

др Блажа Марковић,
судија Врховног суда Србије, у пензији

ПРАВНИ КОРЕНИ УГОВОРА О ДЕЛУ

Римско право представља правни извор и трајну инспирацију у свим правним истраживањима. Уговор о делу римско право третира у оквиру контракта *Locatio conductio operis* и одредбе о овом уговору налазимо још у Јустинијановом кодексу. Његова примена у пракси је била у суженом обиму, с обзиром на робовласнички друштвени систем.

Холандски правник Ј. Веот поставио је основе трипартитне теорије о *locatio conductio operis* на: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operatum* и *locatio conductio operis*. Тројна подела *locatio conductio* је доминантна и у пракси и у теорији. Тројну поделу *locatio conductio* оспорио је *Felix Oliver Martin* изазвавши прави научни потрес у свом раду „о подели најма у римском праву” тврдећи да се тројна подела јављала у пракси, али да трогове о њој не налазимо ни у теорији римских правника ни у кодификацијама римског права.

Истраживања очито показују да корене уговора о делу налазимо у римском праву и да је овај уговор доживљавао своју еволуцију а у неким периодима имао је сужену примену, али да никада није престао да живи нити ће престати, па било о каквом друштвеном систему да се ради.

Кључне речи: Уговор о делу. – Најам. – Корени. – Римско право.

1. РИМСКО ПРАВО – ТЕМЕЈ И ТРАЈНА ИНСПИРАЦИЈА У ИСТРАЖИВАЊИМА ПРАВНИХ ИНСТИТУЦИЈА

У свим правним истраживањима римско право потврђује своју непресушну и трајну вредност као један од битних елемената европске цивилизације и специјално европске правне културе. И у анализи уговора о делу римско право је најсигурнији почетак сваког правног истраживања са социолошком компонентом промена изазваних сменама друштвено-економских уређења. Историјски метод примењен у истраживањима правног бића уговора о делу фактички означава ослонац на римске правне институције, на главне идеје универзалног карактера римског права, али и на високи ниво захтева за законитошћу, увек присутног захтева у римском праву.

Порекло уговора о делу, према романистима свих еминентних европских правних школа, посебно француске и немачке, налази се у римском праву, и то у најширем схватању римског права.

То значи, прво, у временима римског правног и политичког поретка, затим, у доба Јустинијанове кодификације римског права и најзад у новим временима под великим утицајем *Code civil*—а и тумача римског права најчувенијих савремених романиста.

Заступањем тезе да је римско право живи извор и истовремено трајна инспирација у свим правним истраживањима, ни најмање се не одступа од историјског компаративног закључка да су се и римске правне институције развијале под утицајем хеленске опште и правне културе. Довољно је истаћи да су творци *Закона XII таблица* били свакако инспирисани Соломоновим законима, чак и ако се сумња у веродостојност римских традиција и аутентичност *Закона XII таблица*⁽¹⁾.

У сваком приказу правних институција римског права не може се мимоићи научно утврђена чињеница да су римско право изграђивали уважени правници, тако да су се и римски правници образовали дуго саветујући се са заинтересованим Римљанима.

То је период такозваног стадијума правних школа на бази аудире.

Већ пред крај Републике појављује се нови начин правног образовања путем предавања познатих зналаца римског права. То је период такозваног *instituere* и настанка првих правних списа названих *institutiones*.

Оба начина изградње римског права подсећају на стицање знања младих Хелена у хеленским филозофским школама. Тако су настале институције бројних римских правника какви су били Паулус и Улпијан, чији су највиши стручно-научни ниво биле чувене Гајеве Институције⁽²⁾.

У преводу Гајевих *Институција* (*Gaj, Institutionum commentarii*) у приличној мери произвољно је превођен термин *locatio conductio* као уговор о делу, то јест као *locatis conductio operis*, мада оригиналан текст такву институцију, под тим термином, не садржи. Сам преводилац тврди да у римској терминологији *locatio conductio* обухвата три доста различита уговора: „Закуп, најам радне снаге и уговора о делу у преводу је употребљена час једна, час друга, односно трећа реч, већ према томе о коме се од ова три уговора ради“⁽³⁾. Али, прегледом оригинала и превода констатује се да је преводилац *locatio conductio operarum* (уговор о раду или – по преводиоцу – „најам радне снаге“) превео као „уговор о делу“ (!) Затим, још је произвољније превео оригиналан текст III (*Commentarius tertius*) 162: „*locatio et conductio*“ као „уговор о делу“ (*locatio conductio operis* овакву формулацију преводилац је у преводу додао!). Не упуштајући се у још неке мање грешке – грешке које би се могле при најтолерантнијем слободном преводу прихватити, мада таквих термина у преводу нема, у овом раду се констатује да је утицај непроверене теорије о тројној подели *locatio conductio* највероватнија подлога неадекватних и нетачних превода!

Вековима а нарочито под утицајем француске и немачке правне школе, уговор о делу је третиран као вид *locatio conductio*. Сви романисти прихватили су тројну деобу *locatio conductio*: 1) *locatio conductio rei*; 2) *locatio conductio operarum*; 3) *locatio conductio operis*. *Locatio conductio operis* – трећи вид правне институције *locatio conductio* – сматран је уговором о делу (*Louage d'ouvrage*, на француском језику; *Werkvertrag* и чак *Werkverdienungsvertrag* на немачком језику)⁽⁴⁾.

Али, новија истраживања доказују да ни најчувенији римски правници нису теоријски заступали постојање тројне поделе *locatio conductio* осим у пракси.

(1) И. Пухан, *Римско право*, „Научна књига“, Београд, 1969, стр. 3; 46.

(2) Др Александар Егерсдорфер, *О институцијама римског права*, свезак IV, Загреб, 1919, стр. 1.

(3) О. Станојевић, (превод), Гај, *Институције*, „Нолит“, Београд, 1982, стр. 215.

(4) Показало се као крајње ризично преводити на савремене језике римски правни израз *locatio conductio operis* и зато је најбоље задржати ове оригиналне називе.

Неприкосновености тројне поделе *locatio conductio* допринели су и чувени историчари, а нарочито Момсен.

2. КРИТИЧКА АНАЛИЗА ТРОЈНЕ ПОДЕЛЕ *LOCATIO CONDUCTIO*

а) Римски оригинални правни текстови не садрже тројну поделу *locatio conductio*

Све до тридесетих година нашег века владала је једнодушна доктрина о тројној подели *locatio conductio* као нека врста „*opinio communis*” или, још горе, као нека општа места (*Gemeinplatze*) без икакве оградe наслеђивана у ерудицији свих романиста. Доктрина о тројној подели правне институције *locatio conductio* владала је мирно почивајући на веома солидној правној логици, али и... црпла своју снагу из правног угледа римског права, јер се сматрало да је потекла из римског права. Значајно је већ сада разликовати:

- 1) *locatio conductio* као правну институцију римског права и
- 2) тројну поделу *locatio conductio*.

Ова неприкосновена теза о трајној подели *locatio conductio* на: а) *locatio conductio rei*; б) *locatio conductio operarum*; в) *locatio conductio operis* претрпела је научно фундирану критику, правни научни потрес, у студији професора Феликса Оливиера–Мартина⁽⁵⁾.

Не упуштајући се у овом моменту у критику става Р. Живковића⁽⁶⁾ о студији Феликса Оливиера–Мартина, подвлачи се чињеница да је он само истакао овај рад више као историјско – критички куриозитет не анализирајући бројне драгоцене правне мисли професора Мартина нарочито у теоријској разграничености уговора о делу од уговора о раду.

Основне карике традиционалне тројне поделе *locatio conductio* повезане су и научно доказане:

– оригинални текстови римског права не садрже ни изричито ни прећутно тројну поделу *locatio conductio*;

– најпознатији романисти нису се ни у једној својој анализи римског права позивали на оригинал римских правних текстова о оваквој подели.

Пре свега, проф. Оливиер–Мартин је констатовао да се врло ретко аутори позивају (или чак потпуно пренебрегавају) на оригиналне текстове римског права када је реч о деоби *locatio conductio*. Они који то чине увек истичу само један једини текст – Д; 50, 15, 5, 1 Паулуса у другој књизи *Коментара Едикта*: „Дело најмљено ... је ма који предмет изграђен (извршен) обављеним радом.” Али... какав је то доказ за постојање о подели уговора о делу – пита се оправдано професор Оливиер Мартин закључивши да се у најгорем случају текст ограничава на *locatio conductio operis*. Значи, то је само потврда постојања уговора о делу, али не да је *locatio operis* саставни део неке тројне поделе *locatio conductio*. Подробно истраживање овог текста сведочи једино о томе да је Лабеон, кога је навео Паулус, покушао да дефинише *locatio conductio operis*, али о тројној подели нема ни једне једине речи⁽⁷⁾.

(5) *Félix Olivier—Martin, О поделама најма у римском праву, op. cit.*, стр. 422; 466–467; 468; 474.

(6) О овој смелој анализи изнео је одређени, али непотпуни суд у нашој правној литератури др Радомир Љ. Живковић у својој докторској дисертацији *Проблем правне природе уговора о раду*, Београд, 1940.

(7) *Félix Olivier—Martin, Op. cit.*, стр. 421–422.

Даље, преглед наслова *Дигеста* из *Закона о најму* показује да компилатори нису знали за диференцирање *locatio conductio*. Све у свему, испитивање огромне заоставштине римских списа да ли у *Дигестима* постоји један текст (19,2) о *locatio conductio*, позајмљен из тзв. *Трајног едикта* и један текст у *Закону* (наслов 4,65) о *de locatio et conductio*. Код компилата Улпијанових списа налази се текст брижљиво обрађен о разним врстама друштва (*pro socio*), а нема ниједног обрађеног текста у наслову *locatio conductio*. Истина, налази се велики број конкретних случајева. Тако се један прилично целовит текст о *locatio operis faciendi* налази у чланку *Перниса* (Парерга, 1888, страна 255). Али, Пернис је овакве текстове презентирао за практичне анализе, а никако као случај *locatio conductio operis*, као део неке догматске квалификације. Такав начин је у складу са особинама римске јуриспруденције, тј. са њеним конкретним казуистичким духом и потпуним занемаривањем догматских структура и категорија.

Велики Гај је третирао низ случајева који би могли бити класирани као *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum*, *locatio conductio operis faciendi*, али то су само примери, а ни у ком случају доказ тројне деобе *locatio conductio*.

Одлучно се може тврдити да у Јустинијановим *Институтима* нема ни индикације о некој тројној деоби... мада би дух Византије био наклоњен да постави овакву догматску структуру (*Институти*, III, 24, *De Locatione et conductione*).

Једино се у *Edictum perpetuum* од Ленела могу наћи формуле за три врсте *locatio conductio*, али то су реконструкције текстова на које се са крајњом опрезношћу мора поступати⁽⁸⁾.

б) Право порекло тројне поделе *locatio conductio*

Истражујући евентуални покушај тројне поделе *locatio conductio* професор Оливиер Мартин закључује да такво „разликовање није рођено у средњем веку”. Глос игнорише овакву тезу, а ни Азон ни Хостинилус ни канонисти, а ни чувени правници Кижас, Хонман, Жандавезан, Кароси и други нису знали за тројну поделу *locatio conductio*.

Анализирајући дела великих француских правника тога доба (Потијеа и Домата) професор Оливиер Мартин не налази ни трага трајне деобе. Ни у делима Винуса, Гроцијуса, Пуфендорфа и целе такозване школе природног права нема ниједног позива на неку „римску доктрину” о тројној подели *locatio conductio*. Мада је Поттије послужио творцима *Code civil*-а као значајан, али не једини извор за форму и садржину правних институција, анализама и других извора констатује се да прослављени *Code civil* не садржи тројну деобу, већ само две врсте најма: најам ствари и уговор о делу.

И одједном, између 1830. и 1840. као, по неком договору, сви носиоци француске правне доктрине бране тројну деобу *locatio conductio*. Значи, према мишљењу професора Оливер Мартина, та је теорија никла негде између 1675. и 1820. године. После тако минуциозног прегледа евентуалних извора тројне поделе *locatio conductio*, професор Оливиер-Мартин открива да је њен творац писац одређених Пандекта *Johannis Voeth* (*Voetius*) тадашњи холандски правник⁽⁹⁾.

(8) *Félix Olivier—Martin, Op. cit.*, стр. 426.

(9) *Johannis Voeth, Commentations ad Pandectas*; на Ј. Воета много је утицао *J.J. Wissembach* (*op. cit.*, п. 467).

Ј. Voeth је поставио основе трипартитне теорије о *locatio conductio*. Теорија Воета није самоникла, већ је имала и своје претходнике какви су били Матијас Колерус (Mathias Colegus) још тридесетих година XVI века. Он је у својим *Decisiones Germaniae* практично већ одобрио тројну поделу *locatio conductio*; затим чувени Јурисконсулт Антоније Матеус у својим *Disputationes De obligationibus* X, V, II... и управо са једном *Disputatio. De Locatione operis, operarum, navium vehiculorum...* и др.

Значи, ево два израза као пратече Воетове теорије: *locatio conductio operis* и *locatio conductio operarum*⁽¹⁰⁾.

Проф. Оливиер–Мартин правилно поставља два питања:

Како је било могућно да остане у сенци дело Воета и да не привуче пажњу таквог романисте и правника какав је био Потије?

Како је било могућно да се тројна деоба појави после једног века од њеног настанка у француској и немачкој правној пракси и теорији?

На своја питања професор Мартин није одговорио сматрајући да би га то довело у нова истраживања⁽¹¹⁾.

Али, истраживања професора Оливиер–Мартина изазивају помисао да су француска и немачка школа XIX века устале против догматске византијске правне школе, приближавајући се истовремено универзализму и конзервативизму римског права, нарочито при констатацији да је најам као правна институција остао у *Corpus iuris civilis* у дубоком мраку терминолошки и у формулацијама.

Није гола стерилна претпоставка да су и творци Code civil–а били још увек буквално везани за римско право не хотећи да *locatio conductio* поставе на савремену основу пошто одговарајућу правну институцију нису изричито нашли у римском праву. Уосталом, они су били следбеници Димата, Потијеа, Кујаса и других великих француских правника, који нису знали или су свесно занемаривали тројну поделу *locatio conductio* (нарочито Потије који је могао сазнати да се појавила теорија Колеруса, Матеуса и Воета о тројној подели *locatio conductio*).

Code civil не садржи тројну поделу *locatio conductio*.

Зато, независно од употребљене римске терминологије, без обзира што су у живом друштвено–економском општењу постојале правне ситуације, које су могле да се дефинишу као *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum*, *locatio conductio operis*, јасно је да су модерна времена бујања робне привреде, речју, жива пракса, захтевала изградњу тројне поделе *locatio conductio* у свим делатностима.

Тројна подела, продирући у све законе, у све правне системе савремених друштвених правних и политичких система, током XIX века, значи, резултат је еволуције бројних земаља ка капитализму, као начину производње.

(10) Дело публиковано у Утрехту 1660. године.

(11) *Félix Olivier—Martin, op. cit.*, стр. 469–475.

в) Тројна подела *locatio conductio* доминантна је правна институција и у пракси и у теорији

У овом раду, у константном сучељавању миленијумских римских правних институција и тројне поделе *locatio conductio*, поникле фактички у модерним временима позног феудализма и незадрживог продора капиталистичких робних односа, биће третирана правна институција *locatio conductio operis* (уговор о делу). То значи у спрези римског универзалног и конзервативног, али практично стваралачки правног духа, с једне стране, и, стваралачког импулса великих правника о тројној подели *locatio conductio* савремених правника, с друге стране.

Компаративним прилазом правним коренима *locatio conductio* запажа се да је у римском праву практично била примењивана тројно због потребе праксе и да је нужност диференцирања правних активности наметнула напоре да се што јасније одреде суштина и форме *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum*, *locatio conductio operis*.

Не прејудицирајући критеријуме диференцирања ова три вида *locatio conductio* бројних теорија ипак се истиче нужност да се ни у ком случају не смеју идентификовати и изоловати следеће правне анализе:

- анализа *locatio conductio* као правне целовите институције и сваке посебне *locatio conductio*;
- анализа тројне поделе и сваке посебне *locatio conductio* у правним дискусијама;
- анализа тројне поделе и сваке посебне *locatio conductio* у законима – грађанским и облигационим;
- анализа тројне поделе у диференцирању сваког вида *locatio conductio* у пракси;
- анализа у пракси и теорији сваког вида *locatio conductio*.

Извесно је да је *locatio conductio* као правна институција постојао у римском праву нарочито у доба процвата римског права. Исто тако, не могу се негирати ни најмањи трагови *locatio conductio*. У оваквом сагледавању *locatio conductio* римско право се сматра јединством и теорије и праксе, те према томе тројни примери који показују да су постојали у пракси видови *locatio conductio* у ствари представљају импулсе који су довели до тројне поделе *locatio conductio*.

Извесно је да су постојале кроз векове институције *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* и *locatio conductio operis*.

Извесно је да је не само *locatio conductio* као целина већ и сваки њен вид, свака *locatio conductio rei*, свака *locatio conductio operarum* и свака *locatio conductio operis*, све узете у целини или појединачно, представљају и представљале су комплексне правне категорије.

Неизвесно је како је површно могло да се тврди, што су чинили чак и најчувенији романисти, да је тројни вид *locatio conductio* постојао у римском праву оформљен и у форми и у садржини.

Само постојање у пракси *locatio conductio* у сва три вида није никакав доказ да је римска теорија познавала тројну поделу, нити је то доказ постојања тројне поделе формулисана у римском праву. И понавља се: с друге стране, не може се негирати постојање сва три вида *locatio conductio* у пракси! Зато се и инвентивна, ерудитивна критика Оливиера Мартина у овом раду оцењује као изванредан допринос историји правних институција, али и као научно непотпуна пошто апстрахује: а) живу праксу живих друштвено-еко-

номских односа; и б) узроке настанка доктрине о тројној подели као консеквенце развијених робноновчаних односа.

Неизвесно је, чак и необјашњиво, да чувени романисти, као Поттије, нису знали, па чак ни стручно научно евидентирали искре тројне поделе у делима Матеуса и Колеруса, као и оформљену, формално и материјално, теорију Ј. Воета.

3. LOCATIO CONDUCTIO I LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (FACIENDI) У ДЕЛИМА ЧУВЕНИХ ИНОСТРАНИХ РОМАНИСТА

а) Прећутна одбрана тројне поделе *locatio conductio*

Као у хору, али ипак с одређеном интонацијом, романисти су или прећуткивали (вероватно због непраћења правних освојења или догматске „верности” римском праву) или прихватили тројну поделу *locatio conductio* као тековину римског права.

Сви они, се ретко или нимало не ослањају на римско право, на праксу римског права и у крајњој анализи на *Дигесте*. Зато се само у неким радовима концентрише анализа *locatio conductio* код романиста теоретичара са централном тежњом да се што јасније одреди форма и садржина *locatio conductio operis faciendi*.

Многи од ових романиста су анализирали поједине видове *locatio conductio* као што је истицао и Ј.П. Молитор диференцирајући *locatio conductio operis* од *locatio conductio operarum*⁽¹²⁾.

С извесном прећутном опрезношћу анализирао је *locatio conductio operis*, сматрајући да је веома деликатно питање диференцирања *locatio conductio operis* од *locatio conductio operarum*, чак и у виду синтезе бројних критеријума, чувени француски романиста Е. Суа⁽¹³⁾.

Многи су романисти квалификовали бројне радње као *locatio conductio operis* или *locatio conductio operarum*, али то никако не значи да су их заснивали на тројној подели *locatio conductio*. Ова група романиста се посебно истиче јер је анализирао живу праксу, не упуштајући се у теоријске путеве.

Добија се утисак да је највише допринео тврдњи да је тројни вид *locatio conductio* римска правна институција велики немачки историчар Момсен⁽¹⁴⁾, као што је већ истакнуто.

И савремени ће романисти бранити тројну поделу *locatio conductio* као правну институцију римског права без икаквог ослоњања на оригиналне текстове.

б) Теорија о две врсте најма професора Паула Хувелина⁽¹⁵⁾

Савремени романист француске школе Паул Хувелин браниће тезу двојног најма на сасвим неуобичајеној теоријској основи.

(12) *Olivier Martin, op. cit.*, 441.

(13) *Eduard Cuq, Manuel des institutions juridiques en droit romain* (део о Консенсуалним уговорима), Парис, 1917, стр. 477.

(14) *Theodor Mommsen, Историја Рима*.

„ (15) *Paul Huvelin, Cours élémentaire de droit romain, Tome Deuxième*, стр. 94–97.

По њему постоје две врсте најма: а) најам ствари (*locatio rerum*) и б) уговор о делу (*locatio operis*). Али, заиста изненађује да Хувелин дели уговор о делу (*louage d' ouvrage*) на: 1) *locatio operis* и 2) *locatio operarum* – што је чудноват плеоназам: у преводу на латински *louage d'ouvrage* је уговор о делу..., а професор Хувелин приступа потподели на *locatio operis* (уговор о делу) и уговор о раду (*locatio operarum*). У извесном смислу, али само правно структурално, подсећа ова подела на Жиранда, односно Windscheida: По њима постоје две варијанте најма: а) најам ствари и б) најам рада... и сада... најам рада садржи две варијанте: 1) рад сам по себи и 2) *locatio conductio operis* (односно рад са циљем резултата)⁽¹⁶⁾.

в) Схематски приказ теорија Хувелина, Girarda и Windscheida

Паул Хувелин

<i>најам ствари</i>	<i>уговор о делу</i>
<i>Windscheid и Girard</i>	1. с. operis 1. с. operarum

најам ствари

<i>најам рада</i>
рад сам по себи рад са циљем резултата

4. LOCATIO CONDUCTIO У АНАЛИЗАМА ЈУГОСЛОВЕНСКИХ РОМАНИСТА

а) Теоријско истицање *locatio conductio operis* без диференцирања А. Егерсдорфера⁽¹⁷⁾

Од најстаријих романиста др А. Егерсдорфер у глави посвећеној Обвезности права, тачније у анализи постанка обавезе, анализирајући консесуалне уговоре посебно истиче *locatio conductio* као „споразум уговорника по потреби ствари или радној снази” или „о наруџби каквог дијела за новац.

Значи, А. Егерсдорфер брани тројну поделу *locatio conductio* и поред: а) најма ствари (*locatio conductio rei*), б) најма радне снаге (*locatio conductio operarum*) наводи и в) *locatio conductio operis* (наруџбу дјела). Главни акценат без икаквог теоријског фундирања он ставља на „најам дјела... када се ради о успјеху рада или каквог посла... о извршавању каквог дјела”. По њему, у том случају радни, господар радње није подређен наручителу него му јамчи за успјех посла. Зато и зову онога који радњу обави *conductor operis* пошто је он *opus* (подузеће, радњу изнајмио).

Ко поручи радњу зове се *locator operis*. Као што се са сигурношћу може закључити излагање др Егерсдорфера је просто речено као неко јасно, утабано правно становиште, без дискусије, без упозорења на деликатност, на комплексност саме *locatio conductio* као такве и још компликованијег диференцирања *locatio conductio operarum* и *locatio conductio operis* само индиректно, али без упуштања у подробније објашњење Егерсдорфер не истиче специфичан

(16) Paul Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain, op. cit., Paris*, стр. 444.

(17) А.Егерсдорфер, *О институцијама римског права*, свеска четврта, Загреб, 1919, стр. 216-218.

однос локатора и кондуктора у *locatio conductio operis*; тачније не дискутује о интроверзији *locatio* и *conductor*⁽¹⁸⁾.

б) Истицање консенсуалног, синалгматичног карактера уговора о делу проф. Марјана Хорвата

Савремени романиста Марјан Хорват⁽¹⁹⁾, приступајући анализи *locatio conductio*, истиче чињеницу да је *locatio conductio* консенсуалан синалгматичан уговор дајући му специјалан оригиналан назив – не „најма”, већ „најамне погодбе”. Професор Хорват је истакао у самом уводу да се *locatio conductio operis* разликује од *locatio conductio rei* и од *locatio conductio operarum* управо и пре свега у друкчијем односу *locatora* и *conductora*, тј. у интроверзији носилаца ових уговора.

Прелазећи на директно излагање о *locatio conductio operis*, проф. Хорват истиче да предмет уговора није само рад или радна снага, него резултат рада (*opus*). Без испитивања порекла уговора о делу, без упуштања у полемику о тројној подели, без напора да сложеније диференцира уговор о делу од уговора о раду, проф. Хорват је изнео сажето битне стране уговора о делу. Он истиче специфичност уговора о делу у случају заменивости ствари „углавном да подузетник може за израду употребити или повратити друге ствари исте врсте, прешло би на подузетника власништво преданог му материјала”. То је тзв. *locatio conductio operis irregularis*⁽²⁰⁾.

У даљој анализи професор Хорват истиче посебно правни положај кондуктора, одговорност за сваку кривицу, посебно и за стручну неспособност (*imperitia*), али и за кривицу помоћног и неспособног заменика (*culpa in eligendo*). Остала излагања не излазе из оквира „класичних” застарелих тврдњи у овом уговору, осим јединог аналитичког прилаза између *locatio conductio operis* и *locatio conductio operarum*: да у случају смрти подузетника не престаје *locatio conductio operis*, већ његова обавеза прелази на наследнике, што је познато опште место у излагањима свих романиста.

в) Истицање примата друштвено-економских робовласничких односа о пореклу *locatio conductio* у анализама проф. др Стојчевића

У делу *Римско право* др Драгомир Стојчевић такође брани тезу да су Римљани подразумевали под *locatio conductio* три контракта са „заједничком одликом” што једна странка ставља на располагање ствар или радну снагу другој страници, а она узима и користи уз новчану накнаду⁽²¹⁾.

Истичући друштвено-економско уређење, тачније продукционе односе робовласничког Рима као примарне у пореклу *locatio conductio*, професор Стојчевић прелази на робовласнички менталитет „презира” према сваком физичком раду, а истовремено и потребе за радном најамном снагом, чак за кампањске послове, нарочито у случајевима када римски грађани нису имали робове. Проф. Стојчевић подвлачи, такође, да су од саме појаве *locatio*

(18) А. Егерсдорфер, *op. cit.*, стр. 216–218.

(19) Проф. др Марјан Хорват, *Римско право*, Загреб, 1977, стр. 277–280.

(20) М. Хорват, *op. cit.*, стр. 280.

(21) Проф. др Драгомир Стојчевић, *Римско право*, Београд, 1983, стр. 264–268.

conductio operis као и *locatio conductio operarum* представљале уговор за послове ниже врсте.

Послови више врсте као лекара, учитеља, адвоката нису могли бити предмет оваквог уговора већ су сматрани мандатумом. Професор Стојчевић истиче да све до Августа није постојала јасна разлика између *locatio conductio operis* и *locatio conductio operarum* и да су се правници ослањали на критеријуме јавног права.

Стипулација у првим данима ових уговора није било, већ су се и ови уговори, у својој бити консенсуални, као сваки *locatio conductio*, ослањали на *bona fides* и били санкционисани а *arbitrium boni viri*. Тек при крају Републике *locatio conductio* је као уговор био заштићен тужбама. Оваквим својим излагањем проф. Стојчевић, значи, није у потпуности прихватио постојање тројне поделе *locatio conductio*, тј. прихватио ју је, боље рећи, с одређеним оградама.

Сам *locatio conductio operis* (уговор о делу) представља контракт кад једна странка поверава другој страни неку ствар, а она се обавезује да на њој изврши одређени рад за одређену цену⁽²²⁾.

Професор Стојчевић дели мишљење оних романиста који сматрају да је наручилац био дужан да стави материјал на располагање; у противном – то не представља *locatio conductio operis*, већ купопродају, односно комбиновани посао: *locatio conductio operis* и купопродају. Исто тако је проф. Стојчевић прецизнији у поређењу са својом датом дефиницијом *locatio conductio operis*. Он истиче, поред општих познатих елемената уговора о делу, да је кондуктор обавезан да изврши наручени посао и да предмет његове обавезе није радна снага нити рад, већ дело (*opus*). Професор Стојчевић проширује одговорност, не само за *omnis culpa* и *imperitia*, одговорност своју и својих помоћника, већ и за *custodia* поверене ствари.

Као и сви романисти, професор Стојчевић истиче посебно *Lex Rhodia de jactu* као *locatio conductio operis*. Прецизирајући да је власник робе био *locator*, а капетан *conductor*, при уговору којим се капетан брода обавезао да за одређену цену превезе нечију робу. Кондуктор (капетан) имао је права да у случају непогоде растерети брод бацајући део терета у море, а власник (локатор) право да тражи накнаду штете, док је кондуктор (капетан) тужбом *actio conducti* имао право да од власника спасене робе тражи регрес.

г) Примарни елементи уговора о делу – *opus* и *metu* у анализи проф. др Ивана Пухана

Професор Пухан *locatio conductio* заступа као трипартитну теорију *locatio conductio*, али се ипак разликује од њих тиме што се веома брижљиво ослања на Гајуса и специјално на *Дигесте*. Али, на жалост, он није ни у оригиналу ни у преводу изнео ма који текст директно повезан са *locatio conductio* или са *locatio conductio operis*. Овакво излагање је утолико чудније што се професор Пухан у третирању низа других правних институција позива на римске текстове директно их наводећи *in extenso*.

Наводећи низ елемената из *Дигесте* као доказ постојања и *locatio conductio* и све три варијанте, Пухан се није позвао ни на један део *Дигеста* цитиран као *locatio conductio operis* у литератури иностраних романиста.

Тај је део навео професор Оливиер–Мартин Д. 50,15,5,1, а то је једини део који неки романисти сматрају текстом о деоби најма.

(22) Д. Стојчевић, *op. cit.*, стр. 267.

Професор Пухан се ослањао на бројне делове *Дигеста*, специјално је цитиран Д.19.2, али је то управо део који спада у арбитрарне и несигурне Ленелове реконструкције⁽²³⁾.

Третирајући *locatio conductio operis*, Пухан истиче примаран значај опуса и награде (*merx*) да је *locatio conductio operis* консенсуалан, двојни уговор, орочени уговор. Пухан, такође, заступа исплату награде при примопредаји.

И најзад, професор Пухан показује свестрано осветљену одговорност: за стручне пропусте, за несавесно деловање, за прекорачење рока, што значи за *imperitia*, *culpa in eligendo* и *casus levior*, наводећи више пута, Д-19.2, 36-37; Д.19.2.20⁽²⁴⁾.

5. ЈУГОСЛОВЕНСКИ ЦИВИЛИСТИ О LOCATIO CONDUCTIO OPERIS

а) *Подробна анализа ризика и више силе у тезама о уговору о делу проф. др М. Константиновића*

Упркос опрезности према неауторизованим скриптама др Михајла Константиновића, ипак се не може мимоићи његова анализа уговора о делу, макар била сврстана у правну усмену реч. У белешкама са предавања професора Константиновића у целини посвећеног облигационим уговорима, поред уговора о купопродаји, подробно обрађеног, налазе се уговор о размени, уговор о заступању, уговор о зајму, уговор о послузи, уговор о остави (депозиту) и ... уговор о делу⁽²⁵⁾.

Професор Константиновић је обратио пажњу на кратку дефиницију која садржи уобичајене елементе: обавезу једног лица да за друго лице изврши одређени посао уз извесну накнаду, (друго се лице обавезује да плати извесну накнаду). Значи, дефиниција садржи само два битна елемента: посао и накнаду. У погледу диференцирања уговора о делу од осталих облигационих уговора, професор Константиновић само излаже упоређење са уговором о купопродаји и са уговором о раду. Фактички, при толерантном упрошћавању карактеристика уговора о делу, битно је диференцирање овог уговора у односу на уговор о купопродаји и, нарочито, у односу на уговор о раду. Сажето, на нивоу студентских предавања, професор Константиновић се није упуштао у бројне посебно француске правне теорије диференцирања уговора о делу и уговора о раду. Јасно је излагање о условима закључења уговора о делу: сагласност воља, основа уговора, предмет. Нагласно је да награда не може бити фиктивна већ озбиљна, мада не мора бити одређена уговором. Сва остала излагања се свode на предмет обавеза наручиоца, предмет обавеза посленика, на обавезе наручиоца и обавезе посленика.

Предмет обавеза наручиоца је исплата награде.

Предмет обавезе посленика може бити сваки посао осим оног што је законом забрањено, физички немогуће и непоштено. Карактеристична је теза да се сума исплате накнаде за недопустиво дело не мора вратити наручиоцу, већ је посленик дужан да награду врати држави. Анализирајући обавезе, професор Константиновић сматра да је главна обавеза наручиоца пријем ствари, а то је и главна обавеза посленика. Уколико дело није извршено према уговору, наручилац може одустати, тражити накнаду штете

(23) *Olivier—Martin, op. cit., str. 426.*

(24) Проф. др И. Пухан, *Римско право*, стр. 318-323.

(25) Проф. др Михајло Константиновић, *Облигационо право*, Београд, 1959, стр. 15-18, део о „посебним уговорима“ (белешке по предавањима).

за материјал, али може и примити ствар са накнадом због неуредно извршеног посла. Наручилац може тражити накнаду и у случају ако су недостаци мањег значаја, али мора примити ствар у таквом стању. Ако наручилац одбије пријем ствари, може тражити да неко други учини дело. Рок представља, у анализи уговора о делу професора Константиновића битан елемент уговора, ако је посленик понудио ствар после уговореног рока. Наручилац мора платити накнаду ако је уговорено да се награда плати и пре извршеног рока. Уколико то одбије, посленик може захтевати и добити награду судским путем.

Израда поруџбина је главна обавеза посленика. Израда ствари мора бити презентирана како је у уговору одређено. У противном, наручилац има право да не прими ствар. Посленик мора сам да изврши посао и не може да га пренесе на друго лице, мада има случајева када се посао може пребацити и на друго лице.

Као што је пријем ствари главна обавеза наручиоца, тако је предаја ствари главна обавеза посленика. Извршену ствар посленик мора предати у року одређеном у уговору.

Док се у овим анализама професор Константиновић креће већ утабаним путевима, дотле износи као веома деликатну страну уговора о делу проблем ризика, ако предмет уговора пропадне услед више силе.

У том случају централно питање јесте да ли се пропала ствар десила пре или после предаје ствари. Професор Константиновић сматра да је битно ко је дао материјал за уговорени посао. Одговорност сноси она страна која је дала материјал. То значи да посленик, уколико је дао свој материјал, сноси и ризик, јер је све до предаје ствари он фактички сопственик. Уколико посленик констатује да се материјалом не може извршити посао према уговору, а наручилац је дао материјал, онда мора током рада да докаже мањкавост материјала, иначе нема права на накнаду. Уколико је ствар урађена током рада, посленик мора доказати да је предузео све мере предострожности, иначе такав случај не представља вишу силу и самим тим је посленик одговоран за непажњу. Посленик је одговоран и у случају доцње, макар и ако је наступила виша сила. То се исто тако односи и на наручиоца.

Ако је виша сила наступила после предаје на начин објављен уговором, онда наручилац сноси пуну одговорност за ризик. Наручилац је одговоран за ризик и ако одриче да прими ствари.

Професор Константиновић лапидарно изражава систематику обавеза и наручиоца и посленика.

Резимирано – обавезе наручиоцу су: пријем ствари; исплата; исплата пре уговореног рока.

Обавезе посленика су: израда наруџбине и предаје ствари... о року уколико је то уговором означено.

Јасно излажући, и на нивоу доступном слушаоцима, професор Константиновић је најрељевније истакао проблем више силе и ризика.

б) Уговор о делу заснован на одредбама Српског грађанског закона по схватању проф. Борислава Благојевића

Др Борислав Благојевић, анализирајући уговор специјалну пажњу посвећује уговору о делу, тако да ова анализа представља праву малу студију уговора о делу⁽²⁶⁾.

(26) Проф. др Борислав Т. Благојевић, *Посебни део оглигационог права*, стр. 167-177.

Професор Благојевић заступа тезу да се уговор о делу рачва на два главна уговора: а) уговор о служби и б) уговор о делу. По професору Благојевићу, заједничко им је „искоришћавање” радне снаге једног лица од другог лица”. Разлика између ова два уговора се састоји у „начину искоришћавања радне способности другог лица”. Значи, професор Благојевић се ослања на оне доктрине још из доба римског права о значајној разлици између *locatio conductio operarum* и *locatio conductio operis*. И заиста, ако се та два уговора не разграниче, онда се не може одржати ни основна разлика у „начину искоришћавања радне способности другог лица”. Зато и сам професор Благојевић додаје да се у уговору о делу тежи искоришћавању радне способности... Али то „само у крајњој линији” (дефинисати „крајњу линију” веома је незахвалан посао са становишта правне теорије и правне праксе).

Али, дискутујући даље о „предмету уговора о делу” професор Благојевић указује да је предмет уговора о делу „циљ ... извршења неког посла као резултата радне делатности” (значи... не радна снага, већ далеко дубље и конкретније – „радна способност, а то представља квалификовану радну способност несумњиво”).

Професор Благојевић је оригинално, мада индиректно, указао на могућност ширег одређивања појма уговора о делу, тиме што је указао на бројне врсте уговора о делу⁽²⁷⁾ и закључио да се уговор о делу никако не може изједначити са бројним правним облигационим институцијама, а камоли са уговором о раду.

Тиме је појам о уговору о делу професора Благојевића фактички шири, сложенији и деликатнији неголи у првим редовима његове анализе. И, надаље, професор Благојевић, истичући опште карактеристике уговора о делу: 1) облигациони карактер и 2) комутативну теретну његову иманентну особину, проширује своју дефиницију и превазилази схватање о крхкој и несигурној разлици уговора о делу и уговора о раду.

Сама теретно-комутативна карактеристика одваја уговор о делу од уговора о раду, јер уговор о раду не може бити теретан и комутативан, нити може постојати еквиваленција узајамних права и обавеза пошто еквиваленција представља самосталност, недостатак сваке субординације посленика, што није случај у правним обавезама насталим из уговора о раду.

Бројне консеквенце које наводи професор Благојевић управо из овакве карактеристике еквиваленције, појављују се (што је незамисливо код уговора о раду) у побијању због оштећења преко половине, а у неким законодавствима и у раскиду уговора, односно повишења награде. Све се то „своди на проблем непредвидљивости, односно допустивости примене клаузуле *'rebus sic stantibus'*”.

Истина, несумњиво је нужно подвући да је др Благојевић изградио појам уговора о делу на основу Српског грађанског закона који га је самим тим и спутао. Али, својим екстензивним тумачењем, др Благојевић је проширио дефиницију уговора о делу, приближујући се: а) традиционалној римској фактичкој подели и разлици између видова *locatio conductio*, б) новим правним доктринама о тројној подели *locatio conductio*, в) савременим законским текстовима о уговору о делу и савременој пракси о уговору о делу.

Као трећу карактеристику уговора о делу професор Благојевић истиче консенсуални уговор са могућношћу изјаве воље изражене и путем конклюдентних радњи. Само је изузетно уговор о делу формални правни посао.

Што се тиче разграничења уговора о делу у односу на друге уговоре, професор Благојевић није извршио комплетну анализу већ је у овом сажетом

(27) Б. Благојевић, *op. cit.*, стр. 167.

приказу само указао на следеће уговоре: уговор о служби; уговор о пуномоћју; уговор о купопродаји; уговор о закупу и уговор о остави.

Само је у односу на уговор о остави професор Благојевић извршио компарацију: остава је посебна врста уговора о делу зато се разликује од овог уговора као *genus* по предмету, врсти радње на коју се обавезује посленик, односно депозитар⁽²⁸⁾.

Значи, по професору Благојевићу, код уговора о остави депозитар чува поверену ствар; код уговора о делу ради се о извршењу неког посла.

Прелазећи на елементе уговора о делу, професор Благојевић сматра да се овим уговором тежи извршењу одређеног посла, односно постизању резултата као производне одређене делатности.

Значи, извршени одређени посао је везан за добијање резултата одређене делатности. Без упуштања у овом раду у критику идентификације извршења одређеног посла и постизања резултата, запажа се да професор Благојевић коначно изоставља резултат дела и закључује да су два конститутивна битна елемента уговора о делу: 1) извршење посла и 2) награда за извршени посао.

Даља размишљања професора Благојевића се свODE на коментар Српског грађанског закона без упоређивања са страним законима и без контроверзе са разним правним доктринама о уговору о делу у светској литератури.

Позивајући се на параграфе Српског грађанског закона, др Благојевић анализира бројне правне стране уговора о делу: посао посленика; награда за извршени посао; права и дужности странака.

И управо, због изузетне убедљивости и систематичности, анализа професора Благојевића се истиче тиме што он јасно одређује права и дужности како посленика, тако и наручиоца, док низ страних и југословенских правника наративно износи права и обавезе странака... и то готово увек подвлачећи обавезе посленика, као и чињеницу да он нема права а да наручилац нема обавеза.

Обавезе посленика се, према професору Благојевићу, свODE на: а) обавезе благовременог извршења посла; б) обавезе уручивања извршеног посла; в) обавезе личног извршења посла; г) обавезе обавештавања наручиоца о одређеном квалитету материјала; д) обавезе да се преда уговорени посао, односно резултат посла.

Обавезе наручиоца такође су изричито истакнуте: а) обавеза плаћања награде посленику за извршени посао; б) обавеза давања материјала за извршени посао; в) обавеза садејства при извршењу.

Општи критички закључак о овој правној малој студији уговора о делу је да је, професор Благојевић вршио своја критичка запажања у уској повезаности са Српским грађанским законом.

Самим тим је извршио најсадржајније у нас до рата правну правну егзегезу законских текстова са низом сугестивних мисли, великим делом се ослањајући на француску и немачку правну школу. Такође, професор Благојевић није запоставио југословенску тадашњу правну литературу из посебног дела облигационог права као ни коментара.

(28) Б. Благојевић, *op. cit.*, стр. 169.

в) Свестрана савремена анализа уговора о делу на основу југословенског облигационог права проф. др Слободана Перовића

Професор др Перовић је изложио своје анализе о уговору о делу специјално у две своје публикације: *Облигационо право* и *Коментари закона о облигационим односима*⁽²⁹⁾.

Логичка структура, чак независно од датих подналова, анализе уговора о делу др Перовића у делу *Облигационо право* састоји се од систематских излагања о:

- појму уговора о делу;
- диференцирању уговора о делу од низа других облигационих уговора;
- битним елементима уговора о делу;
- обавезама посленика;
- обавезама наручиоца посла.

Може се приметити да би ова логичка структура била хармоничнија да је писац започео своје излагање са пореклом и значајем уговора о делу.

Може се, такође, приметити да су независно од изричитих подналова о обавезама посленика и о обавезама наручиоца, управо у том излагању, обавезе испреплетене са правима и посленика и наручиоца, мада за права странака није формулисан ниједан поднаслов.

Али, овакву логичку структуру, уз ове тако рећи занемарљиве формално–логичке примедбе, професор Перовић је градио на темељима анализе иностраних правника, југословенских правника – романиста и шивилиста, на законима низа европских капиталистичких и социјалистичких земаља.

У суштини резимирајући у свеопштој повезаности бројних мисли, излагање уговора о делу професора Перовића може се закључити да се издвајају централне полуге:

- А) Дискусија о дефиницији уговора о делу;
- Б) Правне особине уговора о делу;
- в) Диференцирање уговора о делу од осталих облигационих уговора.

А) Дискусија о дефиницији уговора о делу

Пре свега, професор Перовић указује на два битна елемента уговора о делу. То су:

- 1) одређени посао;
- 2) накнада.

Али, проф. Перовић указује и на трећи елемент: пријем извршеног посла.

И, управо, врста и карактер посла диференцирају уговор о делу од осталих уговора. Развијајући даље ову своју мисао, професор Перовић дефинише сам посао: посао је материјалан (фактички), а никако правни посао. Иманентно својство овог уговора, без обзира на употребљена помоћна средства, јесте чињеница што се у уговору о делу ангажује физичка и интелектуална снага посленика.

Осврћући се на члан 600. Закона о облигационим односима, професор Перовић тачно установљава да овај члан даје само општи појам уговора о

(29) С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1976, стр. 511–526, С. Перовић – Стојановић Д., *Коментар ЗОО*, књига II – стр. 289–325, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада”, III том, стр. 511–519.

делу у случају извршења одређеног рада уз накнаду... када то није друкчије посебним законом одређено.

Једино, на бази подрбног компаративног изучавања, могао је да се изгради закључак професора Перовића јасан и недвосмислен: одређени уговори су суштински су уговори о делу, али добијајући посебност издвајају се из свог генуса.

Као плод оваквих запажања професор Перовић је дао правну дефиницију уговора о делу:

Уговор о делу је уговор којим се уговорник (посленик) обавезује да: 1) изврши одређени посао за другог уговорника (наручиоца), а он се обавезује да му за то исплати; 2) одређену накнаду и 3) прими извршени посао⁽³⁰⁾.

Значи, три елемента карактеришу уговор о делу: 1) извршени одређени посао; 2) исплата на одређени начин; 3) пријем извршеног посла.

Једина, за сада, примедба која би се могла упутити јесте питање да ли би требало у дефиницију уговора о делу унети и постигнути резултат.

Ова се дефиниција одликује повезаношћу обавеза и посленика и наручиоца око објективног момента, око одређеног посла.

(Примљено 04.05.1989)

Dr. Blaža Marković,

Retired judge of the Supreme Court of Serbia

LEGAL ROOTS OF THE CONTRACT FOR PERSONAL SERVICES

Summary

Roman law is a genuine source and a permanent inspiration in all legal research. The contract for personal services is treated by Roman law within the framework of the contract **locatio conductio operis**, while provisions concerning this contract are found already in the Justinian Code. Its application in practice was, however, rather rare, bearing in mind the nature of the slave holding social system.

Dutch jurist J. Veoth has laid down the grounds of the tripartite theory regarding the **locatio conductio operis** contract, namely: **locatio conductio rei**, **locatio conductio operarum** and **locatio conductio operis**. This kind of distinction in the case of **locatio conductio** was challenged by Felix Olivier Martin whose study „on the system of hire in Roman law” provoked quite a controversy by holding that the tripartite division was present in the practice, but was not visible either in the theoretical works of Roman jurists or in the Roman law codifications.

Relevant research obviously shows that the roots of the contract for personal services are found in Roman law, and that this type of contract underwent its evolution, while in some periods it had a rather narrow implementation. However, it never has been completely extinguished and shall find its way in practice regardless of the social system.

Key words: *Contract for personal services. — Hire. — Roots. — Roman law.*

(30) Поједине бројке унео Б. М.

Blaža Marković,
avocat de Belgrade

LES RACINES JURIDIQUES DU LOUAGE DE L'OUVRAGE

Résumé

Le droit romain représente une véritable source et une inspiration durable de toutes les recherches juridiques. Le louage de l'ouvrage est traité dans le droit romain dans le cadre du contrat *Locatio conductio operis* et les dispositions sur ce contrat sont contenues déjà dans le Code de Justinien. Son application dans la pratique a été restreinte du fait du système social d'esclavage.

Le juriste hollandais J. Veoth a jeté les bases de la théorie tripartite sur *locatio conductio operis* en la divisant en *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* et *locatio conductio operis*. La division tripartite de *locatio conductio* est dominante aussi bien dans la théorie que dans la pratique. Elle a été contestée par Felix Olivier Martin qui a provoqué une véritable secousse scientifique par son travail „sur la division du bail dans le droit romain”, affirmant que la division tripartite a été présente dans la pratique, mais qu'on ne trouve ses traces ni dans la théorie des juristes romains ni dans les codifications du droit romain.

Les recherches démontrent clairement que nous trouvons les racines du louage de l'ouvrage dans le droit romain et que ce contrat a connu son évolution, qu'au cours de certaines périodes il a eu une application restreinte, mais qu'il n'a jamais cessé et ne cessera de vivre, quel que soit le système social.

Mots clé: *Le louage de l'ouvrage. — Le bail. — Les racines. — Le droit romain.*