

O ZASTUPANJU U PRIVATNOM PRAVU

Sažetak

Ugovor o nalogu (*mandatum*) nastao je u rimskom pravu. Na temelju tog ugovora uređeno je posredno zastupanje. Prve moderne građanske kodifikacije priznaju neposredno zastupanje na osnovu punomoćja, ali ga vezuju za ugovor o nalogu. Samostalna ustanova punomoćja nastaje u nemačkom pravu u drugoj polovini XIX veka pri čemu je najveću zaslugu u osamostaljivanju punomoćja od mandata imalo učenje Paula Labanda.

U slučaju neposrednog zastupanja pravna dejstva preduzetih pravnih radnji neposredno nastupaju za zastupanog. S obzirom na to da prilikom preduzimanja pravne radnje zastupnik izjavljuje volju, postavlja se pitanje da li izjavljenu volju treba shvatiti kao volju zastupnika ili volju zastupanog. Savremena literatura je u neposrednom zastupanju pre sklona da vidi zamenu volje zastupanog voljom zastupnika. Takvo shvatanje prirode zastupanja u privatnom pravu ima zanimljivo poreklo koje seže u XIII vek.

Ključne reči: rimsko pravo, prvi moderni građanski zakonici, ugovor o nalogu, punomoćje, zastupanje.

1. Uvod

U starom rimskom pravu poslovi su se preduzimali lično. Verovalo se da se zainteresovana strana, preuzimajući obavezu, obavezivala bogovima da će ona biti ispunjena. S tim u vezi je i zabrana starog rimskog prava *alteri stipulari nemo potest* (Zimmermann, 1996, p. 35). U uslovima nerazvijene privrede poštovanje te zabrane bilo je moguće. Međutim, razvojem robno-novčane privrede paterfamilijas nije bio u stanju da sve neophodne i(li) potrebne poslove lično sklapa. Otuda se pojavila neophodnost preduzimanja poslova posredstvom drugog. Iako se vremenom javljaju mnogi slučajevi u kojima paterfamilijas obavlja posao posredstvom drugog (sina *alieni iuris*, roba ili slobodnog lica van porodice), rimsko pravo nije

* Doktor pravnih nauka, vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, e-mail: valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs

** Doktor pravnih nauka, vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, e-mail: pfc@ius.bg.ac.rs

formulisalo načelo neposrednog zastupanja (Cvetković Đorđević, 2020, pp. 129 i dalje). Štaviše, posredno zastupanje po kome zastupnik dela u svoje ime a za račun zastupanog u rimskom pravu je bilo pravilo. Kada je reč o licima pod vlašću paterfamilijasa, njihovo preuzimanje obaveza za račun paterfamilijasa sankcionisano je pretorskim tužbama (*actiones adiecticae qualitatis*). Međutim, pravni poslovi koje bi zaključili sinovi *alieni iuris* i robovi, prvenstveno bi obavezivali njih, dok je paterfamilijas bio vrsta jemca (Šarac, 2011, p. 51). S druge strane, na temelju ugovora o nalogu (*mandatum*) paterfamilijas je angažovao drugo slobodno lice koje se ne nalazi pod njegovom vlašću da izvrši određeni posao. Upravo je taj ugovor bio ključan za opunomoćavanje, koje, počev od XIX veka, predstavlja samostalan pravni posao.

2. O ugovoru o nalogu u rimskom pravu

Rimski ugovor o nalogu predstavlja sporazum na osnovu koga se jedna strana nalogoprimac (mandatar) obavezuje drugoj strani – nalogodavcu (mandantu) da će besplatno obaviti posao koji joj je druga strana naložila.

O rimskom ugovoru o nalogu govori Gaj u *Institucijama* (3.155):

Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.

Mandat se zaključuje bilo radi izvršenja nekog našeg posla ili tuđeg. Tako će nastati obaveza iz mandata ako ugovorimo da obaviš neki moj posao ili posao nekog trećeg lica i otuda ćemo biti jedan drugom obavezni na ono što ja tebi ili ti meni prema načelu savesnosti treba da dugujemo (prevod Stanojević, 1982, p. 221).

Iz fragmenta se zaključuje da je predmet mandata obavljanje određenog tuđeg posla. Mandatar pristupa obavljanju tuđeg posla po nalogu mandanta. Takođe, mandatum je ugovor *bonae fidei*, te sudija prilikom raspravljanja odnosa nalogodavca (mandanta) i nalogoprimca (mandatara) vodi računa o savesnosti i poštenju stranaka prilikom sklapanja i izvršenja ugovora.

Mandant mora dati nalog za obavljanje posla u svom ili tuđem interesu, ali nikako u isključivom interesu nalogoprimca. Ako jedno lice naloži drugom licu da obavi posao koji je u interesu tog drugog lica, nema ugovora o nalogu. O tome svedoči Gaj u *Institucijama* (3.156):

Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes; itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis iam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. item si hortatus sim, ut rem aliquam emereres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. sed sequimur Sabini opinionem contra sententiam, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Ali, ako ti naložim da izvršiš nešto u svoju korist, ništav je mandat, jer ono što treba da uradiš u svom interesu, dužan si da uradiš ne prema mom nalogu, već prema svom nahođenju. Tako, ako te nagovorim da novac, koji neupotrebljen držiš u kući, daš na zajam sa kamatom i ti pozajmiš nekome od koga kasnije ne možeš povratiti, ipak nećeš imati pravo da me tužiš na osnovu mandata. Takođe, neću biti odgovoran na osnovu ugovora o mandatu ako te nagovorim da kupiš stvar, a kupovina te stvari ti ne koristi. Ovo pravilo se u toj meri primenjuje da se postavlja pitanje da li je iz mandata obavezan onaj koji ti je naložio da daš zajam sa kamatom Ticiju. Servije je smatrao da ovde ne postoji obaveza, kao i uopšte kada neko da nalog drugom da svoj novac pozajmi. Mi se držimo suprotnog mišljenja Sabina, budući da ti ne bi dao Ticiju zajam da nije bilo ovog naloga. (prevod Stanojević, 1982, p. 221).

Gaj u drugom delu „Res cottidianae” takođe govori o tome u čijem interesu može biti dat nalog da bi postojao punovažan ugovor o nalogu:

D.17.1.2.pr Gaius secundo rerum cottidianarum sive aureorum: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. Quod si tua tantum gratia tibi mandem. Supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

Tako, nalog može biti dat: u isključivom interesu nalogodavca, u isključivom interesu trećeg lica, u zajedničkom interesu nalogodavca i trećeg lica, u zajedničkom interesu nalogoprimca i nalogodavca ili u zajedničkom interesu nalogoprimca i trećeg lica.

Predmet naloga po pravilu je intelektualni posao (Milošević 2019, p. 377). Iako nije postojalo nikakvo pravno ograničenje da se ugovor o nalogu koristi za izvršavanje faktičkih radnji, u praksi to nije bio slučaj.¹ Uglavnom se radilo o

¹ Predmet ugovora o nalogu uglavnom je podrazumevao intelektualno angažovanje, te se

uslugama kao što je pravnička ili lekarska pomoć, pomaganje retoričkim sposobnostima na sudu i sl.

Kao i ostali konsenzualni ugovori, mandat se može sklopiti bez ikakve forme. Za nastanak mandatum dovoljno je da se na bilo koji način postigne saglasnost volja stranaka o predmetu naloga:

D.17.1.1.pr Paulus libro 32 ad edictum: *Obligatio mandati consensu contra-hentium consistit.*

Paul takođe daje primere reči koje mogu biti izgovorene da bi mandat nastao kao što su *volo*, *rogo* i *mando*:

D.17.1.1.2. Paulus libro 32 ad edictum: *Item sive rogo sive volo sive mando sive alio quocumque verbo scripserit, mandate action est.*

Iz tog fragmenta proizlazi da je mandat mogao biti sklopljen i upotrebom drugih reči u usmenom ili pisanom obliku.

Svaki konsenzualni kontrakt mogao je biti sklopljen i konkludentnim radnjama. Tako Modestin, govoreći uopšteno o konsenzualnim ugovorima, kaže da je i klimanje glavom dovoljno (D.44.7.52.10). Ovo mišljenje je prihvaćeno u savremenoj romanističkoj teoriji (Watson, 1961, p. 61).

Ugovor o nalogu uvek je besplatan. Javolen je prvi formalno proklamovao besplatnost naloga (Watson, 1961, p. 104). U fragmentu D.17.1.36.1. on govori o mandataru koji se obavezao da će za nalogodavca kupiti zemljište koje se nalazi u susvojini. Slučaj je zanimljiv stoga što je jedan od suvlasnika upravo mandatar. Nalogodavac je, sklapajući ugovor o nalogu, odredio cenu koju je spreman da plati za dato zemljište. Nalogoprimac je, izvršavajući nalog, uspeo da dogovori cenu koja je bila niža od one koju je bio spreman da plati nalogodavac (jer su ostali suvlasnici hteli da svoje udele prodaju po nižoj ceni). Postavlja se pitanje da li mandatar ima pravo da ostvari korist tako što bi višak od postignute cene uračunao u svoj deo. Javolen odgovara negativno stoga što bi mandatar stekao korist na temelju mandatum i time prekršio osnovno načelo ugovora o nalogu, a to je da je on besplatan.² Iz toga proizlazi da je mandataru zabranjeno da stiče ne samo

sklapao među pripadnicima više klase. Obavljanje nekvalifikovanog rada bio je predmet drugih ugovora poput ugovora o najmu radne snage (kada je reč o slobodnim licima) ili ugovora o kupu ili posluži (kada je reč o tuđim robovima).

² D.17.1.36.1. **Iavolenus libro septimo ex Cassio:** *Simili modo et in illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi et aliarum partium nomine commode negotium gessisti et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestatur, quanti interest tua, dummodo intra id pretium, quod mandato continetur. Quid enim fiet, si exiguo pretio hi, cum quibus tibi communis fundus erat, rem abicere vel necessitate rei familiaris vel alia causa cogentur? Non etiam tu ad idem dispendium*

honorar i novčanu nadoknadu za rad već i bilo kakvu drugu korist od izvršenja mandata (Šarac, 2011, p. 54).

Rimljani su nalazili razne načine da zaobiđu pravilo po kome je ugovor o nalogu besplatan. Besplatnost mandata proizlazi iz ondašnjih društvenih odnosa i uvreženog mišljenja rimskih građana. Rimljani su smatrali da „zarađivanje sopstvenim radom ponižava slobodnog čoveka” (Milošević, 2019, p. 278). Za izvršene usluge nijedan patricij koji drži do sebe ne bi ugovorio naknadu. To se prenelo i na polje ugovora o mandatumu, stoga naknada za izvršeni posao nije mogla biti ugovorena. Rimljani su besplatnost mandatuma u periodu principata zaobilazili tako što su ugovarali stipulacije, verbalne kontrakte civilnog prava.³ Formalno, mandat je ostajao besplatan, ali se dodatnom stipulacijom zapravo ugovarala naknada za rad nalogoprimca.⁴ Isto tako, postojao je običaj da se, nakon što je posao završen, isplati određena nagrada – *honorarium* (Milošević, 2019, p. 378), čime je opet postizan efekat kao da je isplaćena naknada. Pojavom ekstraordinarnog postupka⁵ nastaje mogućnost da nalogoprimac utuži honorar od nalogodavca, ali ne tužbom iz mandatuma (Milošević, 2019, p. 378).

Nalogoprimac može imati interes za obavljanje posla. Međutim, nije dozvoljeno da se nalog obavlja isključivo u interesu nalogoprimca. Primera radi, dozvoljeno je da nalogoprimac kupi mlin na kome će on i nalogodavac imati susvojину. Ako se posao preduzima isključivo u interesu nalogoprimca, radi se o prostom davanju saveta (Malenica & Cvetković Đorđević, 2018, p. 217; Eisner & Horvat, 1948, p. 436).⁶

Ugovor o nalogu je strogo ličan (*intuitu personae*), što znači da nalogoprimac ne može preneti izvršenje posla drugim licima (Milošević, 2019, p. 378). Razlog za to takođe treba tražiti u poreklu ugovora o nalogu. Naime, taj ugovor sklapa se između prijatelja između kojih, po definiciji, vlada poverenje i bliskost. Ako bi nalogoprimac prepustio izvršenje posla trećem licu, to bi značilo izdaju poverenja nalogodavca.

deducaris. Sed nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet: neque enim tibi concedendum est propter hoc venditionem impedire, quod animosiores eius rei emptorem esse quam tibi mandatum est cognoveris.

³ Za detaljniji opis stipulacije vid. Kaser (1972, pp. 160–162).

⁴ Milošević (2019, p. 378) ima suprotno mišljenje da stipulacije u ovom slučaju nisu mogle biti ugovarane.

⁵ Ekstraordinarni postupak nastaje u principatu kao vanredni postupak u odnosu na formularni postupak. Ukidanjem formularnog postupka u IV veku ekstraordinarni postupak postaje redovni postupak u građanskim sporovima (vid. Milošević, 2019, pp. 201–210).

⁶ Čak je i zlonamerno davanje saveta vodilo odgovornosti savetodavca putem *actio doli* (vid. D.50.17.47).

3. Odnos naloga i punomoćja u prvim modernim građanskim kodifikacijama

Prve moderne građanske kodifikacije (Pruski građanski zakonik, Francuski građanski zakonik i Austrijski građanski zakonik) propisuju neposredno voljno zastupanje, ali ga uređuju zajedno sa mandatom. U tim kodifikacijama se ne pravi razlika između punomoćja i mandata, već se oni koriste kao sinonimi. Novina u odnosu na rimsko pravo ogledala se u tome što je pravni posao koji je sklopio mandatar neposredno obavezivao mandanta.

Pruski građanski zakonik (*Allgemeines Landrecht Fur Die Preussischen Staaten* – ALR) i Francuski građanski zakonik (*Code Civil* – CC) punomoćje izjednačavaju sa nalogom. Tako u petom paragrafu 13. naslova prvog dela Pruskog građanskog zakonika koji nosi naziv „O sticanju stvari i drugih prava putem trećeg lica” (*Von Erwerbung des Eigentums der Sachen und Rechte durch einen Dritten*) definisano je punomoćje: *Izjava volje kojom jedno lice dodeljuje ovlašćenje drugom licu da za njega i umesto njega preduzme pravni posao naziva se nalog ili punomoćje.*⁷ Prema ALR-u, punomoćje se smatra ugovorom koji sklapaju zastupani i zastupnik.⁸

Kada je reč o Francuskom građanskom zakoniku, u čl. 1984 stoji: *Mandat ili punomoćje je akt kojim jedno lice daje drugom moć da nešto učini za račun i u ime vlastodavca (st. 1), Ugovor nastaje tek kada punomoćnik prihvati ovlašćenje (st. 2).*⁹

Nešto mlađi Austrijski građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB) zastupanje propisuje u okviru 22. glave koja nosi naziv „O opunomoćavanju i drugim vrstama posloводства”. Prema čl. 1002 ABGB-a: *Ugovor o opunomoćavanju zove se onaj ugovor, kojim se ko prima naloženog mu posla da ga u ime drugoga svrši.*¹⁰

Iz navedenih odredaba prvih modernih građanskih kodifikacija (ALR, CC i ABGB) proizlazi da se terminološki ne pravi razlika između punomoćja i naloga. Dok ALR i CC te termine upotrebljavaju kao sinonime, ABGB punomoćje i

⁷ *Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt.*

⁸ § 6 I 13 ALR: *Wird der Auftrag angenommen, so ist unter beyden Theilen ein Vertrag vorhanden – Ukoliko je nalog prihvaćen, smatra se da među stranama postoji ugovor.*

⁹ (1) *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en se nom.* (2) *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.*

¹⁰ *Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Nahmen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag.*

nalog spaja u jedan pojam *Bevollmächtigungsvertrag* – ugovor o opunomoćavanju. Svima njima je zajedničko to što se punomoćje daje u okviru ugovora o nalogu te je njegov nastanak i prestanak uslovljen trajanjem ugovora o nalogu (Cvetković Đorđević, 2019, p. 213).

U Srpskom građanskom zakoniku (SGZ) iz 1844. godine voljno zastupanje uređeno je u čl. 609–627, pri čemu SGZ ne propisuje posebno ugovor o nalogu. Prema čl. 609 punomoćje nastaje na osnovu *ugovora punomoćstva kojim ko vlast dobija, u ime drugoga i za drugoga što činiti punovažno*. U čl. 610 definišu se ugovorne strane iz ugovora punomoćstva: *onaj, koji vlast daje, zove se vlastodavac, onaj pak, kome se vlast daje, zove se punomoćnik. Vlast ta napismeno stavljena zove se punomoćije*. Iz čl. 620 zaključuje se da je reč o neposrednom zastupanju: *što punomoćnik u ime svoga vlastodavca sa trećim svršiti ili ugovori po smislu svoga punomoćija, ono je stalno, i veže i vlastodavca i trećega*.

4. Labandov doprinos – razdvajanje punomoćja od ugovora o nalogu

Opunomoćavanje kao samostalan pravni posao nastaje zaslugom nemačke pravne nauke u drugoj polovini XIX veka (Cvetković Đorđević, 219. p. 214). Paul Laband je bio prvi autor koji se izričito zalagao za to da punomoćje nastaje na temelju posebnog pravnog posla koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla (najčešće mandata) koji proizvodi dejstva između vlastodavca i punomoćnika. On je prvi zastupao tezu o pravnoj nezavisnosti punomoćja od mandata (*das Trennungsprincip*). Pre Labanda odnos punomoćja i osnovnog pravnog posla nije bio predmet naučnog interesovanja, već su se punomoćje (*die Vollmacht*) i mandat (*das Mandat*) smatrali sinonimima, odnosno dvema stranama istog pravnog odnosa. Razdvajanje mandata i punomoćja usledilo je nakon što je neposredno zastupanje postalo pravilo (Cvetković Đorđević, 2019, p. 214).

Svoju tezu o opunomoćavanju kao samostalnom pravnom poslu Laband razvija na temelju Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs* – ADHGB) iz 1861. godine. Istorija njegovog donošenja od značaja je za osamostaljivanja punomoćja od osnovnog pravnog posla sklopljenog između vlastodavca i punomoćnika. Podsticaj za osamostaljivanje poslovnog punomoćja (prokure) od osnovnog pravnog posla zaključenog između vlastodavca (principala) i prokuriste potekao je od predstavnika trgovačkih gradova na severu Nemačke (Doerner, 2018, p. 45). Oni su zahtevali nesmetan razvoj trgovine koji je nezamisliv bez zaštite trećih lica koja sklapaju posao s prokuristom. Zahtevi predstavnika trgovačkih gradova za ustanovljenje poslovnog punomoćja čija je sadržina zakonski utvrđena i koju vlastodavac ne može da suzi sa uspehom

su inkorporisani u Opštem nemačkom trgovačkom zakoniku iz 1861. godine. Razdvajanje unutrašnjeg odnosa prokuriste i vlastodavca i spoljašnjeg odnosa u kojem učestvuje treće lice imalo je za posledicu izdvajanje prokure u samostalan pravni posao koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla (najčešće mandata ili ugovora o radu). Razdvajanje punomoćja od osnovnog pravnog posla trebalo je da bude ograničeno samo na trgovinske odnose. Doprinosa Labanda ogleđa se u tome što je zastupao stav po kome je svako punomoćje, a ne samo poslovno punomoćje, samostalan pravni posao koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla – mandata (Doerner, 2018, p. 47). Komentarišući odredbe Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. godine o zastupanju prilikom sklapanja pravnih poslova (*Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*) Laband (1866, pp. 183 i dalje) razvija tezu po kojoj su punomoćje i nalog dva odvojena pravna posla koji imaju različite pretpostavke, sadržinu i pravne posledice. Iako polazi od normi Trgovačkog zakonika, Laband zastupa stav po kome navedeno poimanje punomoćja ne treba ograničiti samo na trgovinske odnose, već da svako punomoćje treba razlikovati od osnovnog pravnog posla (najčešće mandata). Takvo razlikovanje pravno je neophodno jer punomoćje može postojati bez naloga, kao što i nalog može postojati bez punomoćja (Doerner, 2018, p. 48). BGB usvaja načelo razdvojenosti punomoćja od osnovnog pravnog posla i propisuje ga u čl. 167, st. 1: *Punomoćje se daje izjavom volje licu koje se ovlašćuje za zastupanje ili trećem licu prema kojem treba vršiti zastupanje.*¹¹ U čl. 168 BGB-a stoji da punomoćje može biti opozvano, pri čemu osnovni pravni posao između vlastodavca i punomoćnika može nastaviti da važi: *Prestanak punomoćja se određuje prema pravnom odnosu za koji je ono dato. Punomoćje je opozivo i kada pravni odnos nastavi da traje, ukoliko iz ovog odnosa ne proizlazi drugačije. Na izjavu o opozivu shodno se primenjuje odredba § 167, st. 1.*¹²

Za razliku od docnijeg rešenja Nemačkog građanskog zakonika, prema kome punomoćje nastaje jednostranim pravnim poslom (čl. 167 BGB), Laband opunomoćavanje poima kao ugovor između vlastodavca i punomoćnika u kojem se izražava saglasnost da će poslovi koje punomoćnik bude sklopio sa trećim licem imati dejstvo kao da ih je sklopio vlastodavac (Doerner, 2018, pp. 51–52). Ukoliko postoji punomoćje, ono predstavlja formalnu legitimaciju punomoćnika da sklapa pravne poslove u ime i za račun vlastodavca. Sklopljen pravni posao

¹¹ Čl. 167, st. 1 BGB: *Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.*

¹² Čl. 168 BGB: *Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung.*

sa trećim licem neposredno obavezuje vlastodavca čak i onda kada je punomoćnik postupio protivno uputstvima koja je dobio od vlastodavca. Odgovornost punomoćnika prema vlastodavcu zbog nepostupanja po uputstvima koja je od njega dobio ne utiče na sklopljen ugovor sa trećim licem.

Labandov stav o punomoćju podstakao je naučno interesovanje o utvrđivanju odnosa pravnog posla kojim se daje punomoćje i osnovnog pravnog posla između vlastodavca i punomoćnika. Naponi da se pojmovno odredi taj odnos doveli su do stvaranja pojma apstraktnosti punomoćja (*die Abstraktheit der Vollmacht*) na osnovu koga je „punomoćje nezavisno od svoje kauze” [Ladenburg, ZHR 11 (1868), p. 72, nav. prema Doerner, 2018, p. 59]. Zbog apstraktnosti punomoćje proizvodi dejstvo nezavisno od osnovnog (kauzalnog) pravnog posla sklopljenog između vlastodavca i punomoćnika.

Labandovo učenje o opunomoćavanju kao samostalnom pravnom poslu imalo je dalekosežne posledice jer je prihvaćeno ne samo u nemačkom Građanskom zakoniku već i u drugim pravima. Uticaj tog učenja primetan je i u srpskom pravu jer se u Zakonu o obligacionim odnosima neposredno zastupanje (i u okviru njega punomoćje) reguliše odvojeno od ugovora o nalogu.¹³

5. Zastupnik kao gospodar osnovnog pravnog posla

Razdvajanje punomoćja od osnovnog pravnog posla doprinelo je promena u poimanju zastupanja. U slučaju neposrednog zastupanja pravna dejstva preduzetog pravnog posla neposredno nastupaju za zastupanog. S obzirom na to da prilikom preduzimanja pravnog posla zastupnik izjavljuje volju, postavlja se pitanje da li izjavljenu volju treba shvatiti kao volju zastupnika ili volju zastupanog. Savremena literatura je u neposrednom zastupanju pre sklona da vidi zamenu volje zastupanog voljom zastupnika (Lobrano & Onida, 2016, p. 9). Takvo shvatanje prirode zastupanja vodi poreklo još iz XIII veka.

Polovinom XIII veka Sinibaldo dei Fijeski (Sinibaldo dei Fieschi), to jest papa Inoćentije IV zagovara tezu da svi vernici katoličke veroispovesti predstavljaju jedinstvo izraženo pojmom *lice (persona)*, koje je fiktivno (*persona ficta*)¹⁴ i koje predstavlja Katolička crkva. Po Onidi (2018, pp. 71, 74), stvaranje pojma fiktivno lice imalo je za cilj da otkloni eventualnu pomisao o otuđenju Katoličke crkve od vernika koje ona u svom jedinstvu predstavlja (*persona ficta vel repraesentata*).

¹³ Punomoćje se uređuje u čl. 89–94, a ugovor o nalogu u čl. 749–770 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO.

¹⁴ Izraz *persona ficta* Sinibaldo dei Fijeski upotrebio je u Komentaru Dekreta pape Grgura IX (Onida, 2018, p. 70).

Koncept zastupanja formiran u kanonskom pravu od kraja XIII veka počinje da se razvija u feudalnom pravu (Onida, 2018, p. 74). Do toga je došlo 1295. godine kada je engleski kralj Edvard I sazvaio takozvani *Model Parliament*, koji je imao dalekosežne posledice na potonju političku praksu jer su njegovi članovi bili delegirani sa potpunom vlasti (*plena potestas*) odlučivanja. Razlog sazivanja parlamenta bio je uobičajen za to doba i ogledao se u tome što je kralju trebala finansijska pomoć za potrebe ratovanja. Ono što je bilo neuobičajeno i po čemu će *Model Parliament* predstavljati prekretnicu u razvoju parlamentarizma bilo je to što je kralj Edvard I sazvaio parlament čiji su članovi (predstavници crkve i teritorijalnih jedinica) imali *plena potestas*, odnosno slobodan mandat. Ustanovljenjem slobodnog mandata omogućeno je „otuđenje” zastupnika od zastupanih (Onida, 2018, p. 75).

Nekoliko vekova kasnije Tomas Hobs (Thomas Hobbes) u delu „Levijatan” (*Leviathan*) iznosi učenje o državi kao licu čija volja zamenjuje volju pojedinaca (di Bello, 2010, pp. 69 i dalje). Time je još jednom u javnopravnoj sferi istaknuta suprematija zastupnika u odnosu na zastupanog.

Kada je reč o zastupanju u privatnom pravu, trojica nemačkih autora su uticala na njegovo moderno poimanje. Najpre je Savinji (Savigny) za paradigmu zastupanja uzeo tutorstvo nad poslovno nesposobnim licem (Lobrano, 2018, p. 61). Sklapajući poslove za račun poslovno nesposobnog šticeenika, tutor izjavljuje svoju volju. U tumačenju odnosa poslovno sposobnog paterfamilijasa i njegovih potčinjenih lica, Savinji je mišljenja da tu ne može biti govora o (voljnom) zastupanju. Ovo stoga što se koristi iz posla koji je sklopilo potčinjeno lice automatski pripisuje imovini paterfamilijasa bez obzira na njihovu volju (von Savigny, 1840, pp. 92–93). Osim toga, potčinjena lica (*sin alieni iuris* i rob) smatrana su „produženom rukom” svog paterfamilijasa koji, usled povećanog obima trgovine, nije u mogućnosti da lično obavlja sve transakcije (Kaser, 1971, p. 262). S druge strane, paterfamilijas u početku nije odgovarao za obaveze iz pravnih poslova koje je sklopilo njegovo potčinjeno lice. Takva odgovornost nastaje tek stvaranjem pretorskih tužbi, takozvanih *actiones adiecticae qualitatis* (Gaius, *Inst. IV*, 70–74). Jednu od tih tužbi predstavlja *actio quod iussu* na osnovu koje je paterfamilijas odgovarao onda kada je dao nalog (*iussum*) sinu *alieni iuris* ili robu da izvrši određeni pravni posao. Iako Savinjijevo učenje postavlja temelj novom sagledavanju ustanove zastupanja u privatnom pravu, za njega *iussum domini* još uvek predstavlja naredbu (*der Befehl*) gospodara posla bilo licu pod njegovom vlašću, bilo licu koje se ne nalazi pod njegovom vlašću, ali koje je na temelju ugovora o nalogu dužno da izvrši određeni pravni ili faktički posao (von Savigny, 1840, p. 93 fn. f; Lobrano, 2018, p. 62). Za razliku od Savinjiija, Vindšajd (Windscheid) drugačije shvata rimski *iussum*. Po njemu, *iussum* nije nalog već upućivanje (*die*

Verweisung, Anweisung) na zastupanje (Windscheid, 1866, § 482, p. 391, fn. 6). Time se ukazuje da sin *alieni iuris* ili rob, odnosno mandatar stiču autonomiju prilikom sklapanja pravnog posla, te da nisu bespogovorni izvršioci tuđe volje. Posledično, Windscheid je predstavnik „teorije predstavljanja” (*Repräsentationstheorie*) po kojoj zastupnik, iako pravni posao preuzima u ime zastupanog, izjavljuje svoju volju (Coing, 1989, p. 457). Konačan stav koji je uticao na stvaranje modernog pojma zastupanja u privatnom pravu dao je Laband. Za razliku od Vindšajda (1887, § 74, p. 211. fn. 1a) koji je bio izričit da su Rimljani poznavali koncept punomoćja, ali da ga nisu razdvajali od ugovora o nalogu, Laband čini presudan korak time što razdvaja punomoćje od naloga. Opunomoćavanje počinje da se smatra posebnim pravnim poslom na temelju koga vlastodavac (zastupani) prenosi vlast punomoćniku (zastupniku) da odlučuje o vlastodavčevim stvarima. Nakon opunomoćavanja, gospodar posla koji treba preduzeti nije više zastupani, već to postaje zastupnik.

6. Zaključak

Preduzimanje pravnih poslova posredstvom drugog lica postoji od antičkih vremena. U najstarijem rimskom pravu pod uticajem religije pravni poslovi su se sklapali lično te nije postojala mogućnost zastupanja. Zainteresovane strane su sklapale pravni posao preduzimanjem stroge svečane forme kojom prilikom su se obavezivale bogovima da će izvršiti preuzete obaveze. Širenjem rimske države i razvojem trgovine nastaje potreba da se pravni poslovi sklapaju posredstvom zastupnika. Iako su Rimljani vremenom razvili različite mehanizme kojima je bilo omogućeno da jedno lice obavlja poslove za račun drugog lica, u rimskim izvorima ne nailazi se na opšti pojam zastupanja. Pravilo *alteri stipulari nemo potest* zadržalo se i u srednjem veku, zbog čega je predstavljalo smetnju načelnom prihvatanju neposrednog zastupanja.

Prve građanske kodifikacije (Pruski građanski zakonik, Francuski građanski zakonik i Austrijski građanski zakonik) propisuju neposredno voljno zastupanje, ali ga uređuju zajedno sa mandatom. U tim kodifikacijama se ne pravi razlika između punomoćja i mandata, već se oni koriste kao sinonimi. Novina u odnosu na rimsko pravo ogledala se u tome što je pravni posao koji je sklopio mandatar neposredno obavezivao mandanta.

Prekretnica koja je uzrokovala razdvajanje punomoćja od mandata bilo je donošenje Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. godine. Komentarišući taj Zakonik, nemački pravni pozitivista Paul Laband izneo je stav po kome su opunomoćavanje i nalog dva odvojena pravna posla. Opunomoćavanjem

vlastodavac (zastupani) prenosi vlast punomoćniku (zastupniku) na temelju koje preduzima pravni posao. Sticajem tri činioca – teokratskog, feudalnog i Hobsovog, koji su sukcesivno nastupali u javno-pravnoj sferi, stvoren je koncept zastupanja po kome zastupnik u odnosu na zastupanog dobija prevlast jer, od trenutka u kome zastupani ovlasti zastupnika da obavi određeni posao, gospodar posla postaje zastupnik. Delovanjem nemačkih pravnika Savinjija, Vindšajda i Labanda, takvo shvatanje o prirodi voljnog zastupanja preneto je u privatno pravo.

Literatura

- Di Bello, A. 2010. *Sovranità e rappresentanza. La dottrina dello stato in Thomas Hobbes*. Napoli: Istituto italiano per gli studi filosofici.
- Cvetković Đorđević, V. 2019. Opunomoćavanje kao samostalan pravni posao. U: Lilić, S. (ur.). *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije. Knj. 9*, (Biblioteka Zbornici). Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, pp. 211–220.
- Cvetković Đorđević, V. 2020. Neposredno zastupanje u rimskom pravu s osvrtom na moderno pravo. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2, pp. 124–144.
- Laband, P. 1866. Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 10, pp. 183–241.
- Lobrano, G. & Onida, P. P. 2016. Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà ‘per’ o/e ‘per mezzo di’ altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo”, *Diritto@Storia*, 14. Dostupno na: <https://www.dirittoestoria.it/14/contributi/Lobrano-Onida-Rappresentanza-o-e-partecipazione.htm> (15. 8. 2022).
- Doerner, R. 2018. *Abstraktheit der Vollmacht*. Berlin: Duncker&Humbolt.
- Coing, H. 1989. *Europäisches Privatrecht. Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*. München: Verlag C. H. Beck.
- Eisner, B. & Horvat, M. 1948. *Rimsko pravo*. Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.
- Kaser, M. 1971. *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt – Das altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*. München: Verlag C. H. Beck.
- Lobrano, G. 2018. Appunti per la lettura delle fonti. L’esempio – da non seguire – della attribuzione della “rappresentanza” al diritto romano”. *Diritto@Storia*, 16. Dostupno na: <https://www.dirittoestoria.it/16/tradizione/Lobrano-Appunti-per-lettura-fonti-esempio-attribuzione-rappresentanza-al-Diritto-romano.htm> (15. 8. 2022).

- Malenica, A. & Cvetković-Đorđević, V., 2018. *Rimsko pravo*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet.
- Milošević, M. 2019. *Rimsko pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Onida P. P. 2018. "Agire per altri" o "agire per mezzo di altri". *Appunti romanistici sulla "rappresentanza" I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*. Napoli: Jovene editore.
- Šarac, M. 2011. *Mandatum u rimskom pravu*. Split: Naklada Bošković.
- Watson, A. 1961. *Contract of Mandate in Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Windscheid, B. 1866. *Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, Zweite Abtheilung*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus.
- Windscheid, B. 1887. *Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, Sechste Auflage*. Frankfurt am Main: Rütten & Loening.
- Zimmermann, R. 1996. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

Pravni izvori

- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811.
- Allgemeines Landrecht Für Die Preussischen Staaten 1794.
- Bürgerliches Gesetzbuch 1900.
- Code Civil 1804.
- Digesta Iustiniani*
- Gaius Institutiones – Gaj Institucije* (prevod Obrad Stanojević). 1982. Beograd: Nolit.
- Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju objašnjen odlukama Kasacionog suda u Beogradu (sredio Ivan D. Petković). 1939. Beograd.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

Valentina V. Cvetković-Đorđević, PhD

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs*

Vladimir M. Vuletić, PhD

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

e-mail: *pfc@ius.bg.ac.rs*

ON THE INSTITUTION OF REPRESENTATION IN PRIVATE LAW

Summary

Mandate contract was created in Roman law, thanks to which was regulated indirect representation. The first modern civil codes have acknowledged direct representation based on a power-of-attorney but linked it to a mandate contract. The power-of-attorney as an independent institute emerged in the late 19th century under German law, with Paul Laband's theory taking the biggest credit in the separation of the power-of-attorney from the mandate contract

In the case of the direct representation, the legal effects of undertaken legal acts directly occur for the represented person. Considering that when undertaking a legal act, the representative declares the will, the question arises whether the declared will should be understood as the will of the representative or the will of the represented. Answering the question, contemporary legal writers tend to see the replacement of the will of the represented by the will of the representative. Such an understanding of the nature of representation in private law has an interesting origin that dates back to the 13th century.

Keywords: Roman law, modern civil codes, mandate contract, power-of-attorney, representation.

Primljeno: 12. 9. 2022.

Prihvaćeno: 25. 10. 2022.