе иницијалном повериоцу (цеденту) ако на било који начин сазна за цесију. Чл. 438, ст. 2 ЗОО. Опширније о правним радњама које лице на правне послове, као што су: чинови воље, саопштења и реални акти. О. Антић, у: Стојановић, Антић, 312–314.

118 М. Драшкић, 273.

119 За проф. Ђурђевића дереликција се не може сврстати међу неутралне правне послове. „Када се малолетни сопственик одрекне својине на некој ствари, тим актом он не стиче ни право ни обавезу. Али и дереликција негативно утиче на имовинску позицију малолетног сопственика, јер за последицу има губитак права, што представља један вид правног уштрба.“ Д. Ђурђевић, 88.

120 С. Панов, 411.

сно радње дереликције малолетника старијег од 14 година предузете без сагласности родитеља (претходне или накнадне) би без сумње био „на мукама“. Ово нарочито што је и правна наука овде крајње неуједначена. Сматрамо да би у таквој ситуацији суд требало да води рачуна о следећих неколико критеријума.

а) *Постојање природне воље*. Ако је малолетник кадар да самостално врши апрехензионе радње тако да се оне могу квалификовати као државина одређене ствари, правна сигурност налаже да он може пуноважно предузети и радњу њене дереликције. У супротном би позиција трећих савесних лица била недопустиво неизвесна. На пример, размажени малолетник љут због изгубљене утакмице баци фудбалску лопту са моста. Низводно лопту уочи дечак који је такву лопту видео само на телевизији. Ако он ризикујући живот уђе у хладну реку како би дошао до „блага“ које је одувек желео, право не може стати на становише да сиромашни малолетник није постао власник пошто радња дереликције није пуноважна. Супротно овоме, ако малолетник није у стању да самостално предузима апрехензионе радње у погледу одређене ствари онда му не приличи ни могућност њене дереликције. „То је једно фактичко питање, с тим што оно овде нарочито зависи од психофизичких могућности пословно неспособног лица, с једне, и врсте ствари у питању, с друге стране.“¹²¹ Чини се да управо овај критеријум крије одговор на питање које се поставља у нашој правној књижевности: да ли и беба може да изврши дереликцију играчке и да ли родитељ мора да поштује такву њену вољу?¹²²

б) *Значај правне радње*. Ако је радња одрицања багателна (свакодневна), за конкретног малолетника, дереликција ће бити ваљана. Притом и овде суд мора узети у обзир оне критеријуме по којим се равна и код оцене да ли је неки правни посао мањег значаја: вредност предмета којег се дереликција тиче¹²³ али и социоекономске услове одрастања малолетника.

Сматрамо да малолетник може самостално предузети радњу дереликције само ако су кумулативно испуњени следећи услови: да има природну вољу тако да може самостално вршити апрехензионе радње на ствари која је објекат дереликције и да је радња дереликције мањег значаја. Ако су ови услови испуњени суд ће нарочито узети у обзир и друге критеријуме.

121 Обрен Станковић, у Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 39.

122 С. Панов, 411.

123 Тако се, према проф. Д. Ђурђевићу, малолетник може самостално одрећи права својине, ако се ради о ствари мале вредности (на пример, потрошена амбалажа воћног сока). Д. Ђурђевић, 88.

в) *Ризик одлагања*. Ако је радња дереликције таква да би њено одлагање за малолетника значило пропуштање очигледне користи. На пример, у ситуацији када кум на свадби дели новац деци окупљеној испред цркве, па једно дете чије су руке пуне гвоздењака уочи да је поред домаћег на улици и страни новац, те брже боље одбаци сакупљено како би се укључио у трку за девизама, такво одрицање од права својине је пуноважно. У супротном малолетник би пропустио очигледну корист.

г) *Опасност наступања штете*. Ако малолетник радњом дереликције отклања опасност наступања знатне штете. На пример, малолетнику, на путу до школе, у игри испадне телефон. Случајни пролазник иначе инжињер по струци, уочи да је батерија сасвим оштећена и да би је требало бацити. Ако малолетник послуша овај савет и баци батерију у посебно означени контејнер за рециклажу те врсте опасног отпада,¹²⁴ дереликција је правно ваљана јер малолетник на овај начин спречава наступање знатне штете по себе и околину.

3.3. Други статуси и стања од утицаја на пословну способност

Као што смо већ истакли животна доб и душевно здравље битно утичу на пословну способност. Остали фактори који су кроз историју утицали на пословну способност, опстали су у савременом приватном праву, али без пресудног значаја.

3.3.1. Друштвени позив и сталеж

Некадашње значење овог израза по коме је сталеж ознака која дели људе тако да неким даје привилегије, а другим ускраћује могућност уживања јавних и приватних права данас је напуштено. У старијој правној књижевности издвајали су се: „трговачки, занатлијски земљораднички, војнички, чиновнички итд. сталеж или ред грађана.“¹²⁵ На први поглед се чини да је било каква сталешка подела у праву данас сасвим превазиђена. Међутим, подробнија анализа показује да и позитивно право познаје одређена правила која су остатак сталешке поделе. У савременом праву, сталеж по роду не повлачи приватноправне последице. Међутим, припадност неког лица

¹²⁴ Истрошена батерија јесте батерија која се не може поново користити и представља отпад, а намењена је третману односно рециклажи; чл. 4, ст. 1, тачка 7 Правилник о начину и поступку управљања истрошеним батеријама и акумулаторима, *Сл. гласник РС*, бр. 86/2010.

¹²⁵ Данас се под стележом разуме друштвени позив који неко лице врши у социјално-економском животу свога народа или професија (занимање) његово. А. Ђорђевић, 305.

одређеном занимању (звању) често доводи до примене посебних приватноправних правила.¹²⁶ Може се закључити да су таква правила опстала у свим оним случајевима када су по оцени законодавца правнополитички циљеви то изискивали.

3.3.1.1. Трговачко-занатлијски „сталеж“

Оснивачи трговачких и занатских радњи данас се називају предузетницима. Сходно закону, предузетник може да обавља све делатности које нису законом забрањене за које испуњава прописане услове, укључујући и старе и уметничке занате и послове домаће радиности.¹²⁷ Лица која обављају слободну професију такође, по правилу, улазе у категорију предузетника.¹²⁸

Поред тога, занимање одређеног лица у савременом приватном праву има утицаја на правила о извршавању обавеза. Према општем правилу, страна у облигационом односу је дужна да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина). Међутим, за лица која у облигационом односу извршавају обавезу из своје професије стандард пажње је повећан. Тако да је ово лице дужно да обавезе из своје професионалне делатности, извршава према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака).¹²⁹

3.3.1.2. Правнички „сталеж“

У контексту уступања права о коме тече парница истиче се да је оно начелно допуштено, с тим да се поред забране уступања потраживања оним који одлучују о спорном праву забрањује и уступање оним лицима који би повериоцу требало да буду од помоћи код остварења његовог права: адвокатима и заступницима.¹³⁰

Правном заступнику је и према СГЗ било забрањено да са клијентом закључује уговор којим би поверену парницу прекупио.¹³¹ У нашем позитивном праву је такође ништав *pactum de quota litis* „уговор којим би адвокат или који други налогопримац купио спорно

126 Тако о разлици између сталежа по роду (следи из порода) и сталежа по занимању (звању). I. Ćerović, 55.

127 Чл. 88, ст. 2 Закон о привредним друштвима.

128 Физичко лице уписано у посебан регистар, које обавља делатност слободне професије, уређену посебним прописом, сматра се предузетником у смислу овог закона ако је тим прописом то одређено. Вид.: чл. 83, ст. 2 Закон о привредним друштвима.

129 Чл. 18, ст 2. ЗОО.

130 Вид: 1261 ИГЗ.

131 § 539, тач. 3 СГЗ.

право чије му је остваривање поверено, или уговори за себе учешће у подели износа досуђеног његовом налогодавцу.¹³² Међутим, тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, дозвољава да адвокат и странка поред награде чија је висина одређена овом тарифом могу писмено уговорити и паушану награду или награду у процентуалном износу. У грађанским управним стварима и вансудским поступцима у писменом споразуму о додатној награди ће се одредити предмет и вредност спора, као и проценат уговорене награде и услови примене споразума, с тим да висина ове награде може износити највише до 30% од ове вредности.¹³³ Иако адвокат не купује спорно право, већ само уговора награду у процентуалном износу од вредности спора, чини се да ова одредба заобилази ЗОО. Нажалост, у нама доступној судској пракси нисмо пронашли одлуку која говори како је суд разрешио спор у коме се странка позива на ништавост уговора тврдећи да је уговорена процентуална награда за адвоката у ствари удео у спорном праву чије му је остваривање поверено.¹³⁴ У овом контексту је важно истаћи да Закон о извршењу и обезбеђењу прописује забрану по којој у поступку принудног извршења купац не може бити, ни на основу јавног надметања, нити на основу непосредне погодбе, судија, судски извршитељ, извршитељ, заменик извршитеља, као и лица која су учествовала у процени.¹³⁵ Ово из разлога што је то неспојиво са њиховом функцијом и послом који обављају.¹³⁶

132 Чл. 461 ЗОО. Тако и 512, ст. 2 НСГЗ. Идентична норма у погледу забране уступања је и поред генералне допуштености продаје спорног права задржана и у хрватском праву. Вид. чл. 383(2) Закон о обвезним односима, *НН* 35/05, 41/08 и словеначком праву вид: чл. 441(2) СлОЗ. Ову забрану прописује и § 879(2) АГЗ.

133 Чл. 3. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, *Сл. лист СРЈ*, бр. 54/98, 75/99, 8/2001 и 11/2002, *Сл. лист СЦГ*, бр. 32/2003, 58/2004 и 5/2006 и *Сл. гласник РС*, бр. 129/2007).

134 „...Иако је супротно правилима адвокатске етике да адвокат уместо награде уговори потпуно или делимично преузимање спорног права, чије му је заступање поверено односно уговара и прима као своју награду део новчаног износа или друге вредности, који би, по одлуци суда, другог органа или организације, у предмету у коме заступа, требало да припадну његовом клијенту, или за које је захтев супротне странке одбијен.“ Чл. 109, ст. 1 Кодекс адвокатске етике. Адвокатска комора Србије. Чини се да се у пракси таква ограничења лако изигравају уступањем спорне тражбине привредном друштву, иза кога стоји адвокат ангажован на случају.

135 Чл. 127 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон.

136 Опширније Јасмина Стаменковић, Ивана Павловић, Мирјана Димитријевић, *Приручник за практичну примену Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012, 136.

3.3.1.3. Функционери

Функционер не сме да прими поклон¹³⁷ у вези с вршењем јавне функције, изузев протоколарног¹³⁸ или пригодног поклона, али ни тада ако је у новцу и хартијама од вредности.¹³⁹

3.3.1.4. Медицински „сталеж“

Закон о наслеђивању као посебан случај ништавости прописује да је ништав уговор у коме је давалац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства.¹⁴⁰ Ова норма је исправно примењена у нашој судској пракси. Ако се тужени у оквиру свог занимања лекара није старао о примаоцу издржавања, нису испуњени законски услови за утврђење ништавости закљученог уговора без обзира на чињеницу да је давалац издржавања лекар. У конкретном случају, „он је био сестрић примаоца издржавања који је са њим имао изузетно топле родбинске и пријатељске односе, па је суд резонувао да је закључени уговор о доживотном издржавању резултат поверења покојног примаоца издржавања према туженом и жеље да се он о њему стара до краја живота... Према томе, уговор није закључен злоупотребом лекарске функције, него је закључен од стране туженог као физичког лица.“¹⁴¹

3.3.1.5. Војнички „сталеж“

Припадност војсци у савременом праву не утиче на пословну способност. Остатак посебног приступа војничком позиву постоји и даље у приватном праву код оних правила која се тичу застоја заста-

137 „Поклон“ је новац, ствар, право и услуга извршена без одговарајуће накнаде и свака друга корист која је дата функционеру или повезаном лицу у вези с вршењем јавне функције. Вид: чл. 2, ст. 1, тачка 7 Закон о агенцији за борбу против корупције, *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008, 53/2010 и 66/2011 – одлука УС.

138 „Протоколарни поклон“ је поклон који функционер прими од стране државе, њеног органа или организације, међународне организације или страног правног лица, који је примљен приликом службене посете или у другим сличним приликама. Чл. 2, ст. 1, тачка 8 Закон о агенцији за борбу против корупције.

139 Чл. 39, ст. 1 Закон о агенцији за борбу против корупције.

140 Чл. 196 ЗОН.

141 „Тужени је уговор закључио као физичко лице, а чињеница да је он по занимању лекар не може представљати отежавајућу околност у пружању потребне неге, бриге и здравствене помоћи примаоцу издржавања. Давалац издржавања био би обавезан да ово чини и у ситуацији да није по занимању лекар.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1851/2003 и Гзз. 137/2003 од 9.10.2003. године, *Paragraf Lex*.

релости. Застаревање не тече за време мобилизације, у случају непосредне ратне опасности или рата у погледу потраживања лица на војној дужности.¹⁴² Када је реч о лицу на одслужењу војног рока или на војној вежби приступ је нешто другачији. Застарелост према овом лицу тече, али не може наступити, док не протекну три месеца од одслужења војног рока или престанка војне вежбе.¹⁴³ Ова правила се аналогно примењују и код застоја, односно ненаступања одржаја.¹⁴⁴

3.3.1.6. Земљорадници

У погледу земљорадничког позива савремено српско право као посебну правну категорију издваја породично пољопривредно газдинство.¹⁴⁵ Упис у Регистар пољопривредних газдинстава даје физичком лицу право учешћа у јавном надметању за давање у закуп пољопривредног земљишта у државној својини.¹⁴⁶

3.3.2. Кривична осуда

Осуда за кривично дело, по правилу, не повлачи приватноправне последице. Међутим, испитујући достојност за наслеђивање, суд ће по службеној дужности водити рачуна о постојању кривичног дела. Ово

142 Чл. 382, ст. 1, тачка 1 ЗОО.

143 Чл. 386 ЗОО.

144 Чл. 30, ст. 3 Закон о основама својинскоправних односа, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон.

145 Породично пољопривредно газдинство јесте свака породична или друга заједница лица која заједно станују и заједнички троше своје приходе за подмиривање основних животних потреба (укључујући и самачко домаћинство), чији се чланови (један или више) баве пољопривредном производњом било као примарном било као секундарном активношћу, која има јединствено управљање, заједнички користи средства за производњу (земљиште, машине, објекте) и рад својих чланова, без обзира на то да ли они производе само за своје потребе (некомерцијално пољопривредно газдинство) или за своје потребе и продају (комерцијално пољопривредно газдинство). Вид: чл. 3. ст. 1 тачка 3 Закон о попису пољопривреде 2012. године, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009 и 24/2011.

146 Право учешћа у јавном надметању за давање у закуп пољопривредног земљишта у државној својини у првом кругу има физичко лице које је уписано у Регистар пољопривредних газдинстава, са пребивалиштем у катастарској општини на којој се налази земљиште које је предмет закупа и има својство осигураника пољопривредника код Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, односно правно лице које је уписано у Регистар пољопривредних газдинстава, које је власник земљишта у катастарској општини у којој се налази земљиште које је предмет закупа и има седиште на територији јединице локалне самоуправе којој припада та катастарска општина. Чл. 64б Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008 – др. закон и 41/2009.

из разлога што не може наследити на основу закона или завештања, нити стећи какву корист из завештања: онај ко је умишљајно усмртио оставиоца, или је то покушао; онај ко је принудом, претњом или преваром навео оставиоца да сачини или опозове завештање или неку његову одредбу, или га је у томе спречио; онај ко је у намери спречавања оставиоцеве последње воље уништио или сакрио његово завештање, или га је фалсификовао.¹⁴⁷ Додатно, завешталац може потпуно или делимично искључити из наслеђа нужног наследника који се повредом неке законске или моралне обавезе теже огрешио о њега ако је умишљајно учинио кривично дело према завештаоцу, његовом детету, усвојенику, брачном другу или родитељу.¹⁴⁸

Кривична осуда може ограничити способност осуђеног да обавља неку професију. На пример, као један од услова за упис у именик адвоката се наводи неосуђиваност за кривично дело које би кандидата чинило недостојним поверења за бављење адвокатуром.¹⁴⁹ Слично је код јавних бележника, где постоји правило да за јавног бележника може бити именовано лице достојно јавног поверења за обављање послова јавног бележничтва,¹⁵⁰ Притом се сматра да није достојно јавног поверења лице које је било осуђено за кривично дело против правног саобраћаја, против службене дужности, као и за друго кривично дело за које је запређена казна од пет година затвора или тежа казна, које га чини недостојним за обављање јавнобележничке делатности све док казна не буде брисана по закону.¹⁵¹

3.3.3. Расипништво

У савременом праву стање физичког лица као што је расипништво (распикућство),¹⁵² по правилу, не утиче на пословну способност. Међутим, ако код одређеног лица нема способности за нормално расуђивање, тако да ово лице није у стању да се само брине о својим правима и интересима, овом лицу пословна способност може бити одузета или ограничена. Поред тога, завешталац може потпуно или делимично искључити из наслеђа нужног наследника који се повредом неке законске или моралне обавезе теже огрешио о њега (на пример, ако се одао нераду и непоштенном животу).¹⁵³

147 Вид: чл. 4, ст. 1 тач. 1, 2, 3 ЗОН.

148 Чл. 61 ЗОН.

149 Чл. 6, ст. 1, тач. 6 Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011.

150 Чл. 25, ст. 1. тач. 6 Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011.

151 Чл. 26, ст. 1, тачка 1 Закон о јавном бележничтву. Исто важи и за лице против кога је ступила на правну снагу оптужница или оптужни предлог за кривично дело. Вид.: чл. 26, ст. 1 тачка 2 Закон о јавном бележничтву.

152 Тако Л. Марковић, 131.

153 Чл. 61 ЗОН.

4. ЗАКЉУЧАК

Ако се на тренутак упореде правна и пословна способност може се закључити да је правна способност природна – од правног поретка гарантована сваком човеку¹⁵⁴ и свевремена јер траје колико и њен носилац. До ове способности физичко лице долази *ex lege* без било какве додатне фактичке или правна радње. С друге стране, пословна способност је директна последица узраста и обдарености разумом, стога се не добија напречац, већ се стиче постепено.

Код правне способности тренутак рођења је правно релевантна чињеница у већини случајева, па се питање градације у њеном стицању углавном и не поставља. Супротно овоме, код правнопословне разборитости нема прескакања, физичко лице не може постати потпуно пословно способно, а да претходно његова способност није била ограничена.

Код правне способности нема назад. Сечену правну способност жив човек не може да изгуби. С друге стране, једном сечена пословна способност није загарантована. Суд може утврдити да неко лице више није пословно способно или да је ова способност у међувремену постала само делимична.

Законодавац у погледу пословне зрелости одступа од фикције да су сви људи једнаки. Управо супротно, усвојена правила у овој сфери воде рачуна о природној неједнакости. Одвајају се душевно здрави од болесних, пунолетни од малолетних. Међутим, неједнакост у погледу пословне способности коју правни поредак прокламује не значи дискриминацију по основу животне доби или душевног здравља. Правно-политични циљ такве норме је управо у заштити оних који су неспособни да се самостално старају о својим правима и интересима. Правни поредак, пре свега, штити лица која су недовољно правно зрела од њих самих и оних уговорника који би да злоупотребе њихово неискуство. У другом плану је чување интереса трећих савесних лица и сигурност правног промета.

У упоредном праву је широко прихваћено правило да се располагање не може у једнакој мери допустити свим физичким лицима. Тако је воља малолетника правнорелевантна само за одређене сегменте располагања. Према могућности малолетника да у складу са начелом приватне аутономије, искаже своју правнопословну слободу, сви послови малолетника се деле на:

а) недоступне правне послове, то су они послови које у име и за рачун млађег малолетника (лица до 14 године) искључиво предузимају његови законски заступници,

154 Правна способност зачетка је условна, оно постаје носилац права само ако се живо роди.

б) надгледане правне послове (послове које старији малолетник (лице од 14–18 година) може предузети уз претходну или накнадну сагласност законског заступника, односно органа старатељства),

в) самосталне правне послове (послове које малолетник може закључити без било чијег правног надзора).

Ако се узме у обзир правило да се лице лишено пословне способности, у том погледу, изједначава са млађим или старијим малолетником постаје јасно да српско позитивно право не познаје категорију лица која су апсолутно пословно неспособна. Сва лица могу самостално закључити послове малог значаја, послове из којих стичу само права и послове из којих не стичу ни права ни обавезе. За ове послове је довољна минимална способност за расуђивање, *пословна способност утемељена на природној вољи*.

Човек се не рађа пословно мудар, отуда је важно да се прометно осамостаљивање одвија постепено. Способност правнопословног обвезивања расте са сазревањем детета. На овај начин се дете полако навикава на права, али и на одговорност која произилази из његовог равноправног учешћа у правном промету.

Пуна правнопословна зрелост наступа пунолетством. Сходно закону, овде постоји правна уравниловка. Норме које уређују питање правнопословне зрелости физичких лица су императивне. Не може се дакле доказивати да је посао млађег малолетника предузет изван граница његове пословне способности ипак пуноважан, зато што је конкретни малолетник дете надпросечне интелигенције способно да разлучи, добро од лошег, корисно од штетног. Објективно право узима да без одговарајућег животног искуства које долази тек са одређеним годинама нема довољне пословне разборитости. С друге стране, необорива правна претпоставка да лица до седме године нису у стању да појме значај и последице штетних радњи штити ова лица од деликтне одговорности. Правни поредак дакле доводи у равнотежу норме о правнопословном осамостаљивању физичких лица са правилима о постепеном стицању деликтне способности. На овај начин, омогућен је несметан развој малолетника и њихово постепено укључивање у правни промет. Објективно право овде изједначава вршњаке по узрасту и менталном здрављу. Пред законом су једнаки људи исте способности да схвате значај својих радњи допуштених (правних послова) и недопуштених (деликата).

Nenad TEŠIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

CONTRACTUAL CAPACITY OF NATURAL PERSONS

Summary

The author, in this paper, based on the possibility of infants to express their autonomy of will (private autonomy), divides all minors' legal transactions into three groups:

a) unavailable legal transactions, that legal representatives exclusively undertake in the name and for the account of younger minors (persons under 14),

b) supervised legal transactions (that older minors (persons between 14–18) may enter with prior or subsequent consent of legal representatives. Additionally, alienation of older minors' real estate as well as disposition with their valuable movable property requires approval of guardianship authority,

c) independent legal transactions, that minors are able to stipulate without being legally supervised. This category includes: i) legal transactions of low importance, ii) legal transactions from which minors acquire only rights, and iii) legal transactions from which minors acquire neither rights nor obligations. However, minors 15 years of age may enter into an employment contract, freely dispose with their earnings and alienate the property acquired by their own work.

The author claims that Serbian positive law does not recognize the category of natural persons who are absolutely incapable for legal transactions. According to this opinion, there are no such natural persons, including younger minors, and those who are deemed mentally incapacitated, that are not able to create binding agreements previously described as independent legal transactions. For these legal operations, minimal capacity of reasoning is deemed sufficient, i.e. contractual capacity based on natural will.

Key words: *legal capacity, contractual capacity, natural persons, minors.*