

vice versa, настаје у моменту закључења купопродајног уговора између трећег лица и комисионара. Концепцију директног правног односа комитента и трећег лица аутор доследно заснива на теорији непотпуног заступништва, за коју се одредио код дефинисања правне природе уговора о комисиону. Ова теорија решава, по мишљењу аутора, поред питања директне тужбе комитент—треће лице и обрнуто и проблем својине код куповног комисиона. Међутим, већина писаца и законодаваца у упоредном праву негирају постојање директног односа комитент—треће лице (изузев код стечаја комисионара), с обзиром на принцип релативности уговора, сматрајући да је за комитента уговор између комисионара и трећег лица »res inter alios acta«, као што је и за треће лице уговор између комитента и комисионара. Негирање директног правног односа премошћује се институтом цесије. Ово решење прихватају већина континенталних права као и позитивно југословенско право. Међутим, англо саксонско право код установе undisclosed agency, признаје директан правни однос између лица која би у континенталном праву одговарала комитенту и трећем лицу. Стога је овој установи посвећена значајна пажња, јер се концепцијом приближава ауторовом схватању комисиона. На крају, изложена су правна објашњења теорије о непотпуном заступништву код комисионог уговора и целисходност и правна прихватљивост предложене теорије за наше позитивно право.

У закључку се резимирају основна питања у вези комисионог посла и дају следећи ставови: 1) комисион води порекло из периода развијеног средњег века; 2) правну природу комисиона најадекватније објашњава теорија непотпуног заступништва; 3) комисиони посао је веома чест уговор робног промета у нас, посебно у спољнотрговинском промету; 4) постоји потреба за доношењем новог закона који би свестрано регулисао правна питања из комисиона.

Исто тако, истиче се реална могућност за светску унификацију овог института приближавањем решења континенталног и англоамеричког система на основу правне конструкције непотпуног заступништва.

Весна М. Јанковић

Др Марија Радовановић—Вучковић: ЗАСТУПНИШТВО У ГРАБАНСКОМ И ПРИВРЕДНОМ ПРАВУ БЕОГРАД, 1969, ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО, МОНОГРАФИЈА (47)

Овај рад представља докторску дисертацију браћену 1965. год. на Правном факултету у Београду.

Заступништво се дефинише као начин предузимања правних послова у име и за рачун другог, при чему аутор разликује заступништво као начин деловања за другог од правних односа који садрже овлашћење за заступање.

У првој глави „Потреба за заступањем и историјат његовог настанка и развој“ изложени су мотиви законодавца за прихватање установе заступништва и дати историјски разлози и правне предности заступништва.

Заступање пословно неспособних лица је први појавни облик заступништва, којим је дата могућност посредног учешћа у правном промету оним субјектима права који својим властитим изјавама воље не могу да остварују права и обвезе. Заштита имовине одсутних лица, непознатих наследника као и заштита у другим случајевима када то захтевају правичност и интереси лица која из објективних или субјективних разлога нису у могућности да их штите, за законодавца су разлози да непосредно обвезе друга лица у својству заступника.

Међутим, афирмација принципа заступања у теорији и пракси, као једног од основних начела модерног имовинског права и његово паралелно

постојање са основним начелом индивидуалистичког права, по коме се субјект у праву може обвезати само својим сопственим радњама, прешли су дуг пут развоја. Већина правних писаца сматра да је римским правом, с обзиром на његове особености: личноправни карактер облигације, строги формализам итд., доминирао принцип незаступања. Каснији нагли развој трговачког промета, међутим, ствара и нова одговарајућа средства правне технике. Принцип незаступања, поправља се увођењем тужби *actiones adiectivae qualitatis* којима је претор обавезивао и лица која нису лично закључивала правни посао. На тај начин, практично негиран искључити карактер начела незаступања. Идеја средњовековног европског права да се правни послови могу предузимати и посредством другог лица била је у ствари конкретизација идеје представљања канонског права. С друге стране, афирмација принципа аутономије воље допринела је истицању снаге воље и њених правних дејстава. Обе ове идеје допринеле су томе да је принцип незаступања постепено губио своју искључивост. Правноисторијски посматрано, заступништво је настало преображајем уговора о мандату. Европске кодификације 19. века (*Code civil*, Аустријски грађански законик и др.) познају заступништво као изузетак од начела незаступања.

Немачка правна теорија 19. века уводи, ради заштите интереса трећих савесних лица, разликовање тзв. унутрашњег и спољашњег односа код установе заступништва, дефинишући овлашћење за заступање као једнострану апстрактну изјаву воље (у односу према трећим лицима) која је правно независна од правних односа између заступаног лица и заступника. Тако се омогућило, наспрот теорије воље, обавезивање неовлашћеног заступаног лица у законом одређеним случајевима, према савесним трећим лицима. Међутим, аутор истиче да став о строгом раздвајању унутарњих и спољних односа код заступништва и инсистирање на апстрактном карактеру овлашћења за заступање не треба уопштавати. Напротив, принцип је да и поред савесности трећих лица, неовлашћено поступање заступника не обвезује заступано лице. Овлашћење за заступање претпоставка је предузимања правног посла који директно обвезује заступано лице. Правни однос између заступника и заступаног лица, тзв. унутрашњи аспект заступништва, основ су настанка овлашћења за заступање и правна судбина тог овлашћења процењује се према правном односу из којег извире. Аутор прихвата, поред ратификације правних послова као последице неовлашћеног заступања, обавезивање заступаног лица и без овлашћења само у оним изузетним случајевима, када постоји законом прописано чињенично стање на основу којег је треће лице могло поверовати да се заступање врши са овлашћењем. Даље су изложена упоредноправна решења појединих европских грађанских законика и ставови о заступништву у југословенском праву. Српски грађански законик, Општи имовински законик и Аустријски грађански законик не садрже заступање као начело. Поједини облици заступништва регулисани су у посебним законима југословенског позитивног права: Основном закону о старатељству, Закону о наслеђивању, Закону о односима родитеља и деце, Основном закону о предузећима итд.

Аутор особеност института заступништва види у директном правном дејству предузетих послова између заступаног и трећег лица, истичући да је заступништво једно од правнотехничких средстава деловања за другог. Затим, даје приказ одређивања појма и употребе термина заступништва у неколиких правних писаца и правно разликовање института од разних облика уговарања за другог, и тзв. „посредног заступништва”.

Основни елементи за постојање заступништва су: 1) овлашћење за заступање, 2) правно релевантна воља заступника, дакле способност за изјављивање сопствене воље и расуђивање и 3) *contemplatio domini*. Анализи ова три елемента посвећена је трећа глава рада. Овлашћење за заступање може настати изјавом воље заступаног лица и *ex lege*. Основ настанка овлашћења је критериј за разликовање заступништва на: вољно и законско. Иако се овлашћење за заступање најчешће и данас даје у оквиру

уговора о пуномоћству, могу и други уговори да садрже, поред свог специфичног предмета, и овлашћење за заступање, нпр.: уговор о раду, о ортаклуку итд. Под утицајем немачке доктрине о апстрактном карактеру овлашћења за заступање, вољно заступништво може настати и једностраном изјавом воље (НГЗ, ГЗ Грчке, и ГЗНР Мађарске). Међутим, у овом случају, за разлику од вољног заступништва настало у оквиру уговора, заступник је само овлашћен али не и обавезан да предузме одређене правне послове у име и за рачун заступаног лица. Принцип да је заступано лице директно обавезно према заступниковом саговорачу, претпоставља постојање овлашћења за заступање. Међутим, ексепција од наведеног начела постоји у више случајева; уколико су трећа лица савесна: прекорачење овлашћења, заступање по престанку овлашћења, случајеви привида постојања овлашћења, неовлашћено заступање послодавца код тзв. пуномоћства по запослењу и др.

Од посебног теоријског и практичног интереса је елемент изјављивања сопствене воље заступника. Питање шта ће се сматрати правнорелевантном вољом заступника своди се на расправљање о његовој пословној способности. Решења законодавства, судске праксе и теорије у овом случају нису јединствена. Већина законодавстава сматра да лице које не може пуноважно да предузима послове за себе, може да их предузима у својству заступника (СГЗ, АГЗ, ОИЗ, НГЗ, ГЗ Пољске, ГЗ Грчке, Италијански грађански закон, Отомански законик). Аутор подржава овај став уз образложење да посао који предузима заступник обавезује само заступано лице и наводи разлоге за такав став из једне одауке из француске судске праксе где се између осталог каже: „... услови за постојање пословне способности се разматрају у личности властодавца, а све што је повезано са изјавом воље... треба да постоји у личности заступника.” На крају овог дела се закључује да се ограничење пословне способности једног лица предузима у његовом интересу и зато се узевује само за вршење сопствених правних послова, а не и код предузимања правних послова у својству заступника. Овоме би требало додати да је овакав став, и поред практичних разлога свакако за дискусију и да ни југословенска правна теорија није јединствена у ставовима када је ово у питању. Трећи услов за постојање заступништва је *contemplatio domini* — намера заступника и његовог саговорника да правна дејства предузетог посла директно настану за заступано лице.

Посебна глава посвећена је разграничењу заступништва од сродних установа. Немачки правни писци средине 19 века Јеринг и Лабанд разликовали су заступништво од мандата, дефинишући интерни аспект односа између властодавца и налогодпримца-мандатора као мандант, а њихов однос према трећим лицима као заступништво. Међутим, иако је ову доктрину прихватио НГЗ, већина теоретичара се не слаже с овим гледиштем. Аутор истиче да је мандат један од уговора облигационог права који може бити и основ за настајање овлашћења за заступање, а да је заступништво један од начина предузимања правних послова за другог који и кад се појави у оквиру неког уговора може да постоји самостално у односу на основ свог настанка. Даље, код разграничења заступништва од мандата без заступања и комисионог налога, наводи се да и поред заједничког обележја: предузимања послова за другог, за заступништво је карактеристично непосредно правно обвезивање заступаног лица (*contemplatio domini*), одн. остајање по страни заступника од свих правних дејстава послова предузетих у име и за рачун другог. Исто тако, заступништво се разликује и од *negotium gestio*, по томе што незвани вршилац туђих послова предузима за господара посла правне или материјалне радње, без његовог налога, из чега произилазе и друге правне последице које овај институт раздвајају од заступништва.

Послеђња, шеста глава, посвећена је излагању теорије о правној природи заступништва. Суштина питања правне природе заступништва,

како истиче аутор, своди се на објашњење: зашто правни послови предузети од заступника стављају заступано лице, што се тиче правних дејстава тог посла, у такав положај као да га је оно само непосредно предузело. Ово теоријски осегљиво и често разматрано питање на практичном плану углавном је стварало тешкоће код оцне мана воље, савесности и несавесности и неважности правних послова уопште предузетих од заступника. Централно питање и теоријске и практичне дилеме састоје се у томе, чија воља суделује у закључењу правног посла преко заступника. Поред негативне теорије А. Дигија, најпознатије теорије које су покушавале да објасне правну природу заступништва су: теорија фикције, Савињијева теорија, Јерингова концепција заступништва, Пилонова теорија, теорија Попесцо-Рамниџеаноа, теорија Мадргауа, теорија концепције воље, заступање воље и заступање интереса.

Суштина теорије фикције је у томе што положај заступаног лица као повериоца или дужника из посла који је закључно заступник објашњава тиме што узима да га је заступано лице лично закључило. Фикција је у томе што „рађа једног важи као рађа другог“. Ова теорија је напуштена. Савињијева теорија изједначава заступника и гласоношу. Заступник сам преноси вољу заступаног лица. На тај начин воља заступаног учествује у закључењу правног посла и сва дејства, логично, непосредно обвезују њега. Јеринг је покушао да објасни суштину заступништва кроз чињеницу раздвајања основа (узрока настанка) од дејстава правног посла који је у ствари јединствен, везујући настанак посла за заступника а дејства за заступано лице. Пилонова теорија објашњава заступништво на основу објективистичке концепције облигације као везе између две имовине, наспрот римском схватању о личноправном карактеру облигационог односа. Међутим, Пилонова теорија даје објашњење само за уговорно заступништво — на основу мандата. Теорија Попесцо-Рамниџеаноа покушава да заступништво изједначи са установом агенсу англосаксонског права. Наведене теорије, међутим, објашњавају само уговорно заступништво, јер своју концепцију усклађују с принципом аутономије воље, па и кад је реч о законском заступништву, користе доследно појам воље: претпостављену вољу странака. Теорија француског теоретичара Мадргауа покушава да објасни правну природу и законског и уговорног заступништва, стављајући заступништво у оквире дефиниције правног посла, а основ настанка, сматра и за уговорно и за законско заступништво, елиминишући вољу у закону. По њему је закон извор облигација а не воља субјеката, узета сама по себи. Међутим, аутор ове студије истиче да је заступништво правотехничко средство, један од начина предузимања правног посла, и да се не може објашњавати идентификовањем с правним послом. По теорији кооперације воље, код закључења правног посла преко заступника учествују, што и сâм појам сугерише, обе воље: и заступаног и заступника. При томе, присталице ове теорије сматрају да у сваком конкретном случају треба утврдити на основу чије воље или у којој сразмери обеју воља је настао правни посао. Аутор сматра да ова концепција меша основ (извор) настанка заступништва и сâм институт. Концепција заступања воље и заступања интереса разликује: вољно заступање и заступање интереса (законско заступање). У оба случаја заступник својом вољом обвезује заступано лице, али то је тзв. квалификована воља — овлашћена воља. Овлашћење може настати изјавом воље заступаног лица или непосредно на основу законске одредбе. Дакле, заступништво је све до данас објашњавано било вољом заступаног лица било његовим интересом, или и једним и другим елементом.

Правилан је став аутора, дат у закључку овог рада, да је заступништво јединствена установа и захтева јединствено правно објашњење без обзира на основ настанка овлашћења за заступање (изјава воље или закон). Међутим, код одређивања правне природе овог доиста сложеног института, аутор не полази од конкретне анализе правних односа, него од чињенице да је принцип заступања укључен у модеран правни поредак.

ради заштите интереса учесника у правном промету. Овоме, додуше, претходи кратка експозиција која има карактер телеолошког објашњења афирмације заступништва. Такође се наглашава познати теоријски проблем објашњења правне природе заступништва. Теоријски покушаји да се објасни зашто дејства предузетог посла преко заступника директно обвезују заступано лице, темељили су се или на вољи заступаног или на његовом интересу, апсолутизујући један или други чинилац. Тачно је да у основи наших субјективних права лежи интерес, али наше обвезивање не правда се аутомаски интересом него претпоставља одређену законску одредбу, чијом се применом интерес реализује, или тај интерес дефинише изјаву воље која је у границама објективног права. Само тумачење и образложење схватања заступништва као посебног правног института дати су углавном описно, уз помоћ општих правних категорија: правног субјективитета и пословне способности. Обим и садржину ове две категорије, као и развој економске размене у друштву, аутор историјски правно везује за оформљење садржине и обима института заступништва.

Весна М. Јанковић