

Prof. dr Zlatko Stefanović*

CULPA IN CONTRAHENDO – METODOLOŠKI OGLED –

Apstrakt: Rad ima dva cilja. Jedan je da proveri mogućnost metodološke garancije rezultata u oblasti prava. Drugi cilj je da istraži odgovornost za pregovore, i to na osnovu metoda za koje je pokazano da mogu biti garancija rezultata. Odabrano je pitanje o kome postoji veliki broj shvatanja u nauci, ali i razlika u praksi. Dosledno primenjena metodologija pokazala je na ovom pitanju da može biti garancija ispravnosti rezultata, kao i ocene drugih shvatanja i primene u praksi. Metod koji je korišćen oslanja se na opšteprihvaćene kategorije koje ne zavise od pozitivnog prava, kao što su: ugovor, šteta, odgovornost za štetu. Primenom ovih kategorija na činjenice pokazuje se da se može doći do rezultata koji naučno objašnjava spornu kategoriju – ovdje odgovornost za pregovore, ali daje i uputstvo za primenu u praksi. Rad želi da testira samu metodologiju za koju se u pravu veruje da ne može biti garancija rezultata, ali i da ponudi rešenja za odgovornost za pregovore.

Ključne reči: Pregovori, odgovornost, metodologija, pozitivan ugovorni interes, negativan ugovorni interes.

Odgovornost za pregovore (*culpa in contrahendo*) ili predugovorna odgovornost je tema na kojoj su se oprobali mnogi pravници. Počev od Rudolfa Jeringa (Rudolf von Jhering¹), koji je formulisao odgovornost za pregovore,² do danas, napisano je mnogo radova na ovu temu, ali se i pored toga smatra da nije prihvaćena nijedna od ponuđenih teorija za objašnjenje odgovornosti za pregovore. Kako u teoriji tako i u praksi, zapažaju se značajne razlike o ovom pravnom institutu.³ Cilj ovog teksta nije da prikaže brojne koncepcije, već da potraži rešenje. To, razume se, nije nov

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

1 Rudolf von Jhering (1818–1892) – nemački pravnik, univerzitetski profesor. Smatra se osnivačem moderne sociološke i istorijske škole prava. Ime se piše i kao Rudolf von Ihering.

2 Reč je o članku koji je Jering objavio 1861. godine pod naslovom: *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen.*

3 Prikaz različitih teorija i rešenja u uporednom pravu, vidi kod: Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost (culpa in contrahendo) – Uporedna pravna studija*, Beograd 1991.

pristup jer je mnogo autora koji su želeli da pronađu objašnjenje za *culpa in contrahendo*. Ono što je novo u ovom tekstu jeste pokušaj da se na ovoj temi ogleda pravna metodologija, a ne sam autor. Ovo je ogled koji treba da ispita mogućnost da metodologija bude garancija ispravnosti rezultata u pravnoj nauci i praksi.

I. PREGOVORI

Odgovornost za pregovore jeste dobro sastavljena sintagma koja upućuje na temu. Ključna su dva pojma: *odgovornost* i *pregovori*. Da bismo mogli da se bavimo analizom ove kategorije, potrebno je da pravilno razumemo oba ključna pojma od kojih je kategorija sačinjena – i *odgovornost* i *pregovore*. Kada je reč o odgovornosti, onda se misli na građanskopravnu odgovornost koja se sastoji u obavezi naknade štete. Sam pojam, razume se, ne određuje ni vrstu ni obim odgovornosti, a to znači ni uslove, kao ni da li će uopšte postojati odgovornost ili neće. Odgovornost je bila centralno pitanje svih radova koji su se bavili predugovornom odgovornošću i glavno mesto neslaganja. Zbog toga, ona u ovoj kategoriji nije ni neodređena ni zanemarena, a da li je uvek ispravno određena, to je ono čime će se baviti ovaj rad.

Drugi ključni pojam je, prema saznanju autora ovog teksta, ograničavajući se na radove koji su pročitani, potpuno zanemaren. Reč je o *pregovorima*. Autori neposredno ili posredno dostupnih tekstova neposredno su otpočeli govor o odgovornosti za pregovore ne određujući o čemu govore, tj. šta su to pregovori. Da bismo analizirali *odgovornost za pregovore*, mora biti jasno ne samo šta je to odgovornost, već i šta su to pregovori. Međutim, pitanje u jednoj pravnoj analizi tipa: „Šta je nešto?“, mora biti jasnije postavljeno, da bi odgovor mogao da se dâ. Pitanje: „Šta su pregovori?“, može da se odnosi na činjenice. Ako je ono tako postavljeno, trebalo bi prepoznati određeno ponašanje u stvarnosti koje bi se kvalifikovalo za pregovore. Međutim, pitanje o tome šta su pregovori, može da vodi i pravnoj kvalifikaciji. Ako smo u stvarnosti nešto prepoznali kao pregovore, pravna analiza nameće pitanje kojoj kategoriji, klasi ili tipu pravnih kategorija *to* pripada. Da bi pravna kvalifikacija mogla da se izvrši, potrebno je da se prvo prepoznaju pregovori u stvarnosti, jer pregovori su, pre svega, *činjenica*, a tek onda pravna kategorija. Pravo to redovno vrši, čak i kada se to ne prepoznaje na prvi pogled. Tako npr. pravo zatiče u stvarnosti čoveka i prepoznaje ga kao fizičko lice; nailazi na saglasnosti između lica i prepoznaje ih kao ugovore. Nekada se koriste različiti termini za činjenice i za pravnu kategoriju koja se odnosi na njih (kao u: čovek – fizičko lice), ali je to nekada slepljeno terminološki, kao npr. kod pregovora. Pregovori

su činjenica, događaji u realnom svetu koji se i pravno kvalifikuju kao pregovori. Interesantno je da među autorima koji su se bavili odgovornošću za pregovore nije bilo pokušaja prepoznavanja pregovora – ni kao činjenice, ni kao pravne kategorije, ili to nije činjeno jasno, niti je ta kvalifikacija poslužila za određenje same odgovornosti za pregovore.

1. PREGOVORI KAO ČINJENICA

Cilj prepoznavanja pregovora u stvarnosti jeste određenje da li se neko nalazi u pregovorima ili ne, a to podrazumeva i određenje momenta od koga pregovori počinju, kao i momenta kada su pregovori prestali. Pošto govorimo o činjenicama, poći ćemo od svakodnevnog iskustva i osećaja za značenje izraza *pregovori*. Da bi se za nekoga smatralo da je u pregovorima, očekuje se da on zaista i preduzima radnje *pregovaranja*, tj. da razgovara, komunicira, saopštava šta misli, daje predloge, stavlja primedbe. Osim što to radi, on to ne može da radi sam, već mora postojati takvo uzajamno ponašanje. Rečeno obrnuto – ako neko uputi jednom ili više puta predlog (inicijativu ili čak ponudu) drugom licu za zaključenje ugovora, a drugi jednostavno čuti, takvo ponašanje ne može biti kvalifikovano kao pregovori. Ne postoji opšta dužnost da se odgovara na predloge i ponude. U nekim specifičnim situacijama zaista i postoji, ali za početak ostavićemo po strani takve specifične situacije i posmatraćemo one redovne, uobičajene, bez ikakvih specifičnosti. Nesumnjivo je da se ne može reći, ako neko čini poziv na ponudu, daje ponudu ili upućuje različite druge izjave u svrhu zaključenja ugovora (inicijativa, poziv na pregovore i sl.), a drugi čuti, da se oni nalaze u pregovorima, a onda otpada i moguća odgovornost za pregovore.

Ako ponašanje samo jedne strane nije dovoljno da zasnuje pregovore, šta je potrebno da bi se neko ponašanje kvalifikovalo kao pregovori? Po opštem ubeđenju, potrebno je da druga strana (onaj ko je primio ponudu, inicijativu, poziv na ponudu i sl.) pokaže svoju dobru volju da pregovara. Ako drugi izjavi nešto tipa: „Da, to me interesuje“; ili „Vrlo radu ću to da pogledam. Ja baš i tražim takvu stvar“, možemo prepoznati nastanak pregovora. Ako je neko na ponudu odgovorio tzv. kontraponudom, takođe prepoznajemo pregovore, kao i kada je na poziv da se učini ponuda, ponudu dao. Kako je reč o volji da se pregovara, ta volja može biti izražena na različite načine – usmeno, pismeno, ali i konkludentno (kada turski prodavac, vukući za rukav prolaznika uspe da ga uvede u prodavnicu, čak i ako on nije stigao da kaže bilo šta, to možemo tumačiti kao izražavanje volje da se pogleda i razmotri ponuda).

Izraženu nameru da se pregovara treba razlikovati od izražene namere da se dobije informacija. Odluka da se pristupi pregovorima može biti

zasnovana samo na informacijama. Ako nema nikakvih informacija, nije moguća ni odluka da se pregovara. Obrnuto ne važi – pribavljanje informacija još uvek ne znači ulazak u pregovore. Zbog toga, samo uzimanje kataloga ili drugog propagandnog materijala ne kvalifikuje ponašanje kao ulazak u pregovore, pa čak ni traženje takvog materijala. Ulazak u prodavnicu da bi se pogledalo šta se nudi i kakve su cene ne treba kvalifikovati kao pregovore. Pregovorima prethodi pribavljanje informacija, ali pregovori nastaju onda kada se ispolji namera da se razgovara (ovo uključuje i dopisivanje i konkludentne radnje) o uslovima zaključenja ugovora. Ako je neko želeo samo da pogleda robu i cene i nakon toga, jednostavno, izašao iz prodavnice, nema pregovora, čak i ako je prilikom ulaska pozdravio prodavca i rekao da bi želeo da pogleda šta se prodaje. Da bi pregovori nastali, potrebna je nesumnjivo izražena volja dva lica da se o mogućem budućem ugovoru „razgovara“ (usmeno, pismeno ili konkludentno).

2. PRAVNA KVALIFIKACIJA PREGOVORA

Kada smo pregovore prepoznali kao uzajamno saglašavanje, onda nije teško odrediti šta su pregovori. Prema onome što je opšteprihvaćeno, saglasnost volja se jednostavnije naziva ugovor ako na osnovu saglasnosti volja nastaju određena pravna dejstva (zasnivanje, promena ili prestanak prava i/ili obaveza). Svaki ugovor je saglasnost volja, ali je i svaka saglasnost volja koja proizvodi pravna dejstva – ugovor. Ovde nije reč o „prećutno“ zaključenom ugovoru, kako to objašnjavaju pojedini autori,⁴ jer on nije zaključen ćutanjem, već jasnim izražavanjem volje. Čak i ako je zaključen konkludentnim radnjama, one se ne kvalifikuju kao ćutanje, već samo kao način izražavanja volje telesnim pokretima. Ovaj ugovor se ne zasniva na budućem ugovoru kome se težilo, već je reč o samostalnom ugovoru koji ne zavisi od mogućeg budućeg ugovora.

Shvaćeni kao saglasnost volja, pregovori postaju mnogo jednostavniji za identifikaciju (da li su nastali ili nisu), a to se odnosi i na momenat otpočinjanja pregovora, trajanje i prestanak pregovora. Shvatanje da su pregovori saglasnost volja, odnosno ugovor, nije novo. Ono što nije urađeno u dostupnim radovima o odgovornosti za pregovore jeste analiza pregovora kao činjenice, te ni kvalifikacija pregovora kao ugovora nije zasnovana na analizi činjenica, već je kvalifikacija data uglavnom na osnovu osećaja za pravo. Oспорavanje pregovora kao ugovora zasnovano je na glavnom argumentu da još uvek nema nikakvog ugovora jer se o njemu pregovara. Ovo vezivanje za mogući buduću ugovor bilo je mentalna prepreka da se uoči sadašnji ugovor, koji nije identičan tome budućem o kome se prego-

4 Opširnije, vidi: Jakov Radišić, *op. cit.*, str. 58–62.

vara. Kvalifikacija da su pregovori takođe ugovor, ne znači taj budući ugovor o kome se pregovara, već neki drugi ugovor – ugovor o pregovorima, tj. ugovor da se pregovara.

Ako su pregovori saglasnost volja, odnosno ugovor, trebalo bi odrediti njegov predmet. Na šta su se obavezali pregovarači kada su se obavezali da će pregovarati?⁵ Postoje dve glavne obaveze koje nastaju za pregovarače od momenta zaključenja ugovora o pregovorima. Prvo, to je obaveza da se na izjavljenu volju druge strane dâ neka izjava (obaveza informisanja). Drugo, postoji obaveza neizazivanja rizika prouzrokovanja štete. Izjava može biti pozitivna ili negativna (prihvatajuća ili odbijajuća), a može se sastojati i u davanju kontrapredloga. Ne postoji određenje ko prvo treba da dâ izjavu, ali kada ju je neko dao, ako su pregovori otpočeli, druga strana mora da odgovori na nju, makar i negativno. Reč je o izjavi volje, a da bi izjava proizvela uobičajena dejstva, volja mora da bude slobodna i ozbiljna i upravljena na predmet pregovora. Osim izjave, to može da podrazumeva i odgovarajuće faktičke postupke, neophodne za davanje izjave volje, ali i sama izjava može biti učinjena faktičkim ponašanjem – tzv. konkludentnim radnjama. Druga obaveza sastoji se u preduzimanju potrebnih radnji da bi se izbeglo prouzrokovanje štete ili nepreduzimanju radnji kojima se izaziva opasnost od nastanka štete po drugog pregovarača.

U anglosaksonskom pravu, pre svega u pravu Velike Britanije, naj-sažetije izraženo osporavanje pravnog dejstva pregovora tiče se upravo predmeta (sadržine prava i obaveza ugovarača) i pravnog dejstva takve saglasnosti. Ako je i reč o saglasnosti, ono što je britanski sudija izrekao u slučaju *Walford v. Miles*⁶ bilo je da takva saglasnost nema pravnu sadržinu, već da je reč o metapravnoj (izvanpravnoj) saglasnosti. Onaj ko kreira pravni poredak, bio to zakonodavac ili sud, ima određeni stepen slobode da neka ponašanja kvalifikuje kao pravno relevantna, a neka ne. Saglasnost volja jeste ugovor, ali ako ta saglasnost volja proizvodi pravno dejstvo. Naprotiv, ako ga ne proizvodi, onda to neće biti ugovor, već samo saglasnost volja koja će biti kvalifikovana i nazvana na neki način (npr. dogovor), ali neće ući u sferu pravne zaštite. Ako se npr. dogovorimo da

5 Interesantno je da i u pravu SAD, u kome se za rešavanje odgovornosti za pregovore koristi koncepcija poznata pod nazivom *promissory estoppel*, prepoznaju elementi ugovora, tj. kvalifikacije pregovora kao ugovora. Opširnije, vidi: Omer Tene, *Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, str.

6. Preuzeto sa <http://omertene.com/articles.aspx> 1. novembra 2010. Vidi i: Sylviane Colombo, *The Present Differences between the Civil Law and Common Law Worlds with Regard to Culpa in Contrahendo*, *Tilburg Foreign Law Review*, Vol. 2, 1993, str. 341–375.

6 Citirano prema: Bao Anh Thai: *Culpa in contrahendo in English Law*, str. 9. Preuzeto sa adrese: www.pdf-searcher.com/pdf/culpa.html 5. novembra 2010. godine.

popodne zajedno prošetamo, onda to jeste saglasnost volja, ali vanpravnim sadržinom. Ako dogovor o šetnji ne bude ispunjen, niko neće trpeti sankcije pravnog poretka zbog toga. Dat je dodatni argument – da se pregovorima ne priznaju pravna dejstva jer se ne sme ograničavati sloboda pregovarača da pregovaraju iz straha od posledica (sankcije). Sami pregovori ne moraju voditi zaključenju ugovora, a pregovarači ne smeju pregovarati u strahu da ne naprave neki pogrešan korak u pregovorima koji bi vodio njihovoj odgovornosti za pregovore.⁷ Ono što ovakva izjava sadrži jeste priznanje da su pregovori saglasnost volja. Da li će toj saglasnosti volja biti pridat neki pravni značaj ili ne, to je stvar pravne politike. Ipak, da li je zakonodavac, odnosno sudija potpuno slobodan da prizna ili ne prizna pravno dejstvo, biće razmotreno kasnije. Interesantno je da je i zemljama sa anglosaksonskim pravnim sistemom, koje tradicionalno odbijaju da priznaju da pregovarači imaju bilo kakve obaveze jedan prema drugome za vreme pregovora, ipak priznato da postoji dužnost uzajamnog obaveštavanja, što je po efektima identično sa obavezom izjave volje.⁸ Čak i stav koji je prethodno izrečen – da mora postojati sloboda pregovaranja, implicira, ne samo da pregovori postoje kao saglasnost volja, već i da se takvoj saglasnosti volja priznaje pravno dejstvo (da nije metappravna), ali da je sama odgovornost isključena zbog opšte slobode da se pregovara.

U pravnim sistemima zasnovanim na tradicijama evropsko-kontinentalnog prava redovno se predviđa odgovornost za pregovore, iz čega se mora izvući i zaključak da saglasnost volja da se pregovara jeste saglasnost kojoj se priznaje pravno dejstvo. Ona nije izvanpravna, metappravna saglasnost, već pravna saglasnost. Iz nje proizlaze i određene obaveze za ugovarače. Neispunjenje obaveza sankcioniše se odgovornošću za pregovore koja je građanskopravna i sastoji se u obavezi naknade štete. Postoje razlike oko kvalifikacije odgovornosti za pregovore. Sva shvatanja se mogu svrstati u tri grupe:⁹ jednu, po kojoj je reč o deliktnoj odgovornosti¹⁰ (koja je dominantna u francuskom pravu); drugu, koja prihvata ugovornu od-

7 Bao Anh Thai, *op. cit.*, str. 8.

8 U svojoj presudi u slučaju *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, sudija je izrekao da postoji obaveza obaveštavanja druge strane svaki put kada bi propuštanje obaveštavanja moglo da joj prouzrokuje štetu. Istovremeno, sudija je izrekao i stav da to nije i opšta dužnost koja bi važila po principu svako prema svakome, već dužnost prema strani sa kojom je uspostavljen određeni pravni odnos. Očigledno je da samo nije izgovorena reč ugovor, ali je ugovor o pregovorima jasno opisan. Citirano prema: Paul Jones & Jennifer Bu, *Commercial Franchise Administration Regulation*, 2007, str. 4. Preuzeto sa adrese <http://admin.jonesco-law.ca/89/files/pdfs/CFR%20-%20Registration%20Ban%20Fa%20-%20FINAL%20-%20August%2022%202007.pdf> 1. novembar 2010.

9 Opširnije, vidi: Jakov Radišić, *op. cit.*, str. 53–70.

10 Opširnije, vidi: Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford 1992, str. 70.

govornost¹¹ (kao npr. u kolumbijskom pravu) i treću, koja govori o zakonskom obligacionom odnosu¹² (kao u nemačkom pravu). Kada je reč o poslednjoj grupi, ona se svodi na deliktnu odgovornost ako se zanemaruje volja pregovarača da stupe u pregovore, jer se niko ne nalazi u pregovoru po samom zakonu. Ako je reč o tome da je taj odnos samo uređen zakonom, ali da je nastao saglasnošću volja, onda nas to vraća na ugovor čija je sadržina određena zakonom. Ovde nisu razmatrana shvatanja koja zasnivaju svoja objašnjenja na pravdi i pravičnosti¹³ jer se tu ne može pokazati nikakav siguran logički sled, niti pravna utemeljenost.

Razlike u pravnim sistemima nameću potrebu da se analiziraju stavovi o odgovornosti i neodgovornosti. I ovde neće biti reči samo o prikazu razlika u shvatanjima. Metodološka analiza treba da ispita i konzistentnost stavova različitih pravnih sistema o odgovornosti za pregovore. Pravni porijek, a to uključuje i pravnopolitičke stavove zakonodavca i sudske prakse, ima slobodu da odredi sadržinu prava i obaveza, što uključuje i odgovornost. Ipak, ta sloboda nije neograničena. Od stavova koji su prihvaćeni, a to podrazumeva i pravni sistem – pravne norme koje važe, očekuje se da ne sadrže unutrašnje nedoslednosti i suprotstavljanja, kako u samom objašnjenju, tako i u odnosu na rezultat – primenu norme na određenu situaciju.

II. ODGOVORNOST

Ako se pregovori kvalifikuju kao ugovor o pregovorima, postaje mnogo lakše da se odgovori i na pitanje o odgovornosti za pregovore. U zemljama u kojima je prihvaćen evropsko-kontinentalni sistem, odgovornost za pregovore, posle kvalifikacije pregovora kao ugovora, treba raspravljati po pravilima za ugovornu odgovornost. Kako se tokom pregovora mogu razlikovati neke faze pregovora, to će i pravila o odgovornosti biti različita u različitim fazama pregovora.

- 11 Interesantno je da se čak i u objašnjenjima o odgovornosti za pregovore kao ugovornoj odgovornosti, pregovori ne vide kao jasan, samostalan ugovor, već kao predugovor, odnosno odnos u kome pregovarači imaju obavezu da se ponašaju jedan prema drugome savesno i pošteno. Vidi: Silvia Gil-Wallin, *Liability under Pre-contractual Agreement and Their Application under Colombian Law and the CISG*, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2007#1, str. 2.
- 12 Upravo na taj način postupa Nemački građanski zakonik. Opširnije, vidi: Helmut Rüßmann, *Culpa in contrahendo*, <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2003/Vorlesung/cic.htm> 1. novembar 2010. Vrlo slično rešenje sadrži i rusko pravo. Opširnije, vidi: Konstantin V. Gnitsevitch, *Culpa in contrahendo in Russian Civil Law*, preuzeto sa adrese: <http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Gnitsevich-Culpa-contrahendo-Russian-Civil-Law.htm> 2. novembar 2010.
- 13 U tom smislu Savigny. Opširnije, vidi: Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, str. 122.

Ono što treba razlikovati jesu pregovori do momenta kada je data ponuda i pregovori posle momenta davanja ponude. Šta je momenat davanja ponude, može biti različito odgovoreno u različitim pravnim sistemima, ali to za analizu odgovornosti za pregovore nije bitno. Kako je obaveza pregovarača da daju izjavu volje, vezano za predmet pregovora, to u momentu kada jedan od ugovarača da ponudu, on je svoju obavezu iz pregovora ispunio. Razume se, pod uslovom da je ponuda ozbiljna (da nije npr. data sa očigledno previsokom cenom samo da bi odbila pregovarača) i da je upravljena na zaključenje ugovora o kome se pregovaralo. U pravnim sistemima u kojima ponuda obavezuje ponudioca i stvara mogućnost da se jednostavnim prihvatom zaključi ugovor, ponudilac je davanjem ponude isključio svoju odgovornost za pregovore jer je ispunio svoju obavezu davanja izjave i ne može mu se zameriti ni da je u pregovore ušao bez namere da zaključi ugovor, ni da je prekinuo pregovore. On je davanjem ponude stvorio mogućnost da ugovor o kome se pregovaralo bude zaključen jednostavnim prihvatom ponude. Iz ugla ponudioca, pregovori su okončani i mogu se završiti zaključenjem ugovora ako ponuda bude prihvaćena, ili bez zaključenja ugovora ako ponuda bude odbijena. On ne može da spreči zaključenje ugovora ako ponuda bude prihvaćena, a nema potrebe ni da čini bilo šta da bi ugovor bio zaključen.

U pravnim sistemima u kojima ponuda ne obavezuje ponudioca, ni prihvrat ne znači zaključenje ugovora, već se ugovor smatra zaključenim tek kada se ponudilac saglasi sa prihvatom. Međutim, to ništa ne menja iz ugla ispunjenja obaveze davanja izjave u toku pregovora. Onaj ko je dao ponudu, ispunio je svoju obavezu, čak i ako ga ponuda ne obavezuje. On je time, kao i kod ponude koja obavezuje, prebacio teret davanja izjave volje na drugog pregovarača. Međutim, za razliku od ponude koja obavezuje, ovde ponudilac ima obavezu da odgovori na prihvrat ponuđenog, dok je u slučaju odbijanja situacija ista kao i kod ponude koja obavezuje. Sa druge strane, i kod obavezujuće ponude ponudilac ima obavezu da odgovori na izjavu ponuđenog, ako ona ne sadrži jednostavan prihvrat ili odbijanje, već predlog za izmenu nekog od elemenata ugovora. Ono što je, ipak, identično u ovim pravnim sistemima jeste to što ponuda sadrži sve bitne elemente budućeg ugovora, a ako ih ne sadrži, onda nije reč o ponudi, bez obzira na obavezujuće dejstvo ponude.

1. ODGOVORNOST DO MOMENTA DAVANJA PONUDE

Povreda obaveze davanja izjave drugoj strani može biti učinjena tokom pregovora, pre momenta davanja ponude. Ako jedna od strana prekinе komunikaciju i prestane da odgovara na izjave druge strane, a da za to ne navede nikakve razloge, čini povredu svoje obaveze koja proističe iz

pregovora. Može sa zaključiti i obrnuto – da lice koje je otpočelo pregovore ima obavezu da odgovori, ne samo na izjavu koja se može kvalifikovati kao ponuda, već i na izjavu koja sadrži neke elemente ponude. Propuštanje da se ispuni ova obaveza jeste povreda obaveze da se dâ izjava volje koja proizlazi iz pregovora. To je ono što Zakon o obligacionim odnosima pominje kao odustanak od pregovora bez osnovanog razloga.¹⁴ Osnovan razlog ovde može biti shvaćen i kao razuman razlog, uverljiv razlog, što uključuje i lični stav pregovarača tipa „ne sviđa mi se“, „to nije ono što sam tražio“, a da to ne mora da dokazuje. Moglo bi da se kaže i obrnuto – besmislenost, odnosno neuverljivost razloga za prekid pregovora vodila bi odgovornosti za pregovore. Isto je i ako od početka pregovora nije postojala volja da se zaključi ugovor o kome se pregovaralo, što takođe izričito predviđa Zakon o obligacionim odnosima.¹⁵ Volja kojom se prekidaju pregovori mora biti istinita i ozbiljna, kao i volja kojom se zaključuje ugovor, jer je i odbijajuća volja ispunjenje ugovora o pregovorima. Da bi volja bila ispunjenje ugovora, ona mora imati određena svojstva, a reč je o njenoj istinitosti, odnosno ozbiljnosti. Neistinito iskazana volja, kao i neozbiljna volja, ne mogu se smatrati voljom. Tu stvarno postoji samo privid volje, a ne volja, što nije dovoljno za ispunjenje obaveze iz pregovora.

Povredom obaveze davanja izjave volje tokom pregovora nastupa odgovornost pregovarača koji je ovu obavezu povredio, a to je onaj koji nije odgovorio na izjave drugog pregovarača ili je odgovorio lažnim ili neozbiljnim izjavama. Ovo je osnov za odgovornost, ali se postavlja i pitanje za šta odgovara pregovarač. On ne odgovara za zaključenje ugovora, jer se zaključenje ne garantuje tokom pregovora, niti bi mogao da bude nateran na zaključenje zbog neispunjenja obaveze davanja izjave volje. On može jedino odgovarati za štetu, a kada se dođe do oblika štete, moraju se uzeti u obzir tradicionalne vrste štete: imovinska i neimovinska, a u okviru imovinske – stvarna šteta i izgubljena dobit. Međutim, ovde je interesantno razmotriti još neke oblike štete kojima je još Jering dodelio specijalne nazive: „negativni ugovorni interes“ i „pozitivni ugovorni interes“.

U odnosu na klasične vidove štete – imovinsku i neimovinsku, neimovinska će se pojavljivati mnogo ređe, ali je ne treba isključiti. U jednoj odluci, sud je odgovornost za štetu koja je nastala povređivanjem kupca koji se okliznuo na vlažan pod u samoposluzi,¹⁶ kvalifikovao kao odgovornost za *culpa in contrahendo*. Mogu se prepoznati svi ključni uslovi odgovornosti za *culpa in contrahendo*. Ovde je reč o opštoj ponudi, a i to je

14 Član 30. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima.

15 Član 30. stav 2. ZOO.

16 Slučaj poznat pod nazivom *Lettuce case*. Preuzeto sa adrese <http://everything2.com/title/culpa+in+contrahendo> 2. novembra 2010.

ponuda koja je data. „Kupac“ je lice koje se kretalo po samoposluzi, što je način razmatranja ponude te vrste. Neimovinska šteta se sastoji u bolu i strahu usled pada i povređivanja (a mogle su nastupiti i druge posledice koje bi se mogle kvalifikovati kao neimovinska šteta). Pitanje uslova krivice biće posebno razmotreno. Kad je reč o imovinskoj šteti, ona podrazumeva stvarnu štetu i izgublenu dobit. Stvarna šteta bi se ovde sastojala u umanjenju vrednosti dobara pregovarača (npr. u prethodnom primeru sa padom u samoposluzi – ako je potencijalni kupac npr. slomio naočare), uključujući i novac. To bi moglo da se odnosi i na sam predmet o kome se pregovaralo ako je on oštećen upravo tokom pregovora (npr. pregovarač je uzimao veliki broj uzoraka iz predmeta pregovora, zbog čega mu je umanjena vrednost), kao i na oštećenje dobara drugog pregovarača (kao u slučaju slomljenih naočara). Međutim, izdaci koje je pregovarač sam učinio tokom pregovora (npr. putni troškovi, troškovi opremanja prostora radi ispunjenja uslova za dobijanje franšize) ne mogu se kvalifikovati kao stvarna šteta, ali ni kao izgubljena dobit. Nije reč o stvarnoj šteti, jer je ove izdatke učinio sam pregovarač iz svoje imovine. Stvarna šteta podrazumeva umanjenje vrednosti dobara u tuđoj, a ne sopstvenoj imovini. To je upravo ono što je nazvano „negativni ugovorni interes“. Reč je o izdacima koji su učinjeni u cilju zaključenja ugovora, a koje je učinio sam pregovarač na teret sopstvene imovine. Kako mu je to bilo u interesu da bi došlo do zaključenja ugovora, reč je o interesu – izdacima iz interesa. Oni su „negativni“ zbog toga što je reč o izdacima, tj. umanjenju imovine, i to sopstvene imovine. Zbog toga to nije šteta, a odgovornost za ove izdatke ne može se raspravljati po identičnim pravilima sa onima koja važe za naknadu štete. Izdatke na ime negativnog ugovornog interesa treba priznati samo ako su oni bili neophodni za vođenje pregovora (npr. neko je morao da potpuno opremi poslovni prostor u stilu McDonald’s-a da bi dao ponudu za dobijanje franšize ili pokazao da ispunjava uslove iz ponude davaoca franšize. Ovaj oblik štete se još od Jeringa pominje pod nazivom „negativni ugovorni interes“ i nije identičan sa stvarnom štetom, kao ni sa izgubljenom dobiti (jer nije reč ni o kakvoj dobiti).

U odnosu na izgublenu dobit, ključan uslov za postojanje prava na naknadu štete jeste uslov da bi dobit sigurno nastupila. Tokom pregovora, ne samo da ne postoji nikakva sigurnost da će ugovor o kome se pregovara biti zaključen, što se obično ističe kao argument protiv odgovornosti za pregovore, već je i svaki pregovarač slobodan da pregovara i sa drugima, tako da se ne može pozvati na izgublenu dobit zbog toga što je mogao sprečiti nastupanje ove štete pregovarajući sa drugima. Ako on ne bi uspeo da zaključi ugovor ni sa nekim drugim, onda nema izvesnosti da bi ugovor bio zaključen, a to isključuje i pravo na naknadu izgubljene dobiti. Obrnuto, ako bi on uspeo da ga zaključi, postavlja se pitanje – zašto

nije? Pregovori ga u tome nisu sprečavali, jer pregovori ne obavezuju na zaključenje ugovora, a okolnost da je neko drugi ponudio bolje uslove za zaključenje ugovora je opravdan razlog zbog koga se mogu prekinuti pregovori i zaključiti ugovor sa trećim licem. Izgubljena dobit – dobit koju bi pregovarač stekao da je zaključen ugovor sa nekim trećim, jeste jedan od klasičnih oblika štete koji je redovno uređen pozitivnim pravom. Međutim, u literaturi se pominje i kategorija pod nazivom – „pozitivni ugovorni interes“, što nije isto što i izgubljena dobit. Izgubljena dobit je dobit koja se vezuje za predmet ugovora o kome se pregovaralo. To je dobit koju bi pregovarač ostvario da je ugovor bio zaključen sa drugim pregovaračem ili, eventualno, sa trećim licem. I za ovaj oblik štete važe dobro poznata pravila o izgubljenoj dobiti. Međutim, i ovde se pominje još jedna kategorija koja liči na izgubljenu dobit pod nazivom „pozitivni ugovorni interes“. To nije isto što i izgubljena dobit koja je u vezi sa ugovorom o čijem se zaključenju pregovaralo. Pozitivan ugovorni interes je interes, ali ne za zaključenje ugovora o kome su se vodili pregovori, već za zaključenje nekog drugog ugovora ili preduzimanje pravnog posla, koji nije zaključen, odnosno preduzet. Npr. ako se pregovaralo o ugovoru o prodaji poslovne prostorije, izgubljena dobit tiče se mogućnosti zaključenja ugovora o prodaji sa trećim licem, umesto sa pregovaračem, koju priliku je pregovarač propustio zbog ponašanja drugog pregovarača. Međutim, pozitivan ugovorni interes bi npr. bilo to što je pregovarač propustio mogućnost da poslovni prostor izda u zakup zbog pregovora o prodaji.

2. ODGOVORNOST OD MOMENTA DAVANJA PONUDE

U zemljama sa evropsko-kontinentalnim pravnim sistemom, onaj ko je dao ponudu može odgovarati za neimovinsku, kao i za stvarnu štetu. Kao u slučaju kada se mušterija okliznula na vlažan pod u samoposluži, ako je tom prilikom pored neimovinske nastupila i stvarna šteta, ponudilac će odgovarati za nju. Iz ugovora o pregovorima nastaje i obaveza neprouzrokovanja štete u pregovorima. Međutim, od momenta davanja ponude, ponudilac ne može da odgovara za negativan imovinski interes ponuđenog, jer je na ponuđenom pravo izbora (pravna moć) da ponudu pretvori u ugovor. Od momenta od kada je dao ponudu, ponudilac iz istog razloga ne može odgovarati ni za izgubljenu dobit ponuđenog, kao ni za pozitivan interes ponuđenog. Ponuđeni, naprotiv, može odgovarati za sve oblike štete koju trpi ponudilac. Ovo važi sve dok se uloge, eventualno, ne promene i dok ponudilac ne postane ponuđeni. Nema odgovornosti ako pregovori budu prekinuti iz razloga za koje se ne odgovara za pregovore.

Ponuđeni odgovara za pregovore, i to za sve oblike štete koju ponudilac može da trpi. Prigovor koji se uobičajeno ističe protiv odgovornosti za

pregovore, a naročito protiv odgovornosti za izgublenu dobit i pozitivan ugovorni interes, posle razlikovanja na period pre ponude i posle ponude, postaje očigledno neosnovan. Davanjem ponude, u pravnim sistemima koji prihvataju princip da ponuda obavezuje, isključuje se mogućnost davanja još neke ponude o istom predmetu pregovora. Ako npr. pregovarač nudi na prodaju porodičnu zgradu, on, od momenta davanja ponude, ne može da je ponudi još nekome jer bi se stavio u nezgodan položaj – ako oba ponuđena prihvate ponudu, da ne može da ispuni oba ugovora jer je zgrada jedna. To upućuje na zaključak da odgovornost za izgublenu dobit i pozitivni ugovorni interes može da nastupi samo ako je reč o predmetu ugovora koji se može ispuniti samo prema jednom ugovaraču. To mogu biti npr. individualno određene stvari, ali i usluge koje se ne mogu vršiti u korist više lica u isto vreme (npr. organizovanje proslave u određenom restoranu u određenom terminu, opremanje restorana u stilu za koji se nudi franšizing). Pošto je reč o izgubljenoj dobiti, ovde se mora pokazati i da bi ugovor sigurno bio zaključen sa nekim trećim da ponudilac nije bio vezan ponudom (izgubljena dobit u obliku konkretne štete), ili da je u međuvremenu došlo do pada vrednosti predmeta ugovora (ako je reč o potencijalnom prodavcu kao ponudiocu) ili porastu cena (ako je reč o potencijalnom kupcu kao ponudiocu), kada se uobičajeno govori o tzv. apstraktnoj šteti. Pozitivan ugovorni interes je takođe oblik izgubljene dobiti, samo što nije identičan sa predmetom ponude, već je u vezi sa njim. I za njega treba pokazati da bi sigurno nastupio, po istim principima kao i za izgublenu dobit.

U pravnim sistemima u kojima ponuda ne obavezuje, davanje ponude ipak ima isto dejstvo iz ugla odgovornosti za pregovore kao i u pravnim sistemima u kojima ponuda obavezuje. Pregovarač koji je dao ponudu ispunio je svoju obavezu iz pregovora da dà izjavu volje, isto kao i u sistemu u kome ponuda obavezuje. Razlika je jedino u tome što će on imati i obavezu da se saglasi sa prihvatom ako ponuda bude prihvaćena, dok u sistemima u kojima ponuda obavezuje – to nije potrebno. Ako propusti da se saglasi sa ponudom, on će odgovarati po pravilima o odgovornosti za pregovore, ali će odgovarati i ako se ne saglasi. On ne može biti nateran da dà izjavu volje da je saglasan sa prihvatom (osim ako pravni sistem to izričito predviđa), ali će zato odgovarati zbog neispunjenja obaveza koje proističu iz pregovora.

Kada je reč o formalnim ugovorima, u pravnim sistemima u kojima ponuda obavezuje, da bi ona proizvela dejstvo ponude, ona mora biti data u formi predviđenoj za ugovor. Isto važi i za prihvatanje. Ako nisu dati u toj formi, smatra se da ugovor nije zaključen. Ipak, ponuda i prihvatanje ponude koji nisu učinjeni u propisanoj formi nisu bez pravnog dejstva. Oni stva-

raju obavezu da se dâ izjava volje u propisanoj formi, da bi pravni poredak priznao nastanak ugovora. Ako takve izjave ne budu date, u skladu sa ponudom i prihvatom, u formi koja je propisana, postojaće osnov za odgovornost za pregovore. Ovo znači da se posle postizanja saglasnosti volja u obliku koji nije odgovarajući, obaveza koja proističe iz pregovora donekle menja. Ona više nije obaveza da se dâ bilo kakva izjava volje (pozitivna ili negativna), već obaveza da se dâ izjava volje koja je pozitivna. U tom smislu se odgovornost za pregovore proširuje, tako da postoji – ne samo kada jedan od pregovarača prekine pregovore bez osnovanog razloga ili kada je u pregovore ušao bez namere da zaključi ugovor, već i kada ne dâ izjavu volje u cilju zaključenja ugovora u formi koja je propisana, pod uslovom da je postignuta saglasnost volja o tome.

III. DOLUS I CULPA

Culpa in contrahendo se redovno prevodi kod nas kao odgovornost za pregovore, ali i na drugim jezicima (*liability*, *Haftung*). Međutim, *culpa* je u stvari oblik krivice, i to oblik koji se u srpskom jeziku prevodi kako nehat. *Culpa in contrahendo* bi u stvari pre bila *krivica* u pregovorima, *nepažnja* u pregovorima, „greška“ u pregovorima ili *nehat* u pregovorima. U uobičajenom značenju – u užem smislu reči *culpa* je naziv za nehat. Dakle, ovo je odgovornost za nehat, makar po nazivu. Ako naziv upućuje na to, mora se postaviti pitanje – a šta je sa namerom, tj. umišljajem, odnosno *dolus*-om? Ovde se nude dve mogućnosti. Prvo, da se primeni pravilo po kome odgovornost za blaži stepen krivice podrazumeva i odgovornost za viši. Ako se odgovara za nehat, sigurno se još pre odgovara za umišljaj. Druga mogućnost je ispitati da li u prisustvu namere uopšte ima pregovora i ugovora o pregovorima, a time i odgovornosti za pregovore. Prva mogućnost je dobro poznata i ne treba je detaljnije obrazložiti. Međutim, kada je reč o drugoj, ima potrebe da se proveri da li u prisustvu namere uopšte ima ugovora o pregovorima, a time i odgovornosti za pregovore.

1. DOLUS

Odgovornost za pregovore je uvek odgovornost za štetu. Posledica ove odgovornosti ne može biti prinudno zaključenje ugovora o kome se pregovaralo (npr. da sudska odluka zameni izjavu volje pregovarača). Ako je to odgovornost za štetu, onda se namera odnosi na prouzrokovanje štete. Dakle, pregovarač je ušao u pregovore, ne da bi možda zaključio ugovor, već da bi drugom pregovaraču pričinio štetu. To pokazuje da nema saglasnosti volja, kao i u drugim situacijama kada se volje potpuno mimoilaze,

a to znači da nema ni ugovora o pregovorima. Pregovori vođeni u nameri da se prouzrokuje šteta ne mogu biti kvalifikovani kao ugovor o pregovorima, već kao delikt, a odgovornost za štetu treba raspraviti po pravilima o deliktnoj odgovornosti. Ovde nije reč o nameri da se ne ispuni obaveza u smislu člana 266. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, već o nameri da se ne pregovara ozbiljno (istinito).

Formulacija koja je data u Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije, prema kojoj se za pregovore odgovara ako se pregovarač upustio u pregovore bez namere da zaključi ugovor, navodi na razmišljanje da li takav „pregovarač“ uvek postupa sa namerom da se prouzrokuje šteta. Ako nema namere da se vode pregovori – kakve namere ima? Ako je pregovarač za vreme pregovora postupao u skladu sa obavezama koje proističu iz pregovora (uredno obavestavao drugog pregovarača o svojim namerama, tj. davao izjave volje), njemu se ne može pripisati u krivicu neispunjenje obaveze iz pregovora. S druge strane, on je vršio svoje pravo da dâ negativnu izjavu volje. Ono što nedostaje ovoj volji je istinitost, što još uvek ne znači da postoji i zla namera. Ako se utvrdi postojanje zle namere, onda to vodi primeni pravila o deliktnoj odgovornosti, a sami pregovori ostaju bez značaja za raspravljavanje obaveze naknade štete.

Drugi razlog za odgovornost za pregovore jeste prekid pregovora bez opravdanog razloga, tj. prekid bez ikakvog obavestavanja. Ovde je moguće i namerno neispunjenje obaveze jer se namera ne tiče samog ugovora o pregovorima. Ugovor o pregovorima postoji, ali se obaveza obavestavanja ne ispunjava namerno. Ne znači da svako neispunjenje obaveze davanja izjave volje (prekida pregovora bez razloga) treba kvalifikovati kao nameru da se ne ispune obaveze iz pregovora, ali ovde namera neispunjenja ne utiče na postojanje samog ugovora o pregovorima.

Šteta može biti prouzrokovana i samim načinom davanja izjave volje, što se prvenstveno odnosi na konkludentne radnje. Kao u slučaju povređivanja mušterije u samoposluži, izjava volje je data u obliku opšte ponude. Međutim, ono što je pratilo sam način davanja izjave izazvalo je opasnost po pregovarača. Iako klizav pod nije način davanja ponude, on je sastavni deo same ponude jer je neophodno kretati se po njemu da bi se došlo do mesta na kome je izložena roba, što omogućava saznanje sadržine ponude. Ni ovde se ne isključuje mogućnost postojanja namere, a sama namera prouzrokovanja štete isključuje postojanje ugovora o pregovorima.

2. CULPA

Ako nije postojala namera da se prouzrokuje šteta, onda je postojao neki oblik nepažnje, tj. nehata u odnosu na mogućnost prouzrokovanja štete. Za koje oblike nehata se odgovara? Ovo svakako zavisi od pravnog

sistema. Prema Zakonu o obligacionim odnosima RS, dužnik neke ugovorne obaveze odgovara za štetu koju je mogao da predvidi kao posledicu neispunjenja svoje ugovorne obaveze, na osnovu okolnosti koje su mu bile poznate ili je morao da zna za njih.¹⁷ Međutim, ako je štetu neispunjenjem ugovorne obaveze pričinio namerno ili iz krajnje nepažnje, on odgovara za celokupnu štetu, bez obzira da li je znao za postojanje posebnih okolnosti koje su dovele do nastanka štete. Ako je reč o ugovoru u privredi, onda se očekuje ispunjenje ugovornih obaveza sa pojačanom pažnjom, tako da se redovno odgovara i za običnu nepažnju. Zakon o obligacionim odnosima je, polazeći od principa jednakosti ugovarača, izvukao i pravilo o odgovornosti – primenjujući princip da se očekuje da se prilikom ispunjenja ugovornih obaveza pokaže ona pažnja koja se poklanja sopstvenim poslovima. Time se isključuje odgovornost za običnu nepažnju.¹⁸ Isti princip primenjen je i kod ugovora u privredi, s tom razlikom što se tu očekuje viši stepen pažnje nego kod ugovora građanskog prava.

3. KRIVICA ZA NEGATIVAN I POZITIVAN UGOVORNI INTERES

Kad je reč o negativnom ugovornom interesu, reč je o šteti koja je nastupila usled radnji samog oštećenog (npr. izdaci koje je on imao tokom pregovora na ime troškova putovanja, opremanja prostora radi ispunjenja uslova za zaključenje ugovora). Ključna razlika u odnosu na stvarnu štetu koju trpi pregovarač je u tome što je ove radnje preduzeo sam oštećeni, svojom voljom (ne kao npr. kod povređivanja gde nije bilo njegove volje). Može se npr. desiti da su neka putovanja bespotrebno preduzeta, iako su pregovarači mogli da razmene informacije i na drugi način.

Da bi pregovarač odgovarao za negativan ugovorni interes, potrebno je da su radnje usled kojih je nastupila šteta bile neophodne. Ako one nisu bile nužne, već je željeni efekat mogao da se ostvari i na drugi način, bez njihovog preduzimanja, neće postojati ni obaveza naknade štete. Samu nužnost treba ceniti prema kriterijumu prosečnog čoveka, kao i prema samom poslu o kome se pregovara (ako je npr. reč o ugovoru o franšizingu, onda se redovno zahteva da primalac franšize opremi na odgovarajući način prostor u kome će obavljati delatnost, što predstavlja izdatak u obliku negativnog ugovornog interesa).

17 Član 266. stav 1. ZOO.

18 Član 266. stav 1. ZOO govori o obavezi naknade štete koju je dužnik *morao* predvideti kao moguću posledicu povrede ugovora. Ako je reč o onome što je *morao* da predvidi, to upućuje na zaključak da se ponašao kao krajnje nepažljiv ugovarač ako to nije predvideo, tj. da on odgovara za grubu (krajnju) nepažnju, ali ne i za običnu nepažnju.

Kada je reč o pozitivnom ugovornom interesu, treba pokazati da bi došlo do zaključenja nekog drugog ugovora, tj. pokazati izvesnost kao i kod izgubljene dobiti. Pošto je i sam pozitivan ugovorni interes oblik izgubljene dobiti, ali ne dobiti po osnovu ugovora o kome se pregovaralo, već nekog drugog ugovora, treba pokazati i da bi taj drugi ugovor sigurno bio zaključen, kao i kod izgubljene dobiti. Osim toga, treba ispitati i da li se pozitivan ugovorni interes može kumulirati sa izgubljenom dobiti ako se traži i jedno i drugo (npr. da li je bilo moguće i prodati i izdati u zakup istu stvar). Ako kumulacija nije moguća, treba rešiti i problem hijerarhije zahteva – da li od oštećenog zavisi šta će tražiti ili izgubljena dobit isključuje pravo na pozitivan ugovorni interes (ili obrnuto). Odgovor će i ovde zavisiti od pravnog sistema. U nedostatku jasnog stava, treba poći od pravila da pregovarač odgovara za štetu koja nastaje povodom predmeta pregovora. To bi značilo da postojanje izgubljene dobiti isključuje i odgovornost za pozitivan ugovorni interes ako oba ova oblika štete ne mogu postojati istovremeno.

Pod navedenim uslovima, pregovarač odgovara i za negativan i pozitivan ugovorni interes ako je kriv za štetu, pri čemu se primenjuju pravila o krivici koja su prikazana kod nehata. Dolazi u obzir primena i drugih pravila koja se uobičajeno primenjuju kod odgovornosti za štetu, kao npr. pravilo o umanjenu obaveze naknade za korist koju oštećeni ima od radnje kojom je nastupila šteta, umanjenu odgovornosti po osnovu doprinosa oštećenog ili doprinosa trećeg lica.

Ne dolazi u obzir primena pravila o anticipatornom raskidu ugovora zbog toga što svaki pregovarač može da izjavi da prekida pregovore ako mu ne odgovara zaključenje takvog ugovora, a da ne mora to i da dokazuje. Sama sumnja da postoji nemogućnost budućeg ispunjenja ugovora o kome se pregovara, čak i kada bi bio zaključen, jeste opravdan razlog da se ugovor ne zaključi. Zbog toga, pregovarač koji je jednostrano prekinuo pregovore ne mora da dokazuje buduću nemogućnost pregovarača, već da samo navede svoje sumnje. Čak da ne učini ni to, dovoljno je da obavesti drugog ugovarača da prekida pregovore, tj. da ne prihvata ponudu jer mu ono što je saznao tokom pregovora ne odgovara, što isključuje njegovu odgovornost. Izuzetno, ako je reč o uslovima koji su precizno određeni i koje je pregovarač ispunio, a koji su dovoljni za zaključenje ugovora (jer drugi uslovi nisu bitni), može se dokazivati da nisu postojali razlozi za raskid, i to objektivno, jer je i izbor trebalo da bude izvršen primenom objektivnih kriterijuma (kao npr. kod opremanja prostora radi dobijanja franšize). Ovo rešenje može biti primenjeno i kod konkursa, kao i u slučajevima kada postoji obaveza zaključenja ugovora sa svakim ko ispuni određene uslove, ako ne postoji mogućnost da odlukom suda bude zamenjena volja strane koja je odbila zaključenje ugovora iako je na to bila obavezna.

U odnosu na kupovinu ili prodaju radi pokrića, ova pravila mogu biti primenjena, ali sa obrnutim efektima od uobičajenih. Onaj ko je izvršio kupovinu ili prodaju radi pokrića, samo pokazuje da je ispunio svoju obavezu preduzimanja odgovarajućih radnji da bi umanjio štetu. Međutim, i ovde ostaju svi navedeni uslovi za odgovornost, kako za izgubljenu dobit, tako i za pozitivan ugovorni interes. Kupovina ili prodaja radi pokrića nemaju smisla za stvarnu štetu, kao ni za negativan ugovorni interes. Zaključenje ugovora sa trećim licem samo utiče na visinu obaveze naknade štete, i to tako da se ta obaveza smanjuje ako je ugovor zaključen sa trećim licem. Međutim, ključan uslov odgovornosti je već pre toga pokazan – da bi u vreme pregovora (važnja ponude) došlo do zaključenja ugovora sa trećim licem. Zbog toga, ako i posle prekida pregovora dođe do zaključenja ugovora sa trećim licem, umanjuje se odgovornost drugog pregovarača u odnosu na odgovornost do koje bi došlo da takav ugovor sa trećim licem nije zaključen, a sama kupovina ili prodaja radi pokrića nisu uslov odgovornosti, kao što je to u drugim situacijama ugovorne odgovornosti za štetu.

IV. ARGUMENTACIJA I NJENA METODOLOŠKA

ZASNOVANOST

1. METODOLOŠKA KONZISTENTNOST TIPIČNIH STAVOVA O PREDUGOVORNOJ ODGOVORNOSTI

Ono što se može zapaziti u analizama odgovornosti za pregovore jeste nekoliko metodoloških grešaka. Prvo, govori se o pregovorima, ali se sami pregovori ne identifikuju i ne kvalifikuju. Bez prepoznavanja pregovora u stvarnosti i njihove pravne kvalifikacije, ne može se ni razmatrati odgovornost za pregovore. Pregovori su, pre svega, činjenica koja mora dobiti pravnu kvalifikaciju, bilo kakvu, da bi moglo da se nastavi sa pitanjem odgovornosti za pregovore. Važi i obrnuto – ne možemo govoriti o pregovorima, a da ne znamo o čemu govorimo. U suprotnom, tvrdnje tipa – da se pregovori moraju voditi slobodno, bez straha od obaveze naknade štete, navode na razmišljanje šta se tu stvarno kaže. Ako se ne može dopustiti odgovornost za pregovore zbog toga što se pregovaračima garantuje sloboda da pregovaraju, onda se iz takvog stava mogu izvući najmanje dva zaključka: 1) pregovori jesu neki pravni odnos koji je različit u odnosu na vreme pre pregovora. To nas vraća problemu kvalifikacije pregovora koji je izbegnut; 2) ako stupanje u pregovore podrazumeva slobodu pregovaranja bez obaveze naknade štete, onda to znači da pregovarači prihvataju takav odnos, što nas opet vraća na prihvatanje i njihovu saglasnost vo-

lje. Ova saglasnost je u odnosu na sadržinu čak anticipirana – uvođenjem pretpostavke da su pregovarači saglasni da podnesu štetu koja eventualno proistekne iz pregovora. Time su u stvari sami pregovori implicitno priznati kao saglasnost volja, ali saglasnost o podnošenju štete koja se eventualno trpi tokom pregovora. Problem stavova ove vrste je što nas vraćaju na pregovore kao saglasnost volje, iako su pošli od tvrdnje da pregovori to nisu, prihvatajući slobodu pregovaranja bez obaveza i odgovornosti. Ovde ne bi mnogo pomoglo da se pregovori shvate kao pravni odnos koji je uređen zakonom, tj. da nema saglasnosti volja, već da je zakonodavac odredio sadržinu prava i obaveza, uključujući i odgovornost. Čak i da je tako, pregovarači opet svojom voljom ulaze u pregovore, što nas vraća problemu njihove saglasnosti volja i potrebi kvalifikacije ove saglasnosti. Ovo bi otpalo samo u situaciji kada bi se neko našao u pregovorima bez svoje volje – po samom zakonu, što se nikada ne predviđa.

Drugi problem stava o pretpostavljenom prihvatanju rizika pregovora je to što anticipira saglasnost da se trpi šteta i to u pregovorima koji se implicitno priznaju kao saglasnost volje. Stav da se u pregovorima uvek implicira volja pregovarača i to u obliku saglasnosti da se trpi šteta, nema uporište ni u volji ugovarača, ni u volji zakonodavca, niti može biti opravdan bilo kojim principom. Ako je princip da mora biti obezbeđen ulazak u pregovore bez straha od odgovornosti za štetu – onda se ne može implicirati da se u pregovore ulazi sa prihvatanjem da se uopšte trpi šteta. Ako ne sme da bude straha od odgovornosti za štetu – ne bi smelo da bude ni straha od toga da će se pretrpeti šteta za koju niko neće odgovarati. Sloboda od straha od štete ne može postojati samo za onog ko prouzrokuje štetu, već i za onog ko bi trebalo da je trpi.

Drugo, po pravilu se polazi od odgovornosti i kvalifikuje se sama odgovornost, ali ne i pregovori da bi se uopšte moglo govoriti o odgovornosti za pregovore. Ono što se brka u pregovorima jeste odgovornost za pregovore i odgovornost za zaključenje ugovora. Obaveza koja proističe iz pregovora nije obaveza da se zaključi ugovor o kome se pregovaralo, već obaveza da se dâ odgovor na izjave volje druge strane, kao i obaveza da se drugoj strani ne pričini šteta.

Treće, vizija o ugovoru o kome se pregovara stalno vraća misao na zaključak da ugovor još nije zaključen. Čak i sam naziv „predugovorna odgovornost“ sugeriše da nema ugovora. Izraz „predugovorna“ na samom početku razmatranja nameće zaključak da još uvek nema ugovora. To je zaista tačno, ali samo u odnosu na ugovor o kome se pregovara. Međutim, sami pregovori imaju svoju sadržinu, a ta sadržina je takođe saglasnost volja, što je samo drugi naziv za ugovor. Ima zakona koji su to i ekspli-

citno priznali.¹⁹ Ako postoji saglasnost da je ugovor saglasnost volja, ali i obrnuto – da je saglasnost volja ugovor (pod uslovom da proizvodi pravna dejstva), onda se o pregovorima ne može zaključiti ništa drugo no da je reč o ugovoru. Ovde nam jednostavan postupak podvođenja činjenice pod pravnu kategoriju omogućava da sa sigurnošću dođemo do zaključka šta su pregovori.

Argumenti da mora postojati pravo da se odustane od pregovora i da u pregovorima mora ostati očuvana sloboda pregovarača da odustanu od pregovora kad god hoće, implicira i da moraju trpeti efekte odustanka od pregovora, makar da je reč i o šteti. Stav implicira slobodu vođenja pregovora na osnovu slobode „od straha da se duguje naknada štete“. Metodološki, ali i logički problem je u tome što ovaj stav istovremeno implicira i dužnost da se trpi šteta. Ako neko mora biti slobodan od straha da će dugovati naknadu štete, to znači da onaj drugi mora trpeti tu njegovu slobodu, tj. biti spreman da trpi štetu. Ovde je argumentacija zasnovana na ideji slobode (slobode od straha da će se dugovati naknada). Problem je u tome što ona drugoj strani ograničava slobodu i nameće joj strah da će trpeti štetu – da će biti dužna da je trpi. Još veći problem je to što ova sloboda treba da važi za onog ko prouzrokuje štetu, a obaveza trpljenja za onog ko je oštećen. Obično je upravo obrnuto u pravu. Samo kada postoje razlozi koji to posebno opravdavaju – neko će biti dužan da trpi štetu. Npr. vlasnik bespravno podignutog objekta dužan je da trpi štetu ako mu objekat bude srušen, ali je tu razlog koji opravdava dužnost trpljenja – protivpravnost. Onaj ko se saglasio da trpi štetu, takođe je dužan da je trpi. Međutim, onaj ko je ušao u pregovore nije se saglasio sa time (osim ako je to zaista prihvatio). Istovremeno, proizlazi i da je onaj ko je ušao u pregovore želeo da uđe bez rizika da duguje naknadu štete, ali sa rizikom da mu bude prouzrokovana šteta. Dakle, on ulazi sa rizikom gubitka, na jedan ili drugi način. Ako ga već prihvata po ovom stavu, nema smisla tumačiti da prihvata da trpi štetu koja mu je prouzrokovana, a da ne prihvata da duguje onu štetu koju je prouzrokovao. Ako već treba da podnese gubitak, normalno je pretpostaviti da će dugovati onaj gubitak koji bi on prouzrokovao jer to može da spreči, nego pretpostaviti da treba da trpi gubitak koji mu drugi prouzrokuje i što ne može da spreči.

Verovatno najjači argument protiv odgovornosti za pregovore, a ujedno i protiv njihove kvalifikacije kao ugovora, izrečen je kroz stav da pregovori jesu saglasnost volja, ali da je ta saglasnost izvanpravna (metappravna), tj. da nije u sferi prava. Ona redovno ide u paketu sa argumentom

19 Npr. kolumbijski Zakon o trgovini. Opširnije, vidi: Silvia Gil-Wallin, *Liability under Pre-contractual Agreement and Their Application under Colombian Law and the CISG*, *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 2007#1, str. 1–20.

da se time ne isključuje odgovornost za štetu koju pregovarač trpi, ali da je tu reč o deliktnoj, a ne ugovornoj odgovornosti. Prvo što treba zapaziti u ovom stavu jeste nedoslednost. Ako je reč o metappravnom odnosu, onda on neće uopšte biti sankcionisan, što se opovrgava upravo kroz stav o deliktnoj odgovornosti. Priznanjem odgovornosti priznaje se i pravnost, nasuprot metappravnosti odnosa. To pokazuje da je ovde reč samo o kvalifikaciji odnosa, a ne pravnosti i vanpravnosti. Metappravni odnos bi morao da ostane bez sankcije, a ovde se sankcija predviđa, makar i kroz „deliktnu odgovornost“.

Ako je stav o metappravnosti ograničen i samo na volju da se pregovara, odnosno na ugovor o pregovorima koji se proglašava za metappravnu saglasnost, ni on ne može biti dosledno sproveden. Oblici štete koji postoje kod odgovornosti za pregovore u obliku negativnog ugovornog interesa i pozitivnog ugovornog interesa nisu obuhvaćeni deliktnom odgovornošću. Kod negativnog ugovornog interesa nedostaje uzročna veza između radnje štetnika i posledice nastupanja štete, kao i kod pozitivnog ugovornog interesa. Međutim, činjenica da šteta nastupa u sferi je interesovanja prava jer je šteta umanjeње vrednosti nečije imovine, što nikada nije metappravno. Da bi se odgovorilo na pitanje zbog čega ne postoji obaveza naknade štete, potreban je stav zasnovan na pravu, a time se stav o metappravnosti pokazuje kao neosnovan. Čak i kada ne postoji obaveza naknade štete, kada je šteta nastala usled više sile ili dejstva slučaja, reč je o pravnim kategorijama „slučaja“ i „više sile“ koji isključuju odgovornost. Tako i kod štete nastale zbog pregovora, neophodna je pravna norma koja rešava pitanje odgovornosti, makar i da je ne predviđa, čime se isključuje metappravnost.

Jedna od ključnih razlika između deliktne i ugovorne odgovornosti je u odnosu radnje kojom je prouzrokovana šteta i posledice koja je nastupila. Kod deliktne odgovornosti šteta nastupa usled radnje štetnika (koja nekada može da se sastoji i u nečinjenju, a ne samo aktivnom ponašanju), možda i uz radnju (doprinos oštećenog), ali nikada nema volje da se oštećeni nađe u pravnom odnosu sa štetnikom zasnovanom na uzajamnoj volji. Ako toga ima, onda je reč o ugovornoj, a ne deliktnoj odgovornosti. Volja za postojanjem pravnog odnosa je ključan uslov svake ugovorne odgovornosti. Ako nje nema, nema ni odgovornosti. Može postojati deliktna odgovornost, ali to podrazumeva da je šteta nastala bez volje oštećenog da se nađe u nekom pravnom odnosu, te da je šteta nastupila radnjom bez prethodne saglasnosti oštećenog da se nađe u nekom pravnom odnosu. To je prepoznatljivo čak i u primeru sa štetom zbog pada kupca u samoposluzi. On se nije našao u samoposluzi mimo svoje volje, niti je to morao. Npr. lopov koji bi se noću okliznuo u toj istoj samoposluzi ne bi imao pravo na naknadu štete, ne zbog toga što je lopov, već zbog toga što

nije ni u kakvom pravnom odnosu sa kompanijom kojoj pripada samoposluga, zbog čega nema ugovorne odgovornosti (uključujući i odgovornost za pregovore). Nema ni deliktne odgovornosti jer nema krivice kompanije pa čak ni objektivne odgovornosti, jer je šteta nastala usled radnje samog oštećenog i to protivpravne radnje. Kompanija nema opštu dužnost da klijavim podom ne izaziva opasnost prema bilo kome ko bi se protivpravno našao u radnji. Iako je dostupna svima, ona nije javna površina namenjena za slobodno kretanje bilo kog lica, već namenjena pregovaračima, tj. potencijalnim kupcima. To je još očiglednije kod ostalih oblika štete nastalih u pregovorima (negativan ugovorni interes, izmakla dobit, pozitivan ugovorni interes). Dakle, odgovornost ne može biti istovremeno i deliktna i ugovorna za jednu istu radnju i posledicu. Stav da se u pregovorima odgovara za štetu koja se može kvalifikovati kao delikt i pod uslovima predviđenim za deliktnu odgovornost, podrazumeva da se ne odgovara za druge oblike štete, što sigurno nije metappravni stav. Kao pravni stav, on mora da dá objašnjenje zašto se ne odgovara za neku od šteta nastalu u pregovorima, a to se ne može bez priznanja pravnog dejstva pregovorima, što uključuje i pravnu kvalifikaciju pregovora kao činjenice. Time smo se vratili na početni stav – na pitanje šta su pregovori, a primenom opšte-prihvaćenih kategorija moramo doći do zaključka da je reč o ugovoru, sa svim posledicama koje su pokazane.

Moguć je još i čist stav da nema nikakve odgovornosti za štetu koja se trpi u pregovorima, kako ugovorne, tako ni deliktne. Međutim, to se i ne zastupa, makar zbog opšte dužnosti naknade štete. Ovaj stav bi morao da uvede pretpostavku dužnosti trpljenja štete, i to, ili pozivanjem na metappravnost odnosa ili pozivanjem na dužnost trpljenja štete. Međutim, sama šteta uvek ulazi u sferu interesovanja prava, što ne mora da podrazumeva i odgovornost. Ako je reč o dužnosti, dužnost ovakve vrste – dužnost da se trpi šteta nužno mora biti pravna, a ne metappravna jer bi bila zaštićena pravom, čime se osporava početno polazište o metappravnosti. To pokazuje da se ovakvim stavom opet samo uvodi obaveza trpljenja štete, što nije metappravna dužnost, već pravna i to suprotna opštim principima odgovornosti za štetu. Čist stav o metappravnosti ovakve štete morao bi da isključi bilo kakvo razmatranje iz ugla prava, a naročito stavove o slobodi tokom pregovora, kao i o dužnosti trpljenja štete u pregovorima. Kako to nije moguće, već se upravo formulišu stavovi o odgovornosti za pregovore, to potvrđuje da pregovori nisu metappravna kategorija.

2. MOGUĆNOSTI METODOLOGIJE U OBLASTI PRAVA

Cilj ovog ogleđ bio je da se ispita mogućnost metodološke argumentacije koja bi garantovala tačnost zaključka o nekom pravnom institutu. Odabran je institut koji je sporan u pogledu objašnjenja, jednako

kao i u primeni (sudskoj praksi). Ako bi metodologija mogla da garantuje ispravnost rezultata na primeru jednog takvog pravnog instituta koji je već vekovima sporan, onda bi, utoliko pre, mogla da garantuje ispravnost na onima koji su manje sporni. Cilj rada nije bio da pokaže raznolikost shvatanja o predugovornoj odgovornosti već da, izborom karakterističnih, testira mogućnosti metodologije. „Sporedan“ rezultat je objašnjenje same predugovorne odgovornosti.

Osnovni metod koji je korišćen jeste metod „kategorijalnog zaključivanja“. Polazni stavovi su zasnovani na opšteprihvaćenim kategorijama, ovde kategoriji ugovora, zatim kategorijama ugovorne i deliktne odgovornosti, štete. Reč je o kategorijama čije karakteristike nisu sporne i ne zavise od pozitivnog prava. One su korišćene da bi se činjenice podvele pod kategorije. Ove kategorije imaju svoje karakteristike koje su nezavisne od pravnog sistema i koje u sebi sadrže prava i obaveze subjekata. Kategorijalna analiza ne pokazuje samo prirodu odgovornosti za pregovore, već nudi i konkretna rešenja u pogledu odgovornosti za pregovore.

Razume se, zakonodavac može da propiše nešto drugo, što će biti različito od pravila o odgovornosti do kojih se dolazi kategorijalnom analizom i zaključivanjem. Međutim, takav pravni sistem je nekonzistentan. On ne može biti obrazložen iz prihvaćenih kategorija jer im se suprotstavlja. On ne može biti ni ispravan, ni pravičan. Osnovne kategorije od kojih se pošlo sadrže u sebi prava i obaveze na principima pravde i pravičnosti. One su zbog toga i opšteprihvaćene i nesporne. Pokazuje se da njihovo povezivanje ne može biti ni slučajno, ni voluntarističko, a nasilje zakonodavca nad elementarnim kategorijama u odnosima između subjekata redovno stvara nepravdu.

Logički sled koji je dat u ovom radu nastojao je da izborom nespornih karakteristika pravnih kategorija izbegne moguće prigovore. Nastojanje je utemeljeno i na uverenju da nisu pričinjene logičke greške u zaključivanju. Rezultat je objašnjenje kategorije predugovorne odgovornosti, ali i provera mogućnosti metodološke garancije ispravnosti zaključaka. Ako metod u pravu može da garantuje ispravnost rezultata, onda se ispravnost određenog rešenja može ispitati nepristrasno i objektivno, a to pravnu nauku približava egzaktnim naukama. Ovo je bio samo ogled koji ne potvrđuje princip i u svim drugim slučajevima. Cilj je bio da se proveri na jednom primeru da li je moguće kategorijalno zaključivanje iskoristiti za objašnjenje i proveru ispravnosti rešenja. Za početak, čini se da je to bar negde moguće. Za generalizaciju stava o mogućoj egzaktnosti pravne nauke potrebno je pokazati zakonitosti – kako teorijsku zasnovanost takve mogućnosti, tako i praktično proveriti stavove na konkretnim kategorijama.

CULPA IN CONTRAHENDO – A METHODOLOGICAL EXPERIMENT

Zlatko Stefanović

SUMMARY

Application of generally accepted categories, such as the category of contracts, to facts like negotiations, shows that negotiations can also be recognised as a contract. This is not the contract being negotiated, but a contract to negotiate, i.e. a contract deriving obligations to: 1) give a statement reacting to a statement received or provided in an inappropriate form; and 2) an obligation to restrain from causing damage to one's negotiator.

Agreement of wills on negotiations is reached, as in other contracts, in one of the ways recognised by law as a manner of giving statements of will (orally, in written forms or conclusively). Without an agreement of wills, persons cannot act in negotiations, so a unilateral statement fulfilling the conditions to be even qualified as an offer, will not constitute commencement of negotiations if the other side does not state its will accepting to negotiate.

Liability for damages incurred during negotiations is a contractual liability, unless it was incurred as a consequence of an intent, and if that is the case, it is a liability in tort. Damages for which the liability is established can be pecuniary or non-pecuniary and within pecuniary damages – real damages or ceased gain. There are also two specific forms of damages – damages in the form of the so-called negative contractual interest and damages in the form of the so-called positive contractual interest. A negative contractual interest is a form of real damages, but one caused by an act of the damaged negotiator him or herself, meaning that it should be distinguished from damages caused by an act of the other negotiator causing damages. A positive contractual interest is a form of ceased gain, namely due to loss of benefits from another possible contract, not the same as the one negotiated.

Analysis has shown that the one who gave an offer cannot be liable for ceased gain, not for positive or negative contractual interest. On the other hand, liability for ceased gain, as well as for positive contractual interest, can be caused only from the moment the offer was given and exclusively lays upon the addressee of the offer, not the offerer.

The article also aimed to demonstrate that application of the method guarantees the correct conclusion. By selecting characteristic attitudes on liability for negotiations, application of the method shows that it can be a guarantee of correct results. The correctness relates to consistency of po-

sition, here on liability for negotiations, as well as equity and fairness of the solution. The method applied is the method of category analysis, i.e. subsuming the facts under categories which are undisputed and do not depend on the will of the legislator, i.e. the legal system. The legislator can regulate something opposite to the results which are methodologically guarantees as correct, but that does not dispute the correctness of results. On the contrary, it can be expected that this kind of legislative violence would have negative effects in the reality, which cannot be justified.

This was only an experiment aimed to investigate the possibilities for methodology to guarantee the correctness of results. If it is shown that no mistakes were made, the method can be developed and applied to other legal issues, which would offer correct solutions to the legislator and the practitioners. A side result is the explanation of the category of liability for negotiations, as well as rules for application of norms for liability for negotiations.