

закупци земље постали су трајно везани за њу (32). Уз то су, због финансијских тешкоћа и повратка на натуралну привреду (33), почели давати закупнину у делу производа а не у новцу. Стара слава некадањег плебејца или војника римског грађанина који се прихватио производње, угасила се кроз генерације а нарочито са нестанком разлике између *cives* и *peregrini*. Исто се десило и са варварима и са слободним ситним земљопоседницима који су дошли у *patrocinium*. Положај свих њих толико се приближио да је Константин, решавајући питање недостатка радне снаге и сталности пореских обвезника, могао без тешкоћа регулисати на исти начин положај колона (*glebae adscripti*), не водећи рачуна о њиховом пореклу, везати подједнако и трајно за земљу и њих и њихове потомке и тако завршити и правно уоквирити положај новог произвођача у пољопривреди — колона који је *servus terrae* и који се из основа разликује од некадашњег произвођача — роба (34). То међутим, никако не значи да је у римском друштву нестало робова и да је оно већ постало феудално. Робова још има у кућама као кућна послуга, овде-онде као обрађивачи појединих парцела или као занатлије. Односи су изукрштани, као што увек бива у историји у прелазним периодима. Али пут ка новим односима у производњи је сигурно постављен и он ће, преко даљег процеса унутрашњег превирања, преко багаудског и агонистичког покрета, разних видова побуна у градовима и борби императора са појединим моћним земљопоседницима и упада варвара, довести до новог, феудалног друштвеног уређења.

Др. Драгомир Стојчевић

КОМИТЕНТ И ТРЕЋЕ ЛИЦЕ

— Упоредноправна студија англо-америчког и континенталног права са посебним освртом на југословенско право —

Америчко и југословенско право припадају различитим системима права. Прво припада *Common Law* систему, а друго континенталном или систему писаног права. Оба система усвајају различиту поделу правне области у коју спада материја која нас у овом раду интересује. Односи који настају у вези са комисионим послом обухваћени су у америчком праву правилима институције *agency* која је шира од континенталне институције заступства обухватајући делимично и грађанскоправну одго-

(32) Види Острогорски: Историја Византије, Бгд., 1959, с. 60; Машкин: н. д., с. 508.

(33) У *Codex Justinianus* В. 32. 22 Константин пише: „Новац у коме су наши стари видели сву снагу богатства нестабилан је, непоуздан и своди ништа читаво имање.“

(34) Да би се показало да није било уочљиве разлике између положаја колона и роба, или да би се показало да та разлика у време Јустинијана није била довољно јасна, врло често се наводи један фрагмент из једне Јустинијанове конституције (С. J. XI. 48 11 in fine) у коме се он пита у чему је разлика између роба и колона (*adscriptos*) пошто су обојица у власти господара. Мислим да Фистел де Куланж с правом тумачи у супротном смислу ово Јустинијаново питање, јер је цео фрагмент усмерен на то да прогласи немогућност брака између доба и колона: „Он хоће овом реченицом на крају фрагмента једино да каже да у случају да се допусти брак не би било разлике између роба и колона.“ (*Recherches sur quelques problèmes d'histoire. Le colonat romain, 1885, pp. 107 esq.*)

ворност за опасне ствари као и за радње трећег лица, Комисионом послу одговара „undisclosed agency” америчког права. Изабрали смо за тему однос комитента и трећег лица јер је у овом питању највећа разлика између англо-америчког и континенталног права, у области заступања, бар у општим полазним концепцијама. Разлика је на први поглед већа него што је у стварности. Све ово захтева претходно излагање неких посебности оба наведена система које се односе на предмет наших излагања.

Појам „undisclosed agency” у англо-америчком праву и одговарајући појам у континенталном праву. — *Undisclosed agency* је правни однос у коме треће лице послује са агентом неког другог лица (*undisclosed principal*-а) не знајући за постојање заступничког односа, или ако постоји то знање о својству заступника на страни саговорача, онда је непознат идентитет заступаног лица, у чију корист агент послује, (*partially disclosed principal*). У овом посебном односу агент дела у корист свог налогодавца, али у своје сопствено име (1). *Undisclosed agency* одговара појму уговора о комисиону у југословенском праву, као и у правима других земаља писаног права (*Kommissiongeschäft, le contrat de commission*) (2). Значајна разлика, међутим, постоји пре свега у погледу класификације. Англо-америчко право третира *law of agency* као јединствену теорију заступништва. Оно, за разлику од континенталног права не прави разлику између уговора о пуномоћству (мандата), који регулише унутрашњи однос између властодавца и агента и уговора о заступништву који даје агенту овлашћење да уговара, било у властодавчево било у своје сопствено име, али за рачун властодавца (немачка правна теорија наглашава ову разлику користећи у првом случају израз *Vollmacht* а у другом *Auftrag* што одговара појму пуномоћства и налога). Француско право чини ову разлику називајући мандатом унутрашњи однос између агента и властодавца, а са *représentation* спољашњи однос обојице (агента и властодавца) са трећим лицем (овде се мисли на однос уопште). Француско право иде и даље и чини разлику између различитих врста заступништва користећи израз *représentation directe* за однос у коме агент дела у име свог властодавца (принципала) и ствара директни однос између властодавца (или господара посла) и трећег лица. Ово одговара америчком појму *disclosed agency*. Израз *représentation indirecte* француско право користи за однос у коме агент иступа у своје сопствено име, али за рачун властодавца не стварајући никакав непосредан однос између властодавца, односно налогодавца и

(1) Види: Restatement of the Law Second, Agency (Restatement of Agency) American Law Institute, Washington, 1955, Sec. 4; Story: Law of Agency, Boston, 1882, p. 36; Mechem: A Treatise on the Law of Agency, Chicago, 1914, V. I, p. 44; Reinhard: Law of Agency, Indianapolis, 1902, p. 13; Ferson: Principles of Agency, Brooklyn, 1954, p. 247; Seavey: Studies in Agency, St. Paul, 1949, p. 87; Conard: Business Organisation, Brooklyn, 1957, pp. 228, 460. В. такође и дефиницију „factor”-а у ревидираном Грађ. зак. Северне Дакоте од 1943, чл. 3—10601.

(2) О компаративном аспекту „undisclosed agency”, односно комисионог односа види: Ehrenberg (Smidt—Rimpler): Handbuch des Gesamten Handelsrechts, Bd. V, 5; Hamel: Le contrat de commission, Paris, 1949; Story: op. cit.; Popesco—Ramniceano: Représentation dans les actes juridiques en droit comparé, Paris, 1927; Lyon—Caen et Renault: Traité de droit commercial, Paris, 1923, T. 3; Müller—Freienfels: Comparative Aspects of Undisclosed Agency, „Modern Law Review”, Vol. 18 (1955), pp. 33—42 и Law of Agency, „American Journal of Comparative Law”, Vol. 6 (1957), pp. 165—198; Pascal: Agency, „Louisiana Law Review”, Vol. 8 (1947), p. 223; Jones: Juridical Basis of Principal—Third Party Liability in Louisiana Undisclosed Agency Cases, „Louisiana Law Review”, Vol. 8 (1947), p. 409; Rastovčan: Komparativno трговачко право, Zagreb, 1954; Fretnar: Oris primejalnega trgovinskega prava I del, Ljubljana, 1951.

трећег лица. Овај, у ствари комисиони однос одговара америчком *undisclosed agency*, односно положају *undisclosed principal*-а и *agent*-а. Третирајући однос између налогодавца и комисионара, односно агента и однос између агента и трећег лица као један јединствени однос, англо-америчко право допушта стварање непосредног правног односа између налогодавца и трећег лица, без обзира да ли *agent* дела по налогу и у име свог налогодавца (који је тада *disclosed principal*) или дела по налогу свог налогодавца (у ствари комитента), али у своје сопствено име, дакле као комисионар (у ком случају је налогодавац *undisclosed principal* или *partially disclosed principal* ако је непознат само идентитет налогодавца).

Без обзира на постојање разлике у концепцијама европских правних система којима се објашњавају ови односи, континентално право чини стриктну разлику и раздваја однос налогодавца, односно комитента и трећег комисионара, као унутрашњи однос, од односа комисионара и трећег лица као спољњег независног односа. Са гледишта упоредног изучавања англо-америчког и континенталног права у овој материји, ово разликовање, односно раздвајање које чини континентално право је од посебне важности. То је и главна област у којој се појављују разлике између англо-америчког *undisclosed agency* и континенталног комисионог правног односа. Међутим, поређење практичних решења показале да су ове разлике веће у теориским концепцијама но у самим усвојеним решењима. Ми се слажемо са мишљењем које указује на то да оба система, англосаксонски и континентални, полазећи од различитих теориских концепција, долазе путем изузетака до истих или сличних решења (3).

У погледу правне природе *undisclosed agency* дају се различита тумачења. Према владајућем схватању *undisclosed agency* потиче из правила англо-америчког права да се за постојање уговора, сем уговора *under seal* („под печатом”, оверених) и формалних уговора захтева још и *consideration* (4), који одговара намери а не изјављеној вољи странака, што наводно и допушта јединствено гледање на институцију заступништва. Последица тога је укључивање под институцију *agency* и однос пуномоћства и однос заступништва (јер је намера *agent*-а била да ради за рачун властодавца чак и кад иступа у своје сопствено име, као комисионар европског, односно континенталног права). Има и схватања које

(3) Види Müller—Freienfels: наведени чланак у „Modern Law Review”.

(4) Усмено обећање није довољан основ да би се захтевало извршење уговора у америчком праву. За то је нужно постојање „consideration”. Ово може да се састоји у било чему (давању или трпљењу) на терет обећаваоца или у корист лица коме је обећано. „Consideration” — доктрина би се могла дефинисати и као погодба или споразум о отуђењу (моментаном или будућем) каквог права у корист или на захтев другог лица. То је најчешће цена која се даје као противпрестација за предмет уговора. Но, постојање еквивалентности између обећаног и противпрестације је обично без значаја, сем код уговора који се састоји у размени новац за новац (на пример, у случају зајма, узајмљена свота и свота која треба да се врати). „Consideration” се не подударе са теоријом каузе или теоријом правног основа континенталног права. Економски ефекат обећања није битан, а просто обећање које може да буде основ престације у континенталном праву није довољан „consideration” у англо-америчком праву. Ипак, „consideration” — доктрина има у ствари функцију која одговара функцији теорије правног основа у континенталном облигационом праву.

undisclosed agency објашњава применом институције *trust*-а (5). Наводи се да је ово схватање једнодушно одбачено као и покушај тумачења путем примене правила о цесији (6). *Undisclosed agency* се упоређује и са тужбама *actiones adiecticiae qualitatis* римског права. Наводи се да и ту као и у наведеним тужбама постоје два дужника и два повериоца, те стога и нема правог представништва. Изражава се чак мишљење да су слични мотиви руководили англоамеричко и римско право на усвајање решења које дају наведене тужбе и правило *undisclosed principal*-у (7). У овом поређењу има истине ако се мисли да су оба решења потекла из потребе обезбеђења сигурности и брзине промета. Не треба, међутим, заборавити да су се римске *actiones adiecticiae qualitatis* јавиле у праву које није знало за заступништво као средство да се ублажи строго правило римског права *nemo alieno nomine agere potest*. При томе, принцип релативности уговора је остао сачуван. У англо-америчком праву пак није било препреке директном заступништву.

Југословенска правна теорија види у институцији уговора о комисиону, која одговара *undisclosed agency* англо-америчког права, посебну врсту мандата. То се подудара са схватањем неких немачких писаца (8). У немачкој теорији постоји и схватање да је у питању вршење услуга уз накнаду (9), као и схватање да је то *contractus sui generis* (10). Ово последње само по себи ништа не објашњава већ само показује да писац не може дати појаву да сврста ни под једну до сада познату правну категорију.

Немачка правна теорија врши детаљну поделу заступника према врсти уговора о заступању (посредник, агент, комисионар — *Handlungsmäkler, Handlungsagent* и *Kommissionär*, који сви заједно чине категорију трговачких заступника за разлику од заступања у грађанском праву. Ово даје места стриктном разликовању комисионара од других заступника. Правила за сваку од ових врста заступништва детаљно су дата у трговачком законнику, док су правила о пуномоћству уопште или о мандату дата у грађанском законнику.

Француско право не разрађује детаљно одредбе о уговору о комисиону као што то чини немачко право. У француској правној теорији

(5) Институција „trust”-а у англо-америчком праву је правно средство којим једно лице, „trustee”, поверава своју имовину другом лицу „entruster”, одричући или ограничавајући своје право располагања њоме у корист трећег лица, бенефицијара. „Trust” је значи један од начина располагања својином, но он истовремено укључује и стварање личних права и обавеза између корисника и власника који заснива „trust” (trustee-a). Бенефицијар има „правичан” (equitable) интерес на предмету „trust”-а, док власник има законско право. Бенефицијар је титулар имовинског интереса фидуцијарног карактера (али не уговорног). Мада се о „trust”-у говори као о својинском праву, он није идентичан са својином. „Trust” донекле одговара римском „fideicommissum”-у Ова уставова у англо-саксонском праву може да се користи за постизање разних имовинскоправних циљева у породичним, наследним (укључујући легат) и пословним односима уопште. Опис „trust” треба разликовати од такозваног „business” или „constructive trust”-а, који служи као средство за обезбеђење у трговачким трансакцијама.

(6) Види Mechem: *Outlines of the Law of Agency*, Chicago, 1952, p. 96; Müller—Freienfels, наведени чланак из „*Modern Law Review*”, с. 33.

(7) Види Popesco—Ramniceano: *op. cit.*, p. 606; Conard: *op. cit.*, p. 27

(8) *Stražnjicki: Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb, 1926, s. 239; Staub—Pisco: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 2, S. 800 (Ausz. 1933).

(9) Schlegelberger (Hefermehl): *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin — Frankfurt, 1957, Bd. 4, S. 1876.

(10) Neukamp, цитиран код *Stražnjickog: n. d.*, с. 240.

постоји и схватање да питање иступања комисионара у своје име, и за рачун комитента, није битно за разликовање комисиона од мандата уопште. Према овом мишљењу, комисионар би могао да иступа и у име властодавца. За разликовање комисиона од мандата, по овом схватању, битна је природа радње, односно посла који је предмет налога. Постоји комисион када је у питању трговачки акт а мандат када је у питању радња коју регулише грађанско право (11).

Имајући у виду правила о заступању уопште, дефиниција *factor-a* у англо-америчком праву је такође блиска појму комисионара континенталног права, мада сваки *factor* не мора да ради за *undisclosed principal-a*, тј. комитента.

Извори права „*undisclosed agency*”-а и уговора о комисиону. — Извор права англо-америчког *undisclosed agency* је првенствено прецедентно право (*case law*). Навешћемо „водеће” случајеве за поједина правила. Правила дата у *Restatement of Agency* биће такође коришћена, мада она нису у целини прихваћена у пракси. У више држава извор су правила садржана у законима или актима (законским, (12).

У погледу правила која регулишу односе који настају у вези са комисионим послом, која нас овде првенствено интересују, југословенски судови углавном примењују правна правила садржана у прописима који су били у важности до априла 1941. Ова правила која се односе на уговор о комисиону нису била, у Југославији, кодификована у јединствен закон. Чак ни закон од 1937, који је требао да регулише јединствено целу материју трговачког права, није обухватио уговор о комисиону, као ни остале трговачке уговоре, оставивши то за каснију кодификацију. Овај закон није никад ступио на снагу, мада је био усвојен од законодавног тела. Његова промулгација је непрекидно била одлагана. Иначе, сачињен је по угледу на Нем. трг. законик. Како су у појединим деловима Југославије, до 1941, били на снази различити закони, имали смо шест грађанскоправних и пет трговачкоправних подручја. Ипак, све законе који садрже правила о уговору о комисиону можемо да поделимо у две групе. — Једну групу су чинили закони који су имали немачко право за свој узорак. Они су били на снази у делу Југославије који је био под владавином Аустро-Угарске. Извори права за уговор о комисиону у овом делу земље били су: Аустројски трговачки законик од 1862, чл. 360—366, субсидијарно Аустројски грађ. законик од 1811; Хрватско-угарски трговачки закон од 1865, чл. 368—383; и Босански трговачки закон од 1883, чл. 381—396. — Другу групу су чинили закони који су сачињени по угледу на француско право. То су: Српски трговачки законик од 1860, чл. 58—61; и Црногорски трговачки закон од 1910, чл. 50—53. Субсидијарно су примењивана правила о пуномоћству садржана у Српском грађ. законнику од 1844. (сачињен по

(11) Lyon—Caen et Renault: *op. cit.*, Т. III, р. 414.

(12) Тако, у држави Луизиани, извор „*undisclosed agency*”-а је Грађански законик који је усвојен и адаптиран из француског права 1870, чл. (који се односе на „*agency*”) 3003—3005, или шире, чл. 2985—3034; у држави Калифорнији Грађански законик од 1872, чл. 2026—2030 и 2367—2369; у држави Монтани Грађански законик од 1895 (ревидиран 1947), чл. 5290 и 5463—5465; у Северној Дакоти Грађански законик од 1865 (ревидиран 1943), чл. 3—0601 до 3—0606; у Јужној Дакоти Грађански законик од 1866 (ревидиран 1877 и 1900) чл. 1487—1491 и 1706—1708; у држави Њујорк „*Factor's Act*”.

угледу на Аустријски грађански законик), као и Општем имовинском законнику за Кнежевину Црну Гору од 1888. (оригинална кодификација на основу обичајног права).

У немачком праву уговор о комисиону је уговор трговачког права и на њега се примењују правила Немачког трговачког законика од 1897, чл. 383—406. Правила која се односе на берзанске агенте и банкарске агенте односно комисионаре садржана су у закону о депозитима од фебруара 1937.

Француско право не регулише уговор о комисиону детаљно. Трговачки законик од 1808., у чл. 94 и 95 даје врло опште одредбе о комисионом послу, док нешто детаљније регулише уговор о шпедицији који се у француском праву сматра врстом комисиона. Субсидијарно се примењују општа правила о пуномоћству садржана у Француском грађ. законнику, чл. 1984 — 2010. Француска доктрина је међутим израдила видну разлику између директног заступништва (*représentation directe*), које одговара агенту немачког права и индиректног заступништва (*représentation indirecte*), које одговара комисионару (13).

Швајцарско право регулише уговор о комисиону у оквиру јединственог Законика о облигацијама од 1911 (ревизија законика од 1881) у чл. 425—438. У основи инспирирано новим немачким Трговачким закоником, швајцарско право се унеколико разликује од њега. Текст посвећен комисиону односи се само на такозвани куповни и продајни комисион. Заступање у области осигурања, издавачке делатности, расподеле филмова итд., спада под правила о пуномоћству, односно мандату уопште (14). Јединствено регулисање облигационог права учинило је да се изгуби разлика између трговачког и грађанскоправног комисиона тако да професионално обављање комисионог заступништва није услов за примену правила о комисиону.

Швајцарском решењу одговара и решење шведског права — Закон о комисиону, трговачким агентима и трговачким путницима од 18 априла 1914, а по угледу на њега сачињени су Норвешки закон од 30 јуна 1916 и Дански закон од 8 марта 1917 (15).

Турски трговачки закон од 1926 регулисао је уговор о комисиону у чл. 845—878. Овај део закона укинут је ревизијом од 1956 која је, по угледу на швајцарско право, ишла за обједињавањем правила о облигацијама (16).

Совјетско право (Грађански законик РСФСР-а, Указ од 6 септембра 1926, бр. 59, чл. 445) усвојило је јединствену кодификацију облигационог права. Правила која се односе на уговор о комисиону угледају се на

(13) Комисија за реформу Француског трговачког законика израдила је нацрт одредби које се односе на уговор о комисиону нешто детаљније но што је то учињено у важећем Трговачком законнику (посвећено је, у нацрту, 8 чланова уговору о комисиону). У комисији се дискутовало да ли да се комисион обради као врста мандата. После више измена, прихваћено је противно мишљење. Види *Travaux de la Commission de reforme du Code de Commerce et de Sociétés*, Vol. 5, Paris, 1955, pp. 58, 87, 114, 121, 136, 148.

(14) Види Oser—Schönenberger: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1938, Bd. 5, S. 1560.

(15) Види Hamel: *op. cit.*, p. 334.

(16) Види Poroy: *Le nouveau code de commerce Turc*, „Annales de la Faculté de droit d'Instanbul", Vol. 8 (1959), pp. 101—117.

швајцарско право. Иста правила усвојена су у Украјинском пропису о комисионом послу од 16 децембра 1925 (Уредба бр. 102, чл. 558) (17).

Швајцарско право је било такође узор и за италијанску јединствену кодификацију грађанског права у Законику од 1942. Уговор о комисиону регулисан је у чл. 1731—1736. Италијански судови примењују такође, као субсидијарна правила о мандату, односно пуномоћству (чл. 1703—170, 1721 и 2761 Грађ. зак.).

Остала европска законодавства следе углавном француски или немачки пример. Тако је француско право било модел за Белгијски трг. законик од 1872 (углавном адаптиран Франц. трг. законик од 1808); Грчки трг. законик од 1835, чл. 91—95; Холандски трг. законик од 1893, чл. 76 као и следећи; Португалски трг. законик од 1888, чл. 266 и Румунски трг. законик, чл. 406.

Шпански трг. законик је од 1885, својом дефиницијом комисиона, чл. 244—320, не чини одсечну разлику између комисиона и мандата и допушта да комисионар иступа и у туђе име (18).

Однос између комитента и трећег лица — а) *Полазна начела англо-америчког и континенталног права.* — Најважнија разлика између англо-америчког *undisclosed agency* и континенталног уговора о комисиону постоји, као што смо у прелходним уводним излагањима рекли, у правилима о односу комитента и трећег лица.

Према англо-америчком праву, када комисионар (агент) закључи уговор за рачун комитента (*undisclosed principal*-а) он ствара непосредни однос између комитента и трећег лица са којим је закључио уговор. И комитент и треће лице имају право да захтевају извршење овако закљученог уговора.

На пример, комитент да налог комисионару да погоди за његов рачун 100 тона угља. Комисионар закључи писменим путем уговор о испоруци тих 100 тона угља не помињући да га је закључио за рачун комитента. Комитент ће ипак бити непосредно одговоран по том уговору (19).

Ово решење биће примењено у англо-америчком праву на све уговоре закључене у сопствено име а за рачун трећег лица, изузев уговора *under seal* (под печатом), формалних уговора и уговора у којима је комитентова евентуална одговорност искључена изричитом одредбом уговора. Ово правило, које је утврдила англо-америчка судска пракса, усвојено је такође у *Restatement of Agency* америчког права у чл. 186 и 302. Ово правило важи, видећемо, и ако комисионар прекорачи овлашћења, односно налог који му је дао комитент. Сам коментар *Restatement*-а допушта, међутим, да је ово правило у сукобу са принципима облигационог права (20).

(17) Види Gordon: *Système de droit commercial des Soviets*, Paris, 1933, pp. 276—280; Hamel: *op. cit.*, p. 339.

(18) Због овога га неки аутори сматрају ближим решењу англо-америчког права, види: Hamel: *op. cit.*, p. 344; Ehrenberg (Smidt—Rimpler): *op. cit.*, Band V, S. 601—2.

(19) Овај пример је дат у *Restatement-y of Agency*, коментар уз чл. 186, с. 422, раније наведено издање American Law Institute.

(20) Види коментар на с. 420 *Restatement-a*, као и „case” Thomson против *Davenport-a* (1829) 9 *V & S* и друге које наводи Mechem: *op. cit.*, p. 99.

Супротно англо-америчком праву, континентално право прихвата као начело да уговор о комисиону не ствара никакав непосредни однос између комитента и трећег лица. Уговор који комисионар закључи са трећим лицем, у извршавању комитентових налога не даје комитенту никаква непосредна права према трећем лицу, нити га непосредно обавезује. Континентално право јасно раздваја две групе односа који настају поводом комисионог налога. Први је однос комитента и комисионара (оно што називамо уговор о комисиону), а други је однос између комисионара и трећег лица. Овај други узима облик посла који одговара налогу (најчешће уговор о куповини и продаји, а може бити и сваки други допуштени правни посао).

Тако, ако би горе наведени пример из америчког права био решаван према континенталном праву, треће лице не би било овлашћено да тужи комитента за неизвршење уговора. Тужба би могла да буде поднета само против комисионара. Међутим, ако на страни трећег лица постоји одговорност, односно разлог због кога комитент одбија да изврши уговор, комисионар може да у парничном поступку позове комитента да се умеша у спор да би заштитио комисионарева права. Штавише, комисионар треба да позове комитента у заштиту ако жели да сачува право на накнаду евентуалне штете коју би морао да плати трећем лицу због комитентовог одбијања да изврши уговор.

У француској судској пракси, на пример, комитент, који је дао налог комисионару да за његов рачун купи хартије од вредности, био је одбијен од тужбе против продавчевог комисионара који је одбио да преда уговорене хартије од вредности које је комитентов комисионар (купчев комисионар) исплатио. — (D.P. 1893. 1. 500) (21).

Непостојање директног односа између комитента и трећег лица потврђено је такође и у немачкој судској пракси.

Правило на коме је засновано решење које усваја континентално право утврђено је у законима више земаља. У југословенском праву принцип непостојања непосредног односа између комитента и трећег лица био је изричито утврђен у § 368, ст. 2, бив. Хрватског трг. законика, § 381, ст. 2, бив. Босанског трг. законика. Правило је преузето по угледу на чл. 360, ст. 2, Аустриског трг. законика, који је важио у Словенији и Далмацији (отуда често цитиран као „Словеначко-далматински трговачки закон“). Српски трг. законик није садржавао овако изричиту одредбу, као ни Црногорски трг. закон. Међутим, правна теорија је и српски законик интерпретирала у смислу непостојања непосредног односа између комитента и трећег лица (22). Југословенска правна наука је и данас једнодушна у прихватању изнетог решења (23).

Правило о непостојању непосредног односа између комитента и трећег лица, како је прихваћено у југословенском праву има свој корен у старом Немачком трг. законнику од 1861, чл. 360, ст. 2, Нови Немачки трг. законик од 1897 није преузео ово изричито правило. Међутим наведени принцип се изводи из чл. 392, ст. 2, новог Трг. законика. Немачка правна

(21) Види такође збирку Sirey, S. 1890, 1, 300.

(22) Види *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* — R. G. 121, 78; R. G. 121, 177; R. G. 32, 41; R. G. 35, 53.

(23) Радојчић: *Основи трговачког права*, Београд, 1926, с. 155.

теорија тумачи да се овај принцип не примењује на грађанскоправни комисион који регулише чл. 406 Грађ. зак. (24). Ово је доследна примена чл. 164 Грађ. зак. на пуномоћство. Правило из овог прописа почива на принципу поштовања изјављене воље. Ако агент односно комисионар не изјави, или ако из околности не произилази да иступа за другог, комисионар не ствара никаква директна права или обавезе за свог налогодавца — комитента. Пракса је утолико ублажила ово правило што суд инсистира на утврђивању чињенице за чији је рачун агент иступао, ако то интерес трећег лица налаже (25). Наравно, ово не значи да права комисионара, из уговора који је закључио у извршењу налога, не могу уопште да пређу на комитента. Комисионар може да пренесе своја права према трећем лицу на комитента путем цесије (што чл. 392 и помиње). Но, то је нов правни посао (27).

Принцип непостојања непосредног односа између комитента и трећег лица усвајају такође и други правни системи којима је немачко право служило за узор. Тако поступа Швајцарски законик о облигацијама. У чл. 425 Законик упућујена аналогну примену одредби о пуномоћству, односно мандату. Ове пак, у чл. 401 истог законика, предвиђају законску цесију, односно суброгацију комитента, односно властодавца уопште, у права пуномоћника према трећем лицу моментом када властодавац испуни своје обавезе према пуномоћнику. Овим је положај комитента знатно побољшан у односу на немачко право (28), а практично ближе решењу које усваја англо-америчко право. Међутим, и сама немачка правна теорија склона је примени овог решења у немачкој пракси путем давања овог тумачења чл. 392, ст. 2, Нем. трг. зак. у случају када је треће лице исплатило неку суму новца (29). Видећемо касније да и само немачко право допушта, као изузетак, пренос комисионаревих права према трећем лицу на комитента путем законске цесије. Наравно, права могу бити пренета и обостраном сагласношћу комитента и комисионара, путем уговорне цесије. Међутим, проблем баш и постоји када такве сагласности нема, у случају стечаја или уопште инсолвентности дужника која доводи до тога да повериочева права буду, необезбеђена.

У француском праву принцип непостојања непосредног односа између комитента и трећег лица заснива се на општем принципу релативности уговора који утврђују чл. 1165 и 1134 Франц. грађ. зак., регулишући дејство уговора према трећим лицима. Уговор закључен између комисионара и трећег лица је *res inter alios acta* за комитента. Он не може да има непосредна права према трећем лицу. Ово је такође и схватање бел-

(24) Балог: Послови привредног права, Београд, 1952, с. 134; Илић: Привредно право, Сарајево, 1959, с. 348; Растовчан: Компаративно трговачко право, Загреб, 1954.

(25) Види Schlegelberger: op. cit., Bd. IV, S. 1946—1947; Gierke: op. cit., S. 526; за аустриско право види Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels, Wien, 1949, S. 42.

(26) Müller—Freienfels: наведени чланак где се наводе следећи случајеви из судске праксе: R. G. — 100, 190; R. G. — 109, 167; R. G. — 140, 229.

(27) О цесији види чл. 398—413 Нем. грађ. зак.

(28) За швајцарско право види: Oser—Schönenberger: Kommentar, S 1490 и Schneider—Fick: Commentaire de Code Fédéral des Obligations, Neuchâtel, 1955, pp. 701—702.

(29) Види Ehrenberg: op. cit., Bd. V, S. 938; Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, уз чл. 383, A, 31; Rambach—Duden: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, уз чл. 392, D.

гиског, холандског и других правних система који се угледају на француско право (30). Међутим, систем француског облигационог права нормиран у Code civil-у даје изузетке допуштајући, у одређеним случајевима, непосредно дејство уговора према трећем лицу. Један од изузетака, који у практичном погледу приближава решење француског права англо-америчком *undisclosed agency*-у јесте начело утврђено у чл. 1166 Code civil-а. Сагласно овом правилу, треће лице и комитент могу, један према другом, као повериоци агента, да врше права комисионара која овај има према сваком од њих, ако комисионар пропусти да то учини. Ова тужба, названа у теорији облигационог права *action oblique*, има за сврху да повериоцу омогући да реализује према трећем лицу права која повериоцев дужник има према трећем лицу, када дужниково пропуштање да то сам учини прети да нанесе штету интересима повериоца (31). Наравно, догод је дужник солвентан, нема опасности по повериоцев интерес те се не може користити ова тужба. То практично значи да се случајеви коришћења наведене тужбе, када је у питању комисионар, појављују тек када је комисионар инсолвентан или пао под стечај (31).

Други изузетак, у француском праву, даје такозвана *action de in rem verso* заснована на правилу из чл. 1375 Франц. грађ. зак. (ово је интерпретација правне теорије, мада принцип обogaћења без основа, који је примењен у овом случају, није изричито формулисан). Сагласно овоме, треће лице може да има непосредну тужбу према комитентну ако је комисионар предао комитенту све користи из посла са трећим лицем, као и обрнуто ако је комисионар пренео све користи из посла на треће лице, односно извршио према њему обавезу а да није обезбедио противпретацију у корист комитента.

У случају из француске судске праксе комитент, *Duhamel*, дао је налог комисионару, *Lemercier*-у, да му прода робу. Склапајући посао са трећим лицем, *Didon* и *Lecesne*, комисионар открије име комитента упркос изричите забране овога. *Didon* и *Lecesne*, знајући име комитента, туже овог непосредно за неизвршење обавезе. Суд, налазећи да нема места примени *action oblique* на коју се позива треће лице, одбије захтев по том основу, али призна тужиоцу право на основу *actio de in rem verso*, но као ненадлежан за те спорове упути га другом суду. — Види D.P. 1906. 2. 191; види такође D. 1854. 5. 483; D. 1879. 1. 403; D. 1904. 2. 192.

Одступање од европских права које изгледа, у овом питању, ближе англо-америчком решењу, показује шпанско право допуштајући комисионару да иступа било у сопствено име (чл. 246 Трг. зак.) било у име комитента (чл. 247 истог Законика) (33).

(30) Исто правило утврђује чл. 381 Итал. трг. зак. (старог); чл. 848 Турског трг. зак. од 1926 (сада укинутог).

(31) О принципу релативности уговора види: Planiol—Ripert: *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1930, T. VI, pp. 459 esq.; Escarra: *Manuel du droit commercial*, T. II, No. 1062; Lyon—Caen et Renault: *op. cit.*, T. III, No. 479.

(32) Види коментар уз објављени случај из судске праксе: (Збирка Dalloz) — D. 1951, 586. О „*action oblique*“ види Planiol—Ripert: *op. cit.*, T. VII (Paris, 1954), p. 226 esq.; у вези са пуномоћством уопште види Planiol—Ripert: *op. cit.*, T. XI, (Paris, 1954) p. 906; види такође Müller—Freienfels: наведени чланак, S. 34.

(33) Види Hamel: *op. cit.*, S. 32.

б) Право трећег лица на избор између тужбе према комитенту и тужбе према комисионару. — Прихватајући схватање комисиона као дела јединственог система заступништва, англо-америчко право је дошло до правила да комитент, једном откривен, може да буде непосредно тужен од стране трећег лица, по уговору који је комисионар закључио са трећим лицем за његов рачун. Значи, треће лице има, у погледу тужбе за извршење уговора, право избора између комисионара и комитента. Ово вреди било да је реч о „потпуно откривеном налогодавцу“ (*disclosed principal*) или „делимично откривеном налогодавцу“ (*partially disclosed principal*), када је познато да налогодавац постоји, али је непознат његов идентитет, ако га треће лице касније утврди). У овоме се питања енглеско и америчко право разилазе. Енглеско право сматра да право избора на страни трећег лица ишчезава ако оно, не знајући за комитента, исходи пресуду против комисионара. Такво схватање примењује се чак и у случају да је комисионар инсолвентан. Ово је такозвана *merger* теорија (основ тужбе, једном изјављен, утапа се у пресуду). Као водећи случај за ово правило наводи се случај *Priestly* против *Fernie*-а, (33) као и случај *Kendal* против *Hamilton*-а (34).

У случају *Kendal* против *Hamilton*-а, тужилац је исходио пресуду против *Wilson*-а & *McLay*-а ради повраћаја позајмљеног новца. Услед инсолвентности туженог, пресуда није извршена. Након тога тужилац утврди да је неки Хамилтон био тајни ортак туженика *Wilson* & *McLay*-а и посебном тужбом тужи Хамилтон-а као „прикривеног налогодавца“ (*undisclosed principal*-а). Суд је нашао да је дошло до преклузије права избора услед првобитне тужбе (35).

У овом питању америчко право не иде потпуно за енглеским. Амерички прецеденти стоје на становишту да треће лице може да тужи комитента, односно *undisclosed principal*-а чак и после добијања пресуде против комисионара, ако је чињеница постојања комитента откривена тек пошто је тужба већ поднета против комисионара. Ово правило је нашло потврду у низу прецедената у америчкој пракси, а прихваћено је и у *Restatement of Agency* (36). Као случај који сажето изражава владајуће америчко гледиште наводи се *case Old Ben Coal Co. против Universal Coal Co.*

На основу склопљеног уговора о испоруци сто кола угља по цени до \$ 1.40 по тони, тужилац је исходио пресуду против туженика за накнаду штете пошто је овај, после четврте испоруке прекинуо даље слање. После добијене пресуде тужилац утврди да је туженик, *Universal Coal Co.*, био у овом послу, као и у свом пословању уопште, више комисионар *Price Hill Colliery Company*, под чијом је контролом и радио. Бојећи се избегавања одговорности од стране туженог, тужилац управи захтев према комитенту. После више расправа исходи пресуду којом се *Price Hill Colliery Company* обавезује, као комитент, за обавезе свог комисионара, *Universal Coal*

(34) *Priestly v. Fernie* 1 H & C 911 (1865); *Kendal v. Hamilton* (1879) 4 App. Cas. 504; види такође случајеве: *Hammond v. Schoiffeld* (1891) 1 G. B., 453; *M. Brennan & Sons v. Thompson*, 33 Ont. L. R. 465 (1915) — наведени према *Seavey*: op. cit. p. 216 in fine.

(35) Наведено према *Person-y: Principles of Agency*, p. 264. Види такође *Mechem: Outlines on Agency*, p. 102.

(36) Види *Restatement*, чл. 209 и случајеве које наводи *Seavey*: op. cit., p. 218.

Companu. Образложење је било да је суд допустио тужбу против комитента и после добијања пресуде против комисионара, пошто пресуда према комисионару није извршена (37).

Прецедентно право чини комитента одговорним чак и у случају када је овај дао комисионару новац или робу за извршење уговора, па он из неког разлога не испуни обавезу. Ово правило, које је настало као прецедент супротно енглеској судској пракси, наишло је на различити пријем код америчких правних писаца. Једни су за примену енглеског правила и у америчкој пракси, тј. противе се праву трећег лица да тужи комитента, ако је исходило пресуду против комисионара (38). Други пак сматрају питање отвореним те га треба решити према општим начелима о заступству која, према овима, јасно говоре да комитент не би требао да се сматра ослобођеним обавезе плаћањем, односно давањем робе комисионару (39). Ово правило се прихвата условно — ако то не би било неоправдано с обзиром на понашање комитента и трећег лица, на пример, ако је треће лице својим понашањем довело и комитента у заблуду да је посао уредно обављен, губило би право на тужбу према комитенту (40). Неки пак правни писци заступају мишљење да би треће лице требало да има право да тужи било комитента било комисионара све док дуг не буде намирен. Ово схватање је нашло примену у пракси суда државе Пенсилваније, али је остало схватање мањине и није прихваћено у *Restatement-у on Agency* (41).

У склопу изнетог проблема поставио се и низ других питања. Тако, једна група судских случајева допушта трећем лицу да тужи и комисионара и комитента једном тужбом, с тим да се у току спора одредели за једног од њих. Ово одређивање треба да уследи после *verdict*-а, а пре доношења коначне одлуке (42). Слично схватање је усвојено у *Restatement-у on Agency* (43). Различита су схватања изражавана у погледу једног још даљег корака — допуштања пресуде против обојице, комисионара и комитента (44). Као водећи наводи се случај *Thompson* против *Davenport*-а (45), који допушта примену правила само ако је стање рачуна између комитента и комисионара измењено на штету комитента.

У континенталној правној теорији, сагласно изнетим начелима, ови се проблеми не постављају. Треће лице, по правилу, нема право на тужбу према комитенту. Као што ћемо касније видети, треће лице може једино да стави захтев према стечајној маси. Међутим, случај сличан наведеним могао би се јавити када је у питању однос агента и властодавца. Треће

(37) Наведено према *Conard-у*: *op. cit.*, pp. 312—314.

(38) Види *Mechem*: *Outlines*, одељак 469, белешка под 27.

(39) *Seavey*: *op. cit.*, p. 212.

(40) *Restatement on Agency* регулишу ово питање чл. 208.

(41) Види *Maurice Merrill*: *Election (undisclosed agency)*, „*Nebraska Law Review*” Vol. 34 (1954), p. 613; види такође *Restatement*, чл. 210 i 337.

(42) *Mechem*: *Outlines*, p. 107.

(43) Види чл. 210; схватања и случајеви за и против наводе се код *Seavey*-а: *op. cit.*, p. 218.

(44) Практика је подељена; случајеви за и против наводе се код *Seavey*-а: *op. cit.*, p. 219.

(45) *Thompson v. Davenport* (1829), B & C, 78; случај са супротним решењем *Helad v. Kemtworthy*, 10 Ezch. 739 (1855); као случај из америчке праксе који се бави овим питањем наводи се *Fradley* против *Hylland*-а, (1888) 37 Fed. 49 — наведено према *Mechem-у*: *Outlines*, pp. 99, 121.

лице би могло, у случају да је властодавац својим понашањем довео треће лице у заблуду да је посао уредно обављен са агентом, да тужи властодавца или да одбије његов захтев, већ према томе о каквом је правном послу реч.

в) Одговорност „*undisclosed principal*”-а за радње комисионара ван оквира налога. — Англо-америчко право чини *undisclosed principal*-а, односно комитента одговорним према трећем лицу и када *agent*, односно комисионар прекорачи оквира добијеног налога или неовлашћено иступи. На пример, ако комисионар поверену му робу прода и то учини појављујући се привидно као власник те робе, па потом не преда комитенту примљену цену, комитент неће моћи да исту захтева од купца (46). При овоме, англо-америчко право прави разлику између привидног властништва и привидног права располагања туђом својном. Привидни овлашћеник располагања својном неће моћи да предузме правоваљано неке радње које привидни власник може. На пример, неће моћи да располаже својном у сврху намирења својих сопствених дугова (47). Ова разлика потиче из саме разлике у природи овлашћења сопственика и пуномоћника. Генерални пуномоћник (менеджер у америчкој пракси) обавезиваће власника свим својим радњама које спадају у уобичајена у обављању генералног пуномоћства. Ако се пак неко привидно појављује као власник, кривицом правог сопственика, он ће обавезивати правог сопственика свим радњама које нормално спадају у делокруг власника (48). Покушај да се овај однос објасни са *apparent authority* („претпостављено пуномоћство”) је критикован (49). Пошто комитент (односно *undisclosed principal*) остаје скривен, односно непознат, он, примећује се, не може трећа лица ни да доведе у положај да поверују да је било коме (у овом случају комисионару) дао какво овлашћење. Отуда, указује се на решење дато у чл. 194 *Restatement*-а према коме је властодавац одговоран за све радње генералног пуномоћника и када овај дела изван оквира свог овлашћења. Коментар уз овај члан објашњава ово решење „привидним властништвом”, поричући постојање претпостављеног пуномоћства (*apparent authority*) (50). Правило из чл. 194 даље је развијено у чл. 195 *Restatement*-а који га примењује на пословно заступништво чинећи *undisclosed principal*-а, тј. комитента одговорним за радње лица коме је поверио вођење својих послова и у случају када ово лице ради противно добијеним упутствима, под условом да су такве радње уобичајене у пословима који су му поверени. Ову ситуацију коментар објашњава помоћу *inherent agency power* (овлашћење које проистиче из самог заступничког односа и које

(46) Види *Rabone* против *Williams*-а, 7 T. R. 360 N (A), 1875 и друге случајеве које наводи *Person*: op. cit., 306, 307, види такође *Restatement of Agency*, чл. 306—7.

(47) Види случајеве које цитира *Person*: op. cit., p. 235.

(48) Види *Conard*: op. cit., p. 385.

(49) *Restatement of Agency* дефинишу „*apparent authority*” у чл. 8 на следећи начин: „Претпостављено пуномоћство је овлашћење да се утиче на правне односе дугог лица путем послова са трећим лицима, под видом пуномоћника (агената) другог лица, које проистиче и у сагласности је са изјавама другог лица према трећим лицима”. — Коментар додаје да се под изјавом подразумева свако понашање које може да наведе треће лице у то да верује да је неко пуномоћник, односно агент лица у питању.

(50) Правило је примењено у случају *Meisel Trunk Co.* против *Duncan*, 141, *Kans.* 564.

се претпоставља ради заштите лица која послују са нечијим агентом или намештеником — под појам агента укључује се и комисионар).

Питање одговорности комитента (односно *undisclosed principal*-а) по основу претпостављеног пуномоћства (*apparent authority*) спорно је, међутим, и даље у англо-америчком праву. Често је дискутован у вези са овим питањем, случај *Wateau* против *Fenwick*-а:

Туженик, пивар, купио је гостионицу од неког *Humble*-а, остављајући га да је и даље води као да је власник. При томе, наложио му је да пиће купује само од њега и да, сем малих изузетака, ништа не набавља сам (на своју руку). *Humble* се није држао овог упутства већ је куповао цигарете и друге артикле уобичајене за овакве гостионице и које по општој пракси сваки пословођа може да набавља на кредит. Суд је нашао да је туженик обавезан за дугове које је *Humble* начинио на овај начин, не признајући према трећим лицима дејство ограничења која су стављена поменутом *Humble*-у (51).

Решење које је у овом случају усвојио суд критиковано је што намеће одговорност у случају где нема ни стварног нити привидног овлашћења. Ипак, прецедент је слеђен, а наместо коришћења правне конструкције *apparent authority*, за објашњење се предлагала *estoppel* доктрина (52).

Југословенско, као и континентално право уопште, иде нешто друкчијим путем у решавању овог проблема. Разлика проистиче из различите основне концепције уговора о комисиону. Англо-америчко право, допуштајући непосредни однос између трећег лица и комитента, примењује на случајеве прекорачења комитентовог налога или неовлашћеног иступања комисионара општа правила о пуномоћству. Под одређеним околностима, без обзира да ли је у питању обичан налогодавац, односно властодавац (*principal*) или комисионар (*undisclosed principal*), исти је везан радњама агента, односно комисионара и када овај дела ван оквира датог налога или без налога. Да ли ће се применити теорија о *apparent authority*, или *apparent ownership* или *estoppel* доктрина, није за нас овде битно. Важно је да комитент може да буде непосредно одговоран за радње комисионара које су ван оквира датог налога или предузете чак и без налога. У континенталном праву, међутим, питање прекорачења налога од стране комисионара или делање без икаквог налога, поставља се као проблем односа комитента и комисионара, а не и комитента и трећег лица. Правило је да комисионар не мора да призна посао за свој. Уз ово иде и право на накнаду штете од комисионара, ако иста проистекне по комитента из прекорачења налога, односно непридржавања добијених упустава. Тако, ако комисионар прода робу испод цене коју му је комитент одредио као границу, биће дужан да комитенту накнади разлику у цени, ако не докаже да је то учинио да би избегао већу штету по комитента. Ако при куповини пак плати већу цену од оне назначене у налогу, комитент може

(51) Види *Seavay*: op. cit., pp. 190—194.

(52) „*Estoppel*” доктрина почива на принципу „equity” по коме једно лице не може да се позива на опозивање или ограничење изјаве (изричите или које проистиче из понашања) ако такво позивање наноси штету трећем лицу које је своју радњу засновало на претходној изјави таквог лица.

да одбије да призна посао за свој, али мора одмах да обавести комисионара о свом одбијању (53).

Мада разлика између англо-америчког и континенталног права, у погледу изнетих решења, изгледа одсечна када се поређење врши у оквирима комисионог посла, решења англо-америчког права нису непозната континенталном праву. Оно такође усваја нека аналогна решења, али само за агента, односно пуномоћника уопште. При томе правила су дата кроз регулисање неовлашћеног пуномоћства (*falsus procurator*), пуномоћства по запослењу и прекорачења овлашћења од стране пуномоћника.

Према општим правилима о пуномоћству која су унета у југословенске Опште узансе за промет робом (узансе 37—42), властодавац није обавезан по уговору који је неко лице неовлашћено закључило (узанса 41 — *falsus procurator*) или је при закључивању прекорачило овлашћења (узанса 39). У овом другом случају се гледа и на савесност трећег лица те уговор обавезује властодавца, ако треће лице није знало нити је морало знати, према околностима, за прекорачење овлашћења. Ово правило се примењује и за случај када је уговор закључен на основу пуномоћи чија је важност престала (узанса 42).

Правило које регулише питање склапања посла без пуномоћства било је садржано и у Југословенском трговачком закону од 1937 у чл. 74. Ово правило одговара чл. 52 бившег Хрв. трг. зак. и чл. 55 Босан. трг. зак., односно њиховом изворнику, чл. 55 Аустр. трг. зак.

Претходно изнети случај из англо-америчког права *Water v. Fenwick*, био би решен у континенталном праву на исти начин применом правила о пуномоћству по запослењу. Правило је садржано у узанси бр. 40 Југословенских општинских узанси за промет робом. Аналогно правило било је садржано у чл. 72 Југ. трг. зак., чл. 47 Хрват. трг. зак., чл. 50 Босан. трг. зак. и њиховим изворницима, чл. 50 Аустр. трг. зак. и чл. 56 Нем. трг. зак.

У погледу трговачког агента, односно пуномоћника који није у служби властодавца, већ заступање обавља у виду свог самосталног занимања, прекорачење налога који је по обиму овлашћења ужи од претпостављеног обима који је дат у закону, може се истицати према трећем лицу само ако је оно знало за постојеће ограничење. Ово правило је било садржано у чл. 78, ст. 4, бив. Југ. трг. зак. (на пример, када је агент ограничен само на посредовање, без права закључивања уговора).

Немачко право и права сачињена по угледу на њега познају и посебну врсту најширег пуномоћства, названо „прокура“, чији је обим утврђен законом. Свако ограничење овог пуномоћства је без важности према трећим лицима, према чл. 50 Нем. трг. зак. и чл. 63 Југ. трг. зак. од 1937 (сем ако је у питању намера трећег лица да нанесе штету комитенту — тада ограничење важи). Швајцарско право, чл. 459 Зак. о облигацијама чини зависним дејство према трећем лицу од његовог знања о постојању ограничења.

(53) Ово правило садрже, од старих југословенских закона, Хрв. трг. зак. у чл. 370 и Босан. трг. зак. у чл. 383. Исто правило садрже њихови изворници, Аустр. трг. зак. у чл. 364 и Нем. трг. зак. у чл. 286, а по угледу на последњи и Швајц. зак. о облигацијама у чл. 428, нешто измењен је део о продаји испод цене, а додат део о повољнијој продаји и обавези комисионара да преда и део цене постигнут преко цене дате у налогу.

Француско право прихвата такође правило да властодавац није везан уговором који пуномоћник закључи прекорачујући обим датих овлашћења. Правило је утврђено у чл. 1998, ст. 2, Франц. грађ. зак. Властодавац може пак изричито и прећутно да ратификује и такав посао (што допуштају уосталом и друга права која смо наводили). Правило је примењено у низу судских одлука (54) штитећи пословни промет, француски суд је начинио један корак даље дајући заштиту и трећем лицу које bona fides потпише уговор са пуномоћником који је прекорачио овлашћење или чак био без овлашћења. Француски Закон о друштвима са ограничењем одговорношћу од 7 марта 1925, у чл. 24, отишао је најдаље проглашавајући ништавим према трећем лицу свако ограничење пуномоћства лица коме је поверено вођење послова друштва.

Делимично излагање из оквира уговора о комисиону, које смо учили задржавајући се на правилима о пуномоћству, односно само на неким од тих правила, било је условљено структуром англо-америчког *agency*. Поређење је захтевало овакав поступак, но дање залажење у област пуномоћства и заступања у континенталном правцу водило би нас ван оквира које смо себи у овом раду поставили.

г) *Стечај комисионара у континенталном праву и непосредни однос комитента и трећег лица.* — Идеја о постојању непосредног односа између комитента и трећег лица налази у континенталном праву најприближнија решења у вези са стечајним правом. Уствари, питање непосредног односа између комисионара и комитента поставља се, и у англо-америчкој пракси, онда када комисионар постане инсолвентан или пренебрегне бригу о комитентовом интересу. То су, на другој страни, најчешћи случајеви у којима треће лице, вршећи своје право избора, тужи непосредно комитента. Из тог истог разлога и континентално стечајно право даје, у вези са стечајем комисионара, решења која су практично блиска англо-америчком непосредном односу између комисионара и комитента.

Тако, чл. 374 бив. Хрв. трг. зак. одређује, у погледу унутрашњег односа комитента и комисионара и његових поверилаца, да се тражбине комисионара према трећем лицу сматрају према комисионару и његовим повериоцима као тражбине комитента и када нису биле уступљене. Примењено на стечај, ово правило даје комитенту искључиво право на тражбине комисионара према трећем лицу и оне не улазе у стечајну масу. Ако је комисионар већ раније примио намирење, пошто је примљени износ већ ушао у стечајну масу, комитент се, за тај износ, третира као обичан стечајни поверилац. Исто решење усвајају и Бос. трг. зак. чл. 387 и Аустр. трг. зак., чл. 368. Ова решења старог југословенског права имају свој крајњи узор у немачком праву (чл. 392, ст. 2, Нем. трг. зак.).

Чл. 43 и 46 Нем. стеч. зак. (Konkursordnung-a) држе комитента за повериоца трећег лица искључујући повериоце комисионара — значи као повериоца са правом првенства намирења (55). Ово, за разлику од решења које усваја Хрв. зак., односно бивше југословенско право, чак и када је

(54) S. 1829. 1. 223; D. 1880. 1. 252; D. 1906. 1. 66; D. 1910. 1. 72; D. 1925. 1. 168; S. 1930. 1. 107; S. 1936. 1. 145; Gaz. de Palais, 1939. 1. 330 — случајеви наведени према Plaoniot-Ripert-у: *Traité de Droit civil*, T. VI (Paris, 1952), p. 69, белешка под 3.

(55) Види одлуке судова: R. G. — 32, 42; R. G. — 32, 43; R. G. — 41, 4.

треће лице исплатило дуг, односно испунило обавезу (56). Ово је и решење и других права којима је немачко служило за узор. Тако, Швајц. зак. о облигацијама, чл. 401, ст. 2 и 3, прстеже законску цесију, односно суброгацију комитента у права комисионара према трећем лицу и на случај стечаја комисионара. Значи, комитент се јавља као привилеговани поверилац. Став 3 даје комитенту излучно право у погледу добара која је комисионар прибавио за рачун комитента. Овим се не дира у комисионарево право придржаја на тим добрима за његова потраживања према комитенту која потичу из извршења налога (57). Исто решење усваја и совјетско право у чл. 275 раније поменутог закона.

Француско право, у чл. 111 Уредбе (*décret-loi*) од 20 маја 1955, који се односи на стечај и судско поравнање (а одговара чл. 575 старог текста Трг. зак.) утврђује право комитента да, у случају стечаја комисионара пре наплате цене за продату комитентову робу, захтева цену директно од трећег лица путем тужбе за наплату цене (*action en revendication de prix*). Исто правило се примењује и код комисиона у пословима куповине за комитента, када комисионар падне под стечај пре но што је треће лице предало ствар за коју је примило цену од комисионара. Комитент има право да исту захтева непосредно од трећег лица. Такође, може се виндицирати роба затечена код комисионара приликом отварања стечаја која је предата ради продаје. Ово чак и ако се роба налази смештена код трећег лица ради продаје, под условом да до отварања стечаја није била продата (иначе може се поставити само питање потраживања према стечајној маси или тужбе *action en revendication de prix*) (58). Ако је, пак, роба продата, ма и да није предата трећем лицу, комитент неће моћи да захтева њено излучење из стечајне масе комисионара. Терет доказа идентитета робе чије се излучење тражи лежи на комитенту (59). Повраћај цене може се, међутим, захтевати само ако цена није наплаћена, њена вредност дата у природи или обрачуната кроз текући рачун између комисионара и трећег лица — купца. Ово схватање је заступљено и у југословенској судској пракси (60), као и у југословенској правној теорији (61). У француској пракси се поставило питање да ли се наведено правило може применити и на банкарске клијенте који су поверили банкарку хартије од вредности ради наплате, па овај у међувремену падне под стечај. Судска пракса је одговорила позитивно (62).

У случају истовременог стечаја комисионара и трећег лица могу настати различите ситуације. Ако се комитент појави са захтевом према трећем лицу, губи захтев према стечајној маси комисионара. Но, ако се појави са захтевом према стечајној маси комисионара, имаће само право

(56) Ehrenberg: *op. cit.*, Bd. V/2, S. 938; Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Pas. 383, A. 31; Ваumbach—Duden: *Handelsgesetzbuch* (Kommentar), уз чл. 393.

(57) Питање је било проблематично до доношења Закона о поступку. Данас нема више спора да чл. 106 и 242 Закона о поступку не дирају у ово решење. — Види Fick: *op. cit.*, S. 703.

(58) Види Lyon—Caen et Renault: *op. cit.*, (5 éd.), T. VII, p. 116 (No. 793 и даље); Encyclopédie Dalloz, *Droit commercial*, II, p. 205 (Nos. 2333—2394).

(59) Lyon—Caen et Renault: *op. cit.*, T. VIII, No. 796; D. P. 68. 1. 395; D. P. 1900. 1. 312; D. P. 1908. 1. 438; D. P. 1900. 2. 205.

(60) Види Збирку судских одлука, 1958, књига III, свеска 3, одлука бр. 588.

(61) Стражњици: н. д., с. 247; Радојчић: н. д., с. 115.

(62) D. P. 1930. 2. 193, белешка Cheron; D. P. 1939. 2. 57, белешка Chevalier.

на део који би треће лице редовно добило да се појавило са захтевом у стечају комисионара. Изнето решење се образлаже правилом да стечај не треба да доведе комитента у бољи положај од онога у коме би био да нема стечаја (63). Иста начела су примењена када је у питању захтев трећег лица према комисионару у стечају. У овом смислу се изјашњава и немачка правна теорија (64), а исто схватање је заступљено и у југословенској (65). Друкчије решење је прихваћено када је у питању комисион *del credere*. Клаузулом *del credere* комисионар гарантује успешно извршење посла. Француска правна наука тумачи ово као обезбеђење од инсолвентности купца. Отуда, у наведеном примеру, комитент би могао истовремено да се појави као поверилац у оба стечаја (и комисионара и трећег лица). У стечају трећег лица као поверилац за цену, а у стечају комисионара на основу гаранције од инсолвентности купца (66). У чл. 33 нацрта уговора о комисиону, редакција предложена на пленарној седници Комисије за реформу Франц. трг. зак. од 28 маја 1954., чини комисионара, код комисиона *del credere*, гарантом који солидарно одговара са трећим лицем за извршење обавезе према комитенту (67).

д. *Право трећег лица да одбије захтев комитента за извршење уговора* — Правило да комисионар својим иступањем ствара непосредни однос између комитента и трећег лица и да даје и комитенту право да себе „открије” и да непосредно ступи у правни однос који је за његов рачун започео комисионар, довело је у англо-америчком праву и до постављања питања да ли треће лице, под одређеним условима, може да одбије извршење уговора према комитенту. Као одговор прихваћено је као опште правило да комисионар, односно *undisclosed principal* не може да инсистира на извршењу уговора ако би његово „откривање” и преузимање даљег поступка око извршења уговора било штетно по треће лице. Ово последње не може да дође у гори положај због чињенице да се појавио налогодавац који је у тренутку закључења уговора био непознат. Отуда, аналогно суброгацији и цесији континенталног права, треће лице може да истиче према комитенту сва права и приговоре које је стекао према комисионару, као на пример приговор исплате, или компензације (68).

Могућност преноса комисионаревих права према трећем лицу на комитента предвиђају, од континенталних права, чл. 374 Хрв. трг. зак. чл. 387 Бос. трг. зак. чл. 368 Аустр. и чл. 392 Нем. трг. зак. Но, као што смо у уводу напоменули, у питању је цесија, тј. посебни правни посао а не непосредно право комитента. Француско право, као што је изнето, предвиђа суброгацију комитента у права комисионара према трећем лицу само у случају стечаја комисионара. У погледу односа који настаје овим преносом примењују се општа правила грађанског права о цесији, односно о суброгацији.

(63) Lyon—Caen et Renault: op. cit., Т. VIII, p. 130, No. 804.

(64) Jaeger: Kommentar zum Konkursordnung, 6—7 Auflage, Bd. 1. Liefer. 4, S. 635—640; Ehrenberg: op. cit., Bd. V/1, S. 1063.

(65) Радојчић: н. д., с. 155.

(66) Lyon—Caen et Renault: op. cit., Т. VIII, No. 804.

(67) Види Travaux de la Commission de Reforme du Code de Commerce, Т. V, p. 149.

(68) Види Story: On Agency (1882), p. 373.

Сама личност комитента, може, у англо-америчком праву, под одређеним условима, да буде довољан разлог за одбијање извршења уговора од стране трећег лица. Два су таква случаја у којима англо-америчко право санкционише овакво одбијање.

Први случај је кад се приликом склапања уговора имала у виду сама личност саговорача-комисионара (уговор *intuitu personae*). Као пример се наводи да би било апсурдно да неко преузме да изврши обавезу као што је свирање трећег баса у оркестру (на место лица које је уговорило) (69). Правило је садржано и у *Restatement-у of Agency*, чл. 309. У континенталном праву, ово питање се не поставља у вези са комисионим послом, али опште правило грађанског права примењује се на све уговоре *intuitu personae*.

Други случај у коме англо-америчко право даје право трећем лицу да одбије испуњење уговора према комитенту јесте када комитент, знајући или претпостављајући да треће лице не би склопило уговор са њим, подметне комисионара под видом да овај ради за себе или за фиктивног комитента (70). Овај случај би одговарао случајевима у којима би континентално право применило општа правила облигационог права о рушљивости уговора због преваре, или због заблуде у погледу личности. Наравно, као што смо истакли у претходном случају, до овакве ситуације у континенталном праву не долази код комисионог посла. Ипак, ако је приликом склапања уговора треће лице изричито условило или из околности произилази да је искључење комитента као саговорача било услов за закључење уговора, могло би да дође до одбијања извршења од стране трећег лица и у континенталном праву.

Закључак. — Заштита повериоца и трећег лица које дела у доброј вери били су одувек један од циљева облигационог права. Пораст промета, стварајући нове облике заступништва, учинио је ову заштиту сложенијом. Допуштајући индиректно заступништво или *undisclosed agency* однос, код кога заступник иступа у сопствено име а за рачун другог лица, право се нашло пред проблемом како, не дирајући у саму пословну трансакцију која је омогућена овом правном институцијом, обезбедити интерес комитента, па и самог трећег лица, посебно када инсолвентност или стечај комисионара доводи у питање извршење обавеза.

Решавајући овај проблем англо-америчко и континентално право су пошли различитим путем. Но, када се различити системи права суоче са истим проблемом, различите доктриналне концепције ће ипак водити ка истом практичном решењу. Не упуштајући се у оцену решења усвојеног од стране једног или другог система, препуштајући то правницима који примењују ове системе, трудили смо се да у овом раду покажемо у којој су мери разлике између два система стварне, а у којој потичу, односно остају више разлике у доктриналном прилажењу питању.

Остављајући по страни, за ову сврху, критике упућене решењу које усваја англо-америчко право, посебно критику о неслагласности овог ре-

(69) Mechem: Outlines, p. 110; Ferson: op. cit., p. 269, као и случајеви из судске праксе наведени на с. 267/8 истог дела.

(70) У прилог се наводи „New-York” case (Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co., 1914) 211, N. Y. 68, N. E. 88. Cf.

шења са принципа релативности уговора, англо-амерички прилаз решавању питања је несумњиво прагматичнији. Допуштајући непосредни однос између трећег лица које закључује посао са комисионаром и комитента за чији је рачун посао склопљен, англо-америчко решење је ближе економској суштини односа који настају код комисионог посла.

Континентално право, почивајући још увек у овој материји на традиционалним концепцијама римског уговора, усваја у овој новој материји коју је донео развој трговине, решења која су, у погледу односа комитента и трећег лица, супротна англо-америчким, а како нам се чини и противречна економској природи односа који ова правила треба да регулишу. Негирајући сваки однос између комитента и трећег лица, игноришући стварну позадину ових односа, континентално право даје предност доследности правног односа чувајући сигурност правне трансакције докле год то право допушта. Континентално право, у стварности, и нема други избор, ако хоће да задржи традиционална начела која регулишу облигационе односе, од којих је један и наведени принцип релативности уговора.

Ипак, када се, без обзира на ову спољну разлику, зађе у детаље датих решења, не може се избећи утисак да исти економски проблеми рађају иста практична решења, независно од правних принципа и теорија којима се они решавају. Право избора, како допушта англо-америчко право, између комитента и комисионара, користи се од стране трећег лица практично онда када испуњење обавеза од стране комисионара дође у питање било због његове инсолвентности, или просто због његовог нехата. Видели смо да ни континентално право не игнорише ову чињеницу. Више изузетака је дато у којима треће лице може да тужи непосредно комитента, ако је интерес трећег лица у питању кривицом комисионара. Путем законске цесије, односно суброгације, *action oblique* или *actio de in rem verso*, континентално право ствара непосредни однос између комитента и трећег лица, када правичност или суштина економских односа чини то нужним. Исто је тачно када је у питању заштита комитентових интереса према трећем лицу када комисионарев стечај прети комитенту губитком који право сматра неправичним.

Где је место југословенског права, као права једне социјалистичке земље у склопу ових проблема. Видели смо да наше право примењује на уговор о комисиону правила садржана у старим законима који су били на снази до револуције. У питању су такозвана „правнотехничка“ правила настала у тржишном промету у модерном друштву. Она нису једино могућа, а можда ни најбоља. Но, док један систем, капиталистички или социјалистички, користи тржиште као посредника у економској размени, и тако дуго док се економске јединке срећу на тржишту као независне јединке, право о заступницима, укључујући и право о комисиону, наћи ће своју примену. Југословенски систем је тај који, и у оквиру планске привреде, користи тржиште. Из овог разлога су правила која регулишу комисион у југословенском праву подударна правилима континенталног права коме, према својим традицијама и начину систематизације и правног регулисања, он и припада.