

Nenad Grujić*

PODRUČJE PRIMENE I PRAVNA PRIRODA ODGOVORNOSTI ZBOG CULPA IN CONTRAHENDO

Apstrakt: U pokušaju da odredi pravnu prirodu odgovornosti zbog Culpa in contrahendo, autor najpre utvrđuje pojam i područje primene predugovorne odgovornosti. U tom cilju nam, u prvom delu rada, predočava svoju analizu zastupljenih shvatanja pojma i područja primene predugovorne odgovornosti. Potom, na osnovu izložene, obrazložene i kritički promatrane analize, izvodi argumentovani zaključak o opravdanosti prihvatanja jednog šireg pojma i područja primene predugovorne odgovornosti.

U drugom delu rada, autor posvećuje pažnju postojećim teorijskim pravcima o pravnoj prirodi ove odgovornosti, koje pri tome kritički analizira. Svakom od ključnih argumenata ovih teorija posvećena je odgovarajuća pažnja i nijedan od njih nije prihvaćen ili odbačen bez prethodno promišljeno izvedenog zaključka.

Poslednji deo rada je posvećen analizi tzv. predugovornih obaveza, gde autor ispituje njihovu pravnu prirodu i dolazi do zaključka da je reč o obavezama sa relativnim dejstvom. Na osnovu toga, autor dalje izvodi zaključak o obligacionopravnoj prirodi tih obaveza i sledstvenoj ugovornoj odgovornosti koja se ima primeniti na njihove učinioce. Svoj stav o ugovornoj prirodi odgovornosti zbog Culpa in contrahendo autor upotpunjuje izlaganjem o predugovornim obavezama kao zakonskim obligacijama, koje nastaju nastupanjem određenih pravno relevantnih činjenica.

Ključne reči: Pregovori, ugovor, ugovorna i deliktna odgovornost, Culpa in contrahendo, predugovorna odgovornost, načelo poštenja i save-
snosti, relativne i apsolutne obaveze.

1. UVOD

Odgovornost zbog Culpa in contrahendo je jedno od najkontroverznijih pitanja u pravnoj nauci, odnosno preciznije, pitanje pravne prirode ove odgovornosti jeste ono što je kontroverzno u vezi sa njom. Iako jedan relativ-

* Student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

no mlad pravni institut, odgovornost zbog Culpa in contrahendo je svojom osobenošću zavredio da se njime pozabave neki od najvećih umova svetske pravne misli. U tom mnoštvu radova koji se bave ovom vrstom odgovornosti obrađeni su svi njeni aspekti, počev od osnova, pretpostavki, posledica, obima odgovornosti itd. (iako to isto ne važi i za domaću pravnu nauku, koja se nije u toj meri i dovoljno studiozno posvetila ovoj problematici). Međutim, na jedno pitanje pravni pisci i dan-danas različito odgovaraju. To je pitanje pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo o kojem je napisano toliko različitih radova i dato toliko različitih teorija da se čini da spada u one, kako bi to rekao Živojin Perić, nerešljive probleme.¹

Ovim radom želim da ukažem na određene nedoslednosti u samom pristupu rešavanju problema pravne prirode ove odgovornosti i da na, verujem, jasan način ukažem na put kojim se može ići u pokušaju iznalaženja konačnog odgovora, ako on uopšte postoji, na ovo pitanje. Sam značaj određenja pravne prirode predugovorne odgovornosti nije motivisan prevashodno teorijskim razlozima i povodima, kako bi se to moglo činiti, već i snažnom potrebom za ovim odgovorom koja postoji u praksi primene prava. Jer u situaciji kada zakon o tome čuti, a pravna nauka tome ne posvećuje dovoljno pažnje, sudovi, naravno, niti vide a niti osećaju potrebu da se ozbiljnije pozabave pitanjem pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo. Na taj način jedno značajno područje odgovornosti za štetu ostaje ako ne neregulisano, onda barem nedovoljno razjašnjeno, što opet otvara prostor za različita rešenja u praksi.

Da bi uopšte mogli da se posvetimo radu i raspravi na temu pravne prirode, moramo prvo da odredimo pojam i područje primene onoga čiju pravnu prirodu određujemo i o čemu raspravljamo. Zbog toga ću u nastavku rada prvo pokušati da iznesem problematiku određivanja pojma i područja primene odgovornosti zbog Culpa in contrahendo. Centralni deo rada će činiti pojmovno logička analiza ovog instituta i pokušaj opredeljenja njegove pravne prirode. Prethodno je naravno potrebno izložiti i obrazložiti najpoznatije teorijske pravce o pravnoj prirodi odgovornosti zbog Culpa in contrahendo, te će jedan deo rada biti posvećen i tome.

1.1. TERMINOLOGIJA

Sintagmu Culpa in contrahendo prvi je sastavio čuveni nemački pravnik Rudolf von Jering u svom delu *Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*.² U bukvalnom prevodu ona označava „krivicu u toku ugovaranja“ ili „krivicu u toku zaključenja ugovora“. Kao

1 Perić, Živojin, *Nerešljivi problemi u oblasti prava*, Sarajevo 1939, str. 1. i dalje.

2 *Jheringsjahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 4, 1861, str. 1. i dalje.

sinonim, u našoj i uporednopravnoj literaturi ali i praksi susreću se izrazi „predugovorna odgovornost“,³ „odgovornost za pregovore“⁴ ili „odgovornost tokom pregovora“⁵.

2. POJAM I PODRUČJE PRIMENE

Jedan od osnovnih problema u pokušaju određenja pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo jeste samo polazište, odnosno određenje njenog pojma. Već na prvi pogled se može lako uočiti da pisci prilikom određenja pojma odgovornosti zbog Culpa in contrahendo imaju u vidu različite stvari. Polazeći od različitih premisa, oni kasnije prilikom određivanja pravne prirode neminovno dolaze do različitih odgovora. I to je jedan od razloga zašto je pitanje pravne prirode predugovorne odgovornosti ostalo tako nejasno do današnjih dana. Dakle, za pravilno određenje pravne prirode predugovorne odgovornosti potrebno je na prvom mestu jasno definisati njen pojam i obim, odnosno precizirati šta podrazumevamo pod Culpa in contrahendo a šta ne. U suprotnom, različite polazne osnove sasvim sigurno vode različitim odredištima.

Brižljivom analizom dostupne mi literature, ustanovio sam najmanje tri različita shvatanja pojma i obima, tj. područja primene predugovorne odgovornosti. Ova shvatanja se mogu kvalifikovati pre svega po obimu, odnosno po širini područja primene predugovorne odgovornosti.

2.1. CULPA IN CONTRAHENDO KAO ODGOVORNOST ZBOG PREKIDA PREGOVORA

Prvo i najuže shvatanje, zastupljeno pre svega u našoj literaturi, posmatra predugovornu odgovornost isključivo kao odgovornost zbog prekida pregovora ili vođenje pregovora bez stvarne namere da se ugovor zaključi.⁶ Po ovom shvatanju predugovorna odgovornost nastaje samo u slučaju ponašanja

3 Tako: Radišić, Jakov, *Predugovorna odgovornost*, Beograd 1991, str. 1. i dalje, Orlić, Miodrag: *Culpa in contrahendo*, u: Prvi jugoslovensko-švajcarski pravnički dani, 1983, Lozana i Friburg, str. 135. i dr.

4 Stefanović, Zlatko, *Culpa in contrahendo – metodološki ogled*, Pravni zapisi, broj 2/2010, str. 315, Tercier, Pierr, *Culpa in contrahendo u švajcarskom pravu*, u: Prvi jugoslovensko-švajcarski pravnički dani, 1983, Lozana i Friburg, str. 153.

5 Trnavci, Genc, *Zaključenje ugovora i Culpa in contrahendo: komparativna analiza*, u: Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7, Mostar 2009, str. 249.

6 „Predugovorna odgovornost, tradicionalno Culpa in contrahendo predstavlja odgovornost za skrivljeno vođenje ili prekid pregovora, koja se ogleda...“, Kovačević, Marija, *Predugovorna odgovornost*, Master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008, str. 3.

suprotno ovim dvema obavezama (obavezi da se u pregovore uđe sa namerom da se ugovor zaključi i obavezi da se u toku pregovora u koje se ušlo sa namerom da se ugovor zaključi od njih neopravdano odustane). Ovo shvatanje je uzrokovano odredbom člana 30. Zakona o obligacionim odnosima,⁷ koji svojim naslovom upućuje na zaključak da su njime i samo njime regulisani prava, obaveze i odgovornosti iz pregovora. Ovakvo shvatanje predugovorne odgovornosti predstavlja suviše usko shvatanje i svodi predugovornu odgovornost isključivo na jedan njen oblik, na odgovornost zbog prekidanja pregovora o ugovoru. „Ostale slučajeve ove odgovornosti naši pravnici gube iz vida, iako njih Zakon o obligacionim odnosima reguliše na desetak različitih mesta.“⁸ Ovo shvatanje, iako u osnovi preusko, ipak nije beznačajno jer nam osvetljava jedno polje primene predugovorne odgovornosti kao definitivno nesporno. Nisam imao prilike da nađem rad u kome se tvrdi suprotno, odnosno da u slučaju da jedna strana u pregovore ulazi bez ozbiljne namere da zaključi ugovor ili od te namere neosnovano odustane u toku pregovora, nema mesta predugovornoj odgovornosti.

2.2. CULPA IN CONTRAHENDO KAO ODGOVORNOST ZA PREGOVORE

Drugo shvatanje, najviše zastupljeno u pravnoj nauci, kako našoj tako i stranoj, pod predugovornom odgovornošću podrazumeva pre svega odgovornost zbog kršenja obaveza koje proizlaze iz pregovora, a koje se ne svode samo na to da se pregovorima mora pristupiti sa namerom da se ugovor zaključi i da se od takve namere ne može neosnovano odustati. Tako prof. dr Trnavci kaže, „ako u takvoj situaciji jedna od njih prekine pregovore bez osnovanog razloga, može se postaviti pitanje njene odgovornosti za naknadu štete koja se u pravnoj teoriji i sudskoj praksi naziva predugovornom odgovornošću...“⁹ U prethodnoj rečenici vidimo u stvari stanovište prethodno izloženog shvatanja

„Odgovornost za prouzrokovanu štetu zbog prekida pregovora ne počiva na ...“, Orlić, Miodrag, *op. cit.*, (fn. 3), str. 134.

Slično tome: „Iz ovog proizlazi da za primenu ovog vida odgovornosti potrebno je da su ispunjena dva uslova i to: odsustvo namere jedne strane da zaključi ugovor i da je takvim vođenjem pregovora prouzrokovana šteta drugom.“, Zindović, Ilija, *Odgovornost za pregovore (Culpa in contrahendo) pravni osnov i pretpostavke odgovornosti*, u: Zborniku radova Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda, Kragujevac 2008, str. 230.

7 Član 30. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima predviđa: „Ali strana koja je vodila pregovore bez namere da zaključi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora.“

Član 30. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima predviđa: „Odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor, pa odustane od te namere bez osnovanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu.“

8 Radišić, Jakov, *op. cit.*, (fn. 3), str. 2.

9 Trnavci, Genc, *op. cit.*, (fn. 5), str. 249.

ali, za razliku od tih shvatanja, Trnavci se tu ne zaustavlja, nego nastavlja „... predugovorna odgovornost može se zbiti ne samo u toku i nakon pregovora, koji nisu doveli do zaključenja ugovora, već i kod pregovora iz kojih je nastao nepunovažan ugovor“;¹⁰ „lice koje je skrivilo ništavost ili pobojnost (rušljivost) ugovora na bilo koji način... duguje naknadu štete...“.^{11 12} I drugi autori, koji predugovornu odgovornost shvataju na ovaj način, proširuju, manje ili više, listu obaveza koje se moraju poštovati prilikom vođenja pregovora.¹³ Ono što je zajedničko za sve pobornike ovakvog shvatanja predugovorne odgovornosti jeste to da se te obaveze (obaveze koje proizlaze iz pregovora) uglavnom zasnivaju na opštem načelu poštenja i savesnosti, pa iz njega izvode listu konkretnih obaveza koje pregovarači prilikom pregovora moraju da poštuju.^{14 15} S obzirom na to da se konkretne obaveze učesnika pregovora izvode iz opšteg načela savesnosti i poštenja, učesnici pregovora treba u svakom konkretnom slučaju da spoznaju sadržinu svoje obaveze. Ovako definisane, te obaveze izgledaju dosta neodređeno. Međutim, ipak su se određene obaveze učesnika pregovora u praksi i nauci iskristalisale kao opštepriznate. Pored već pomenutih obaveza da se pregovori vode ozbiljno i sa namerom da se ugovor zaključi, tu spadaju još i sledeće obaveze: da se partner u pregovorima obaveštava o svim bitnim okolnostima za zaključenje budućeg ugovora, obaveza lojalnosti i diskrecije i obaveza uzdržavanja od postupaka kojima se drugoj strani može prouzrokovati šteta.¹⁶

10 Predugovorna odgovornost je i nastala upravo zbog ovog slučaja, dakle, kada ugovor koji je nastao nije punovažan. Naime, Jering je koncept *Culpa in contrahendo* razvio i objasnio pre svega imajući u vidu činjenicu da u njegovo vreme (sredina 19. veka) tadašnje prusko pravo nije imalo zadovoljavajuće rešenje upravo za situaciju kada je ugovor koji je prethodno nastao poništen zbog zablude jednog ugovornika ili je ništav zbog nesporazuma, a za zabludu ili nesporazum je kriva druga ugovorna strana (kod poništaja), odnosno jedna od ugovornih strana (kod ništavosti). U takvim slučajevima, smatrao je Jering, strana koja je skrivila nevažnost ugovora odgovara drugoj ugovornoj strani za naknadu štete, i to do negativnog ugovornog interesa.

11 Trnavci, Genc, *op. cit.*, (fn. 5), str. 249.

12 Slično tome: „... čije je nedolično ili nepažljivo (skriviljeno) ponašanje tokom pregovora za zaključenje ugovora dovelo do ništavosti ugovora, ili je sprečilo njegovu ugovornu perfekciju.“, Kessler F.& Fine E., *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harvard Law Review, No. 3, 1964, str. 401.

13 Tako: „Postoje dve glavne obaveze koje nastaju za pregovarače... Prvo, to je obaveza da se na izjavljenu volju druge strane da neka izjava (obaveza informisanja). Drugo, postoji obaveza neizazivanja rizika štete.“, Stefanović, Zlatko, *op. cit.*, (fn. 4) str. 319.

14 Opširnije videti: Radišić, Jakov, *op. cit.*, (fn. 3) str. 9–12.

15 Slično tome: „Postoji predugovorna odgovornost, u skladu s poštovanjem načela savesnosti i poštenja, kao što je, na primer, lojalno vođenje pregovora ili dužnost predugovornog obaveštavanja o relevantnim činjenicama, i sl.“, Antić, Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd 2007, str. 179.

16 Više o tome videti: Radišić, Jakov, *Obligaciono pravo*, Beograd 2000, str. 109–110.

Ovako definisan pojam *Culpa* in *contrahendo* tumači se dosta široko i obuhvata niz situacija u kojima se jedan od partnera u pregovorima nije ponašao onako kako je trebalo da se ponaša, odnosno nije se ponašao u skladu sa načelom poštenja i savesnosti i dobrim poslovnim običajima. Primera radi, ukazaću na situacije koje reguliše naš Zakon o obligacionim odnosima, a koje se mogu podvesti pod slučajeve odgovornosti zbog *Culpa* in *contrahendo*.

Tu spadaju sledeće odredbe Zakona o obligacionim odnosima:

- prekidanje pregovora;¹⁷
- odredba o neprihvatanju ponude od lica koje je pozvano da ponudu uputi;¹⁸
- odredba o nevažnosti ugovora zbog prekoračenja pravne sposobnosti od strane pravnog lica;¹⁹
- odredba o nevažnosti ugovora zbog izostale saglasnosti organa pravnog lica;²⁰
- poništenje ugovora sklopljenog pod uticajem bitne zablude;²¹
- poništenje ugovora sklopljenog pod uticajem prevare;²²
- zaključenje ugovora od strane neovlašćenog lica;²³
- prekoračenje granica ovlašćenja od strane zastupnika;²⁴
- odgovornost lica koje je krivo zbog ništavosti ugovora;²⁵
- odgovornost ograničeno poslovno sposobnog lica;²⁶
- odgovornost lica na čijoj je strani uzrok rušljivosti;²⁷
- odgovornost prodavca tuđe stvari.²⁸

Svi ovi slučajevi podrazumevaju odgovornost zbog ponašanja u toku pregovora koje je suprotno načelu poštenja i savesnosti. Ovo shvatanje svoje uporište takođe nalazi u jednoj odredbi Zakona o obligacionim odnosima, i to u članu 12. koji kaže: „U *zasnivanju obligacionih odnosa* (podvukao autor) i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja.“ Ono što je značajno primetiti u ovom članu

17 Videti: član 30. st. 2. i 3. Zakona o obligacionim odnosima.

18 Videti: član 35. stav 2. ZOO.

19 Videti: član 54. stav 3. ZOO.

20 Videti: član 55. stav 5. ZOO.

21 Videti: član 61. stav 3. ZOO.

22 Videti: član 65. stav 2. ZOO.

23 Videti: član 88. stav 4. ZOO.

24 Videti: član 87. stav 5. ZOO.

25 Videti: član 108. ZOO.

26 Videti: član 116. ZOO.

27 Videti: član 115. ZOO.

28 Videti: član 460. ZOO.

jeste da su strane *u zasnivanju obligacionih odnosa*.... dužne da se ponašaju u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. Pod ovim *u zasnivanju obligacionih odnosa*, podrazumevaju se pre svega pregovori.

Ipak, izneta lista slučajeva *Culpa in contrahendo* koje predviđa naš Zakon o obligacionim odnosima nije zatvorena i u slučajeve predugovorne odgovornosti mogu se podvesti i druge situacije u kojima se jedan od partnera tokom pregovora nije ponašao onako kako je trebalo da se ponaša, odnosno suprotno načelu poštenja i savesnosti i time drugoj strani prouzrokovao štetu. Ono što je bitno jeste to da je, prilikom procene da li se neko ponašao suprotno načelu poštenja i savesnosti u toku pregovora, merilo potrebne pažnje objektivno i da stoga nepažnja postoji uvek kada se učesnik pregovora nije ponašao onoliko pažljivo koliko su okolnosti iziskivale.²⁹

Izloženo shvatanje o pojmu *Culpa in contrahendo* danas je preovlađujuće u teoriji, zakonodavstvu³⁰ i praksi, i već na prvi pogled se vidi da u sebi apsorbuje i prvobitno izneto stanovište o pojmu predugovorne odgovornosti (izneto pod tačkom 2.1. *Culpa in contrahendo* kao odgovornost zbog prekida pregovora). Međutim, treba primetiti da ovo shvatanje izjednačuje odgovornost za pregovore i predugovornu odgovornost, odnosno *Culpa in contrahendo* svodi na odgovornost za pregovore.³¹

2.3. CULPA IN CONTRAHENDO KAO ODGOVORNOST IZ PREDUGOVORNOG ODNOSA

Treće i najšire shvatanje pojma predugovorne odgovornosti proširuje područje primene *Culpa in contrahendo* i na situacije koje se nalaze van pregovora. Ovo shvatanje zastupljeno je u nemačkoj pravnoj nauci i prvobitno je bilo zasnovano na dugogodišnjoj praksi tamošnjih sudova³² a kasnije i na odredbama Građanskog zakonika. Po ovom gledištu nesporno je da predugovorna odgovornost nastaje najčešće putem pregovora i da se stoga najčešće poistovećuje sa odnosom pregovaranja, ali tako ne biva uvek. Naime, nemački

29 Više o merilu potrebne pažnje videti: Stefanivić, Zlatko, *op. cit.*, (fn. 4), str. 327–329.

30 Tako: „Prilikom pregovora za zaključenje ugovora partneri su dužni da se jedan prema drugom ponašaju onako kao što im nalažu savesnost i poštenje i običaji u saobraćaju“, član 197. Grčkog građanskog zakonika od 15. marta 1940. godine, stupio na snagu posle Drugog svetskog rata, 23. februara 1946. godine, Code civil Hellenique, Atina 1956.

„Strane pri vođenju pregovora i sačinjavanju ugovora, moraju postupati u dobroj veri“, član 1337. Italijanskog građanskog zakonika, donetog 16. aprila 1942. godine.

31 Tako: „...ovaj odnos pre ugovora, koji češće nazivamo pregovorima, počinje...“, Tercier, Pierre, *op. cit.*, (fn. 4) str. 141.

32 Više o tome videti: Novoa R., *Culpa in contrahendo: A comparative law study: Chilean law and UN CISG*, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 22, No. 3/2005, str. 585.

zakonodavac u propisivanju obaveze postupanja u skladu sa načelom poštenja i savesnosti ide još dalje i u paragrafu 311. Građanskog zakonika propisuje da „Obligacioni odnos sa obavezama shodno paragrafu 241. stav 2.³³ nastaje i prihvatanjem pregovora o ugovoru...“; ali i „krčenjem puta ugovoru, kod kojeg jedna strana, imajući u vidu eventualni odnos na osnovu pravnog posla, dopušta drugoj strani mogućnost uticaja na njena prava, pravna dobra i interese ili joj to poverava, ili putem sličnih poslovnih kontakata.“ Dakle, obaveza ponašanja saglasno načelu poštenja i savesnosti (osim prilikom izvršenja prava i obaveza iz ugovora i prilikom pregovaranja) postoji i u situacijama „krčenja puta ugovoru“ i „sličnih poslovnih kontakata“, odnosno i u onim situacijama kada pregovora o ugovoru nije ni bilo, ali su preduzete određene aktivnosti u cilju zaključenja ugovora. Obligacioni odnos nastaje ne samo zaključenjem ugovora nego i stupanjem u pregovore, ali i u drugim slučajevima krčenja puta ugovoru ili sličnih poslovnih kontakata. Pod ovim se podrazumevaju situacije u kojima prilikom zaključenja ugovora nisu vođeni pravi pregovori (što je u savremenim uslovima poslovanja izuzetno česta pojava) ali do odgovornosti ipak dolazi zbog kršenja obaveze savesnog postupanja iz vremena koje prethodi zaključenju ugovora. Tu se prevashodno misli na situacije u kojima se „težilo sklapanju ugovora određene vrste i da se u toj težnji preduzelo nešto čime se drugima stavlja do znanja da se zaključenje ugovora priželjkuje.“³⁴ Na ovaj način je polje primene Culpa in contrahendo prošireno i na situacije van samih pregovora. U tom smislu se po ovom shvatanju pojmovi predugovornog odnosa i pregovora ne mogu izjednačiti, jer je pojam predugovornog odnosa širi od pojma pregovora – pored pregovora o zaključenju ugovora obuhvata i situacije krčenja puta ugovoru i slične poslovne kontakte.

Iz izloženih shvatanja jasno se uočavaju tri polja primene ovog instituta. Ako zanemarimo odnos prva dva ovde izložena shvatanja, s obzirom na to da nema opravdanog razloga da se predugovorna odgovornost svede samo na odgovornost vođenja pregovora bez namere da se ugovor zaključi i slučaj neopravdanog odustanka od pregovora, pitanje područja primene Culpa in contrahendo se svodi na pitanje da li ona obuhvata samo odgovornost zbog kršenja obaveza iz pregovora ili i odgovornost zbog postupanja suprotno načelu poštenja i savesnosti u vremenskom periodu koji prethodi zaključenju ugovora a pregovori nisu vođeni? Ili drugačije postavljeno pitanje: da li se predugovorni odnos (iz kojeg nastaje predugovorna odgovornost) svodi samo na pregovore o zaključenju ugovora ili obuhvata još nešto?

Da bismo dali odgovor na pitanje o pojmu i području primene odgovornosti zbog Culpa in contrahendo (predugovorne odgovornosti), moramo prvo da razlučimo šta je predugovorni odnos.

33 Paragraf 241. stav 2. Nemačkog građanskog zakonika iz 2000. godine: „Obligacioni odnos može svojom sadržinom obavezivati svaku stranu na obzirnost prema pravima, pravnim dobrima i interesima druge strane.“

34 Radišić, Jakov, *op. cit.* (fn. 3), str. 8.

2.4. PREDUGOVORNI ODNOS

Da bismo odredili predugovorni odnos, u smislu odnosa iz kojeg nastaju određene obaveze za njegove učesnike čijim kršenjem nastupa odgovornost zbog Culpa in contrahendo, potrebno je da prvo odredimo njegove vremenske granice i njegovu širinu.

Kada je reč o vremenskim granicama, govorimo o dva trenutka u vremenu između kojih se prostire, odnosno u kom vremenskom periodu dolazi u obzir Culpa in contrahendo. Kako i sama reč kaže, predugovorni odnos nastaje u vremenskom periodu koji prethodi nastanku ugovora. Taj period je po logici stvari, s jedne strane, ograničen zaključenjem ugovora. Zaključenjem ugovora nema više mesta odgovornosti zbog Culpa in contrahendo.³⁵ Izuzetno, i nakon zaključenja ugovora se može postaviti pitanje odgovornosti zbog Culpa in contrahendo i to u slučaju kada zaključen ugovor bude poništen ili oglašen ništavim, jer uzrok nepravovaljanosti ugovora potiče iz vremenskog perioda koji prethodi zaključenju ugovora, tj. iz predugovornog odnosa. Naravno, u slučaju kada su vođeni pregovori koji nisu doveli do zaključenja ugovora predugovorni odnos prestaje okončanjem pregovora.

Donju granicu, odnosno početak predugovornog odnosa je znatno teže odrediti i određenje vremenske granice u tom smislu se poklapa sa određenjem širine predugovornog odnosa, jer ako predugovorni odnos ograničimo samo na pregovore, vrlo je lako konstatovati da predugovorni odnos počinje započinjanjem pregovora. U tom smislu ističem da pregovori najčešće nastaju pozivom na pregovore,³⁶ ili upućivanjem ponude,³⁷ ili pozivom da se ponuda učini.³⁸ Nesumnjivo je da početak pregovora u tom slučaju određuje granicu početka predugovornog odnosa. Ali da li predugovorni odnos može da nastane i ranije, pre početka pregovora ili mimo njega? Da može da nastane pre početka pregovora videli smo na primeru nemačkog prava (videti tačku 2.3), a da može i mimo pregovora pokazuje nam slučaj (prethodno pomenut) kada dođe do poništaja ugovora, a ugovoru nisu prethodili pregovori.³⁹ Čest je slučaj da faza pregovora ne prethodi zaključenju ugovora. Neki se ugovori

35 Slično tome: „Ako je ugovor punovažno već sklopljen, tada više nema mesta za c.i.c.“, Radišić, Jakov, *op. cit.* (fn. 3), str. 30.

36 Opširnije videti: Kovačević, Marija, *op. cit.*, (fn. 6) str. 8–9.

37 O dejstvu ponude više videti: Antić, Oliver, *op. cit.*, str. 287–288.

38 Isto tako: „Započinjanje pregovora može biti podstaknuto ne samo ponudom nego i pozivom da se ponuda uputi ili pozivom na pregovore.“, Radišić, Jakov, *Obligaciono pravo (Opšti deo)*, *cit.*, str. 108.

39 Ako pregovore shvatimo kao odnos koji prethodi ugovoru u kojem učesnici pregovora vrše uzajamnu razmenu (usmenu ili pismenu) informacija o mogućnostima zaključenja ugovora, koji može ali ne mora da prethodi zaključenju ugovora i koji može dovesti do zaključenja ugovora ali i ne mora.

„Strane komuniciraju tako što izlažu svoje poglede i mišljenja u vezi sa budućim ugovorom, iznoseći predloge i protivpredloge i nastojeći da suprotna strana prihvati nji-

sklapaju prosto prihvatanjem ponude bez ikakve mogućnosti pregovaranja. Mnoštvu ugovora koje svakodnevno zaključujemo ne prethodi pregovaranje. Pregovori, dakle, ne moraju biti obavezna faza u procesu zaključenja ugovora, ali i u tim slučajevima može se postaviti pitanje odgovornosti jedne strane, koja svoj osnov vuče iz nesavesnog postupanja iz faze pre zaključenja ugovora (primer poništaja ili oglašavanja ugovora ništavim) iako pregovora nije bilo. Nesumnjivo je da i ovi slučajevi potpadaju pod *Culpa in contrahendo*, pa bi i stoga predugovorni odnos trebalo shvatiti šire od samog odnosa pregovaranja. Zakonski osnov za ovakvo šire tumačenje predugovornog odnosa u našem pravu nalazim u već pomenutoj odredbi člana 12. Zakona o obligacionim odnosima, koja kaže *u zaključenju ugovora*. Nema razloga da se ovo *u zaključenju ugovora* shvati isključivo kao odnos pregovaranja, već ga je potrebno tumačiti i šire, i proširiti i na odnos koji prethodi zaključenju ugovora a nije odnos pregovora.⁴⁰ Bitno je da je reč o odnosu u kojem se lica nalaze povodom i radi zaključenja nekog ugovora, a koji može nastati i jednostranom izjavom volje (npr. upućivanjem ponude određenom ili neodređenom krugu lica),⁴¹ jer već tada može nastati uzrok kasnije pravne nevažnosti ugovora koji može dovesti do obaveze na naknadu štete.

Međutim, sada se prirodno nameće pitanje koliko taj odnos treba da bude širok, odnosno da li treba prihvatiti stanovište Nemačkog građanskog zakonika (videti pod tačkom 2.3) ili prihvatiti nešto uži koncept ovog predugovornog odnosa. Smatram da za naše pravo ne bi bilo opravdano prihvatiti stanovište Nemačkog građanskog zakonika, ali da je u svakom slučaju potrebno proširiti pojam predugovornog odnosa i na područje van pregovora. U tom smislu mislim da bi se moglo prihvatiti sa stanovišta našeg prava da u predugovorni odnos, pored pregovora treba uvrstiti i odnos u kojem se potencijalni partneri nalaze pre zaključenja ugovora (a mimo pregovora), u kojem postoji jasno izražena namera obe strane da se ugovor zaključi. U odnosu na pozicije Nemačkog građanskog zakonika, razlika bi bila u tome što bi se izbeglo, po meni, nepotrebno proširenje *Culpa in contrahendo* na odnos *putem sličnih poslovnih kontakata* koji je dosta neodređen i podrazumeva poslovne odnose kojima nije cilj sklapanje ugovora ili poslovne odnose koji su suviše daleko od zaključenja ugovora da bi bilo opravdano smatrati ih delom predugovornog odnosa.

hove stavove i smanji ili ublaži neprihvatljive zahteve.“, Drakšić, Mladen, *Zaključenje ugovora o prodaji*, Beograd 1986, str. 18.

40 U prilog ovakvom stavu govori i sama terminologija zakonodavca koji nije predvideo *u toku pregovora* već *u zaključenju ugovora*, termin koji je nesumnjivo širi od termina *u toku pregovora* i, što je najbitnije, jezički i gramatički, ali i logički obuhvata u sebi pregovore ali se ne ograničava na njih. I u tom smislu može se ispitivati namera zakonodavca.

41 S tim što je bitno da do zaključenja ugovora dođe samim prihvatanjem ponude, da joj ne uslede pregovori koji, kao što sam istakao, mogu započeti upućivanjem ponude.

Prethodno izložen pojam predugovornog odnosa je, na prvi pogled, dosta neodređen i podrazumeva da je potrebno u svakom konkretnom slučaju analizom konkretnog činjeničnog stanja utvrđivati da li su se odgovorno i oštećeno lice nalazili u predugovornom odnosu, tj. u odnosu povodom zaključenja nekog ugovora. Ukoliko se može utvrditi da su strane bile u poslovnom kontaktu zbog zaključenja nekog ugovora (čak iako nisu započele pregovore), može se osnovano postaviti pitanje odgovornosti zbog Culpa in contrahendo.

2.5. ZAKLJUČAK

Odredivši predugovorni odnos na izloženi način, možemo da odgovorimo i na pitanje o pojmu i području primene odgovornosti zbog Culpa in contrahendo i da kažemo da predugovorna odgovornost obuhvata odgovornost zbog postupanja suprotno načelu poštenja i savesnosti u predugovornom odnosu, koji ne treba shvatiti kao odnos pregovaranja već i šire od toga, kao odnos u kome se nalaze potencijalni pratneri povodom i zbog zaključenja nekog ugovora. Kada taj odnos počinje i kada se završava, treba utvrđivati u svakom konkretnom slučaju služeći se prethodno izloženim smernicama.

3. PRAVNA PRIRODA

Kao što sam u uvodu ovog rada istakao, najspornije pitanje u vezi sa predugovornom odgovornošću jeste pitanje njene pravne prirode, odnosno njenog utemeljenja. Pitanje pravne prirode Culpa in contrahendo prvi je postavio još njen utemeljivač Rudolf fon Jering u svom čuvenom delu iz 1861. godine,⁴² i od tada do danas, dakle tačno 150 godina, pravni pisci se bave objašnjenjem osnova ove odgovornosti, dajući pri tome manje ili više ubedljiva objašnjenja o njenoj pravnoj prirodi. O značaju opredeljenja pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo izlišno je i govoriti. Počev od toga da je sâm opredeljenje kao takvo, dakle bez obzira na ponuđeno rešenje, neophodno nama pravnicima radi samog zadovoljenja potrebe za objašnjenjem osnova i utemeljenja ove odgovornosti kao takve, da bismo uopšte mogli da je razumemo na pravi način i kao takvu u praksi prihvatimo i primenjujemo, pa do značaja opredeljenja za konkretni oblik odgovornosti zbog različitog režima i posledica koje mogu dovesti u praksi.

42 Fon Jering, Rudolf, *op. cit.*, (fn. 2), str. 1. i dalje.

Jering je pri tome smatrao da je reč o čistoj ugovornoj odgovornosti, jer stranke samim otpočinjanjem pregovora sklapaju prećutni sporazum. On je polazio od toga da lica koja se nalaze u pregovorima treba da pokažu jedna prema drugom određeni stepen pažnje koji je jednak stepenu pažnje koji je potrebno pokazati prilikom ispunjenja ugovornih obaveza.

Međutim, i pored nespornog značaja, pre svega za praksu, ovo pitanje zakonodavci gotovo svih zemalja zaobilaze u širokom luku⁴³ ostavljajući sudskoj praksi i pravnoj nauci da iznađu adekvatno rešenje. Kako je situacija u nauci takva kakva je, negde (kao kod nas, recimo) suviše pojednostavljena, a negde opet (recimo u Nemačkoj ili Švajcarskoj) prepuna različitih ideja i pravaca, ni sudska praksa nije zauzela jedinstven stav, te je po ovom pitanju bila i ostala krajnje kolebljiva i neujednačena.⁴⁴

Zbog toga u nastavku rada želim da se kratko posvetim postojećim, glavnim teorijskim pravcima u pokušaju objašnjenja osnova odgovornosti zbog Culpa in contrahendo, sa kritičkim osvrtom na dobre i loše strane svake pojedine teorije. Nakon toga, ukazaću na jedan put kojim se može ići ka rasvetljavanju jednog od najmaglovitijih problema savremene pravne nauke.

3.1. TEORIJE O PRAVNOJ PRIRODI PREDUGOVORNE ODGOVORNOSTI

Može se reći da se glavna bitka, u pokušaju objašnjenja pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo, vodi na relaciji između tzv. ugovornih i tzv. deliktne teorije, zanemarujući u ovom trenutku razlike koje postoje među pobornicima ovih dvaju glavnih teorijskih pravaca. Dakle, centralno pitanje glasi: da li predugovornu odgovornost valja tretirati kao deliktnu (ili vanugovornu) odgovornost ili kao jedan oblik ugovorne odgovornosti⁴⁵ ili pak kao posebnu vrstu odgovornosti (sui generis), različitu i od ugovorne i od deliktne?

3.1.1. Deliktne teorije

Brojni zastupnici deliktne teorije o pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti ističu da Culpa in contrahendo predstavlja delikt, odnosno da kršeći obaveze iz pregovora, strana iz pregovora postupa suprotno opštoj zabrani činjavanja štete drugome. Postupci kojima se krše obaveze iz pregovora, po njima, predstavljaju nedopuštene radnje ili delikte. „Opće pravilo: *Tko drugome prouzrokuje štetu, dužan je naknaditi je*, može se primijeniti i na prekid pregovora.“⁴⁶ Pobornici ovih teorija ističu da u momentu pregovaranja još

43 Sa izuzetkom Nemačkog građanskog zakonika iz 2000. godine, koji jasno opredeljuje pravnu prirodu predugovorne odgovornosti kao oblik ugovorne odgovornosti.

44 O tome više videti: Orlić, Miodrag, *Predugovorna odgovornost u sudskoj praksi*, Pravni život, broj 10/1995, str. 57–370.

45 O razlikama između ugovorne i deliktne odgovornosti videti: Grujić, Nenad, *Odnos ugovorne i vanugovorne odgovornosti za štetu*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, broj 1–2/2009, str. 3–22.

46 Trnavci, Genc, *op. cit.*, str. 254.

ne postoji ugovor i da zbog toga ne može biti govora o kršenju ugovornih obaveza, pa ni ugovorne odgovornosti.⁴⁷ „Činjenica što partneri u pregovoru imaju obavezu da postupaju s pojačanom pažnjom, nije razlog da se prihvati njihova ugovorna odgovornost.“⁴⁸ Na ovom stanovištu nalazi se i pravo EU o čemu zaključujemo na posredan način iz Uredbe Parlamenta EU i Veća ministara EU o merodavnom pravu za vanugovorne odnose,⁴⁹ kojom se reguliše materija merodavnog prava za odgovornost zbog Culpa in contrahendo, koja ovu odgovornost definiše kao vanugovornu obavezu koja nastaje iz dogovaranja pre zaključenja ugovora. Time se na posredan način ukazuje na ipak deliktan karakter ove odgovornosti.

Gledište o deliktnoj prirodi predugovorne odgovornosti pretežno je zastupljeno i u našoj pravnoj literaturi, tako prof. Orlić ističe: „Prema preovlađujućem shvatanju u jugoslovenskoj pravnoj teoriji pravna priroda predugovorne odgovornosti je deliktanog karaktera.“⁵⁰ ⁵¹ Istog stanovišta su još neki istaknuti domaći pravni pisci.⁵²

Osnovna zamerka deliktanim teorijama o pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti odnosi se na činjenicu da one negiraju samostalnost predugovornog odnosa (bez obzira na koji način ga definisali) i svode, suviše uprošćeno, predugovornu odgovornost na kršenje opšte obaveze koja se ima prema svakome. Neprihvatljivo je obaveze iz pregovora, koje postoje između tačno određenih lica (dakle, relativnog su karaktera), svoditi na deliktne ili protivpravne radnje koje podrazumevaju povrede apsolutnih prava, odnosno obaveze koja se ima prema svim trećim licima. Međutim, „deliktno rešenje osnovna odgovornosti zbog c.i.c. pravno je lakše konstruisati, ali ono ne odgovara pravičnosti i zahtevima modernog života“.⁵³

47 Slično tome: „...treba priznati da culpa in contrahendo nastaje u jednom odnosu koji podseća na ugovor... ali da tu nema istinske obaveze... Logičke kosekvence navedenih shvatanja vode ka tome da bi odgovornost u fazi pregovora pre trebalo da dobije svoje mesto u oblasti deliktne odgovornosti.“, Tercier, Pierre, *op. cit.*, str. 154.

48 Radišić, Jakov, *Predugovorna odgovornost, cit.*, str. 57.

49 Uredbe Parlamenta EU i Veća ministara EU o merodavnom pravu za vanugovorne odnose od 11. jula 2007. godine, stupila na snagu 11. januara 2009. godine, sa adrese <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l16027.htm>. 20. mart 2011.

50 Orlić, Miodrag, *Culpa in contrahendo, cit.*, str. 135.

51 Suprotno gledište koje stoji na stanovištu da predugovorna odgovornost ima karakter ugovorne odgovornosti zastupa Zlatko Stefanović, videti u: Stefanović, Zlatko, *op. cit.*, str. 315–338.

Istog mišljenja je i Jakov Radišić, videti u: Radišić, Jakov, *Obligaciono pravo*, Beograd 1990, str. 99–101.

52 Isto tako: Drakšić, Mladen, *Zaključenje ugovora o kupoprodaji*, Beograd 1986, str. 22.

53 Merz, Hans, *Vetrag und Vertragschlausse*, Freiburg Schweiz, 1988, str. 83, preuzeto od Radišić, Jakov, *Predugovorna odgovornost, cit.*, str. 58.

3.1.2. Ugovorne teorije

Kada govorimo o ovim tzv. ugovornim teorijama o pravnoj prirodi odgovornosti zbog *Culpa in contrahendo*, moramo pre svega da napomenemo da, iako imaju zajedničku ideju, ove teorije nisu jedinstvene, već na različite načine objašnjavaju „ugovorni“ karakter predugovorne odgovornosti. U tom smislu treba praviti razliku između nekoliko različitih objašnjenja ugovorne pravne prirode ove odgovornosti.

3.1.2.1. Teorija o ugovoru o kome se težilo

Najstarija od svih ugovornih teorija zasniva se na pretpostavci da predugovorne obaveze proizlaze iz budućeg ugovora o kome se pregovara. Ovu teoriju prvi je izneo priznati nemački pravnik Franz Leonhard, koji je pokušao „da predugovorne obaveze objasni kao *prevremenu* posledicu docnije sklopljenog ugovora“.⁵⁴ Međutim, ova teorija nije naišla na širu podršku među pravnim piscima ni u uporednom pravu a ni kod nas. U meni dostupnoj domaćoj literaturi nisam uspeo da nađem da neko zastupa ovakav stav.

Ograničenja ove teorije su više nego očigledna, na prvom mestu ona je primenljiva samo na slučajeve punovažnih i ništavih ugovora, dok mimo njenog radijusa ostaju slučajevi kada do zaključenja ugovora nije uopšte ni došlo. Za te situacije predugovorne odgovornosti ona nije u stanju da ponudi bilo kakvo objašnjenje. Takođe, slično kao i deliktne teorije, samo na drugi način, i ova teorija odriče samostalnost predugovornog odnosa. Ipak, glavna kritika ove teorije odnosi se na to da predugovorne obaveze, kao takve, postoje i pre nego što je ugovor zaključen i nikako se ne može prihvatiti da one ishode iz njega.⁵⁵

3.1.2.2. Teorija o ugovoru o pregovorima

Ukratko, ova teorija, sa vrlo snažnim argumentima, ističe u prvi plan odnos pregovaranja i ukazuje na to da pregovore treba shvatiti kao zaseban i samostalan ugovor. Zastupnici ove teorije najčešće ističu da se radi o prećutno sklopljenom ugovoru o vođenju pregovora.⁵⁶ Te shodno tome, kršeći obaveze iz pregovora, partneri u stvari krše ugovorne obaveze. „Ovaj ugovor se ne zasniva na budućem ugovoru kome se težilo, već je reč o samostalnom

54 Radišić, Jakov, *ibid.*, str. 59

55 Više o kritici ove teorije videti u: Radišić, Jakov, *ibid.*, str. 50–60.

56 Suprotno stanovište da nije reč o prećutno sklopljenom ugovoru zastupa Zlatko Stefanović, koji kaže: „Ovde nije reč o prećutno zaključenom ugovoru, kako to objašnjavaju pojedini autori, 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.“ Opširnije videti u: Stefanović, Zlatko, *op. cit.*, str. 318.

ugovoru koji ne zavisi od mogućeg budućeg ugovora.⁵⁷ Kao glavne obaveze koje proizlaze iz ovog ugovora, pobornici ovih teorija vide obaveze koje se zasnivaju na obavezi postupanja u skladu sa načelom poštenja i savesnosti i povećanom pažnjom.

Kao glavna kritika ovoj teoriji ističe se da je reč o čistoj fikciji jer „učesnici pregovora nemaju nameru da prećutno sklope ugovor iz kojeg bi njihova odgovornost mogla ishoditi.“⁵⁸ Mišljenja sam da se ova kritika ne može bezuslovno prihvatiti i blanko odbaciti vrednosti ove teorije, jer stupanje u pregovore zaista predstavlja saglasnu izjavu volja pregovarača. Problem u shvatanju pregovora kao zasebnog ugovora o vođenju pregovora moglo bi da bude dejstvo te saglasne izjave volja, odnosno odgovor na pitanje: na šta se to pregovarači obavezuju? Drugačije rečeno, šta je predmet tog ugovora? Nije dovoljna samo izjava volja, potrebno je da je ona usmerena na određeno dejstvo. Nesumnjivo da predmet tog *ugovora o pregovorima* mogu biti samo obaveze koje sam prethodno izložio u tački 2.2. ovog rada, pa se ne bih ovde ponavljao, iako ima i drugačijih mišljenja.⁵⁹ Međutim, opet se postavlja pitanje karaktera tih obaveza, jer iako strane koje stupaju u pregovore daju saglasnu izjavu volja da stupe u pregovore, u njihovim izjavama nisu sadržane obaveze na koje se obavezuju, već te obaveze proizlaze iz samog zakona. U vezi sa tim ima predloga i da se ovaj ugovor karakteriše kao ugovor čija je sadržina određena zakonom,⁶⁰ čime se pokušava prenebregnuti pomenuti nedostatak u pogledu predmeta ugovora, ali ipak, smatram, na nezadovoljavajući način.

Dakle, po ovoj teoriji, prilikom zaključenja *ugovora o pregovoru* strane se obavezuju da međusobno pregovaraju o zaključenju nekog budućeg ugovora i da u toku pregovora postupaju saglasno načelu poštenja i savesnosti, uz poštovanje i uvažavanje interesa druge strane u(pre)govornice. U tom smislu, postupanje protivno načelu poštenja i savesnosti karakteriše se kao kršenje ugovornih obaveza te ima mesta primeni pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu.

57 Stefanović, Zlatko, *ibid.*

58 Herz, Edgard: *Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in recht svergleichender Darstellung*, Zurich, 1935, str. 24, navedeno prema: Radišić, Jakov: *Predugovorna odgovornost, cit.*, str. 60

59 „Prvo, to je obaveza da se na izjavu volje druge strane da neka izjava (obaveza informisanja). ...Izjava može biti pozitivna ili negativna (prihvatajuća ili odbijajuća), a može se sastojati i u davanju kontra predloga.“, Stefanović, Zlatko, *op. cit.*, str. 319.

Na ovaj način određenu, ovu obavezu treba razlikovati od obaveze obaveštavanja druge strane jer, kao što se vidi, obaveza davanja izjave se odnosi na neki način na davanje izjave o ponudi, davanje izjave o prihvatanju ponude ili izjave o kontraponudi. Međutim, ova obaveza je, po meni, sporna jer za pregovarače nije obavezno da uopšte upute izjavu o ponudi drugoj strani, pa se pregovori vrlo često i prekidaju a da nije ni došlo do upućivanja konkretne ponude drugoj strani. Još manje se može braniti tvrdnja da postoji obaveza da se na učinjenu ponudu odgovori. Za tako nešto ne nalazim uporište u Zakonu o obligacionim odnosima.

60 Opširnije o tome videti: Stefanović, Zlatko, *ibid.*, str. 319–321.

Ovoj teoriji ide u prilog i situacija koja postoji u anglosaksonskom pravu. Naime, u common law sistemu ne postoji obaveza pregovaranja saglasno načelu poštenja i savesnosti. Dozvoljava se potpuna „sloboda pregovaranja, bez rizika od predugovorne odgovornosti“.⁶¹ Zbog toga, da bi se obezbedile i za vreme pregovora, strane koje stupaju u pregovore po pravilu zaključuju neki od prethodnih sporazuma⁶² kojim regulišu međusobna prava i obaveze tokom vođenja pregovora, čijim kršenjem dolazi do primene pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu. Na ovaj način sami pregovarači definišu pregovore kao neku vrstu ugovora.

Ova teorija ima još jedan lako uočljiv nedostatak, naime, ovom teorijom je pokriven samo jedan deo predugovorne odgovornosti, onaj koji proizlazi iz odnosa pregovaranja. Stoga ova teorija nije sposobna da pruži odgovor na pitanje o pravnoj prirodi odgovornosti zbog Culpa in contrahendo kada pregovora nije ni bilo (videti tačku 2.3).

3.1.2.3. Teorija stupanja

Ova teorija predstavlja samo unekoliko pojednostavljenu prethodno izloženu teoriju, koja se zasniva na istom principu postojanja posebnog pravnog posla pregovaranja, samo za razliku od prethodne teorije, ona ovaj posao shvata kao jednostrani pravni posao. Naime, pobornici ove teorije shvataju „odnos pregovaranja kao obligacioni odnos koji ne nastaje putem ugovora, nego jednostranim pravnim poslom“.⁶³ Uz primedbe koje sam istakao u vezi sa ugovornom teorijom, ovde napominjem da je ova teorija u nauci označena samo kao „pokušaj da se proširenjem pojma obligacionog odnosa izigra zakonski ‘zatvoreni broj’ jednostranih pravnih poslova“.⁶⁴

3.1.3. Teorija zakonskog obligacionog odnosa

Zagovarači ovih teorija ističu da Culpa in contrahendo počiva na posebnom zakonskom obligacionom odnosu. Po njima, čin stupanja u pregovore nije ni jednostrani ni dvostrani pravni posao već jednostavno realni akt, prosta činjenica za koju zakon vezuje određena dejstva. „Zakonski obligacioni odnos uspostavlja se prihvatanjem pregovora o ugovoru ili poslovnog kontakta kojim se pregovor priprema. Sam čin prihvatanja pregovora, odnosno poslovnog kontakta nije pravni posao, nego realni akt.“⁶⁵ Oni shvataju predu-

61 Kovačević, Marija, *op. cit.*, str. 52.

62 Opširnije o tome videti u: Trnavci, Genc, *op. cit.*, str. 252–253 i Kovačević, Marija, *ibid.*, str. 15–16.

63 Radišić, Jakov: Predugovorna odgovornost, *cit.*, str. 61.

64 Herz, Edgard, *op. cit.*, str. 39, navedeno prema: Radišić, Jakov, *ibid.*

65 Lorenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I: Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Munchen 1982, str. 104–105, navedeno prema: Radišić, Jakov, *ibid.*, str. 62.

govorni odnos kao zakonski obligacioni odnos zasnovan na načelu poštenja i savesnosti. Dakle, pravni osnov predugovorne odgovornosti jeste u zakonu, a ne u volji stranaka. Ovaj zakonski obligacioni odnos, koji učesnike pregovora obavezuje na postupanje saglasno načelu poštenja i savesnosti, sličan je ugovornom odnosu i stoga treba da podleže pravilima ugovornog prava. Zbog toga se ova odgovornost od strane poklonika ove teorije naziva još i kvaziugovornom odgovornošću. Bez želje da dublje ulazim na ovom mestu u razne pojavne oblike ove teorije i njihove kritike, želim samo da napomenem da se ova teorija pojavljuje u nekoliko različitih modaliteta.⁶⁶

3.1.4. Teorija o heterogenoj pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti

Potrebno je pomenuti i jednu veoma zanimljivu teoriju, nastalu u švajcarskoj pravnoj nauci, po kojoj nije ni potrebno postavljati pitanje o pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti. „Umesto odgovora na pitanje o pravnoj prirodi odgovornosti, treba tražiti odgovor na pitanje kojem modalitetu podleže potraživanje nadoknade štete zbog c.i.c.“⁶⁷ Suština ove teorije jeste da u svakom konkretnom slučaju treba ispitivati da li je povređena neka relativna obaveza (obaveza koja se ima samo prema partneru u pregovorima) ili neka apsolutna obaveza (opšta obaveza koja se ima prema svima), pa u odnosu na to primeniti odgovarajuća pravila. Jer, ističu zastupnici ove teorije, reč je o heterogenoj odgovornosti koja sadrži i elemente ugovorne i elemente deliktne odgovornosti.

Iako se ovoj teoriji može prigovoriti da ne vodi računa o celini predugovornog odnosa već samo o pregovoru kao jednom njegovom delu i da stoga ne daje zadovoljavajući konačan odgovor o pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti, mišljenja sam da ova teorija ima veliku vrednost, pre svega zbog toga što je skrenula pažnju na pitanje karaktera povređene obaveze, odnosno što ukazuje na potrebu ispitivanja pravne prirode svake povređene obaveze koja potiče iz predugovornog odnosa.

3.2. CULPA IN CONTRAHENDO KAO UGOVORNA ODGOVORNOST

Sve prethodno izložene teorije (osim donekle *teorije o heterogenoj pravnoj prirodi Culpa in contrahende*) u pokušaju utvrđivanja pravne prirode predugovorne odgovornosti polaze od izvora (osnova) predugovornih obaveza i, u zavisnosti od opredeljenja za jedan od njih, dolaze do zaključka o pravnoj

66 Opširnije o različitim pojavnim oblicima ove teorije i njenim kritikama videti u: Radišić, Jakov, *ibid.*, str. 63–67.

67 Radišić, Jakov, *ibid.*, str. 68.

prirodi predugovorne odgovornosti. Tako *teorija o ugovoru o pregovorima* smatra da predugovorne obaveze ishode iz prećutno (ili izričito) zaključenog ugovora, te da su to stoga ugovorne obaveze. *Teorija o stupanju* vidi osnov (izvor) predugovornih obaveza u jednostranom pravnom poslu, a *teorija o zakonskom obligacionom odnosu* izvor predugovornih obaveza vidi u samom zakonu. Dok zastupnici *deliktne teorije* takođe vide izvor predugovornih obaveza u samom zakonu, samo smatraju da je reč o opštoj zabrani činjenja štete drugome.

Po mom dubokom uverenju, da bi se pravilno odredila prava priroda predugovorne odgovornosti, odnosno da bismo se između dve ponuđene alternative (ugovorna ili deliktna odgovornost) opredelili za jednu (ili obe kako to čini *teorija o heterogenoj pravnoj prirodi Culpa in contrahendo*), moramo čitavu stvar posmatrati iz drugog ugla. Da za sada ostavimo po strani pitanje izvora predugovornih obaveza i da se posvetimo samim tim obavezama. Za sve izložene teorije nesporno je da postoje određene obaveze koje proističu iz tog tzv. predugovornog odnosa. Sporno je samo koja je njihova priroda.

Umesto da odgovor na ovo pitanje tražimo u izvoru njenog nastanka (ugovor, zakon itd.), mislim da bi bolje bilo da odgovor potražimo u dejstvu tih obaveza. Naime, osnovna razlika između deliktne i ugovorne odgovornosti jeste pitanje postojanja prethodne obaveze čijim kršenjem dolazi do prouzrokovanja štete i odgovornosti štetnika. Tako, kod deliktne odgovornosti odgovorno i oštećeno lice ne nalaze se pre prouzrokovanja štete ni u kakvom posebnom odnosu sa posebnim pravima i obavezama, osim u onom opštem odnosu u kojem se nalazi svako lice prema drugima, a to je da je dužno da se uzdrži od postupaka kojima se drugima prouzrokuje šteta. Ova je obaveza apsolutnog karaktera jer je jednaka prema svim trećim licima i njenim kršenjem se čini radnja koja je protivpravna i nedopuštena i koja se naziva delikt. Obaveza na naknadu štete pričinjenu ovakvim radnjama, podleže pod pravila o deliktnoj (ili vanugovornoj) odgovornosti za štetu.

Sa druge strane, kod ugovorne odgovornosti, odgovorno i oštećeno lice nalazili su se i pre prouzrokovanja štete u posebnom pravnom odnosu u kojem su postojala prava i obaveze između njih. Ova prava i obaveze su takve da pravu jedne strane odgovora obaveza druge strane, dakle, reč je o relativnim pravima (odnosno obavezama) ili, kako se drugačije nazivaju, obligacionim pravima. Kod kršenja ovih obaveza ne radi se o deliktnoj radnji (nedopuštenoj, protivpravnoj radnji), jer prekršilac ima obavezu samo prema tačno određenom licu a ne i prema svim trećim licima. Dakle, ako je došlo do kršenja neke relativne obaveze, obaveze koja se ima prema tačno određenom licu (ili licima), na pitanje naknade štete nastale takvim postupanjem primenjuju se pravila o ugovornoj odgovornosti. Sam izvor te relativne (obaveze iz obligacionog odnosa) obaveze ne mora biti samo ugovor, kako se to pogrešno misli, već to može biti i bilo koji drugi izvor relativnih (obligacio-

nih) obaveza.⁶⁸ Kako god da je ta obaveza nastala, u slučaju njenog kršenja primenjuju se pravila o ugovornoj odgovornosti.⁶⁹

Sledeći korak na putu rasvetljavanja pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo jeste utvrđivanje relativnog, odnosno apsolutnog karaktera obaveza iz predugovornog odnosa, jer od karaktera tih obaveza zavisi da li će biti primenjena pravila o ugovornoj ili deliktnoj odgovornosti.⁷⁰ Mišljenja sam da sve obaveze koje proizlaze iz predugovornog odnosa imaju relativan karakter (relativnog su dejstva) i da stoga u slučaju njihovog kršenja ima mesta samo primeni pravila o ugovornoj odgovornosti. Kao prvo, sve obaveze koje postoje u predugovornom odnosu svoje izvorište nalaze u jednoj jedinoj odredbi Zakona⁷¹, a to je odredba kojom im se nalaze postupanje u skladu sa načelom poštenja i savesnosti ili, drugim rečima, postupanje sa povećanom pažnjom prema interesima druge strane. Dakle, svaka strana u predugovornom odnosu (ne samo u pregovorima) dužna je da se prema drugoj strani, sa kojom dolazi u kontakt radi i povodom zaključenja nekog ugovora, ponaša sa povećanom pažnjom, odnosno dužna je da prilikom postupanja za vreme predugovornog odnosa pokaže veći stepen pažnje prema interesima druge strane sa kojom je u tom odnosu. Učesnik predugovornog odnosa, dakle, nema obavezu postupanja sa povećanom pažnjom ni prema kome drugom osim u odnosu na stranu sa kojom se nalazi u predugovornom odnosu. Kada ne pokaže traženi stepen pažnje i svojim postupcima prouzrokuje štetu drugoj strani, štetnik nije učinio delikt, odnosno nije izvršio radnju koja je nedopuštena prema svakome, već samo prema drugoj strani sa kojom je u predugovornom odnosu, i to upravo zbog toga i samo zbog toga što je sa

68 Uključujući i prouzrokovanje štete, nezvano vršenje tuđih poslova, poslovodstvo bez naloga, jednostrane izjave volje ili tzv. zakonske obligacije. Svaka obaveza koja nastane na jedan od ovih načina podleže pod režim ugovorne odgovornosti za štetu. Sam naziv ugovorna odgovornost mogao bi pogrešno da uputi na to da se ova odgovornost primenjuje samo na slučajeve kršenja ugovornih obaveza, ali u stvari reč je o tome da se pravila o ugovornoj odgovornosti primenjuju na sve slučajeve kršenja relativnih obaveza bez obzira na izvor njihovog nastanka. Više o tome videti: Jankovec, Ivica, *Ugovorna odgovornost*, Beograd 1994, str. 13.

69 „Ali pravila o ugovornoj odgovornosti shodno se primenjuju i na slučajeve neispunjenja obaveza koje nisu nastale iz ugovora, ukoliko za pojedine od njih nije posebnim zakonskim odredbama nešto drugo predviđeno (član 266. stav 5. ZOO). To je konkretizacija opšteg pravila iz člana 25. stav 3. ZOO, koji određuje da se odredbe tog zakona koje se odnose na ugovore shodno primenjuju i na druge pravne poslove.“, Jankovec, Ivica, *ibid.*

70 Na ovo su prvi skrenuli pažnju tvorci teorije o heterogenoj pravnoj prirodi Culpa in contrahendo. Međutim, oni su na tome stali, ističući nepotrebnim utvrđivanje pravne prirode predugovorne odgovornosti, jer je ona, po njima, iako bliža ugovornoj, u suštini heterogene prirode sa elementima i ugovorne i deliktne odgovornosti.

71 Kod nas je to član 12. Zakona o obligacionim odnosima, koji kaže: „U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja.“

njom u predugovornom odnosu. Tako, recimo, ukoliko jedna strana propusti da obavesti drugu stranu o otkazivanju ranije zakazanog sastanka, ili propusti da je obavesti o određenim karakteristikama predmeta ugovora, ili je na neki drugi način dovede u zabludu, ona time ne čini nedopuštenu radnju (delikt) jer da je tu istu radnju učinila (odnosno propustila da učini) prema bilo kome drugom, ni za kakvu štetu ne bi odgovarala, jer ona tu obavezu ima samo prema strani sa kojom je u predugovornom odnosu.

Drugo, analizirajući sve slučajeve predugovorne odgovornosti koje predviđa naš Zakon o obligacionim odnosima (videti tačku 2.2), zaključio sam da se u svakom od njih takođe radi o kršenju neke relativne obaveze, koja svoje utemeljenje ima u načelu poštenja i savesnosti (član 12. ZOO).

Obaveze koje imaju učesnici predugovornog odnosa, a koje se zasnivaju na obavezi postupanja u skladu sa načelom poštenja i savesnosti, jesu relativnog karaktera, te u slučaju njihovog kršenja i prouzrokovanja štete dolazi u obzir samo primena pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu. Nije, dakle, reč o obavezama koje mogu biti i relativnog i apsolutnog karaktera, kako to ističu pobornici teorije o heterogenoj pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti, već je uvek reč o obavezama relativnog karaktera. Međutim, potrebno je napomenuti da svaka šteta koja se dogodi za vreme trajanja predugovornog odnosa ne mora neminovno imati karakter ugovorne štete, već može biti reči i o deliktnoj šteti. Takva šteta nastaje nezavisno od obaveze na postupanje sa dužnom pažnjom, odnosno od obaveza postupanja u skladu sa načelom poštenja i savesnosti, i nezavisno od ugovora povodom kojeg se strane nalaze u predugovornom odnosu. Jednostavno, reč je o čistoj deliktnoj šteti i za nju nije od značaja da li se štetnik ponašao u skladu sa članom 12. ZOO, odnosno sa povećanom pažnjom u zasnivanju obligacionih odnosa, jer se ta šteta ne tiče obligacionih odnosa. Primer za tu štetu bi bio kada jedna strana u pregovorima namerno ošteti automobil druge strane kojim je ona došla na mesto sastanka, a koji nije od značaja za predmet pregovora. Ovakve štete ne treba mešati sa *Culpa in contrahendo*, jer one sa njom ne stoje ni u kakvoj vezi, one su izraz opšte zabrane činjenja štete drugome.

Utvdili smo da na štetu koja se dogodi zbog kršenja obaveza koje proizlaze iz predugovornog odnosa valja primeniti pravila o ugovornoj odgovornosti, te da je *Culpa in contrahendo* samo jedan vid ugovorne odgovornosti. Sada nam ostaje samo da utvrdimo koji je izvor tih obaveza (ugovor, zakonska obligacija ili jednostrani pravni posao) u skladu sa prethodno izloženim teorijama.



Ne ponavljajući na ovom mestu sve prethodno izrečeno na račun kritike ovih teorija, konstatovao bih samo da se sa najviše opravdanja može prihvatiti donekle modifikovana teorija o zakonskom obligacionom odnosu, kao teorija koja najviše odgovara stvarnosti.

Sam čin stupanja u pregovore ili dolaska u poslovni kontakt povodom zaključenja nekog ugovora ne treba shvatati kao pravni posao, već kao realni akt, činjenicu za koju Zakon vezuje određena dejstva. Ta dejstva se sastoje u obavezi postupanja saglasno načelu poštenja i savesnosti, sve vreme dok taj odnos traje. Obaveze koje za učesnike ovog odnosa nastaju nisu, međutim, kvaziugovorne niti su slične ugovornim obavezama. Smatram da nema potrebe ove predugovorne obaveze uopšte dovoditi u bilo kakvu vezu sa ugovornim ili kvaziugovornim obavezama. Reč je o obligacionim obavezama koje svoje izvoriste imaju u zakonu. Kao što činjenica srodstva, braka ili susedskih odnosa stvara obaveze relativne prirode,⁷² na temelju zakona, tako i činjenica da se strane nalaze u predugovornom odnosu stvara za učesnike tog odnosa određene obaveze⁷³ koje su, kao što smo videli, relativne (ili obligacionopravne) prirode.

Shvaćene na ovaj način, predugovorne obaveze možemo kvalifikovati kao zakonske obligacione obaveze, čijim kršenjem nastupa odgovornost njihovog prekršioca koja podleže pravilima ugovorne odgovornosti za štetu. U tom slučaju ostaje samo da se u dilemi oko pravne prirode odgovornosti zbog Culpa in contrahendo opredelimo za ponuđenu alternativu u vidu ugovorne odgovornosti.

4. ZAKLJUČAK

U trenutku kada se vodi javna rasprava o Nacrtu građanskog zakonika u Srbiji, a na stopedesetgodišnjicu od utemeljenja instituta Culpa in contrahendo, smatram da je potrebno da se jednim ovakvim radom ukaže na dosadašnje rezultate u pravnoj nauci i zakonodavstvu o režimu i pravnoj prirodi ovog instituta.

Smatram ovaj trenutak idealnom prilikom da se u našem budućem građanskom zakoniku materija predugovorne odgovornosti uredi na sasvim drugačiji način i da se jasno i precizno odredi ne samo pravna priroda ove odgovornosti već i njeni domašaji. Neka nam kao primer posluži način rešenja ovog kontroverznog problema kojim se poslužio nemački zakonodavac, koji

72 „...zakon, odnosno druge pravno relevantne činjenice koje neposredno, preko zakona, predstavljaju izvor obligacija (npr. srodstvo, bračna veza, vanbračna veza, administrativni akti, neke vrste pravosnažnih sudskih presuda, susedski odnosi i sl.)“; Antić, Oliver, *op. cit.*, str. 120.

73 Oslonac za ovakav stav nalazim i u samom Zakonu o obligacionim odnosima koji u članu 1. propisuje: „Ovim zakonom uređuju se obligacioni odnosi koji nastaju iz ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga, jednostrane izjave volje i drugih zakonom utvrđenih činjenica (podvukao autor).“ Dakle, sam zakon predviđa mogućnost nastanka obligacionih odnosa i iz nekih drugih činjenica kojima se zakonom pridaje takvo dejstvo. Smatram da je jedna od tih činjenica i zasnivanje predugovornog odnosa.

je jasno i precizno odredio prirodu i domašaj ovog instituta, ne ostavljajući pri tome prostora za drugačija tumačenja od strane jurisprudencije i sudova. Jasno i precizno određenje predugovorne odgovornosti bilo bi više nego korisno za naše sudove, umesto sadašnjeg koje ostavlja prostora za različita tumačenja.

Nadam se da će ovaj rad barem malo doprineti povećanju interesovanja za pitanje pravne prirode predugovorne odgovornosti u našoj pravnoj nauci ako već nije u stanju da utiče na sadašnjeg zakonodavca u cilju konačnog opredeljenja za ugovornu prirodu odgovornosti zbog *Culpa in contrahendo*.

SCOPE OF APPLICATION AND LEGAL NATURE OF RESPONSIBILITY DUE TO *CULPA IN CONTRAHENDO*

Nenad Grujić

SUMMARY

In this paper the author tries to bring attention to the perspective required for observation of the issue of legal nature *Culpa in contrahendo* (pre-contractual liability), and to in relation to results of such observation make the final conclusion on the legal nature of this responsibility. For this purpose in the first part of the paper, he states his analysis of existing understanding of this concept and fields of application of precontractual liability, using theory papers and legislative solutions in national and comparative law. Then, based on the stated, elaborated and critically observed analysis, he draws argumented conclusions on justification of accepting one broader concept and field of application of precontractual liability.

In the second part of his work attention is given to the current theoretic results in this field, with special critical overview of each of main stated theories. Each key argument of these theories received due attention and no argument was easily accepted or refuted, without previously drawing thoughtful conclusion. Author also tries to point to, common to all theories, approach to this problem, which in compliance with his understanding should be somewhat corrected.

Finally, in the last part of his paper, author first gives his opinion on legal nature of precontractual liability. Then, he starts from actual so called precontractual liabilities, i.e. liabilities existing for the parties in precontractual relation, analyses their legal nature and expresses opinion that those are liabilities with relative effect. Since, they are obligation liabilities, persons in breach of such liabilities by acting counter to them do not commit offence, but they are subjects to application of rules on contractual liability for damage. This liability, although named contractual, does not exhaust its application only in

the case of violation of contractual obligations, but is applied to all obligation liabilities regardless of their source.

Although in his opinion the issue of sources (bases) of precontractual liabilities is not key for the establishing of legal nature of *Culpa in contrahendo*, rather key is issue of their effect (i.e. character), author in final lines of his paper, gives his opinion on sources of these liabilities, giving preference to the solution which considers law itself as a source of precontractual liabilities and by doing that on dividing sources of obligation he classifies them as so called statutory obligations. That is, obligations formed by coming into effect of certain legally relevant facts (entering into precontractual relation) to which legislator links certain legal (obligatory) effects.