

UDK 347.413(37)

CERIF: S100, S114

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002124C

Dr Valentina Cvetković Đorđević*

NEPOSREDNO ZASTUPANJE U RIMSKOM PRAVU S OSVRTOM NA MODERNO PRAVO

Savremeno pravo ne može se zamisliti bez ustanove neposrednog zastupanja. Njeno doktrinarno utemeljenje tvorevina je moderne nauke. Prve moderne građanske kodifikacije, pod uticajem novovekovne prirodnopravne misli, ovlašćenje za zastupanje (punomoćje) regulišu u ugovoru o nalogu. U drugoj polovini 19. veka menja se shvatanje o odnosu punomoćja i ugovora o nalogu te, počev od nemačkog Građanskog zakonika, zakonski tekstovi, u koje spada i srpski Zakon o obligacionim odnosima, propisuju punomoćje odvojeno od ugovora o nalogu. Načelu savremenog prava o neposrednom zastupanju suprotstavlja se zabrana neposrednog zastupanja sačuvana u rimskim izvorima. Prema dominantnom stavu u pandektistici, čiji uticaj i danas postoji, rimsko pravo, usled te zabrane, nije omogućavalo neposredno zastupanje. U radu se analiziraju slučajevi u kojima se, zaslugom pretora i rimskih klasičnih pravnika, dozvoljava neposredno zastupanje. Izostanak pojmovnog definisanja i načelnog propisivanja neposrednog zastupanja ne opravdava tvrđenje da se u rimskom pravu ono nije primenjivalo.

Ključne reči: *Neposredno zastupanje. – Rimsko pravo. – Punomoćje. – Ugovor o nalogu. – Laband.*

1. UVOD

Zastupanje predstavlja jedan od osnovnih pojmova moderne pravne dogmatike. U evropskokontinentalnom pravu ustanova zastupanja beleži dug razvoj koji počinje u rimskom pravu. Izričite zabrane neposrednog zastupanja u rimskim izvorima dale su povoda različitim shvatanjima o

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs.

tome da li je rimsko pravo tokom viševjekovnog razvoja poznavalo neposredno zastupanje. Savinji (Savigny 1840, 96–97) obezvređio je zabranu neposrednog zastupanja u Justinijanovom pravu time što je ukazao na njenu malu praktičnu vrednost. Pandektisti su, suprotno Savinjiju, toj zabrani pridavali značaj zbog čega je u romanističkoj doktrini prevladala misao da u rimskom pravu nije postojalo neposredno zastupanje.¹ Protiv takve interpretacije rimskih izvora ističe se italijanski romanista Rikobono (Riccobono 1930), koji je temeljnim istraživanjem rasvetlio proces derogiranja drevne zabrane neposrednog zastupanja pokazavši da Justinijanovo pravo odgovara modernom pravu jer se u njemu priznaje neposredno zastupanje. Već je u klasičnom rimskom pravu, a još više u postklasičnom, ta zabrana izgubila svaku praktičnu vrednost, te njeno spominjanje u Justinijanovoj kodifikaciji ima samo istorijski značaj. Istra-

¹ Vladajuće mišljenje u 19. veku, čiji je uticaj i danas primetan, odricalo je načelnu mogućnost neposrednog zastupanja u rimskom pravu. Pravni pisci su se razlikovali u pokušaju da objasne razloge zbog kojih neposredno zastupanje nije postojalo u rimskom pravu. Prema Milenbruhovom (Mühlenbruch) mišljenju, neposredno zastupanje nije bilo moguće prilikom zaključenja ugovora jer je po rimskom shvatanju obligacija strogo lični odnos između poverioca i dužnika te bi se prenosom na drugo lice njena suština izgubila (Mitteis [1885] 1962, 10). Taj autor stoga smatra da u rimskom pravu načelno nisu bili mogući ni neposredno zastupanje ni cesija. Milenbruhovu argumentaciju u prilog nepostojanju neposrednog zastupanja u rimskom pravu pobija Šojrl (Scheurl), koji kaže da u slučaju neposrednog zastupanja nema prenosa obligacije već njena dejstva neposredno nastaju za zastupanog (Mitteis [1885] 1962, 10). Drugim rečima, neposredno zastupanje ne pretpostavlja prenos obligacije sa zastupnika na zastupanog, te nepostojanje neposrednog zastupanja nije uzrokovano nemogućnošću tog prenosa. Objašnjavajući razloge nepostojanja neposrednog zastupanja u rimskom pravu Unger (Unger) i Laband (Laband) polaze od apstraktnih kategorija poput suvereniteta subjektivne volje i egoizma (Mitteis [1885] 1962, 10). Prema njihovom shvatanju, one predstavljaju temeljne rimske vrednosti s kojima je nespojivo delanje u korist drugog. S obzirom na to da zastupanje pretpostavlja delanje u interesu zastupanog, ono nije moglo biti razvijeno u rimskom pravu. Do razvoja te ustanove dolazi pod uticajem hrišćanstva koje, suprotno rimskom egoizmu, propagira brigu o drugome i „ljubav bližnjeg svog“. Apstraktnu argumentaciju u prilog nepostojanju neposrednog zastupanja u rimskom pravu navodi i Šlosman (Schloßmann). On polazi od toga da je načelo *per liberam personam adquiri non potest* imalo apsolutnu važnost jer je predstavljalo „branu koja štiti ličnu slobodu od ekonomskog iskorišćavanja i poništenja ličnosti što bi najposle dovelo do brisanja granice između robova i slobodnih, te stavljanja slobodnih u položaj robova“ (Mitteis [1885] 1962, 11). Prema Jeringovom (Jhering) mišljenju, „simultanost“ sklapanja pravnog posla i njegovih dejstava predstavljalo je zapreku razvoju neposrednog zastupanja (Mitteis [1885] 1962, 12). Utemeljenje neposrednog zastupanja u klasičnom pravu bilo je otežano zbog toga što tada još uvek nije postojalo fenomenološko razdvajanje sklapanja pravnog posla od dejstava koje on proizvodi, te mogućnosti da posao sklapa jedno lice, a pravna dejstva posla nastaju za drugo lice. Mitajs (Mitteis [1885] 1962, 11) ustaje protiv spekulativnih objašnjenja koja polaze od apriorne ideje koja „diktira“ nepostojanje neposrednog zastupanja. Zabrana neposrednog zastupanja koja postoji u rimskim izvorima nastala je u običajnom pravu koje se nikako ne može dovesti u vezu s teorijskim i pravno-političkim spekulacijama. Osim toga, ta zabrana je u direktnoj suprotnosti sa drugim rimskim izvorima u kojima se dozvoljava neposredno zastupanje. To je dalo povoda Mitajsu i Savinjiju da se suprotstave vladajućem stavu u romanistici u 19. veku. Obojica zastupaju stav da je tokom razvoja rimskog prava bilo moguće neposredno zastupanje.

živanje u ovom članku ograničeno je na efekte neposrednog zastupanja poslovno sposobnog *sui iuris* lica. U savremenom pravu neposredno voljno zastupanje temelji se na ovlašćenju za zastupanje (punomoćju) koje zastupani (vlastodavac) pravnim poslom daje zastupniku (punomoćniku) da u njegovo ime i za njegov račun preuzima određene pravne radnje (čl. 89, st. 1 ZOO).² Takvo određenje neposrednog voljnog zastupanja plod je nauke 19. veka. Pokušaj utvrđivanja neposrednog zastupanja u rimskom pravu ne ogleda se u potrazi za slučajevima koji ispunjavaju pretpostavke te ustanove sadržane u njenoj savremenoj definiciji. Za potrebe razmatranja neposrednog zastupanja poslovno sposobnih *sui iuris* lica dovoljno je utvrditi jednu karakteristiku njenog savremenog određenja. Ta karakteristika tiče se pravnih dejstava radnje koju je preduzeo zastupnik, a koja neposredno nastaju za zastupanog. U rimskom pravu neposredan nastanak dejstava odgovara sticanju prava na odgovarajuće procesno sredstvo.

2. ZABRANA NEPOSREDNOG ZASTUPANJA

U rimskim izvorima nailazi se na izričitu zabranu neposrednog zastupanja u različitim formulacijama: *alteri stipulari nemo potest* (Iust. Inst. III, 19.19; D.45.1.38.17), *per extraneam (liberam) personam non adquiritur, per extraneam (liberam) personam nihil adquiri potest* (Gaius, Inst. II, 95; Paul Sent. V, 2.2), *nemo factum alienum promittere potest* (D.46.1.65). Njeno poreklo seže duboko u prošlost, kada je u rimskom pravu vladao strogi formalizam.³ Pravni poslovi su se sklapali izvršenjem svečane forme (forma *ad solemnitatem*). Kada je reč o mancipaciji (*mancipatio*), forma *per aes at libram* podrazumevala je učešće pet svedoka koji garantuju da su svi zahtevi forme u konkretnom slučaju zadovoljeni, te da je pravni posao zaključen.⁴ Na osnovu forme mancipacije pretpostavlja se volja mancipanta da prenese svojinu mancipataru odnosno da mu, u slučaju da ne dođe do prenosa, plati dvostruku cenu. Mancipacija nije mogla biti izvršena putem zastupnika jer svedoci na osnovu njene forme ne mogu da imaju saznanje o ovlašćenju za zastupanje, odnosno ne mogu da posvedoče da postoji volja zastupanog da se obaveže mancipataru (Mitteis [1885] 1962, 15). Za razliku od mancipacije, stipulacija

² Zakon o obligacionim odnosima – ZOO (Sl. list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Sl. list SRJ 31/93, Sl. list SCG 1/2003 – Ustavna povelja i Sl. glasnik RS 18/2020)

³ Prema mišljenju Mitajsa (Mitteis [1885] 1962, 18), upravo je strogi formalizam starog civilnog prava predstavljao smetnju sklapanju pravnih poslova putem zastupnika. Rikobono (Ricobono 1930, 392) smatra da u starom civilnom pravu nije postojalo neposredno zastupanje zbog toga što ono zahteva „snagu apstrahovanja“ koja nije svojstvena primitivnom pravu.

⁴ Mancipacija je imala za posledicu prenos svojine na mancipataru, te odgovornost mancipanta po osnovu *actio auctoritatis* ukoliko se taj prenos nije dogodio.

(*stipulatio*) sklapala se bez prisustva svedoka. Otuda razlog nemogućnosti sklapanja stipulacije putem zastupnika nije onaj koji važi za mancipaciju. Svim različitim hipotezama o poreklu stipulacije zajedničko je to što je dovode u vezu sa sakralnim elementima (Mitteis [1885] 1962, 16). Prema jednom shvatanju, stipulacija predstavlja zakletvu promisoru (dužnika) bogovima da će ispuniti dugovanu činidbu (Mitteis [1885] 1962, 17). Upravo zbog toga što sklapanje stipulacije predstavlja obavezivanje dužnika bogovima, nemoguće je da tu obavezu za račun dužnika preuzme neko drugi. Prema drugom shvatanju, u stipulaciji ne treba videti zakletvu već prosto obećanje dužnika koje uživa sankciju bogova (Mitteis [1885] 1962, 18). Bez obzira na to da li je stipulacija starog rimskog prava predstavljala zakletvu ili ne, ona je sadržala sakralne elemente zbog kojih nije mogla biti sklopljena putem zastupnika (Mitteis [1885] 1962, 18). Upravo u vezi sa stipulacijom i nastaje pravilo da se za drugog ne može stipulisati – *alteri stipulari nemo potest*, ali je vremenom ono prošireno na sve obligacije (Zimmermann 1996, 35). U savremenoj literaturi iznet je i drugačiji stav o mogućnosti neposrednog zastupanja prilikom sklapanja stipulacije. Finkenauer (Finkenauer 2008, 440–497) analizira slučajeve u kojima se sklapaju stipulacije s efektom neposrednog zastupanja. Taj efekat se ogleda u tome što je stipulaciju sklopilo jedno lice (najčešće prokurator), a pravo na tužbu na osnovu stipulacije (*actio utilis*) stiže drugo lice.⁵ Osim pretorskih stipulacija⁶, u još nekim slučajevima sklapanje stipulacije ima efekat neposrednog zastupanja.⁷

⁵ Prema civilnom pravu, zastupnik ostaje ugovorna strana, zbog čega ima pravo na tužbu, odnosno može biti tužen civilnom tužbom iz stipulacije. U praksi je, međutim, primena civilne tužbe bila onemogućena prigovorom (*exceptio*). Videti D.3.3.28. Tako Finkenauer 2008, 496.

⁶ *Cautio iudicatum solvi* (D.3.3.28), *cautio ex operis novi nuntiatione* (D.45.1.79), *cautio damni infecti* (D.39.2.18.16), *cautio de rato* (D.10.2.44.6; D.45.1.4.1), *addictio bonorum libertatis causa* (D.40.5.4.9; D.40.5.4.22; D.40.5.3). Paul (D.46.5.5) uopštava jer kaže da na osnovu svih pretorskih stipulacija koje je sklopio prokurator tužba za njihovo ispunjenje (*actio utilis*) pripada gospodaru. Videti Finkenauer 2008, 451–472.

⁷ U fragmentu D.12.1.26. prokurator vojnika (*procurator militis*) pozajmio je vojnikov novac i sklopio stipulaciju (*fideiussio*) kojom se jamči povraćaj predmeta zajma. Prema Ulpianu, pravo na tužbu na osnovu stipulacije ima vojnik čiji je novac pozajmljen. Videti Finkenauer 2008, 475–477. U fragmentu D.14.3.19.pr prokurator je na osnovu ovlašćenja gospodara uzeo na zajam novac i sklopio stipulaciju da će predmet zajma biti vraćen. Papinijan dodeljuje stipulatoru (zajmodavcu) protiv gospodara tužbu *utilis ad exemplum institoriae*, odnosno *actio negotiorum gestorum* (Finkenauer 2008, 477–478). U fragmentu D.14.3.17.pr Paul razmatra situaciju u kojoj se institor ovlašćuje da izvrši kupoprodaju robova i stoke. On sa kupcem sklapa stipulaciju kojom se obavezuje da će, u slučaju evikcije, biti isplaćena dvostruka cena (*stipulatio duplae*). Ako do nje dođe, kupac podiže tužbu *ex stipulatu* protiv gospodara. Ukoliko se, pak, institor nalazi u ulozi kupca, on prodavcu stipulacijom obećava isplatu cene (*stipulatio simplae*). Tužbu iz stipulacije za isplatu cene prodavac podiže protiv gospodara. Premda Paul to ne precizira, u ulozi institora može se javiti i slobodno lice koje se ne nalazi pod vlašću gospodara (Finkenauer 2008, 481).

U civilnom pravu, osim zabrane ugovaranja za drugog, važila je i zabrana sticanja za drugog – *per extraneam personam non acquiritur*. Sticanje za drugog u početku je bilo moguće samo u okviru porodice. U porodici je jedino paterfamilijas imao punu pravnu sposobnost zbog čega je u načelu jedino on imao imovinu. Promenom društveno-ekonomskih uslova paterfamilijas nije mogao sâm da sklapa sve pravne poslove, te se oslanjao na članove svoje porodice (pretežno sinove i robove).⁸ Korist iz posla koji je sklopilo potčinjeno lice pripada njegovom paterfamilijasu. U toj situaciji nije reč o voljnom zastupanju zbog toga što se potčinjena lica smatraju „produženom rukom“ svog paterfamilijasa (Kaser 1971, 262). Osim toga, korist iz posla koji je sklopilo potčinjeno lice pripisivana je imovini paterfamilijasa bez obzira na njihovu volju (Savigny 1840, 92–93). 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). Organizacija rimske agnatske familije i mehanizmi sklapanja pravnih poslova posredstvom potčinjenih lica u izvesnoj meri su zadovoljavali sve veće potrebe razvijenog rimskog društva ne dirajući u načelo rimskog civilnog prava *per extraneam personam non acquiritur*. Štaviše, Mitajs (Mitteis [1885] 1962, 25) smatra da su *actiones adiecticae qualitatis* bile smetnja načelnom priznavanju mogućnosti neposrednog zastupanja. Prema njegovoj proceni, Rimljani bi, zbog potreba pravnog prometa, verovatno uveli princip neposrednog zastupanja da pretor nije u svom ediktu propisao adjektivne tužbe. Osnovanost tog mišljenja nalazi se u Gajevim Institucijama (IV,71), u kojima se izričito kaže da je paterfamilijas za zapovednika broda ili za poslovođu krčme odnosno trgovačke radnje mogao postaviti slobodno lice izvan njegove porodice.⁹ Duboko ukorenjeno shvatanje Rimljana da neformalni sporazum ne stvara obligaciju (*nudum pactum non parit obligationem*) bilo je još jedna smetnja principijelnom priznavanju neposrednog zastupanja.¹⁰ Pa ipak, nepostojanje tog principa ne znači da rimsko pravo uopšte nije dozvoljavalo da lica koja se ne nalaze pod njegovom vlašću neposredno zastupaju poslovno sposobnog paterfamilijasa. U određenim slučajevima zastupanje je bilo posredno jer je zastupnik posebnim pravnim poslom bio dužan da prenese zastupanom efekte pravnog posla koji je sklopio u svoje ime a za njegov račun (Sanfilippo 2002, 98).

⁸ O zastupanju u pravnim poslovima u rimskom pravu videti Šarac 2008 i Polojac 2012, 441–452. O zastupanju u vezi sa trima adjektivnim tužbama (*actio institoria*, *actio exercitoria* i *actio quod iussu*) videti Miškić 2019. O efektima neposrednog zastupanja gospodarâ od roba u susvojini videti Katančević 2018, 333–345.

⁹ Rikobono (Riccobono 1930, 394) smatra da je jurisprudencija, u doba dinastije Severa, proširila primenu institorne tužbe (*actio institoria*) i na situaciju u kojoj je pravni posao preduzeo prokurator za račun gospodara.

¹⁰ Voljno zastupanje se temelji na opunomoćavanju koje se često ogleda u neformalnom sporazumu vlastodavca i punomoćnika. Ukoliko neformalni sporazum načelno nije pravno zaštićen, opunomoćavanje ostaje bez pravnih dejstava.

3. SLUČAJEVI NEPOSREDNOG ZASTUPANJA U RIMSKOM PRAVU

U rimskom pravu u načelu nije dozvoljeno zastupanje u poslovima starog civilnog prava (*stipulatio, mancipatio*). Nešto mlađa *in iure cessio* takođe nije mogla biti preduzeta posredstvom zastupnika (Mitteis [1885] 1962, 51). Neposredno zastupanje paterfamilijasa od lica koja nisu pod njegovom vlašću omogućeno je u određenim situacijama zahvaljujući delatnosti pretora i rimskih jurisprudenata. Pravnici su, tumačeći pretorov edikt, polazili od fikcije da se radnja preduzeta od zastupnika smatra radnjom preduzetom od zastupanog (Mitteis [1885] 1962, 69). Premda civilno pravo nije dozvoljavalo neposredno zastupanje, i u njegovom domenu javili su se izuzeci koji su se odnosili na sticanja državnine i svojine.

Van sudskog postupka¹¹ efekti neposrednog zastupanja prvo su nastali na osnovu materijalnih akata koje je jedno lice preduzelo za račun drugog lica kao što je primanje isplate od dužnika za račun poverioca (Orestano 1957, 798–799; Coppola Bisazza 2008, 60–61). O tome svedoči Plaut (254–184. godine pre n. e.) u komediji *Žizak (Curculio)*. Iz odlomka te komedije (*Curc.* 550) proizlazi da isplata učinjena oslobođeniku poverioca ima za posledicu gašenje duga (*solutio*). Ako dužnik isplati dug poveriočevom oslobođeniku, takva isplata ima liberatorno dejstvo za dužnika jer se smatra da je njegova obaveza prema poveriocu ugašena. Stoga se primanje isplate od oslobođenika može smatrati aktom neposrednog zastupanja patrona. Nakon što je oslobodio roba, gospodar ga je često postavljao za svog prokuratora.¹² Razvojem rimskog društva sve učestalije se za prokuratora postavljalo slobodno rođeno lice (*ingenuus*) koje nikada nije bilo pod vlašću gospodara posla. Takvo lice je moralo biti saglasno sa imenovanjem za prokuratora (*procurator invitus*, D.3.3.8.1). Isplata duga izvršena slobodno rođenom prokuratoru takođe je gasila obavezu

¹¹ Mogućnost neposrednog zastupanja najpre se javila u sudskom postupku. U vreme isključivog važenja legisakcionog postupka postojalo je zastupanje *pro populo* u sporovima od opšteg interesa (*actiones populares*). Zastupanje se javlja i u sporovima o slobodi (*pro libertate*) u kojima se zastupa osoba kojoj je osporen status slobodnog lica i *pro tutela* gde se zastupa maloletno lice. Zastupanje se omogućava i u sporovima *ex lege Hostilia* u slučaju krađe koju je pretrpelo: lice dok je u ratnom zarobljeništvu, lice koje je odsutno usled obavljanja posla u javnom interesu (*rei publicae causa*), maloletno lice čiji je tutor onemogućen da štiti pupiline interese iz opravdanih razloga (Iust. *Inst.* IV, 10.pr). U formularnom postupku proširuje se mogućnost procesnog zastupanja posredstvom kognitora i prokuratora (Gaius, *Inst.* IV, 82–84). U Justinijanovom pravu, koje karakteriše ujednačavanje različitih oblika procesnih zastupnika, postupak pokrenut od ili protiv prokuratora po okončanju proizvodi ista dejstva za zastupanog kao da je on neposredno učestvovao u njemu (Orestano 1957, 797).

¹² U početku je prokurator bio isključivo oslobođenik. On je zadržavao zavisan položaj prema patronu te nije mogao da odbije svoje imenovanje za prokuratora. Otuda se i pravna dejstva aktivnosti koje je obavljao po tom osnovu nisu razlikovala od onih koja su nastajala iz aktivnosti lica *alieni iuris* preduzetih za svog paterfamilijasa.

isplatioca (dužnika) prema gospodaru posla (poverioco), o čemu svedoče izvori klasičnog prava (D.46.3.12.pr; D.46.3.34.3). Fenomen zastupanja može se razmatrati u još nekim slučajevima izvršenja materijalnih akata koje preduzima jedno lice, a pravne posledice nastaju za drugo lice. Prema fragmentu D.43.26.6.1.¹³, ako prokurator na osnovu naloga gospodara zahteva ustanovljenje prekarijuma ili gospodar naknadno odobri taj zahtev, prekaristom će se smatrati gospodar.¹⁴ U fragmentima D.39.1.1.3.¹⁵ i D.43.24.3.pr¹⁶ dozvoljava se zastupanje u nuncijaciji (*nuntiatio operis novi*)¹⁷ i prohibiciji (*prohibitio*).¹⁸

Kada je reč o sticanju državine posredstvom drugog, u većini fragmenta zastupnik je prokurator. Papinijan saopštava da posredstvom prokuratora gospodar stiče državinu i bez znanja o tome. Međutim, za sticanje svojine održajem neophodno je da gospodar zna da je državina ustanovljena (D.41.2.49.2).¹⁹ Paul u fragmentu D.41.2.1.20. takođe kaže da se državina može steći posredstvom prokuratora.²⁰ Prema Neracijevom mišljenju, moguće je da gospodar neposredno stekne svojinu na osnovu akta prokuratora. Ako je prokurator po nalogu gospodara kupio stvar i preuzeo je u njegovo ime, svojinu neposredno stiče gospodar iako još ne zna da su kupovina i tradicija izvršene (D.41.1.13.pr).²¹ Za razliku od slu-

¹³ Ulpianus libro 71 ad edictum: *Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor.*

¹⁴ O zahtevanju (*rogatio*) prekarijuma putem posrednika videti Biavaschi 2006, 333–336.

¹⁵ Ulpianus libro 52 ad edictum: *Item nuntiationem et nostro et alieno nomine facere possumus.*

¹⁶ Ulpianus libro 71 ad edictum: *Prohibere autem non utique per semet ipsum necesse est, sed et si quis per servum suum vel procuratorem prohibuerit, recte videtur prohibuisse. Idem etiam si mercennarius meus prohibuerit...*

¹⁷ *Operis novi nuntiatio* predstavlja protest koji upućuje vlasnik zgrade (ili drugo lice u ime vlasnika – D.39.1.1.3) susedu koji je počeo da gradi neku građevinu tako da time ugrožava neko njegovo pravo (na primer službenost *non altius tollendi* ili sigurnost njegove zgrade ili zemljišta). Posledica protesta se ogledala u tome što je graditelj odmah morao prestati sa gradnjom jer bi, u protivnom, sused čije je pravo ugroženo od pretora dobio *interdictum demolitorium* na osnovu koga je bio ovlašćen da poruši susedovu građevinu. Videti Romac 1975, 383.

¹⁸ U fragmentu D.43.24.3.pr govori se o zabrani (*prohibitio*) koja se upućuje licu koje nedozvoljeno vrši određenu radnju na tuđoj nepokretnosti. Zabranu može uputiti ne samo vlasnik stvari već i njegov rob ili prokurator. Ukoliko zabrana ostane bez efekata, pretor pruža interdiktnu zaštitu držaocu stvari (*interdictum quod vi aut clam*).

¹⁹ Papinianus libro secundo definitionum: *Etsi possessio per procuratorem ignorantem quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.*

²⁰ Paulus libro 54 ad edictum: *Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur.*

²¹ Neratius libro sexto regularum: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietatem acquiritur etiam ignorantem.*

čaja u kome gospodar na temelju kupoprodaje koju je zaključio prokurator neposredno stiče državinu i svojinu, u drugom fragmentu (D.41.3.41)²² Neracije zahteva održaj da bi stvar ponovo bila u vlasti gospodara. Reč je o situaciji u kojoj je prokurator jednostranim aktom (*adprehensio*) uzeo stvar (*res furtiva*) koju je lopov prethodno ukrao gospodaru. Neracije ističe da je gotovo usaglašeno da se posredstvom prokuratora neposredno stiče državina, ali je neophodan održaj da bi se smatralo da je gospodar povratio vlast na stvari.²³ Iz Ulpijanovog fragmenta D.39.5.13.²⁴ saznaje se da gospodar neposredno stiče državinu i svojinu u situaciji u kojoj je izvršena tradicija *donationis causa* prokuratoru. Pritom, poklonodavac je tradirao stvar s voljom da je stekne gospodar, dok je prokurator primio stvar s voljom da je stekne za sebe. Iz tog fragmenta zaključuje se da se stvar može dobročino steći posredstvom prokuratora, pri čemu je irelevantno da li je on u trenutku sticanja imao volju da stekne za gospodara. Isti pravnik potvrđuje mogućnost neposrednog sticanja državine posredstvom prokuratora i na temelju kupoprodaje (D.41.2.42.1).²⁵ U slučaju da prokurator po nalogu gospodara kupi stvar, gospodar neposredno stiče njenu državinu. Ako je, pak, prokurator samoinicijativno kupio stvar za gospodara, on stiče državinu samo ako odobri kupovinu. U Digestama se nalaze i fragmenti u kojima je zastupnik slobodno lice koje nije prokurator. U fragmentu D.41.1.53. Modestin pravi razliku između civilnog i honorarnog prava u pogledu mogućnosti sticanja za drugog. Za razliku od civilnog prava, koje samo potčinjenim licima dozvoljava da stiču za svog gospodara, honorarno pravo dozvoljava sticanje državine za drugog putem slobodnog lica.²⁶ O mogućnosti sticanja državine putem slobodne osobe govori i Ulpijan u fragmentu D.41.1.20.2.²⁷ Reč je o tome da smo Ja i Ticije kupili neku stvar, pri čemu je ona predata Ticiju kao da je on Moj prokurator. Ulpijan smatra da svojinu na stvari stičem i Ja, budući

²² Neratius libro septimo membranarum: *Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihil magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit.*

²³ O različitim tumačenjima ovog fragmenta videti Briguglio 2007, 116–121, fn. 171.

²⁴ Ulpianus libro septimo disputationum: *... nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirat.*

²⁵ Ulpianus libro quarto regularum: *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.*

²⁶ Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium: *Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur; sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.*

²⁷ Ulpianus libro 29 ad Sabinum: *Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*

da je prihvaćeno da državina, a putem nje i svojina, može da se stekne posredstvom slobodne osobe.²⁸ Iako bi se iz tog fragmenta moglo zaključiti da svojina može biti stečena posredstvom (bilo koje) slobodne osobe, takvo tumačenje nije prihvatljivo za klasično pravo. Naime, u klasičnom pravu gospodar može da stekne svojinu posredstvom slobodne osobe samo ukoliko je ona njegov prokurator (Briguglio 167, fn. 305).

O efektima zastupanja može se razmatrati i u vezi sa određenim nedozvoljenim ponašanjem jednog lica kada pravne posledice nastaju za drugo lice. Komentarišući pretorov edikt u kome je propisan *interdictum unde vi* (D.43.16.1.13)²⁹, Ulpijan se poziva na Sabina koji je, u situaciji u kojoj je prokurator silom lišio neko lice poseda nepokretnosti, smatrao da se interdikt može podići i protiv prokuratora i protiv gospodara. Pravnici se bave pitanjem kakvo dejstvo ima ratihabicija ukoliko gospodar odobri protivpravan akt kojim neko lice u ime gospodara silom liši poseda nepokretnosti drugo lice. Iako Ulpijan (D.43.16.1.14)³⁰ pristaje uz mišljenje Sabina i Kasija da se ratihabicija može uporediti sa mandatom, Mitajš (Mitteis [1885] 1962, 70) smatra da ratihabicija nije dozvoljena povodom izvršenja delikta već da je ovde pre reč o tome da se viciozna državina može pripisati gospodaru ako se delinkvent smatra njegovim zastupnikom.

Kada je reč o založnom pravu, takođe se uočava pokušaj pravnika da, formalno poštujući načelo civilnog prava *per liberam personam adquiri non potest*, tumačenjem pretorovog edikta omogućuje efekte zastupanja. Ulpijan, oslanjajući se na civilno pravo, zabranjuje sticanje obaveze iz pignusa posredstvom slobodnog lica (D.13.7.11.6).³¹ Prokurator ili tutor može da sklopi pignus, pri čemu protiv njega, a ne protiv gospodara odnosno štićenika dužnik može da podigne tužbu za povraćaj založene stvari (*actio pigneraticia directa*). Drugim rečima, prokurator odnosno tutor koji zaključuje ugovor o pignusu obavezuje sebe, a ne gospodara odnosno štićenika. Isti pravnik, međutim, dopušta efekte zastupanja prilikom ustanovljenja hipoteke. Tako Ulpijan u fragmentu D.20.1.21.pr³² kaže da kada

²⁸ U Justinijanovom pravu (*Inst.* II, 9.5) postoji opšti princip sticanja držvine posredstvom slobodnog lica.

²⁹ Ulpianus libro 69 ad edictu: *Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse sabinus aitet alterius nomine alteri eximi...*

³⁰ Ulpianus libro 69 ad edictum: *Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisisse interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

³¹ Ulpianus libro 28 ad edictum: *Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia conveniuntur...*

³² Ulpianus libro 73 ad edictum: *Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videatur.*

je sporazum o ustanovljenju hipoteke sklopljen između kolona i prokuratora bilo po nalogu gospodara bilo tako što ga je on naknadno odobrio, smatra se kao da ga je sklopio gospodar sa kolonom.

Zastupanje je bilo moguće u jednostranim poslovima pretorskog prava. Postavljanje institora moglo se obaviti posredstvom zastupnika. Prema Ulpijanovom fragmentu D.14.3.5.18.³³, pretor dodeljuje *actio institoria* u situaciji u kojoj je prokurator, tutor ili staratelj postavio institora jer se uzima kao da ga je postavio sâm gospodar. Komentarišući pretorov edikt, Ulpijan se u fragmentu D.15.4.1.9.³⁴ poziva na Labeona koji, u situaciji u kojoj je rob sklopio pravni posao po nalogu (*iussum*) prokuratora, dodeljuje *actio quod iussu* protiv gospodara roba, a ne protiv prokuratora. Takav stav je razumljiv ako se prokurator smatra neposrednim zastupnikom gospodara. Zastupanje je bilo dozvoljeno i u oblasti nasleđivanja u situaciji u kojoj jedno lice po nalogu drugog lica zahteva od pretora državinu dobara (*bonorum possessio*). Paul u fragmentu D.29.2.48.³⁵ razmatra situaciju u kojoj je jedno lice dobilo nalog od drugog lica da za njegov račun zahteva od pretora državinu dobara, pri čemu je u međuvremenu mentalno obolelo. On kaže da, ukoliko je lice učinilo zahtev pre nego što je obolelo, to nema uticaja na sticanje državnine dobara od nalogodavca. Drugim rečima, njegovo zastupanje u sticanju državnine je važeće, te nalogodavac neposredno stiče državinu dobara. S druge strane, ako nalogoprimac učini zahtev nakon što je oboleo, nalogodavac ne stiče neposredno državinu dobara već tek ako dâ odobrenje (*ratihabitio*).³⁶ Osim toga, u fragmentu D.37.1.3.7.³⁷ izričito se kaže da se *bonorum possessio* može steći za drugoga.

Zastupanje je bilo dozvoljeno i u dvostranim poslovima pretorskog prava. Jedan od njih je pretorski pakt *receptum nautarum*. U fragmentu D.4.9.1.3.³⁸, komentarišući pretorov edikt, Ulpijan govori o odgovornosti

³³ Ulpianus libro 28 ad edictum: *Sed et si procurator meus, tutor, curator institorum praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.*

³⁴ Ulpianus libro 29 ad edictum: *Si curatore adolescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit: idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam act ionem idem Labeo ait.*

³⁵ Paulus libro primo manualium: *Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et postquam ille petit, furere coeperit, nihilo minus acquisita est ei bonorum possessio. Quod si antequam ille petat, is qui mandavit petendum furere coeperit, dicendum est non statim ei adquisitam bonorum possessionem: igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari.*

³⁶ Iz Afrikanovog fragmenta D.46.8.24.pr saznaje se da se ratihabicija mogla dati u roku od 100 dana.

³⁷ Ulpianus libro 39 ad edictum: *Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium.*

³⁸ Ulpianus libro 14 ad edictum: *Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut naufulakes et diaetarii. Si quis igitur ex his receperit, puto in*

vlasnika broda po osnovu pakta koji je sklopljen između broskog osoblja (*naufulakes, diaetarii*) i vlasnika stvari koja se prevozi. Zaposleni na brodu, sklapajući pakt, neposredno zastupa vlasnika broda koji na osnovu njega odgovara drugoj strani.³⁹ Jak uticaj civilnog prava ogledao se u pretorskom paktu ustanovljenja duga (*constitutum debiti*) kod koga je u načelu bilo zabranjeno zastupanje (Mitteis [1885] 1962, 74). Tako, u fragmentu D.13.5.5.6.⁴⁰ Ulpijan, komentarišući pretorov edikt, navodi Julijanovo mišljenje da dužnik može da sklopi pretorski pakt ustanovljenja duga s poveriočevim prokuratorom. Prema Pomponijevom tumačenju, dužnik je onda obavezan da dug izvrši prokuratoru, a ne njegovom gospodaru. Prokurator se prilikom ustanovljenja duga ne smatra zastupnikom gospodara posla. U Digestama se nailazi na fragment koji je dao povoda oprečnim tumačenjima. Reč je o fragmentu D.13.5.15.⁴¹ u kome Paul iznosi mišljenje da se dug može ustanoviti posredstvom slobodnog lica, pri čemu kao argument u prilog tome navodi već postojeću mogućnost sticanja posredstvom slobodnog lica. Tumačenje tog fragmenta sporno je u romanističkoj doktrini. Helman (Hellmann) polazi od tog teksta kao dokaza da je zastupanje u ustanovljenju duga bilo moguće (Mitteis [1885] 1962, 73). Isto tako misli i Rikobono (Ricobono 1930, 408). Mitajs (Mitteis [1885] 1962, 73), oslanjajući se na prethodni fragment u Digestama (D.13.5.14.3), smatra drugačije – da se u D.13.5.15. ne govori o zastupniku već o glasniku (*nuntius*). Kada je reč o ustanovljenju duga, Mitajs odriče mogućnost neposrednog zastupanja samo *sui iuris* lica koja imaju poslovnu sposobnost. Lica koja se nalaze pod tutorstvom ili starateljstvom i municipije u pravnom prometu učestvuju posredstvom zastupnika (tutora, staratelja, *actor municipum*-a). Ako zastupnik sklopi pakt o ustanovljenju duga na osnovu koga isplata treba da bude izvršena zastupanom (licu pod tutorstvom, starateljstvom ili stanovnicima municipije), zastupani ima pravo na tužbu iz razloga korisnosti – *actio utilis* (D.13.5.5.9).⁴²

exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeponit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod xeiربولон appellat. Sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur.

³⁹ Odgovornost vlasnika broda bila je objektivna jer je odgovarao i za slučajnu propast stvari. Odgovornost za kustodiju (*custodia*) temelji se na paktu koji sklapaju vlasnik broda ili njegov zaposleni i vlasnik stvari. Tim paktom vlasnik poverava svoju stvar drugoj strani (vlasniku broda), koja je obavezna da je sačuva.

⁴⁰ Ulpianus libro 27 ad edictum: *Iulianus libro undecimo digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constitutas te soluturum, non domino.*

⁴¹ Paulus libro 29 ad edictum: *Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.*

⁴² Ulpianus libro 27 ad edictum: *Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatoris furiosus vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem.*

Efekti neposrednog zastupanja javili su se i prilikom sklapanja ugovora o kupoprodaji. Prema fragmentu D.19.1.13.25.⁴³, prokurator je na osnovu ovlašćenja gospodara prodao njegovu stvar. Papinijan smatra da kupac ima pravo na tužbu (*actio utilis ex empto*) protiv gospodara, a Ulpijan da i gospodar protiv kupca ima pravo na tužbu iz razloga korisnosti.⁴⁴

Iako je u praksi bio faktički derogiran, princip starog civilnog prava prema kome je zabranjeno sticanje za drugog zastupljen je u Justinijanovoj kodifikaciji (Iust. Inst. II, 9.5; C.4.27.1.pr). Njegovo važenje se svelo na jedini preživeli posao starog civilnog prava – stipulaciju, koja se, prema mišljenju Savinjija (Savigny 1840, 96), do kraja istorije antičkog rimskog prava morala sklapati lično. Akurzijeva Glosa pridaje značaj drevnom principu sadržanom u Justinijanovoj kodifikaciji i kao pravilo ističe zabranu neposrednog zastupanja, pri čemu navodi suprotno mišljenje Martina.⁴⁵

4. UKIDANJE ZABRANE UGOVARANJA ZA DRUGOG

Premda je u rimskom pravu bilo moguće da jedno lice obavlja poslove za račun drugog lica, u rimskim izvorima ne nailazi se na opšti pojam zastupanja (Orestano 1957, 796). Taj pojam je mogao biti stvoren tek nakon ukidanja formalne zabrane ugovaranja za drugog. Ukidanje pravila *alteri stipulari nemo potest* postignuto je zahvaljujući kanonskom pravu.⁴⁶ Španski pravници Gomez (Gomez) i Kovarubijas (Covarrubias) ističu da zabrana *alteri stipulari nemo potest* ne isključuje postojanje neformalnog sporazuma (*pactum nudum*) koji je po kanonskom i kastiljanskom pravu važeći i daje pravo na tužbu (*actio*). Drugim rečima, priznanjem pravila *pacta sunt servanda* otpala je zabrana *alteri stipulari nemo potest* (Coing 1985, 425).

⁴³ Ulpianus libro 32 ad edictum: *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

⁴⁴ Detaljnije tumačenje tog fragmenta daje Finkenauer (Finkenauer 2008, 479–481)

⁴⁵ „Sed Martinus dicebat hos casus facere regulam et sic quis casus esset contra illud speciale esset“. Navedeno prema Orestano 1957, 800.

⁴⁶ Pravilo *alteri stipulari nemo potest* nije moglo biti ukinuto odjednom već je najpre ublažavano proširivanjem izuzetaka od tog pravila. Tako je, na primer, *stipulatio alteri facta* važeća ako je preduzeta od notara koji na temelju D.46.6.2. dela kao *servus publicus* (Coing 1985, 425).

Savremena ustanova zastupanja sadrži mogućnost aktivnog i pasivnog zastupanja.⁴⁷ Takav jedinstveni kapacitet zastupanja nije oduvek postojao. Pravnici su dugo vremena odvojeno razmatrali mogućnost da zastupnik za račun zastupanog izjavi volju drugom licu (aktivno zastupanje) od mogućnosti da određeno lice svoju izjavu volje saopšti zastupniku za račun zastupanog (pasivno zastupanje).⁴⁸ S tim u vezi je ukidanje zabrane *alteri stipulari nemo potest* uzrokovalo da pravnici različito tumače mogućnost sklapanja ugovora u korist trećeg lica.⁴⁹ Predstavnicima novovekovne škole prirodnog prava Grocije (Grotius) i Volf (Wolff) smatrali su da je ukidanjem zabrane *alteri stipulari nemo potest* omogućeno i aktivno zastupanje i sklapanje ugovora u korist trećeg (Coing 1985, 426). Francuski autori Doma (Domat) i Potije (Pothier) smatrali su, pak, da se ukidanje zabrane odnosi samo na aktivno zastupanje a ne i na ugovore u korist trećeg lica (Coing 1985, 427).

⁴⁷ Razlika između aktivnog (*aktive Stellvertretung*) i pasivnog zastupanja (*passive Stellvertretung*) izričito se čini u nemačkom Građanskom zakoniku (BGB). Tako, izjava volje koju neko daje u okviru datih mu ovlašćenja u ime zastupanog lica predstavlja aktivno zastupanje (čl. 164, st. 1). Pasivno zastupanje nastaje kada se izjava volje, koja je trebalo da bude data drugome, učini njegovom zastupniku (čl. 164, st. 3).

⁴⁸ Primera radi, u fragmentu D.3.3.28. prilikom sklapanja procesne stipulacije (*cautio iudicatum solvi*) Ulpijan dozvoljava da prokurator samo pasivno, ali ne i aktivno zastupa gospodara.

⁴⁹ U rimskom pravu nije bilo moguće zaključiti ugovore u korist trećeg lica (D.50.17.73.4; D.44.7.11). Pravnici su izuzetno dozvoljavali stipulaciju u korist trećeg ako je stipulator imao interes da promisor izvrši činidbu trećem licu (D.45.1.38.20; D.45.1.38.21). Rikobono (Riccobono 1930, 394) smatra da su potrebe rimske porodice i intenzivne trgovine uzrokovale priznanje ugovora u korist trećeg lica u praksi. U Justinijanovoj kodifikaciji nailazi se na nekoliko slučajeva u kojima je dozvoljeno ugovarati u korist trećeg, pri čemu poverilac nema interes da dužnik izvrši obavezu trećem licu. Osim situacije u kojoj neko pozajmi novac u ime odsutne osobe kada ona tužbom može da zahteva povraćaj predmeta zajma (D.12.1.9.8; D.45.1.126.2), važan izuzetak predstavlja *donatio sub modo* – poklon s nalogom – kada treće lice ima pravo na tužbu protiv poklonoprimca koji mu, nakon proteka vremena, nije predao darovani predmet (C.8.54.3.1). Bolonjski glosatori ostaju pri stavu da nije moguće sklopiti ugovor u korist trećeg lica. Martin i ovde predstavlja izuzetak jer beneficijaru (odsutnom licu u čiju korist je nešto obećano) dodeljuje procesno sredstvo kojim može zahtevati izvršenje činidbe koju je drugi u njegovu korist obećao (Hallebeek 2008, 15). U savremenom pravu razlika između aktivnog zastupanja i ugovora u korist trećeg lica ogleda se u tome što se u slučaju aktivnog zastupanja prilikom sklapanja ugovora ugovornom stranom smatra zastupani a ne zastupnik. Kada je reč o ugovorima u korist trećeg lica, treće lice nije ugovorna strana te ono ne može da pobija ugovor već samo ima pravo da zahteva njegovo izvršenje (Larenz, Wolf 2004, 429–430). Osim slučajeva takozvanog pravog ugovora u korist trećeg (*echter, berechtigender Vertrag zugunsten Dritter*, čl. 328, st. 1 BGB), na osnovu koga treće lice u čiju korist je ugovor sklopljen ima pravo da zahteva njegovo izvršenje, postoje i slučajevi takozvanog nepravog ugovora u korist trećeg (*unechter Vertrag zugunsten Dritter*, čl. 362, st. 2 BGB), gde je dužnik dužan da izvrši obavezu trećem licu, ali treći nema pravo da zahteva izvršenje ugovorne činidbe. Videti Gottwald 2003, Rn 19, 2077.

5. OPUNOMOĆAVANJE KAO SAMOSTALAN PRAVNI POSAO

Ukidanje zabrane ugovaranja za drugog uticalo je na razvoj voljnog zastupanja. U prvoj fazi tog razvoja ustanova zastupanja ne odvajaju se od kontrakta. Kada je reč o ugovoru o nalogu (*mandatum*), predstavnici novovekovne prirodnopravne škole (Grocije, Volf) smatraju da na njegovom temelju nastaje neposredno zastupanje, a ne posredno kao što je bio slučaj u rimskom pravu (Schmoeckel 2003, 920). Te ideje su oživotvorene u prvim modernim građanskim kodifikacijama u kojima je neposredno zastupanje regulisano u ugovoru o nalogu. Ovlašćenje za zastupanje (punomoćje) nije razmatrano odvojeno od ugovora o nalogu, već se smatralo da ono nastaje sklapanjem tog ugovora. Otuda se u građanskim zakonici- ma Pruske⁵⁰, Francuske⁵¹ i Austrije⁵² ne pravi razlika između punomoćja i naloga već se oni koriste kao sinonimi.⁵³ S druge strane, nemačka istorijska škola, oslanjajući se na rimsko pravo, odbija da prihvati načelo neposrednog zastupanja na temelju punomoćja (Doerner 2018, 36). Polovinom 19. veka nemačka pandektistika razvija bogatu diskusiju o potrebi osamostaljenja punomoćja od ugovora o nalogu. Ključno pitanje je postavljeno u vezi sa izjavom volje punomoćnika prilikom sklapanja pravnog posla sa trećim licem. Čija volja je izražena u pravnom poslu koji je sklopio punomoćnik: da li je to volja vlastodavca ili punomoćnika?

⁵⁰ U pruskom Građanskom zakoniku (*Allgemeines Landrecht Fur Die Preussischen Staaten* – ALR) voljno zastupanje je regulisano u 13. naslovu prvog dela koji nosi naziv *Von Erwerbung des Eigentums der Sachen und Rechte durch einen Dritten* (O sticanju stvari i drugih prava posredstvom trećeg lica). U prvom paragrafu se najpre propisuje neposredno zastupanje: *Sachen und Rechte können auch durch Handlungen eines Dritten erworben werden* (Stvari i prava mogu da se stiču i delanjem trećeg lica). U petom paragrafu definisano je punomoćje: *Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt* (Izjava volje kojom jedno lice dodeljuje ovlašćenje drugom licu da za njega i umesto njega preduzme pravni posao naziva se nalog ili punomoćje). ALR ne pravi razliku između punomoćja i naloga već ih upotrebljava kao sinonime. Otuda se punomoćje smatra ugovorom koji sklapaju zastupani i zastupnik.

⁵¹ Francuski građanski zakonik (*Code Civil* – CC), slično kao ALR, punomoćje izjednačava sa nalogom. U čl. 1984 CC stoji: (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 son nom.* (2) *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* [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)].

⁵² U austrijskom Građanskom zakoniku (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB) zastupanje je regulisano u 22. glavi koja nosi naziv O opunomoćavanju i drugim vrstama posloводства. Prema čl. 1002 ABGB: *Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag* (Ugovor o opunomoćavanju zove se onaj ugovor kojim se ko prima naloženog mu posla da ga u ime drugoga izvrši).

⁵³ ALR i CC punomoćje i nalog upotrebljavaju kao sinonime, dok ih ABGB spaja u jedan pojam *Bevollmächtigungsvertrag* – ugovor o opunomoćavanju.

Savinji zastupa tezu da iza volje koju je izjavio zastupnik (punomoćnik) stoji volja zastupanog (vlastodavca) [Coing 1989, 456]. U ugovoru koji sklapa zastupnik ugovornom stranom se smatra zastupani (vlastodavac). Zastupnik ima svojstvo glasnika jer trećem licu prenosi volju zastupanog (Doerner 2018, 37). Otuda je Savinjijska teorija dobila naziv „teorija gospodara posla“ (*Geschäftsherrentheorie*). Savinjijska teorija nije bila prihvaćena među pandektistima. Vladajuća teorija koju su oni zastupali bila je „teorija predstavljanja“ (*Repräsentationstheorie*) po kojoj zastupnik, iako pravni posao preduzima u ime zastupanog, izjavljuje svoju volju (Coing 1989, 457). Ta teorija je široko prihvaćena u savremenoj doktrini koja u neposrednom zastupanju vidi zamenu volje zastupanog voljom zastupnika (Lobrano, Onida 2016, 9). Treću teoriju koja miri prethodne dve zastupa Mitajs, prema čijem se mišljenju pravni posao sa trećim licem sklapa zajedničkim delovanjem zastupanog i zastupnika (Mitteis [1885] 1962, 110). Drugim rečima, volja zastupanog učestvuje u formiranju volje zastupnika koja se, prilikom sklapanja pravnog posla, sreće sa voljom druge ugovorne strane.

Zahvaljujući naučnim raspravama o zastupanju koje su trajale tokom 19. veka razvio se samostalan pojam punomoćja (*Vollmacht*). Najveća zasluga pripisuje se nemačkom pravniku Labandu (Laband), koji ističe da su opunomoćavanje i ugovor o nalogu dva odvojena pravna posla koja imaju različite pretpostavke, sadržinu i pravne posledice. Svoju tezu o opunomoćavanju kao samostalnom pravnom poslu Laband razvija na temelju Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs* – ADHGB) iz 1861. godine.⁵⁴ On zastupa stav da se svako punomoćje, a ne samo poslovno punomoćje, zasniva na samostalnom pravnom poslu koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla – ugovora o nalogu (Doerner 2018, 47). Njegovo učenje imalo je dalekosežne posledice jer je prihvaćeno ne samo u nemačkom Građanskom zakoniku već i u drugim pravima.⁵⁵ 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.⁵⁶

⁵⁴ Istorija donošenja Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. godine prikazuje istoriju prodora ideje osamostaljivanja punomoćja od osnovnog pravnog posla sklopljenog između vlastodavca i punomoćnika. Impuls za osamostaljivanje poslovnog punomoćja (prokure) od osnovnog pravnog posla zaključenog između vlastodavca (principala) i prokuriste potekao je od predstavnika trgovačkih gradova na severu Nemačke. Oni su zahtevali nesmetan razvoj trgovine koji je nezamisliv bez zaštite trećih lica koja sklapaju posao s prokuristom. Zahtevi predstavnika trgovačkih gradova da se ustanovi poslovno punomoćje čija je sadržina zakonski utvrđena i koju vlastodavac ne može da suzi sa uspehom su inkorporisani u tom zakoniku. Posledica razdvajanja unutrašnjeg odnosa prokuriste i vlastodavca i spoljašnjeg odnosa u kojem učestvuje treće lice bilo je izdvajanje prokure u samostalan pravni posao koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla (najčešće ugovora o nalogu ili ugovora o radu). Videti Doerner 2018, 45.

⁵⁵ Videti čl. 167 i 168 BGB.

⁵⁶ U ZOO se punomoćje uređuje u čl. 89–94, a ugovor o nalogu u čl. 749–770.

6. ZAKLJUČAK

Zabrana ugovaranja odnosno sticanja za drugog nastala je u rimskom starom civilnom pravu, ali je u promenjenim društveno-ekonomskim okolnostima počela da slabi. Rimski konzervativni duh sprečavao je da ta zabrana formalno bude ukinuta, zbog čega je ona zadržana i u Justinijanovoj kodifikaciji. Njeno važenje se prostiralo na poslove starog civilnog prava, od kojih je u doba Justinijana ostala samo stipulacija. Veliki broj fragmenata govori u prilog tome da je rimsko pravo poznavalo neposredno zastupanje i da se ono pretežno javljalo u vezi sa poslovima pretorskog prava. Klasični pravници su, komentarišući pretorov edikt, smatrali da određene akte može da preduzme jedno lice, a da pravne posledice neposredno nastaju za drugo lice koje stiče pravo na odgovarajuće procesno sredstvo. Osim mogućnosti izvršenja materijalnih akata za drugog (primanje isplate, zahtevanje ustanovljenja prekarijuma, izvršenje nuncijacije i prohibicije), pravni poslovi pretorskog prava takođe su mogli biti preduzeti posredstvom drugog. Izvori svedoče da je bilo moguće preduzimati za drugog i jednostrane poslove [imenovanje institora, davanje naloga (*issum*) robu, zahtevanje državine dobara (*bonorum possessio*)] i dvostrane poslove (pakteve *receptum nautarum* i *constitutum debiti*). Neposredno zastupanje bilo je moguće i u ugovorima o kupoprodaji. Pretor je dodeljivao tužbu iz razloga korisnosti (*actio utilis*) u korist ili protiv gospodara kada je ugovor o kupoprodaji sklopio njegov prokurator. Premda je civilno pravo zabranjivalo sticanje za drugog, važne ustanove civilnog prava takođe su mogle biti stečene putem zastupnika. Digesta sadrže zanimljivu kazuistiku koja se tiče sticanja državine za drugog. Iako se u najvećem broju slučajeva radilo o sticanju državine posredstvom prokuratora, izgleda da je već u klasičnom pravu svako slobodno lice moglo da stekne državinu za drugog. Prokurator je u klasičnom pravu mogao da stiče za gospodara i svojinu na stvarima za čiji prenos je bila dovoljna tradicija. Od stvarnih prava na tuđoj stvari hipoteka je takođe mogla biti ustanovljena posredstvom prokuratora. Pomenuti slučajevi ukazuju na to da je rimsko klasično pravo, uprkos formalnim zabranama, omogućavalo neposredno zastupanje. Izostanak njegovog načelnog uređenja pripisuje se rimskom poslovičnom konzervativizmu koji je sprečavao izričito ukiđanje drevnih pravila i u situaciji u kojoj su ona izgubila praktičnu op-ravdanost.

U savremenom pravu voljno zastupanje se temelji na ovlašćenju za zastupanje (punomoćju) koje zastupani (vlastodavac) pravnim poslom daje zastupniku (punomoćniku) da u njegovo ime i za njegov račun preduzima određene pravne radnje (čl. 89, st. 1 ZOO). Ustanovljenje načela neposrednog zastupanja tekovina je moderne nauke. Značajan doprinos doktrinarnom utemeljenju neposrednog zastupanja dali su pripadnici novovekovne škole prirodnog prava Grocije i Volf, koji iznose učenje o zastupanju kao deo učenja o kontraktima. Obojica smatraju da je ugovor

o nalogu (*mandatum*) temelj neposrednog zastupanja. Pravna nauka je, zalažući se za neposredno zastupanje, dala legitimitet onom što je praksa već prihvatila budući da je neposredno zastupanje bilo poznato običajnom pravu 17. veka. Neposredno zastupanje, međutim, nije poimano kao samostalan institut već kao deo učenja o ugovoru o nalogu. Otuda je u prvim građanskim kodifikacijama 18. i 19. veka neposredno zastupanje bilo regulisano u ugovoru o nalogu. Predstavnici nemačke istorijskoppravne škole, a naročito pandektisti, analiziraju antičko rimsko pravo u nameri da stvore sistem „današnjeg rimskog prava“. U svojim bogatim i minucioznim analizama rimskih izvora oni razmatraju mogućnost neposrednog zastupanja u rimskom pravu. S izuzetkom Savinjija i Mitajsa, dominantan stav odriče mogućnost neposrednog zastupanja poslovno sposobnih *sui iuris* lica. Savremena nauka ostaje verna vladajućem pandektističkom mišljenju da rimskom pravu, za razliku od savremenog prava, nije svojstveno neposredno zastupanje. Zahvaljujući raskošnoj raspravi pandektista o mogućnosti neposrednog zastupanja stvoren je pojam punomoćja (*Vollmacht*) i on je osamostaljen od ugovora o nalogu. U tom smislu se ističe Laband, koji je ukazao na to da je opunomoćavanje neophodno osamostaliti od osnovnog pravnog posla. Njegovo shvatanje usvojeno je u nemačkom Građanskom zakoniku, a potom i u drugim zakonskim tekstovima kojima pripada i srpski Zakon o obligacionim odnosima.

LITERATURA (REFERENCES)

- Biavaschi, Paola. 2006. *Ricerche sul precarium*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Briguglio, Filippo. 2007. *Studi sul procurator*. L'acquisto del possesso e della proprietà. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Coing, Helmut. 1985. *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München: Verlag C. H. Beck.
- Coing, Helmut. 1989. *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern. München: Verlag C. H. Beck.
- Coppola Bisazza, Giovanna. 2008. *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della Rappresentanza*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore.
- Doerner, Ruth. 2018. *Abstraktheit der Vollmacht*. Berlin: Duncker&Humboldt.
- De Melo, Wolfgang, trans. 2011. *Casina; The Casket Comedy; Curculio; Epidicus; The Two Menaechmuses*. By Plautus. Loeb Classical Library 61. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Finkenauer, Thomas. 2008. Direkte Stellvertretung bei Stipulationen? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 125: 440–497.
- Gottwald, Peter. 2003. Paragraph 328. Versprechen der Leistung an einen Dritten. Rn 19. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241–432), Hgg. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, 4. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Hallebeek, Jan. 2008. Contracts for a third-party beneficiary: A brief sketch from the Corpus iuris to present-day civil law. *Fundamina* 13(2): 11–32.
- Kaser, Max. 1971. *Das Römische Privatrecht*. Erster Abschnitt – Das altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht. München: Verlag C. H. Beck.
- Katančević, Andreja. 2018. Sticanje svojine preko zajedničkog roba. *Identitetski preobražaj Srbije*. Prilozi projektu 2017: kolektivna monografija, ur. Radmila Vasić, Bojana Čučković. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje. 333–345.
- Larenz, Karl, Manfred Wolf. 2004. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Lobrano, Giovanni, Pietro Paolo Onida. 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: 5–48.
- Miškić, Mirjana. 2019. *Odgovornost gospodara posla na osnovu prae-positio i iussum*. Neobjavljena doktorska disertacija. Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, jul.
- Mitteis, Ludwig. [1885] 1962. *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*. Neudruck, Aalen: Scientia Verlag.
- Orestano, Riccardo, 1957. Rappresentanza (Diritto romano), *Novissimo Digesto italiano*, XIV, a cura di Antonio Azara, Ernesto Eula. Torino: Unione tipografica – Editrice Torinese, 795–800.
- Polojac, Milena. 2012. Preduzimanje pravnih poslova za drugog i zastupanje – istorijski pogled. *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*: Prilozi projektu 2011: kolektivna monografija, ur. Svetislav Taboroši. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje. 441–452.

- Riccobono, Salvatore. 1930. Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano. *Analli del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo* 14. Cortona: Stabilimento Tipografico Commerciale.
- Romac, Ante. 1975. *Rječnik rimskog prava*. Zagreb: Informator.
- Sanfilippo, Cesare. 2002. *Istituzioni di diritto romano*, 10. ed. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Schmoeckel, Mathias. 2003. §§ 164–181. Vertretung und Vollmacht. 916–956. *Historisch–kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. I, Allgemeiner Teil (§§ 1–240), Hgg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann. Tübingen: Mohr (Siebeck).
- von Savigny, Friedrich Carl. 1840. Freie Handlungen. – Erweiterung durch Stellvertreter. 90–98, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Berlin: Veit.
- Šarac, Mirela. 2008. *Zastupanje u pravnim poslovima u rimskom pravu*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta.
- Zimmermann, Reinhard. 1996. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

Valentina Cvetković Đorđević, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

DIRECT REPRESENTATION IN ROMAN LAW WITH REFERENCE TO MODERN LAW

Summary

The institute of direct representation is indispensable in contemporary law. The first modern civil codes acknowledged direct representation regulating power of attorney through a mandate contract. The second half of the 19th century saw a change in that perception. Starting with the German Civil Code, legal texts, including the Serbian Contract and Torts Act, prescribe power of attorney as a separate institute. The contemporary law principle of direct representation contrasts with the Roman law prohibition of direct representation contained in ancient Roman sources. Under the prevailing Pandectist view, it is due to this prohibition that Roman law did not permit direct representation. The article analyses the cases in which, courtesy of classical Roman jurists, direct representation was allowed despite formal prohibition. The absence of a direct representation concept definition and general prescribing does not justify the claim that it was not applied under Roman law.

Key words: *Direct representation. – Roman law. – Power of attorney. – Mandate contract. – Laband.*

Article history:

Received: 13. 4. 2020.

Accepted: 29. 5. 2020.