

др Јелена Даниловић,

редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

УГОВОР О ГРАЂЕЊУ У РИМСКОМ КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

Уговор о грађењу је у земљама европског континенталног права тек у новије време постао самосталан уговор привредног прав, независан од уговора о делу. Под утицајем римског, односно пандектног права, он је чак, и у великим кодификацијама грађанског права мање или више везиван за уговор о делу. И у нашем ЗОО у чл. 630. уговор о грађењу дефинише се као уговор о делу, мада се већ у даљем тексту дефиниције истичу његове особености, а издвајањем у посебну Главу XIII (која долази одмах после уговора о делу) он је ипак регулисан као самосталан именовани уговор. И у нашој теорији је тек у новије време преовладало мишљење да га не треба везивати за уговор о делу. У овом раду скренута је пажња да су већ у римском класичном праву уочене све особености уговора о делу у коме се предузимач обавезује да ће у својој режији изградити одређен грађевински објекат. Класични правници га нису издвојили из уговора о делу, као што ни уговор о делу у то време још није био у потпуности издвојен из целине контракта *locatio conductio*, али су изградили посебна правила која се примењују само на уговор о грађењу. Та правила су стварана следећи обичаје стваране у пракси у време велике изградње Рима почетком принципата, када се приступало и новом начину организовања грађевинске делатности. Полазећи од уговора закључиваних у пракси и спорова који су настајали, класични правници су издвојили уговор о грађењу из масе других уговора на које се примењивана правила *locatio conductio operis faciendi*, али га нису и осамосталили.

Кључне речи: Уговор о делу. – Правна природа. – Римско право. – Југословенско право.

1. Основано се препоставља да су у старијим периодима римске историје грађевински радови обављани радном снагом породице и њених клијената⁽¹⁾. Дојиније се за зидарске радове ангажују лица ван породице, вероватно путем стипулације, а другој половини периода Републике већ се закључује уговор *locatio conductio*.

Најстарији сачуван уговор о грађењу (и једини у целини сачуван) закључен је 105. године пре н. е. између једног предузимача и дуовира града Путеоли.⁽²⁾ Уговор је конципиран као *locatio conductio operis faciendi*⁽³⁾, а предмет изградње су градске зидине. Предузимач, *conductor*, обавезује се да изгради цео објекат у својој режији и својим материјалом, а наручиоци да исплате

(1) Kaufmann, *Die altrömische Miete*, Köln — Graz, 1964, стр. 15 и даље

(2) C. G. Bruns, *Fon es iuris romani antiqui, leges et negotia*, Tübingen, 1909, бр. 170 (стр. 374).

(3) У тексту уговора пише „*operum lex*” (р.4) и „*qui redemerit*” (р.6) а предузимач је *conductor*.

уговорену, глобалну цену, и то у две рате, на почетку и по преузимању изграђеног објекта. Описано је место на коме ће се градити. Предузимач је дужан да претходно рашичисти и уреди терен, и детаљно су описани сви радови. На крају се врши преглед готовог дела, *probatio*, од стране комисије од 20 људи, која ће одлучити да ли се објект прихвата или не (*quod eorum probaverint, probum esto, quod non probaverint, improbum*). Ништа није речено о последицама ако се догоди да је *improbum*. Предузимач даје 10 јемаца који су потписали уговор на крају. Иако се овде ради о уговору са градским органима, са јавноправним елементима, где услове просто диктира наручилац и оштро намеће своју вољу, он је значајан извор сазнања и за приватноправне уговоре пошто већ садржи многе елементе које је уговор о грађењу имао у класично доба. Неки аутори сматрају да су уговори са државом и послужили као узор за уговоре о грађењу које закључују приватна лица⁽⁴⁾.

Податке о приватноправним уговорима у преткласичном и класичном добу пружа 13 фрагмената у *Digesta* (19,2), неколико других правних текстова и осврти на овај уговор у римској књижевности. У новијој романистичкој једини нешто целовитији приказ овог уговора дат је још почетком овог века⁽⁵⁾, док се у радовима новијег датума обрађују само поједина питања, пре свега дејства и последица *probatio* и одговорности посленика⁽⁶⁾.

Ми ћемо се у овом раду задржати само на оним уговорима који би се савременом терминологијом могли назвати уговорима о грађењу. Нећемо се задржавати на осталим могућностима ангажовања радне снаге и стручњака у циљу изградње неког објекта где наручилац ради у својој режији, што је, претпостављамо, и у класично доба био чест случај, поготову ако се радило о мањим објектима. Покушаћемо да истакнемо особености и посебна правила примењивана на уговор о грађењу и поред тога што се он третира као *locatio conductio operis*.

2. На почетку желимо да истакнемо неколико околности које су сигурно утицале на особености овог уговора.

Пре свега, уговорне стране су социолошки и економски биле неравноправне. Нагла изградња Рима и других градова у Италији, која је почела у време Августа, обухватала је у приватном сектору изградњу великих кућа за издавање (*insulae*), раскошних вила, па и приватних купатила, а то су градили само богати људи, патрицији и витезови, са много више купатила и друштвеног угледа него што су их имали грађевинари који су били само занатлије, нешто мало богатије од просека. Ова неравноправност могла се одразити пре свега на одредбе уговора и вероватно и на решавање спорова, па и изградњу правних правила деловањем јуриспруденције.

Градитељ је још у време Катона давао бар делимично свој материјал, и то камење⁽⁷⁾, а у класично доба он по правилу гради својим материјалом⁽⁸⁾.

(4) S. D. Martin, „A reconsideration of *probatio operis*“, ЗСС, 1987, стр. 322 – 337.

(5) Samter, „*Probatio operis*“, ЗСС, 26, 1905, стр. 125 – 144.

(6) Thomas, *Reflections on building contracts*, RIDA 18 (1971), стр. 674 – 689; Mayer – Maly, *Locatio conductio*, Wien – München, 1956, стр. 40 – 41 и 189 и даље; Arangio – Ruiz, *Responsabilita contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, стр. 188 – 201; Cannata, *Per lo studio della responsabilita per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1968, стр. 135 – 240; Wubbe: *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag, Arbeiten au dem juristischen Seminar der Universität Schweiz* (Festgabe zum iuristentag Mensch un Umwelt), Freiburg, 1980; Wubbe, *Opus selon la définition de Labéon*, Tijdschrift v. *Rechtsgeschiedenis*, Leiden, 1982, стр. 241 и даље.

(7) Cato, de Agricultura, 14 – в. и Amirante чланак Labeo, 1967, св. 13, стр. 49 и даље.

(8) О томе в. текст овде напред и примедбе 21 и 22.

То значи, с једне стране, да је он морао бити већ нешто имућнији занатлија, а са друге стране, што је још важније, да он више улаже и више разликује него наручилац, који даје само земљиште. При томе је врло важно и то што је у класичном периоду важио принцип *superficies solo cedit*, па како је материјал уграђиван, тако је прелазио у својину наручиоца, што је од значаја за решавање многи правних питања која се могу појавити било у току изградње, било на крају.

И најзад, то су били скупи радови⁽⁹⁾, у току којих градитељ ангажује друге зидаре и обичне раднике, па је зато и ризик, у случајевима када га он сноси, био велики.

3. Иако је *locatio conductio* био консензуалан контракт, уговор о грађењу закључиван је писмено. Док се код осталих уговора који се закључују као *l. c. operis* не спомиње писмена форма, у свим текстовима у којима је реч о закљученим уговорима о грађењу спомиње се и *lex locationis*, писмени уговор. То не значи да није у пракси бивало да се странке задовоље консензусом, али с обзиром на вредност уговора, сложеност радова који се обављају, потребе да се тачно предвиди изглед будућег објекта итд, вероватно је у пракси преовлађивала писмена форма, бар када се ради о значајнијим објектима.

Закључењу уговора су вероватно претходили преговори, у току којих је свака страна настојала да за себе обезбеди што повољније услове. Да су и правници сматрали да је то исто као и код купопродаје, нормални и допуштено, сведочи један Паулусов текст у коме он каже да као што је код купопродаје природно и дозвољено да се скупље продаје и јефтиније купује, те да тако странке настоје да једна другу варају („*circumscribere*”), исто тако је то допуштено и код *locatio conductio* („*ita in locationibus et conductionibus iuris est*”)⁽¹⁰⁾.

Писмено закључен уговор постаје *lex*, па се на права и обавезе странака, посебно на степен одговорности и питање ризика, не примењују општа правила већ оно што је уговором утачено. Ова одступања од општих правила могућа су, наравно, код усмено закључених уговора, јер су правила римског облигационог права била диспозитивне природе, па има и текстова о *loc. conductio* у којима је реч о таквим одступањима⁽¹¹⁾, иако је уговор био закључен само *consensu*.

Да је при одређивању садржине уговора битна воља наручиоца, види се из примера у коме је грађевинар одступио од онога што предвиђа уговор, али с обзиром да је то учинио по налогу наручиоца, он је ослобођен у процесу који је покренуо инвеститоров наследник⁽¹²⁾. Међутим, право да одступи од уговора имао је само наручилац, док грађевинару то, изгледа, није било допуштено. У једном случају била је уговорена изградња виле за цену од 200 сестерција, од чега је било уплаћено 100 сестерција када су радови отпочели. Грађевинар потом диже цену на 300 сестерција, што наручилац не прихвата, већ наређује да се радови одмах обуставе и да се врати неутрошени део примљеног новца, тј. тражи у ствари, раскид уговора. У спору који је настао мишљење даје Лабео који саопштава да је наручилац у праву.⁽¹³⁾ Наручилац је, види се, јача уговорна страна у овом облигационом односу, па се у текстовима он и назива повремено *dominus (negotii)*.

(9) Према D. 19.2.60.4. изградња виле кошта 200 – 300 сестерција, а према D. 19.2.58.2. поправка купатила (јавног) 100 сестерција.

(10) Паулус у D. 19.2.22.3.

(11) Код уговора о делу: са златарем в. D. 19.2.13.5. или о превозу D. 14.2.10. пр.

(12) 60.3 (Labeo 1.5. а Javolenus epitomatum):...respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permatatum esset, redemptorem absolvi debere”.

(13) Лабео – Јаволениус у D. 19.2.60.4.

Предмет уговора је изградња породичне куће, (*domus* или *villa*), куће за издавање (*insula*)⁽¹⁴⁾, канала⁽¹⁵⁾ или одржавање већ постојећих објеката⁽¹⁶⁾, а у неким текстовима пише само опус, без прецизирања о каквом се делу ради⁽¹⁷⁾.

Обавезе градитеља, који се у текстовима назива *conductor* или *redemptor*, јесу да у својој режији изгради, односно одржава објект који је предмет уговора, да на терену који му одреди *locator*, односно *dominus* својим или претежно својим материјалом изгради објект описан у уговору, односно да већ постојећи објект поправља и одржава. Градитељ се обавезује *aversione*, да у целини преузима све радње у изградњи предвиђеног објекта. Наручилац се обавезује да плати цену, која као и код свих варијанти контракта *locatio* — *conductio* мора бити изражена у новцу⁽¹⁸⁾. Уговором су сигурно били предвиђени и рокови, као и свака одступања од општих правила о одговорности и ризику. Сваки уговор о грађењу морао је да садржи и клаузулу о *probatio*, контроли и формалном преузимању довршеног објекта, што се чини и по престанку уговора о одржавању грађевинског објекта. На жалост, није сачуван ниједан интегралан текст уговора о грађењу из класичног периода, те се могу вршити само реконструкције на основу фрагмената који о томе говоре.

По својој садржини уговор о грађењу се разликовао од осталих уговора о делу – што је последица природе посла који се уговара. Неке од тих специфичности стварале су и правне проблеме. Један од тих проблема настао је због тога што градитељ ради са својим материјалом. За *locatio conductio operis faciendi* битно је било да лоцатор стави на располагање, односно преда кондуктору ствар или материјал на чему ће *conductor* обавити одређен стручни рад: израда предмета од злата и сребра, чишћење и пеглање одела, копнени и бродски превоз, подучавање робова и деце, итд. По томе је уговор о делу ужи од уговора о делу у савременом праву. Ово је истакао још у доба Републике Алфенус Варус, наводећи да *rerum locatorum duo genera esse*, постоје две врсте ствари које лоцатор „пласира“ (или „лоцира“), или се враћа иста ствар (као када се да одело на чишћење) или ствар исте врсте (када се да злато за израду разних предмета)⁽¹⁹⁾. Због тога је у класичном праву настао проблем како оквалификовати уговор о делу према коме посленик ради својим материјалом. Познат је Гајев текст I, 3, 147, у коме је речено да је „неизвесно да ли је то купопродаја или уговор о делу“. Касније, каже даље Гај, сматрао је да се овде ради о продаји материјала, а да је рад златара предмет уговора о делу. Међутим, већина писаца сматра да је закључена купопродаја⁽²⁰⁾.

Од правила да посленик мора да ради материјалом који му је дао наручилац да би такав уговор могао бити *locatio conductio* одступило се када је у

(14) *Domus*: D. 19.2.59.; eod. 60,3; *aedes*: D. 19.2.30.3; *villa*, Cato, de Agric. 147; *insula*: D. 19.2.22.2; eod. 33; D. 18.1.20.

(15) D. 19.2.62.

(16) D. 19.2.58.2.

(17) D. 19.2.36.; eod. 37; eod. 51.1; eod. 24. пр. У питању су, вероватно, школски текстови или је приликом кодификације изостављен управо онај део у коме је наведено која је грађевина била у питању.

(18) Гај у D. 19.2.25. пр.

(19) D. 19.31.

(20) Thomas, нав. дело, стр. 673 – 677 објашњава да је у време Републике својина предмета прелазила на посленика, те је код уговора о грађењу било свеједно да ли је материјал његов или му га је дао наручилац. Проблем је настао тек од времена када је посленик стицао само детенцију.

питању уговор о грађењу. О томе сведоче два текста, један у коме Помпоније цитира Сабинуса⁽²¹⁾, а други Паулусов,⁽²²⁾ из којих би се могло закључити да је изузетак учињен у време Сабинуса, можда је он и аутор новог правила, а да је у време Паулуса то већ била давнашња пракса. Сабинус каже да ако посленик ради својим материјалом, то је купопродаја, али „другачије је ако дам земљиште да на њему саградиш кућу, иако тада материјал (послеников, Ј. Д.) прелази у моју својину”. Паулус кратко саопштава да када градитељ зида својим материјалом, тај материјал уграђивањем прелази у својину наручиоца, али је то ипак *locatio conductio*, а не купопродаја.

Око овог изузетка учињеног за уговор о грађењу у романистици су настале расправе о теоријским разлозима који су довели до овог одступања од општег правила⁽²³⁾. Нама се чини да су разлози били пре свега у жељи да се питање реши у складу са већ постојећом праксом и особеностима уговора о грађењу. Он је од почетка био конципиран као *l.c.*, врло рано је и градитељ давао део материјала (камење), па када је почео да испоручује и сав материјал, преквалификација уговора не би била сврсисходна, јер би тако сложен уговор био тиме подвргнут тужбама *empti* и *venditi* и сасвим другим правилима која нису подесна за уговор о грађењу. Могуће је да су теоријски основ римски правници нашли у чињеници да локатор ипак нешто даје – ставља на располагање земљишта. Ово се може наслутити и из формулације Сабинусовог текста, који почиње речима „другојачије ако дам земљиште...”, а као проблем наводи то што својина материјала прелази на наручиоца (као да је продаја материјала у питању, Ј. Д.).

4. Уговор о грађењу је постепено уобличаван као посебан тип уговора о делу и разграничаван према другим контрактима. У том погледу значајне податке пружа и један Јаволенусов текст у коме он даје свој *responsum* у спору насталом око тога да ли у конкретном случају зидар одговара за манљивост извршеног дела или не⁽²⁴⁾.

Из текста се види да је према уговору зидару свакога дана била исплаћивана одређена сума новца. Не види се шта је грађено, али је *opus* изграђен са недостацима и *locator*, наручилац је тужио. Проблем је проистекао из неуобичајеног начина плаћања: наручилац је сматрао да зидар треба да одговара и поред тога што је исплаћиван свакога дана. Јаволенус на то каже да решење спора зависи од тога шта је било уговорено. Ако је било предвиђено да ће квалитет рада бити на крају провераван путем *probatio*, зидар ће одговорати без обзира на то што му је новац исплаћиван свакога дана; али ако је према уговору новац исплаћиван свакога дана да би зидар радио према упутствима и под надзором господара („*arbitrio domini*”), онда зидар неће одговорати.

Јасно је да је Јаволенус у првој варијанти мислио на уговор о делу, а у другој на уговор о најму радне снаге. Међутим, он зидара у целом тексту назива кондуктором, дакле и онда када је требало рећи *locator* (најамни рад-

(21) D. 18.1.20. (Помпоније, 8. књ. ad Sabinum).

(22) D. 19.2.22.2: „... proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est.”

(23) Критички преглед различитих мишљења и објашњења даје Thomas, *loc. cit.*

(24) Javolenus, D. 19.2.51.1.: Locavi opus faciendum ita, ut pro opera aredemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitionum factum est... respondit: si ita opus locasti ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestare tamen tibi a conductore debet... nam enim quequam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consumationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato agi cum eo qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

ник је увек *locator* свога рада). У литератури данас преовлађује мишљење да се цео текст односи на *locatio conductio operis*, а да је последњи део текста интерполисан⁽²⁵⁾. Текст се користи углавном за објашњавање дејства *probatio* и за питање односа између *probatio* и исплате цене.

Међутим, ако пођемо од тога да не треба сваку неразумљиву или „неелегантну” реченицу прогласити интерполацијом, може се оправдано закључити да је његов текст заснован на разликовању уговора о делу и уговора о најму радне снаге. За први је свакодневни начин плаћања неуобичајен, а за други је то правило⁽²⁶⁾. Код првог зидар одговара за квалитет завршеног дела, а код другог не. Али, према Јаволенусу, начин плаћања није битно обележје ова два уговора нити критеријум за њихово разликовање, већ је критеријум оно шта се од зидара тражи. Код уговора о делу то је завршено дело, чији се квалитет проверава путем *probatio*, а код уговора о најму радне снаге то је само рад и радник, односно зидар тада не одговара за недостатке који су утврђени на опусу.

Данас је јасно шта је уговор о делу, а шта уговор о најму радне снаге. За Римљане се у оба случаја ради о *locatio — conductio*, као што је то и уговор о закупу, сви су санкционисани са *actio locati* и *actio conducti*. Диференцијација ова три типа, данас три различита уговора, вршена је на основу праксе и на нивоу различитих активности које су биле уговоране: становање у туђој кући, обрада туђе земље, коришћење туђе радне снаге или туђег знања и умећа, па су с обзиром на то и у оквирима тога, стварана правила о правима и обавезама странака, о њиховој одговорности и о сношењу ризика. У класично доба већ постоје како изграђена терминологија за сва три типа (*l. c. rei, operarum* и *operis*), тако и утврђена правила за сваку од ове три врсте уговора, али се у квалификацији сваког конкретног уговора у пракси полази од садржине уговора, а оштре границе још нису повучене, то још увек нису три уговора, онако како ће учити пандектисти (ни у Дигестима, што показује један титулус за *locatio — conductio*)⁽²⁷⁾.

Проблем који је постављен пред Јаволена био је да ли ће се о одговорности зидара одлучити према правилима која важе за уговор о делу (уговор је *operis*) или за уговор о раду (*operarum*). Вероватно је да је овде и зидар приговорио на захтев тужиоца тако, што је тврдио да је он био ангажован само као радна снага којој се плаћа сваки дан, па према томе не одговара за коначан резултат грађења – дакле да је у питању *l. c. operarum*. Јаволенус не подржава захтев наручиоца, заснован на ошени да је закључен уговор о делу, већ за решење постављеног питања упућује на садржину уговора из кога се може видети какву је обавезу преузео зидар. Потом даје алтернативно два решења: ако је то био уговор о грађењу (тј. о делу) зидар ће одговарати, а ако је био уговор о најму радне снаге (*operarum*) неће⁽²⁸⁾.

(25) Albeitrario, Acta Perugina 31 (1919), стр. 51. Cannata, *нав. дело*, стр. 212 и други – в. Susan Martin, *нав. дело*, стр. 330 и примедба 28 са другом литературом.

(26) Dr Robertis, I rapporti di lavoro nel diritto romano, Napoli, 1946. У уговору којим се ангажује радна снага за руднике у Трансилавнији. Брунс, Фонтес, стр. 370. пише да се исплата врши in dies singulos.

(27) Mayer — Maly, *нав. дело*, стр. 17 и даље, где је дат преглед литературе, односно дискусије о трипартитној деоби контракта loc. cond.

(28) То што Јаволенус на крају најамног радника назива кондуктором сматрамо да не мења нити смисао текста, нити закључке које о њему дајемо. Не треба заборавити да разграничења између три врсте loc. cond. у класично доба још нису оштра, те ако је Јаволенус продужио да за градитеља каже *conductor* и онда када би требало да буде *locator* не значи да га у другој варијанти није сматрао најамним радником. Сличну „погрешну”

Из Јаволеновог одговора могу се извући два правила класичног права:
а. Уговор о грађењу са финалном *probatio* је уговор о делу, без обзира на начин и рокове исплате уговорене суме новца, односно цене.

б. Начин исплате цене није критеријум по коме се могу разграничавати *l.c. operarum* и *operis faciendi*.

5. Уговор о грађењу закључиван је *aversione* а могао је бити закључен и *in pedes mensurasve*.

„*Aversione*” значи да се нешто преузима у целини⁽²⁹⁾, целокупан посао, („ћутуре” како би се у свакодневном говору могло рећи). Тако закључен уговор са истим изразом „*aversione*” налазимо и код контраката друге врсте, код купопродаје, уговора о превозу и код закупа⁽³⁰⁾. Код уговора о грађењу то значи да ће градитељ на терену који му означи наручитељ у својој режији обавити све послове и испоручити готов објект.

За разлику од тога, уговорна одредба „*ut in pedes mensurasve praestatur*” коју наводи Флорентин (*D. 19.2.36.*) или „*dominus redemptori in pedes singulos septem dabit*” (Алфенус у *D. 19.2.30.3*) може се наћи само код уговора о грађењу и њено тумачење је данас још увек спорно. Према првој формулацији изгледало би да је обавеза преузета по деловима, испоручује се део по део, а према другом тексту да се исплата врши по мерним јединицама. То су уједно и једина два текста у Дигестама у којим је реч о одредбама ове врсте⁽³¹⁾. У литератури се данас о овом питању расправља у вези с ризиком за нескривљену пропаст ствари, па ћемо се на овом питању задржати у том контексту.

б. Обавеза наручиоца је да плати цену, која мора бити изражена у новцу, а исплаћује се обично одједном, по завршеном послу, или у две рате. Ако је уговор закључен *in pedes mensurasvae*, исплата се врши чешће, а могуће је, као што смо видели, и да се врши сваког дана.

Наручилац је дужан да стави градитељу на располагање терен, при чему овај тиме не стиче и право на државинску заштиту. Уређење терена је вероватно као и у уговорима са државом, била дужност посленика⁽³²⁾. Најзад, уговором је и у класично доба вероватно понекад обавезиван и наручилац да испоручи један део материјала.

Против наручиоца градитељ је имао *actio conducti*⁽³³⁾.

Обавеза градитеља је да испоручи наручени објект. Уобичајено схватање у данашњој романистици је да је то *opus*. Међутим, *F. Wubbe* је недавно предложио другачије тумачење⁽³⁴⁾. Он је показао да се Лабеонова дефиниција да је опус „*ex opere factio corpus aliquod perfectum*”⁽³⁵⁾, на којој се заснива одавно

терминологију налазимо и код Паулуса у *D. 19.2.22.2.*

(29) Упореди: Mayer — Maly, стр. 40 и М. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, изд. 1971, стр. 571, примедба 89.

(30) Нпр., превоз бродом у *D. 14.1.1.15.* и *D. 14.2.19.2*; закуп куће – „*insula aversione locata*” у *D. 19.2.35.* пр. где закупца целе куће за издавање после сам издаје поједине станове. За купопродају в. Кесер, РП I, стр. 553 и примедба 69.

(31) Подробну студију о овим текстовима дала је Мартин, нав. дело.

(32) Као код уговора о изградњи зидина за град Путеоли, в. текст овде на почетку.

(33) У Дигестама само један фрагмент сведочи о спору који је водио *conductor*, и то са успехом: то је спор око исплате уговорене цене, Лабео – Јаволенус, *D. 19.2.58.2.*

(34) Цит. чланак *Opus selon la définition de Labéon* (*D. 50.16.1.5.*).

(35) То је, према учењу Лабеона, *id opus quod Graeci apotelesma vocant, non ergon id est...* Своје тумачење *Wubbe* заснива на тумачењу ових грчких речи и на доказивању да се „*id est...*” односи на прву, а не на другу реч.

уобичајено схватање да је предмет обавеза кондуктора завршено дело, не може применити и на уговор о грађењу и да је смисао дефиниције коју даје Лабео шири. Овај угледни романиста доказује да је према Лабеону *opus* термин који значи „извршење посла, завршен рад, напор крунисан успехом”, при чему се не мора у сваком случају и произвести *corpus perfectum*, завршен предмет⁽³⁶⁾. Изграђени објекат је, према томе, не опус, већ „*corpus perfectum ex opere factum*”.

Без обзира на ово, или на уобичајено схватање речи опус, код уговора о грађењу је битно, као и код свих осталих уговора о делу, да је *conductor* преузео обавезу да оствари циљ због кога је уговор закључен, битан је резултат његовог рада, а квалитет постигнутог резултата проверава се путем *probatio*.

Управо због тог испитивања и проверавања завршеног објекта питање кривице градитеља поставиће се по правилу тек када се приликом *probatio* утврде његови недостаци. Није, наравно, искључена ни могућност да наручилац неке грубе пропусте уочи и током извођења радова, али нису сачувани подаци о таквим споровима. До спорова у току изградње могло је, вероватно, долазити и због одуговлачења посла, због штете коју причине радници које је ангажовао градитељ, итд.

Уколико дође до ситуације да се утврђује градитељева кривица, било зато што је тужио *locator* било зато што је то учинио *conductor* јер му објекат није био преузет, примењују се општа мерила усвојена за уговор о делу. Градитељ свакако одговара за кулпу и за нестручност (*imeritia*). У једином тексту који пружа податке о томе стручност се оцењује путем „арбитраже” добрих људи⁽³⁷⁾. Према неким подацима могло би се претпоставити да је постојала колегија грађевинара, која је прописивала и стандарде за њихов рад, па су и римски правници приликом давања мишљења о споровима полазили од тих стандарда⁽³⁸⁾.

Градитељ је свакако и одговарао за своје особље (*culpa in eligendo*). С обзиром да је радио са својим материјалом, за кустодију је одговарао само ако му је део материјала испоручио наручилац⁽³⁹⁾.

7. Ако објекат пропадне без кривице градитеља пре него што је зидање завршено и извршена његова предаја наручиоцу, поставља се питање ко ће сносити ризик. Код уговора о грађењу то је питање веома значајно, јер се ради о великим улагањима. Ако је све уређено стручно и савесно, градитељ није крив за пропаст објекта и неће морати да надокнади штету, али, ако сноси ризик, неће му бити плаћено, па ће бити на великом губитку с обзиром на све што је уложио. Ако ризик сноси наручилац, он ће морати да плати уговорену цену градитељу иако није добио наручени објект. Зато су римски правници посветили велику пажњу питању ко сноси ризик код овог уговора, о чему сведочи релативно велики број текстова сачуваних у Дигестима.

(36) Wubbe, у истом раду, стр. 241.

(37) „*Arbitrium viri boni*” у D. 19.2.24. пр.

(38) О повезивању римских правника и неких сектора трговачког живота у Риму в. В. W. Frier, у ЗСС 100 (1983) стр. 289 – 295. О повременим мерама предузиманим у циљу сигурности и лепоте града Рима утврђивањем високих стандарда в. Хомо, *Rome impériale et l'Urbanisme* (репринт издање 1971) стр. 553 – 566.

(39) Овим коригујем неке своје раније закључке, засноване на недовољном проучавању особености уговора о грађењу и изложеним у раду *Custodia и уговор о делу у римском класичном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, стр. 339 – 362, посебно на стр. 350 – 355.

Основним текстом се свакако може сматрати фрагмент из Флорентиновог уџбеника⁽⁴⁰⁾, у коме је речено да ако је дело наручено *aversione* и пропало пре пробације, ризик сноси градитељ. Ако је наручено тако да се извршава *pedes mensurasve*, ризик сноси градитељ све док није извршено мерење. У оба случаја ово се правило не примењује ако је наручилац крив што није извршена *probatio* или мерење; у тексту је речено додуше „шкодити” локатору, али се то тешко може протумачити другачије него да се тиме мисли на пребацивање ризика на локатора. Међутим, ако је дело пропало вишом силом, ризик сноси локатор уколико није нешто друго уговорено.

У литератури преовлађује мишљење да овај текст адекватно репродукује класично учење⁽⁴¹⁾. Међутим, с њим у вези поставља се неколико питања од којих су, чини нам се, најзначајнија три.

Пре свега, ако ризик, осим за случај више силе, сноси градитељ, који су то могући случајеви да објект пропадне без његове кривице и без више силе, поготову с обзиром да он одговара по највишим мерилима контрактне одговорности.

При одговору на ово питање треба имати у виду да је зидање сложен посао. Састоји се од многих појединачних радова за чије се извођење захтева много стручног знања и вештине. Због тога може доћи до грешака и незгода које се не могу приписати у кривицу градитељу, а нису ни виша сила⁽⁴²⁾. Може му се десити „малер” – нешто што према постојећем искуству и знању у грађевинарству није могло да се деси, али се ипак догодило, и тек је накнадно утврђено да се могло избећи са више знања. Са напретком технике такав догађај постаје последниа нестручности и тиме кривице градитеља, али се технички напредак и постиже по цену оваквих „малера”. У ствари, ту се ради о случају, о *casus minor*⁽⁴³⁾, чије последице мора да сноси грађевинар, па је и данас то тако, само што данас грађевинари сав ризик пребацију на осигурање.

Лекција коју даје Флорентин гласи: пре преузимања објеката ризик за нескривљену пропаст ствари сноси градитељ, али ако је до штете дошло услед више силе, ризик сноси наручилац. Ово правило је у класичном праву учињено суптилнијим. Класични правници поред тога разликују да ли је до пропасти објекта дошло због грешке у обављеним радовима, *vitium operis* или је узрок рушења објекта последица манљивог терена, *vitium soli*. У првом

(40) Florentinus (7, inst.) D. 19.2.36: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod tamen ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi aliud actum sit. non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod cura atque opera consecutus esset.

(41) Сматра се, већином, да је задња реченица накнадно дописана, међутим у њој је садржано само некакво објашњење степена одговорности грађевинара, а не мења смисао текста. Неки аутори мисле да је текст противуречан, јер се прво ризик ставља сав на терет посленика, а потом за случај више силе на наручиоца. Међутим, Флорентин јасно каже: али ако (si tamen) вишом силом, што је за уџбеник разумљив начин излагања – прво даје правило, па онда изузетак. О литератури у којој се расправља о аутентичности овога текста в. Ј. Даниловић, цитиран чланак, стр. 351 – 352.

(42) Поготову не за римске правнике који заједнички именитељ за тај појам, исказиван казуистички, налазе у *vis extranea cui resisti non potest* — v. Alfenuus u D. 19.2.30.4. — значи она мора доћи споља да би била виша сила.

(43) Синтагма „casus minor” створена је доцније, овде се користи условно, у циљу прецизнијег излагања.

случају ризик сноси градитељ, а у другом наручилац. Правило саопштава Паулус, коментаришући један Лабеонов текст⁽⁴⁴⁾ али, истиче се у коментару, само ако странке нису нешто друго уговориле⁽⁴⁵⁾.

Према томе *locator* сноси у класичном праву ризик не само када је објект пропао дејством више силе, већ и због грешке која лежи у његовом домену, по правилу у терену стављеном на располагање градитељу. У недостатку извора не може се утврдити када је учињено разликовање на *vitium soli* и *vitium operis*, али има изворних података који упућују на закључак да је у време Лабеона сав ризик сносио *conductor*, дакле и онај од више силе. Постоје два спорна Лабеонова текста о том питању. У Д. 19.2.62 он каже да ће у случају да *labes* (поток) уништи изграђени канал, ризик сносити градитељ. Романисти тврде да *labes* није сматран за вишу силу, која по класичном праву мора бити *vis extraria*⁽⁴⁶⁾. Међутим, ако и прихватимо гледиште да обрушавање канала услед надирања потока није виша сила, Лабео према једном другом тексту недвосмислено ставља сав ризик на терет градитеља. У Д. 19.2.59, Јаволенус, епитомизирајући Лабеона, каже: „Марциус се обавезао да ће Флаку изградити кућу, па када је кућа била делимично изграђена, срушена је земљотресом”. Изостављајући Лабеонов одговор, Јаволенус наставља наводећи да Масурије Сабинус сматра да ако је до тога дошло вишом силом, као на пример земљотресом, Флакус сноси ризик⁽⁴⁷⁾. Овде је јасно да Јоволенус не цитира Лабеонов одговор зато што се правило на коме је он заснован више не примењује, већ решење проблема даје цитирајући Сабинуса⁽⁴⁸⁾. Штавише, могуће је да је управо Сабинус био тај који је увео правило да ризик за вашу силу не сноси више градитељ (Марциус у тексту), већ *locator* (*Flaccus*).

Према томе, развој учења о ризику код уговора о грађењу ишао је тако што је прво сав ризик сносио градитељ, затим је за случај више силе ризик био пребачен на наручиоца, и на крају је учињена дистинкција са *vitio soli*, која такође иде на терет наручиоца⁽⁴⁹⁾.

(44) D. 19.2.62. Исту разлику прави и Africanus посредно говорећи да ће *locator* сносити *periculum* ако при изградњи куће *solum soursisset*, D. 19.2.33.

(45) Паралелно решење налазимо и када су у питању златарски радови: ако је *vitium materiae... non erit ex locato actio... nisi periculum quoque artifex accipiat*, Д. 12.2.3.5.

(46) У романистици је било преовладало мишљење да *labes* јесте виша сила и да Лабео саопштава правило супротно од учења других класичара (упор. Касер, RP I, стр. 571, Thomas, *нав. чланак* у РИДА и многи други). Штавише, наводи се да је Лабео увео ново правило које није било прихваћено (Arangio — Ruiz, *Responsabilita contrattuale*, стр. 191). Насупрот томе сматра се да је већ и у време Лабеона ризик сносио наручилац, а у поменутом тексту *labes* није виша сила, већ се ради о грађевинаревој кривици (!). Тако Саппата, *нав. дело*, стр. 219. и даље и посебно Wubbe, *цит. чланак* Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag.

(47) ... Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc accideret Flacci esse periculum.

(48) Заиста је за жаљење што је Јаволенус толико скратио Лабеонов текст да се не види не само његово решење, већ ни образложење, што би уштедело сву ову дискусију данас. Wubbe, напротив, сматра да је Сабинус цитиран само да би се поткрепило Лабеоново решење, са којим се слажу и Сабинус и Јаволенус.

(49) Против оваквог закључка заводе се и друштвени разлози (Wubbe): Зашто би правници после Лабеона, пребациујући ризик са градитеља на наручиоца, фаворизовали нижи, мање утицајан друштвени слој. Насупрот томе сматрамо да су они (Сабинус) водили рачуна о друштвеним потребама и растеретили извођача радова, пребациујући ризик на наручиоца, зато, што су они обављали врло значајан посао у периоду изградње Рима у велелепну метрополу. Као теоријски разлог ове промене могло би се претпоставити да је то био принцип *superficies solo cedit*, дакле наручилац је градњом постајао

Друго питање у вези са Флорентиновим текстом је да ли ће *locator*, када је ризик његов, морати да плати пуну цену или пропорционално ономе што је већ било урађено. Чини нам се да је плаћено само према ономе што је већ урађено⁽⁵⁰⁾, јер би било неправично да градитељ буде исплаћен и за оно што још није ни почео да гради.

Најзад, поставља се питање како протумачити правило да и када је уговорено да „*in pedem mensurasve praestatur*“, градитељ сноси ризик на исти начин као и када је уговорено *aversione*. Постоји мишљење да се ова клаузула односи искључиво на начин плаћања и да се при исплати и не врши *probatio*⁽⁵¹⁾. Међутим, тешко је замислити да ће наручилац извршити исплату, а да није прегледано оно што је већ урађено. Осим тога, Флорентин јасно каже да тада долази и до преласка ризика на наручиоца. Нејасна су овде два друга питања: када се врши мерење, да ли после сваке изграђене јединице, и друго, да ли је градитељ тиме, што је мерењем ослобођен ризика, истовремено ослобођен и обавезе да даље ради на том истом објекту.

Да се није мерило после сваке изграђене јединице види се јасно из другог текста у коме је реч о оваквој клаузули⁽⁵²⁾. Алфенус каже да ако је предвиђено да се цена исплаћује за сваких седам стопа, питање је да ли се може приступити мерењу и пре него што је кућа завршена и одговара да може. Према томе, јасно је не само то да се није мерило сваки час, већ и да је било спорно да ли се мора чекати на довршење објекта да би се приступило мерењу. Вероватно је да се ако у уговору нема одредбе о томе мерење вршило или само на крају или када су радови били већ довољно одмакли, највише у 2 – 3 наврата⁽⁵³⁾.

Несумњиво је да приликом сваког мерења ризик прелази на наручиоца, али то никако не би смело да значи да је градитељ тиме ослобођен обавезе да даље ради. По правилу, он ће одмах и наставити да ради, али ако дође до рушења или оштећења онога што је измерено дејством више силе, прелазак ризика на наручиоца не значи и да је градитељ ослобођен својих обавеза. Мишљење да Флорентин у свом тексту има два различита уговора је неприхватљиво⁽⁵⁴⁾. У обе варијанте, *aversione* и *admetiri* предвиђена је *probatio* и ради се о уговору о грађењу у коме градитељ дугује *opus*. Ризик који по извршеном мерењу прелази на наручиоца не значи само то да је он платио за нешто што је пропало или оштећено, већ и то да ће морати да сноси трошкове поправке ако одлучи да се зидање настави. Наручилац је *dominus* и он може да у овом случају одустане од уговора, уколико сматра да се не исплати радити даље,

власник, и у то време већ опште прихваћено правило *res perit domino*.

(50) Ово би се могло закључити и из текста D. 19.2.37 (Javolenu 1.8 ex Cassio): ... si tale opus fuit ut probari deberit". Упореди и Thomas, нав. чланак, стр. 685.

(51) Mayer — Maly, стр. 41

(52) Alfenus, I 3 digestorum a Paulo epitomatum), D. 19.2.30.3: ... in lege dixerat: „quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manu pretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit". quaesitum est utrum factum opus metiri oportet an etiam imperfectum. Respondit etiam imperfectum. Из овога се, даље, може закључити да се радило само о цени, и то о цени за радове у камену (камење и радна снага).

(53) Мартин, нав. чланак, стр. 331, мисли да се мерило само на крају, те да је одмах након тога вршена и финална *probatio*.

(54) Samter, нав. рад, стр. 136 – 137 и 140; Cannata, нав. дело, стр. 209 – 210, који наводи да се у првом случају ради о уговору који се данас зове *in appalto*, посао глобално закључен за изградњу целе грађевине, и *in cottimo*, уговор за одређене радове. Упор. Мартин, стр. 328 – 329 која показује неодрживост таквих тумачења.

али градитељ остаје у обавези све док не заврши изградњу – или док наручилац не одустане.

8. *Probatio* је битан елемент уговора о грађењу. Нужност уговарања клаузуле о коначној провери изграђеног објекта последица је особености овог уговора. Ако је неко био дужан да направи прстен или да нешто превезе, да очисти или испегла одело, па чак и да некога нечем научи, *locator* ће сам, без посебне провере, моћи да утврди да ли је тај посао добро обављен. За разлику од тога, грађевински објекат је сложена ствар која лако може имати и такве недостатке које може да открије само стручно око, а поред тога ту се по правилу радило о великим вредностима.

Основни текст за ово питање је Паулусов фрагмент у Д. 19.2.24 пр. на основу кога и уз помоћ других изворних података се могу реконструисати правила према којима је вршена *probatio*⁽⁵⁵⁾.

1. Проверу, испитивање и оцену изграђенога врши *locator*, његов наследник или лица која одреди *locator*.

2. Приликом вршења *probatio* морају се поштовати начела *bonae fidei* и садржина уговора.

3. При оцени дела не сме се претеривати у критици: оно што би *vir bonus* оценио да је добро, таквим се има и сматрати.

4. Иста правила примењују се било да проверу врши сам *locator* или треће лице.

5. *Probatio* се односи само на квалитет рада а не и на рокове. Мада има и другачијих мишљења, сматрамо да су у питању рокови извршења дела, а не рокови за приступање проверавању⁽⁵⁶⁾. Но, и поред тога, врло је вероватно да се *probatio* морало обавити у року од годину дана по завршетку дела⁽⁵⁷⁾.

6. Ако је *conductor* извршио неку фразулозну радњу да би сакрио недостатке дела, пре или у току *probatio*, ова се проглашава неважећом и може се подићи тужба *ex locato*.

Значајно је питање које су последице *improbatio*, тј. ако због постојања недостатака буде одбијен пријем изграђеног објекта. Према једном сведочанству које пружа Цицеронов говор против *Verres*⁽⁵⁸⁾, у коме га Цицеро оптужује да је у поступку *probatio* захтевао да се изврше допунски грађевински радови иако то уопште није било потребно, али је он из њих извукао материјалну корист, може се основано закључити да се прво настојало да се утврђени недостаци и грешке отклоне. Ако би *conductor* одбио да то учини, или ако се грешке не могу отклонити, *locator* је могао да одбије исплату цене – *conductor* значи, не добија никакву накнаду за оно што је изграђено⁽⁵⁹⁾. У било ком случају могло је доћи до спора, у коме се затим мериторно улази у питање кривице градитеља и ризика.

(55) Упореди: Thomas, *нав. рад*, стр. 687 – 680, са чијом се интерпретацијом углавном слажемо.

(56) Мислим да се реченица у Паулусовом тексту 1.24, пр. „... non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet...” и не може другачије протумачити. Исто Thomas, *loc. cit.* који полемиче са супротним мишљењима.

(57) О томе Samter на стр. 4 и даље.

(58) Цицеро, 2, ерг., 130 – 150.

(59) Наравно ако није била у питању виша сила или витиум соли, али тешко је замислити како би уопште дошло до *probatio* ако је објекат оштећен вишом силом. Међутим, с обзиром да је изграђени објекат већ прешао у својину наручиоца, губици за градитеља нису велики и може се претпоставити да је он увек настојао да поправком избегне вођење спора.

9. У закључку, сматрамо, треба истаћи да се уговор о грађењу у римском класичном праву постепено уобличавао у посебан облик контракта *locatio conductio* и то *operis faciendi* иако нигде није речено да се ради о уговору *sui generis*. Једноставно су кроз праксу изграђивана правила подешена особеностима овог уговора, тако да је он постепено добијао физиономију блиску ономе што се данас назива уговор о грађењу. Текстови о њему су и у Јустинијановој кодификацији већином сврстани, без икаквог реда, у титулус посвећен контракту *actio locati conducti* (Д. 19.2), а број тих фрагмената говори о значају који му је придаван у уговору.

Његове правне особености и разлике у односу на друге врсте уговора о делу састојале су се у следећим правилима, односно изузецима од општих правила:

1. Уговори се закључују *aversione* изградња неког објекта се у целини поверава једном предузимачу.

2. И исплата цене је уговорена *aversione*, али се могла предвидети и исплата по мерним јединицама.

3. Уговор је склапан у писменој форми.

4. Градитељ по правилу зида својим материјалом, што се код других уговора о делу сматрало купопродајом, а не уговором о делу.

5. Битан елеменат уговора је *probatio*, за коју се везује и прелазак ризика са градитеља на наручиоца.

6. Ризик са нескривљену пропаст објекта сноси градитељ све док се не изврши *probatio*, а ако је до тога дошло вишом силом или због *vicio soli* ризик је пребачен на наручиоца.

Док је пандектистика јасно раздвојила три именована уговора који обухвата контракт *locatio conductio*, уговор о грађењу је тек у новије доба добио своју самосталност. И у нашем праву то осамостаљење није до краја спроведено, што показује дефиниција уговора о грађењу у чл. 630, ЗОО, а ни за правну теорију се још увек не види јасно да су у потпуности прихваћена гледишта аутора који доказују да је уговор о грађењу посебан именовани уговор привредног права⁽⁶⁰⁾.

(Примљено 15.01.1991)

Dr Jelena Danilović,

Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE CONTRACT OF CONSTRUCTION IN CLASSICAL ROMAN LAW

Summary

The contract of construction has only, recently, in the countries of European continental law, become an independent contract in the sphere of economic law and separated from the contract for personal services. Under the influence of the Roman, namely Pandects law, it has been more or less connected in great codifications to that contract. In Yugoslav Law on Obligation Relations, too, in article 630, the contract of construction is defined as a contract for personal services, although already in the subsequent text its particularities

(60) Упор. Ј. Вилус, *Уговор о грађењу*, Београд, 1968 и чланак истог аутора у Енциклопедији имовинског права и удруженог рада, т. III, стр. 536 (Београд, 1978).

are emphasized. Also, by singling it out into a separate Chapter XIII (immediately after the contract for personal services), it is however regulated as an independent named contract. In contemporary Yugoslav theory, too, only recently the opinion prevailed that it should not be connected to the contract for personal services. It is noted here that already in classical Roman law all particularities of the latter contract have been singled out - the fact that the operator undertakes the obligation to construct in his own overhead a specific object. But classical lawyers did not single it out of the contract for personal services, which was also the case with not taking out entirely that contract from the entity of contracts known as *locatio conductio*. However, they did make separate rules to be applied only to the contract of construction. These rules have been created by following the customs and practice at the time of enormous building up of Rome at the beginning of the Principate. Beginning with the contracts entered into in practice and corresponding litigation, classical jurists have singled out the contract of construction from the number of other kinds of contract which were subject to the rules of *locatio conductio operis faciendi*, but still they did not make it independent.

Key words: *Contract for personal services. - Risk. - Roman law. - Yugoslav law.*

Jelena Danilović,
Professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE CONTRAT DE CONSTRUCTION EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

Résumé

Vers la fin de la République les grands travaux de construction sont confiés par l'état aux entrepreneurs privés qui s'obligent de les exécuter avec leurs matériaux et dans leur régie. Des contrats *locatio conductio* semblables sont passés aussi dans le domaine du droit privé, surtout après les guerres civiles, lorsque la ville de Rome commence à se transformer en grande métropole, ainsi que pendant l'époque classique, pendant laquelle c'est le contrat habituel pour faire construire des grands bâtiments. Bien que passés sous forme de *locatio conductio*, ces contrats ont quelques particularités: il s'agit des travaux grands et complexes, l'entrepreneur travaille pour la plupart avec ses propres matériaux, qui changent le propriétaire au fur et à mesure que les travaux avancent, ce sont des travaux bien chers et les parties contractantes sont inégales au point de vue social et économique. L'auteur a essayé de présenter les efforts des jurisconsultes afin d'élaborer plusieurs règles adaptées aux particularités du contrat de construction immobilière et qui diffèrent de celles appliquées pour les autres contrats *locatio conductio operis faciendi*.

Le contrat est passé toujours par écrit, le locateur est toujours *dominus negotii* qui impose sa volonté non seulement par rapport aux dispositions du contrat mais aussi au cours du travail (D.19.2.60.3.). L'entrepreneur s'oblige toujours *aversione*, pour tous les travaux nécessaires à produire l'objet par le contrat: il doit fournir le bâtiment irréprochablement construit. Le prix (*merces*) est forfaitaire, parfois il était prévu qu'il sera payé par les unités mesurées (*in pedes mensurasve*), exceptionnellement chaque jour. L'approbation de l'objet construit (*probatio*) est un élément essentiel du contrat et elle se réalise d'après les règles formées par la pratique. La question des risques est réglée en tenant compte du moment de la *probatio*. Labeo applique encore la règle que tous les risques jusqu'à la *probatio* sont à la charge du *conductor*, de l'entrepreneur (surtout D.19.2.59). Sabinus a introduit la règle que les risques de destruction de l'ouvrage par la force majeure sont à la charge du *locator*, après quoi celui-ci supportait aussi les risques d'un cas fortuit qui provient de son domaine (*vitium soli*).

Pour le contrat de construction Sabinus a introduit aussi une exception de la règle statuant qu'il y a une *emptio venditio* et non *locatio conductio* dans le cas où l'entrepreneur

utilise ses propres matériaux. Les limites entre *locatio conductio operarum*, contrat de travail, et *operis faciendi*, contrat d'entreprise, étant insuffisamment tracées à l'époque classique, c'est justement à l'exemple du contrat de construction que Javolenus les sépare: il dit que ce n'est pas la manière prévue pour le paiement de la *merces* (chaque jour ou en somme forfaitaire), mais la clause du contrat prévoyant la *probatio* qui fait distinguer les deux variantes de *locatio conductio*.

En élaborant ces règles, les juriconsultes romains parlent toujours d'une *locatio conductio*. Ils n'ont jamais songé de traiter le contrat de construction autrement que *locatio operis* et encore moins de lui donner un nom. Pendant des siècles le contrat de construction est resté emprisonné par le contrat d'entreprise et ce n'est qu'à partir des codifications modernes qu'il ait devanu, avec certaines réserves, un contrat nommé, indépendant du louage d'ouvrage.

Mots clés: *Le contrat. — Droit Romain. — Droit Yougoslave.*