

Валенти́на В. Цве́йковић-Ђорђевић  
Универзитет у Београду  
Правни факултет у Београду  
valentina\_cvetkovic@ius.bg.ac.rs  
ORCID ID: 0009-0007-1830-7464

## ДЕКОНСТРУКЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА И КОНСТРУКЦИЈА ПОЗИТИВНОГ ПРАВА\*

**Сажетак:** *Тумачење римскоправних извора непосредно утиче на стварање позитивне правне пореџке. У историји су се до сада издвојила два основна тумачења римског права која су прећочена у два кодекса: француски Грађански законик из 1804. године и немачки Грађански законик из 1900. године. Два кодекса на суштински другачији начин утврђују природу колектива и уређују његово делање у правном промету. По немачком Грађанском законнику колектив има аустрактину природу због чега добија сјајус правне лица које не поседује сопствену вољу већ у правном промету учествује преко засиуника. Алтернативно решење поимања колектива и његовог делања присујно је у француском Грађанском законнику које се темељи на изворном римском схваћању да колектив (народ) има конкретну природу и да га чине конкретни појединци који учествују у формирању јединствене воље колектива. Две различите концепције колектива и његовог делања одразиле су се на схваћање индивидуалне правне делања када се посао предузима посредством групе.*

**Кључне речи:** *римско право, тумачење, немачки Грађански законик, француски Грађански законик, засиујање.*

### 1. УВОД

Различита судбина Источног и Западног римског царства одразила се и на различит развој римског права и његовог изучавања. Доношење Јустинијанове кодификација у 6. веку представљало је преломну тачку у будућем развоју права континенталне Европе. У Источном римском царству на темељу Јустинијанове кодификације развија се византијско право превасходно

кроз законодавну активност цара.<sup>1</sup> Римско право на територији Западног римског царства након његовог пада 476. године доживљава кризу. У условима натуралне привреде и феудалног партикуларизма карактеристичним за варварске државе поникле на рушевинама Западног римског царства могле су наћи примену само неке од институција римског права и то у свом упрошћеном облику.<sup>2</sup> Јустинијанова кодификација пада у заборав јер су се као извори права примењивали само њени скраћени и прерађени преписи.<sup>3</sup> Занимање за оригиналан текст Јустинијанове кодификације оживљава у 11. веку са појавом глосатора који, примењујући схоластички метод, настоје „само“ да га протумаче и систематизују.<sup>4</sup> Критичко изучавање Јустинијанове кодификације јавља се тек у 16. веку у Француској где представници школе елегантне јуриспруденције, користећи се методом *mos gallicus*, реконструишу класично римско право које представља највеће домете римске јуриспруденције.<sup>5</sup> Њихова немерљива заслуга је установљење правне историје као научне дисциплине. Потоњи развој науке о римском праву углавном је ишао узлазном путањом. Процват изучавања римског права настаје у 19. веку са

---

<sup>1</sup> \* Рад је настао као резултат истраживања у 2024. години у оквиру стратешког пројекта „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ са подтемом „Историјски, социолошки и језички контекст изазова у стварању, тумачењу и примени права“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Spyros Troianos, *Le fonti del diritto bizantino*, Traduzione a cura di Pierangelo Buongiorno, G. Giappichelli Torino 2014.

<sup>2</sup> На територији Западног римског царства непосредно након његове пропасти римско право је наставило да се примењује у квалитативно другачијем облику него до тада. У највећем делу те територије примењивало се такозвано вулгаризовано римско право садржано у варварским зборницима римског права (*Leges Romanae barbarorum*) у које спадају: *Edictum Theodorici*, *Lex Romana Visigothorum* и *Lex Romana Burgundionum*. Реч је о зборницима које су доносили варварски владари а који су садржали упрошћено римско право које се према персоналном принципу примењивало на покорено римско становништво. Вид. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Ујоредна правна традиција*, Службени гласник, Београд 2007, 204-206.

<sup>3</sup> Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen 1952, 25.

<sup>4</sup> Глосатори су својим научним тумачењем Јустинијанове кодификације у виду коментара (глоса) створили темељ за нормативну рецепцију римског права која почиње у 13. веку заслугом коментатора (постглосатора). Рецепцијом римског права стварао се нов правни систем који је важио на територији Западне Европе све до доношења првих модерних грађанских кодификација и који је стога добио назив опште право (*ius commune*). Он је обухватио не само рецепирано право из Јустинијанове кодификације већ и елементе канонског и обичајног права. Вид. Jelena Danilović, „Болонска школа и ренесанса права“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1967-1968, 381-395; Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I: Die Glossatoren, C.H.Beck, München 1997; Marc Loth, *Private Law in Context – Enriching Legal Doctrine*, Edward Elgar, Cheltenham 2022, 43-48.

<sup>5</sup> Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, C.F.Müller, Heidelberg 2005, 68-76.

појавом немачке историјскоправне школе.<sup>6</sup> Из ње је поникла пандектна наука (пандектистика) чији представници су, на темељу римских извора, створили појмовни апарат и изградиле систем који античко римско право није познавало. У оквиру система савременог грађанског права налазе се установе које су настале у римском праву. Међутим, у систему су нашле места и установе које античко римско право није познавало али којима се данас приписује римско порекло.<sup>7</sup> Романисти 20. века претежно су наставили да изучавају римско право у оквирима које су поставили пандектисти. У 21. веку преиспитује се рад правника протеклих векова с покушајем поновног враћања изворном римском праву а све с циљем целисходног решавања актуелних правних проблема.

## 2. ДВА СУШТИНСКИ РАЗЛИЧИТА ГРАЂАНСКА ЗАКОНИКА: BGB И CODE NAPOLÉON

Последњи векови обележени су радом романиста на реконструкцији римског права и конструкцији позитивног права. Те две активности налазе се у сталној интеракцији са резултатима који се драстично мењају током времена о чему сведоче два показатеља. Први је поређење два најзначајнија модерна грађанска законика – немачког (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) из 1900. године и француског Грађанског законика (*Code civil* – CC) из 1804. године. Други показатељ су тумачења римског права која претходе доношењу тих законика.

Сличност BGB и CC огледа се у чињеница да су оба законика заснована на римском праву. С друге стране, разлика међу њима произлази из тога што је CC плод нововековног природноправног учења, док је BGB резултат пандектне науке. Доношење грађанског законика био је један од циљева Француске буржоаске револуције. Када је Наполеон дошао на власт 1799. године, уставотворна скупштина већ је одбацила два нацрта законика. Комисија коју је именовано Наполеон састојала се од четири члана од којих су се двојица бавила обичајним правом, а двојица писаним правом.<sup>8</sup> Комисија је, радећи на састављању законика имала при руци корисно помоћно средство – дело Јозефа Поттијеа (Joseph Pothier), који је био човек старог режима, али

---

<sup>6</sup> Hans-Peter Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, Klostermann, Frankfurt am Main 2018.

<sup>7</sup> Вид. Giovanni Lobrano, Pietro Paolo Onida, “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* 14/2016, 5-48.

<sup>8</sup> Peter Stein, *Rimsko pravo i Europa* (prev. Nikola Petrak), Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb 2007, 127.

који је обавио важне предрадње нужне за састављање кодификације приватног права. На почетку свог рада Поттије је имао за циљ да доведе римско и обичајно право у један практично примењив поредак.<sup>9</sup> Поттије је отпочео рад на Пандектама тако што се придржавао њихових изворних титулуса. Унутар сваког титулуса одломке је довео у логичан распоред при чему је титулус садржао увод и прелазне текстове који су повезивали поједине одломке.<sup>10</sup> Након што је именован за професора француског права на Универзитету у Орлеану, Поттије се од тумачења римског права окренуо обради француског обичајног права. Наставак његовог рада састојао се у писању радова о свима важним подручјима приватног права, повезујући римске елементе с обичајним. Најчувенији од његових трактата био је *Traité des Obligations*, који је у основи садржао римско право. Комисија која је састављала СС у великој мери се ослањала управо на Поттијеов трактат о облигацијама.

BGB представља производ пандектистичке мисли која је поникла из немачке историјскоправне школе. Немачки романисти су настојали да открију унутрашње теоријске структуре у римскоправним текстовима.<sup>11</sup> Савињи (Savigny), најпознатији представник немачке историјскоправне школе, желео је да покаже како је научне појмове изведене из Дигеста још увек могуће употребити за решење проблема свог времена.<sup>12</sup> Стога је стремио да на темељу римског права изгради „систем најновијег грађанског права“. У ту сврху настојао је да прикаже чврсту везу између античког и савременог права.<sup>13</sup> За разлику од немачке историјскоправне школе, пандектна наука постала је мање „историјска“, а више је кренула у смеру науке о позитивном праву.<sup>14</sup> Половином 19. века пандектистима постаје јасно како се римско право мора открити изнова, по други пут, ако се уопште жели да оно има неку важност у Немачкој.<sup>15</sup> Отуда је античко римско право требало ревидирати у духу материјалистичких вредносних схватања немачког грађанског друштва. Потреба несметане трговине и тежња ка уједињењу немачких држава проузроковала је доношење Општег немачког трговачког законика (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs* – ADHGB) 1861. године. Он није почивао на римском праву већ на старим трговачким обичајима. Разлог томе било је што римско право, као право које је настало у робовласничком дру-

<sup>9</sup> *Ibid.*, 128.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, 132.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>13</sup> Вид. Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Немачка историјскоправна школа и српска романистика у XIX веку“, Научни скуп са међународним учешћем *Право у функцији развоја друштва*, мај 2019, Том I, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 213 и даље.

<sup>14</sup> P. Stein, 135.

<sup>15</sup> *Ibid.*

штву, није регулисало односе модерног трговачког друштва. Након Трговачког законика, било је неопходно донети грађански законик. Пандектисти су били мишљења да треба поћи од римских концепата али да их треба „очистити“ од елемената који су карактеристични за неиндустријско друштво у којем је оно настало. Отуда је римска решења требало ревидирати у складу са потребама модерног грађанског друштва. Највећи утицај на садржину BGB-а остварио је Виндшајд (Windscheid) који је у периоду од 1862-1870. написао капиталан уџбеник пандектног права (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) који је до његове смрти 1892. године доживео седам издања. По значају који је остварио на доношење BGB-а његов уџбеник упоређује се са Акурзијевом Великом глосом.<sup>16</sup>

Суштинска разлика између немачког и француског Грађанског законика уочава се, између осталог, и у начину на који је уређен општи правни проблем одређивања природе и режима унитарног правног деловања колектива.<sup>17</sup>

У римском праву најважнији колектив представљао је народ (*populus*). Римски правници употребљавају појам *corpus* (тачније *corpus ex distantibus*) да означе скуп неживих и живих ствари. Најважнији скуп живих ствари представља народ (*populus*) схваћен као конкретна заједница конкретних појединаца.<sup>18</sup> Било да је реч о народу као категорији јавног права (*populus Romanus* или *populus* у муниципијама) или народу као категорији приватног права (*societates* и *collegia*) увек је присутан елемент заједничке користи (*communio utilitatis*) око које су сагласни његови чланови.<sup>19</sup> Како би популус могао да ступа у правне односе (та његова улога изражене је речима *personam habere*), мора бити схваћен као јединствена целина за коју се употребљава термин *corpus* (тело).<sup>20</sup> Притом, корпус народа схвата се конкретно – као конкретна заједница конкретних појединаца. За разлику од римског схватања популуса, савремена доктрина народ претежно поима као апстрактан колектив. Ступање колектива у правне односе претпоставља артикулисање његовог гласа као целине. Будући да је популус конкретна заједница, по римском схватању у стању је да изрази своју јединствену вољу у скупштини својих чланова а својим сарадницима, који су му подређени, налаже путем мандатума предузимање правних аката чиме се успоставља веза између

<sup>16</sup> P. Stein, 137.

<sup>17</sup> Вид. Giovanni Carlo Seazzu, „Due, opposti “diritti civili” romani(sti): BGB e Code Napoléon”, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), EDES, Sassari 2022a, 12.

<sup>18</sup> Вид. D.41.3.30 pr.

<sup>19</sup> Giovanni Carlo Seazzu, “Corpus habere e personam habere. Una nota”, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), Sassari 2022b, 126.

<sup>20</sup> *Ibid.*

воље популуса и воље других учесника.<sup>21</sup> Такав облик сарадње колектива као целине и његових мандатара представља партиципативни режим који је у основи демократски. Ако се, пак, колектив поима апстрактно (што је данас најчешће случај), он није у стању да изрази сопствену вољу због чега су му потребни заступници на које се преноси власт да изразе сопствену вољу којом замењују хипотетичку вољу колектива. На тај начин заступници постају надређени колективу који заступају. Режим изражавања воље апстрактног колектива одговара установи заступања која се у суштини своди на туторство у коме је колектив штићеник а заступници татори.<sup>22</sup>

Потије, отац француског Грађанског законика, остао је веран римском схватању колектива који је по природи конкретна целина која у праву учествује на основу партиципативног режима. С друге стране, Виншајд (отац немачког грађанског законика) одступа од римскоправних извора већ их (намерно?) креативно тумачи тако да колективу као целини приписује апстрактну природу и режим заступања у правном промету.

### 3. РАЗЛИЧИТО ТУМАЧЕЊЕ РИМСКОПРАВНИХ ИЗВОРА КАО УЗРОК РАЗЛИЧИТИХ РЕШЕЊА НЕМАЧКОГ И ФРАНЦУСКОГ ПРАВА

Схватање о природи и режиму правног делања колектива проширено је и на индивидуално правно делање када се посао предузима посредством другог.<sup>23</sup> У римском праву пословно способно лице могло је поверити извршење посла другом лицу на два начина. Уколико се извршење посла поверава својевласном лицу (*sui iuris*), закључивао се уговор о налогу (*mandatum*). Извршење посла се могло наложити и лицу унутар породице (сину *alieni iuris* или робу) у ком случају је патерфамилијас односно господар одговарао за обавезу коју је преузело потчињено лице по преторској тужби *quod iussum* (D.15.4). Решења римског права произлазе из робовласничког карактера римског друштва и устројства римске породице у којој приватну правну способност има само патерфамилијас. С друге стране, интензиван робно-новчани промет имао је за последицу немогућност патерфамилијаса да послове обавља сам већ је њихово извршење поверавао синовима *alieni iuris* и

<sup>21</sup> *Ibid.*, 132.

<sup>22</sup> Савремена установа заступања води порекло из 13. века и одликује се заменом воље заступаног вољом заступника због чега заступани престаје бити господар посла већ то постаје заступник. Установа заступања производ је три чиниоца: теократског, феудалног и „Хобсовог“, који су наступали сукцесивно. Вид. Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Да ли је римско право познавало установу заступања?“, Међународни научни скуп *Правни систем у времену нове реалности*, септембар 2021, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 333-347.

<sup>23</sup> G. Carlo Seazzu (2022a), 13.

робовима. За разлику од мандатума на темељу кога је патерфамилијас налагао извршење посла слободном лицу ван породице, *actiones adiecticiae qualitatis* представљају тужбе које је створио претор на основу којих је патерфамилијас одговарао за обавезе из правних послова које су склопили његов син *alieni iuris* или роб (Gaius, *Inst.* IV,70–74). Једна од тих тужби била је *actio quod iussu* која се примењивала када је патерфамилијас дао налог сину или робу да склопи правни посао.

Немачка романистика 19. века је, тумачећи термин *iussum*, римским изворима приписала значење које нису имали али које се уклопило у тадашњи тренд одвајања пуномоћја од мандатума.

За Савињија термин *iussum* остаје у значењу које му је придавано у римском праву. Тако он у свом грандиозном делу „Систем данашњег римског права“ за *iussum domini* употребљава немачку реч *der Befehl* која има значење наредбе коју господар упућује особи под његовом влашћу или особи која није под његовом влашћу али која је на основу уговора о налогу преузела обавезу да изврши одређен правни или фактички посао.<sup>24</sup> Воља наредбодавца (господара посла) супериорна је у односу на вољу извршиоца наредбе који је дужан да је поштује.

Две деценије након Савињија, познати пандектиста Виндшајд (Windscheid) мења тумачење римског појма *iussum*. За њега он више нема значење наредбе односно налога, већ упутства (*die Verweisung, Anweisung*) за заступање.<sup>25</sup> Штавише, он је мишљења да су Римљани познавали концепт пуномоћја али да је он био обухваћен уговором о налогу (*mandatum*).<sup>26</sup>

Година 1866. значајна је из два разлога. Те године Виндшајд је објавио други део другог тома свог уџбеника пандектног права. Исте године немачки правни позитивиста Лабанд (Laband) објавио је коментар Општег немачког трговинског законика из 1861. године. Коментаришући одредбе Законика о заступању приликом склапања правних послова Лабанд износи став да су пуномоћје (тачније опуномоћавање) и налог два одвојена правна посла која имају различите претпоставке, садржај и правне последице.<sup>27</sup> Иако полази од норми Трговачког законика, своје схватање пуномоћја Лабанд не ограничава на трговачке односе већ истиче да свако пуномоћје треба разликовати од основног правног посла (најчешће уговора о налогу). Истовремено

<sup>24</sup> Вид. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Veit, Berlin 1840, 93 фн. f.

<sup>25</sup> Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. II, Zweite Abtheilung, Düsseldorf 1866, § 482, 391, фн. 6.

<sup>26</sup> B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, Sechste Auflage, Frankfurt am Main 1887, § 74, 211. фн. 1a.

<sup>27</sup> Paul Laband, “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. X, 1866, 183 и даље.

постојање налога и пуномоћја није неопходно јер може постојати налог без пуномоћја као и пуномоћје без налога.<sup>28</sup>

Пре Лабанда однос пуномоћја и основног правног посла није био предмет научног интересовања већ су се пуномоћје (*die Vollmacht*) и мандат (*das Mandat*) сматрали синонимима односно два странама истог правног односа. Резултат дискусије немачке пандектистике на тему пуномоћја преточен је у немачки Грађански законик који у чл. 167, ст.1 прописује: „Пуномоћје се даје изјавом воље лицу које се овлашћује за заступање или трећем лицу према којем треба вршити заступање“<sup>29</sup>. Из те одредбе произлази да пуномоћје (*die Vollmacht*) настаје на основу једностраног правног посла којим властодавац овлашћује пуномоћника да га заступа. Тај посао одвојен је од основног правног посла на темељу којег се пуномоћје даје, што произлази из чл. 168 BGB-а: „Престанак пуномоћја се одређује према правном односу за који је оно дато. Пуномоћје је опозиво и када правни однос настави да траје, уколико из овог односа не произлази другачије. На изјаву о опозиву сходно се примењује одредба § 167 ст. 1.“<sup>30</sup>

Дискусија на тему опуномоћавања у немачкој науци у 19. веку произвела је схватање по коме воља пуномоћника приликом склапања правног посла који му је поверен замењује вољу властодавца. Наиме, немачки аутори су, у оквиру дискусије о непосредном заступању разматрали питање изјаве воље пуномоћника који склапа правни посао са трећим лицем. Склапајући правни посао пуномоћник изјављује вољу. Поједини аутори сматрају да је то воља властодавца, а други су мишљења да је у питању воља пуномоћника. Тако Савињи тврди да се иза воље коју је изјавио заступник (пуномоћник) налази воља заступаног (властодавца).<sup>31</sup> Као потврду свог става истиче да, иако је уговор склопио заступник, није он уговорна страна већ његов властодавац. Заступник је само гласник који преноси вољу заступаног трећем лицу.<sup>32</sup> Из тог разлога Савињијево мишљење назива се „теорија господара посла“ (*Geschäftsherrentheorie*). Ту теорију нису прихватили пандектисти. Они прихватају Виндшајдову „теорију представљања“ (*Repräsentationstheorie*)

<sup>28</sup> Ruth Doerner, *Abstraktheit der Vollmacht*, Duncker&Humbolt, Berlin 2018, 48.

<sup>29</sup> “Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.“

<sup>30</sup> “Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung.”

<sup>31</sup> Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, Verlag C. H. Beck, München 1989, 456.

<sup>32</sup> R. Doerner, 37.



која изражава мисао да заступник изјављује своју вољу а не вољу заступаног у чије име иступа.<sup>33</sup> Савремена наука прихватила је „теорију представљања“ која генерише став да при непосредном заступању воља заступника замењује вољу заступаног.<sup>34</sup>

За разлику од немачког права у коме је дошло до осамостаљивања пуномоћја од уговора о налогу као основног правног посла, у француском праву важи другачије решење. Француско право не раздваја пуномоћје од налога. Тако у чл. 1984 СС стоји: „Мандат или пуномоћје је акт којим једно лице даје другом моћ да нешто учини за рачун и у име властодавца (ст. 1), Уговор настаје тек када пуномоћник прихвати овлашћење (ст. 2)“<sup>35</sup>.

Француско право у основи остаје у оквирима римског уговора о налогу. Основна заједничка карактеристика римског и француског решења огледа се у томе да у уговору о налогу (*mandatum*) коегзистирају два елемента (који су у немачком Грађанском законнику раздвојени): први елемент је наређење или упутство које мандант даје мандатару, а други елемент је пренос власти за извршење тог наређења односно за поступање по упутствима. Због тога су у француском Грађанском законнику пуномоћје и налог нераздвојни, а често се употребљавају и као синоними.<sup>36</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

У правном животу колектив иступа као јединствена целина али остају упитни природа и правни режим тог иступања. Одговор на питање о режиму унитарног правног делања колектива проширује се у приватном праву

<sup>33</sup> Истакнути представници ове теорије су и: Унгер (Unger), Бринц (Brinz), Јеринг (Jhering) и Лабанд (Laband). Вид. Н. Coing, 457.

<sup>34</sup> Те теорије не представљају различито тумачење исте установе већ објашњавају две установе које су различите по својој суштини и које су настале у различито време. Предузимање посла за туђ рачун може се заснивати на два механизма. Први механизам представља установа заступања која води порекло из средњег века и која се одликује тиме што воља заступника (лица које дела) замењује вољу заступаног (лица за чији рачун се дела). Отуда заступник долази у први план те он постаје господар посла. Други механизам је настао у римском праву при чему у савременом праву не постоји посебан његов назив већ се он објашњава описно – као делање посредством другог. Друго лице, посредством кога се дела, не постаје господар посла већ има кооперативну улогу на основу које је подређено у односу на лице за чији рачун дела. Вид. G. Lobrano, P. P. Onida, 10.

<sup>35</sup> (1) “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en se nom.” (2) “Le contrat ne se forme que par l’acceptation du mandataire.”

<sup>36</sup> Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Опуномоћавање као самосталан правни посао“, *Перспективе имплементације европских сјандарда у правни систем Србије*, књига 9 (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, стр. 211-220.

на индивидуално правно делање „за другог“ или „преко другог“.<sup>37</sup> Полазећи од уређења правног делања колектива чију парадигму представља народ уређује се и предузимање правног посла физичког лица посредством другог. Начини тог уређења различити су у немачком и француском Грађанском законнику.

Немачка романистика 19. века је дала одговор на питање о режиму унитарног правног делања колектива који је преточен у немачки Грађански законик, а који се током читавог 20. века некритички прихвата. Тај одговор почива на два преписа. Прва полази од постојања категорије лица неспособних за делање у коју се, поред физичких лица којима право не признаје пословну способност, сврставају и колективи који добијају статус правних лица. Да би та лица могла да учествују у правном промету, прибегава се режиму заступања који чини другу премису. Тај режим проистекао је из установе туторства (*potestas in capite libero* [D.26.1.1.pr.]) на штету установе налога (*mandatum*). Физичка лица која немају правно-релевантну вољу у правном животу заступа тутор односно старатељ. Слично њима ни колектив као апстрактан субјекат (правно лице) који је одвојен од својих чланова не поседује правно-релевантну вољу, већ уместо њега вољу изјављују његови представници.

Романистика 18. века дала је другачији одговор који је преведен у француски Грађански законик. Он почива на конкретном схватању колектива и партиципативном режиму његовог делања.<sup>38</sup> Конкретно схватање огледа се у томе што се избегава категорија „правно лице“ већ се појам „лице“ везује само за појединце који у правном промету могу наступати појединачно или у групи – колективу.<sup>39</sup> У овом другом случају колективу се не одузима могућност правног делања. Оно се остварује посредством партиципативног режима који се темељи на налогу који чланови колектива дају сарадницима колектива да поступају за његов рачун. Притом, колектив се не сматра апстрактним субјектом (као што је случај са правним лицима) који је одвојен од његових чланова већ је конкретна заједница појединаца.<sup>40</sup> У француском моделу кључна установа је налог (*mandatum*) код кога воља мандатара не замењује вољу манданта.

Доношењу немачког и француског Грађанског законика претходила је деконструкција римског права која се огледа у одређеном тумачењу римско-правних извора, које је потом употребљено за стварање позитивног права. Потије, отац француског Грађанског законика, тумачећи римске изворе није

<sup>37</sup> Вид. Pietro Paolo Onida, *“Aggire per altri” o “aggire per mezzo di altri”: appunti romanistici sulla „rappresentanza”*, Napoli 2018.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> G.C. Seazzu (2022a), 23 и даље.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 25.

се удаљио од њиховог изворног значења. Виндшајд, отац немачког Грађанског законика, у складу са потребама немачког грађанског друштва 19. века, креативно је тумачио римске изворе приписујући појединим установама римског права значење које оне изворно нису имале. На тај начин у 19. веку, делатношћу пандектне науке, извршена је ревизија римског права на начин да су се прогласиле римским модерне установе које античко римско право није познавало или их није познавало у значењу које оне данас имају. Утицај пандектне науке превладао је и у савременом праву. Једна од установа којима је приписано римско порекло управо је установа заступања која има широку примену не само у приватном већ и у јавном праву. Проблеми које данас узрокује установа слободног мандата у политичкој пракси наводи на размишљање о поновном враћању изворном римском праву и његовим механизмима попут партиципативног режима јединственог правног делања колектива односно делања посредствог другог.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Извори

Гај – *Институције*, Београд 1982 (превод Обрад Станојевић).  
*Digesta Iustiniani*, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>  
Немачки Грађански законик.  
Француски Грађански законик.

### Литература

Аврамовић Сима, Станимировић Војислав, *Упоредна правна прагматика*, Службени гласник, Београд 2007.  
Danilović Jelena, „Bolonjska škola i renesansa prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1967-1968, 381-395.  
Цветковић-Ђорђевић Валентина, „Да ли је римско право познавало установу заступања?“, Међународни научни скуп *Правни систем у времену нове реалности*, септембар 2021, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 333-347.  
Цветковић-Ђорђевић Валентина, „Немачка историјскоправна школа и српска романистика у XIX веку“, Научни скуп са међународним учешћем *Право у функцији развоја друштва*, мај 2019, Том I, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 209-233.  
Coing Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, Verlag C. H. Beck, München 1989.  
Doerner Ruth, *Abstraktheit der Vollmacht*, Duncker&Humbolt, Berlin 2018.

- Haferkamp Hans-Peter, *Die Historische Rechtsschule*, Klostermann, Frankfurt am Main 2018.
- Laband Paul, “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. X, 1866, 183-241.
- Lange Hermann, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I: Die Glossatoren, C.H.Beck, München 1997.
- Lobrano Giovanni, Onida Pietro Paolo, “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* 14/2016, 5-48.
- Loth Marc, *Private Law in Context – Enriching Legal Doctrine*, Edward Elgar, Cheltenham 2022, 43-48.
- Onida Pietro Paolo, “*Aggire per altri*“ o “*aggire per mezzo di altri*“: *appunti romanistici sulla “rappresentanza*”, Napoli 2018.
- Schlosser Hans, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, C.F.Müller, Heidelberg 2005, 68-76.
- Seazzu Giovanni Carlo, „Due, opposti “diritti civili” romani(sti): BGB e Code Napoléon”, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), EDES, Sassari 2022a, 11-26.
- Seazzu Giovanni Carlo, “Corpus habere e personam habere. Una nota“, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), Sassari 2022b, 123-134.
- Stein Peter, *Rimsko pravo i Europa* (prev. Nikola Petrak), Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb 2007.
- Troianos Spyros, *Le fonti del diritto bizantino*, Traduzione a cura di Pierangelo Buongiorno, G. Giappichelli Torino 2014.
- von Savigny Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Veit, Berlin 1840.
- Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. II, Zweite Abtheilung, Düsseldorf 1866.
- Windscheid Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, Sechste Auflage, Frankfurt am Main 1887.
- Wieacker Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen 1952.

Valentina V. Cvetković-Đorđević  
University of Belgrade  
Faculty of Law Belgrade  
valentina\_cvetkovic@ius.bg.ac.rs  
ORCID ID: 0009-0007-1830-7464

## Deconstruction of Roman Law and Construction of Positive Law

**Abstract:** *The interpretation of Roman legal sources directly affects the creation of a positive legal order. In history, two basic interpretations of Roman law have been distinguished so far, which were translated into two codes: the French Civil Code from 1804 and the German Civil Code from 1900. The two codes determine the nature of the collective in a fundamentally different way and regulate its actions in legal transactions. According to the German Civil Code, the collective has an abstract nature, which is why it gets the status of a legal entity that does not have its own will but participates in legal transactions through representatives. An alternative solution to the concept of the collective and its actions is present in the French Civil Code, which is based on the original Roman understanding that the collective (the people) has a concrete nature and that it is made up of concrete individuals who participate in the formation of the collective's unique will. Two different conceptions of the collective and its action reflected the understanding of individual legal action when work is undertaken through another.*

**Keywords:** *Roman law, interpretation, German Civil Code, French Civil Code, representation.*

Датум пријема рада: 21.11.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 11.12.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.