

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ПРЕГОВОРА ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА

Пре него што закључе уговор, странке желе да имају по могућности потпуно сазнање о елементима уговора и о економским и правним последицама његовог закључења, како би могле да оцене своје интересе. Поред тога, оне теже да добију што сигурнија обавештења о ситуацији супротне стране (о њеној солвентности, пословном поштењу и сл.). Зато, пре него што закључе уговор, странке дискутују, чине предлоге, противпредлоге, делимична прихватања модификације, одбијања. Ова активност која улази у појам преговора завршава се, или, бар, треба да се заврши, формулисањем понуде за уговор. Основни разлог преговора је, према томе, да дозволи свакој евентуалној уговорној страни да сазна на шта ће се тачно обавезати и какве ће користи од уговора имати.

Преговори као фаза закључивања уговора. — При закључивању многих уговора је, с обзиром на дуготрајност и постепеност усаглашавања воља, тешко разграничити фазу преговора од фазе понуде. Тим пре што понуда може претходити преговорима и бити основа за преговоре. Међутим, у неким националним правима се чак у законским текстовима ⁽¹⁾ прави разлика између преговора и „сачињавања уговора”. Понуда је, у тим правима, елемент активности на сачињавању уговора, док преговори то нису. Преговори су само израз воље да се разматра један правни посао, док је понуда определена вољом да се закључи уговор. Прекид преговора не представља ништа ненормално нити противправно, док опозив понуде није увек могућ. Ово разликовање преговора и „сачињавања уговора” с обзиром на вољу која им претходи, сувише је апстрактно и претрпело је критику и у италијанској правној доктрини ⁽²⁾. Тешко је, наиме, утврдити докле странке имају само вољу „да разматрају правни посао”, а откада вољу да га закључе. Први предлог може бити учињен са вољом да се одмах закључи уговор, а ипак довести само до преговора.

Изгледа нам да је реалније ограничити фазу преговора на расправљање о битним елементима уговора. Фаза закључивања би, према томе, отпочела са тзв. чврстом понудом, „понудом ултиматумом”, ⁽³⁾ која представља синтезу претходног рада у току преговора и која већ садржи споразумно

(1) *Италијански Грађански законик* — чл. 1337.

(2) Ravazzoni, Alberto, *La formazione del contratto, I, Lex fasci del procedimento.*

(3) Исто

утврђене неопходне елементе за закључење. Она може довести до уговора на основу простог пристанка друге стране.

Овакво становиште одговара, са извесним модификацијама, ставу француске теорије ⁽⁴⁾, по којој треба разликовати две врсте понуда: понуду за преговоре и понуду уговора (или понуду-ултиматум). Прва понуда је само апроксимативна и индикативна, она је више предлог за дискусију него ли предлог за коначни уговор. За време тог периода странке воде дискусије које обухватају две врсте идеја: једне које се односе на оно што називамо техничким подацима о стварима, и друге које се односе на правне податке, тј. на правила која ће уређивати односе међу странкама. Прво треба да буду фиксирани технички подаци, јер од њих зависи дефинисање предмета уговора и цене. Зависно од предмета уговора, утврђивање техничких података (у које улази и оцењивање рентабилности посла) може бити краће или дуже, скопчано са израдама пројекта, пробама итд. Од утврђивања техничких података зависи и фиксирање правних обавеза. Трајање преговора може бити повећано и тиме што дискусију о техничким подацима често воде лица која су различита од оних која воде правну дискусију. Када се заврше ове дискусије, фаза преговора је завршена и тада може интервенисати понуда коју предвиђа законодавац. Једна од странака фиксира у форми понуде-ултиматума парцијалне резултате дискусије. На ову понуду, према Кану, партнер мора одговорити са да или не.

Сигурно је да описани поступак закључења уговора одговара у великој мери реалности. Али, чини нам се, да треба ставити примедбу на његов закључак. Наиме, понуда-ултиматум, онако како је Кан схвата, тј. као коначан предлог на који се може одговорити само са да или не, не одговара појму понуде какву у већини земаља предвиђа законодавац. Понуда може бити, према свим правима ⁽⁵⁾, не само прихваћена или одбијена него и модификована. Истина, модификација понуде сматра се њеним одбијањем и подношењем нове понуде, али тиме се поступак закључења уговора не прекида, као што би то произилазило из горње концепције — понуде-ултиматума. Неки новији правни извори ⁽⁶⁾ чак допуштају да одговор на понуду који садржи допунске или различите елементе, који не мењају суштински одредбе понуде, представљају прихват, ако понудилац не укаже на разлике у кратком року. Амерички Uniform Commercial Code ⁽⁷⁾ сматра чак као прихват сваку коначну и благовремену изјаву о прихватању, без обзира што садржи одредбе које допуњују или које се разликују од одредаба из понуде (сем уколико прихват није био изричито условљен пристанком на допунске или различите одредбе). Могућност стављања против понуде или, чак, могућност да модификовани прихват доведе до закључења уговора, није у складу са схватањем понуде као ултиматума. Стога сматрамо да је исправније третирати преговоре као фазу у закључивању уговора,

(4) Kahn, Philippe, *La vente commerciale internationale*, стр. 46 и д.

(5) Немачки Грађански законик — пар. 150, Грађански Законик РСФСР — пар. 213, ст. 3, талијански Грађански законик — чл. 1326, ст. 5.

(6) Једнообразни закон о закључењу уговора о међународној купопродаји — чл. 7, ст. 2.

(7) Чл. 2—207/1.

која треба да доведе странке до толико блиских гледишта о основним техничким и правним елементима уговора да је могуће формулисати понуду са тим елементима, али да понуда нема коначан, „ултимативан” карактер. Модификације су могуће и после њеног подношења.

Друга карактеристика преговора јесте њихова билатералност. Они никако не обухватају активност странака која је чисто једнострана, која се налази у интерној сфери странака, макар била усмерена и вршена ради закључења уговора (једностране калкулације ради утврђивања рентабилитета уговора, прибављање информација од трећих лица и сл.). Преговори нужно подразумевају постојање једног односа који не мора нужно бити антагонистичан, мада је то по правилу.

Преговори нису нужна фаза закључења уговора. Међутим, такав закључак важи само за савремени промет одређених производа (нпр. жита, кафе, јужног воћа итд.). Историјски посматрано сви су уговори, без обзира на предмет, морали некада бити резултат претходних преговора. У промету поменутих артиклима који спада међу најстарије и најактивније градне размене, успео је да се развије велики број писаних и неписаних правила. У том домену је најјаче дејство берзи и моћних професионалних организација. Оне су спремиле типске уговоре и принудиле стране да их употребљавају. Захваљујући тим припремним радовима, учињеним у оквиру професије, фаза преговора је редуцирана или је сасвим непотребна при закључивању уговора чији су предмет ови артикли.

Правне обавезе које произилазе из преговора. — Основни разлог преговора је, као што смо већ рекли, да дозволе свакој евентуалној уговорној страни да сазна на шта ће се тачно обавезати. Кад понуда буде прихваћена, готово сав претходни рад нестаје, остаје само садржина уговора, чак и кад је у току преговора био сачињен писмени документ. Правно дејство онога што је између странака постигнуто у току преговора условљено је, према томе, закључењем уговора. Све сагласности које су постигнуте у току преговора немају никакву вредност ако и док не дође до закључења уговора. Странке нису у фази преговора везане ничим, свака од њих може чак да ревидира одлуку коју је већ једном донела. Њихова воља остаје слободна. Обавезе за њих могу настати само закључењем уговора, јер је према традицији римског права само он а не и једнострана изјава воље извор облигација.

Међутим, иако преговори не обавезују странке, не може се рећи да се оне једна према другој налазе у положају гзв. трећих лица. Свака од њих може, имајући поверење у изјаве друге стране, вршити одређене припремне радње, чинити трошкове, одбијати друге понуде за преговоре и сл. У току проба које се врше за време преговора, ради утврђивања подобности предмета, могу на овом настати оштећења. Један преговарач може искоришћавати информације које му је друга страна поверила за свој профит, а на штету друге стране (да искористи поверену пословну тајну, пројекте друге стране и др.). Једном речју странке могу у току преговора трпети губитке који произилазе било из скривљених радњи друге стране, било из околности везаних за преговоре. Може ли страна која је претрпела губитке у току преговора захтевати услед њих накнаду штете и у случају

кад уговор није закључен? Ако може, по коме основу? Да ли по основу уговорне или деликтне одговорности?

Законски текстови се мало баве тим проблемом. Можемо цитирати само италијански Грађански законик (чл. 1337) који каже: „Стране, при вођењу преговора и сачињавању уговора, морају поступати у доброј вери“. Ово правило се изводи из начела датог у чл. 1175, по коме су дужник и поверилац дужни да се понашају према правилима коректности. Колико је аутору познато, у другим законским текстовима не постоје одредбе које би директно регулисале одговорност за штету насталу приликом, или поводом преговора. Она се може извести из општег начела поштења и савесности, које чини „правну подлогу и за односе који нису прописима регулисани или нису потпуно регулисани“⁽⁸⁾. Свако је дужан да коректно поступа и води рачуна о оправданим интересима другог.

Примена ових начела на материју одговорности за штету насталу у току преговора, сукобљава се с једним другим фундаменталним начелом, начелом аутономије воље којим се штити врло значајан друштвени интерес слободне иницијативе. Ако би одговорност за штету приликом преговарања била сувише ригорозна (обухватила нпр. и culpa levis), то би знатно спутало иницијативу и предузимљивост у привредном промету. Из страха од одговорности многа лица се не би ни упуштала у ризична преговарања. Најзад, лице које се упусти у преговоре са више партнера, тражећи најповољнијег, што је нормално у савременом промету, нужно мора, кад нађе најповољнијег, прекинути преговоре са осталима. Шта ако одатле произиђе одговорност за штету коју су други претрпели?!

Сукоб ова два интереса поставио је пред правну теорију проблем утврђивања неких општих принципа, по којима би се одговорност за штету приликом преговора ближе одредила, и на тај начин правним субјектима дала могућност да је избегну не ограничавајући њихову слободну иницијативу. Два је питања при том требало решити: 1) питање основа одговорности (да ли уговорна или деликтна) и 2) питање обима одговорности. Треба нагласити да прво питање има значајан практичан аспект. Према томе да ли се прихвати уговорна или деликтна одговорност, одређивало би се и питање терета доказивања. У првом случају би тај терет сносио дужник, у другом поверилац. При међународним приватноправним односима би, ако се ради о деликтној одговорности, могло доћи до примене *ordre public*.

Проблем предуговорне одговорности је с обзиром на дуготрајну историју правне науке, релативно нов предмет изучавања правне теорије. Почетке овог изучавања не треба тражити даље од средине прошлог века. Прва продубљена изучавања учињена су у немачкој доктрини. *Jhering* је у свом чувеном чланку⁽⁹⁾ изразио, разматрајући ово питање, правну конструкцију о *culpa in contrahendo*. После њега је *Windscheid* поставио тео-

(8) Goldštajn, Aleksandar, *Привредно уговорно право*, стр. 67.

(9) *Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. U: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 4, Jena 1861.*

рију уговорног ризика. У другим земљама нешто касније ово питање третирали су Faggella (у Италији), Saleilles, Planiol, Josserand и Mazeaud у Француској.

До данас није у теорији усвојено јединствено становиште о овом питању. Судска пракса, под утицајем једне или друге правне теорије, примењује различита начела при решавању спора у вези са предуговорном одговорношћу. С обзиром на то, изложићемо укратко основне теорије које су о овом питању створене у правној доктрини.

Теорија culpa in contrahendo (Jehring). — Јеринг⁽¹⁰⁾ посматра проблем предуговорне одговорности као целину и примењује исте принципе како на случајеве кад уговор није закључен, тако и на случајеве кад је уговор закључен али је после поништен. По њему, основ одговорности је уговорног карактера. Она не проистиче из самог уговора, који није ни закључен или је ништав, већ из прећутног споразума који се склапа између свих лица која улазе у преговоре. По том прећутном споразуму свака странка се обавезује другој да одговара за сваку кривичу учињену због предлога уговора (кад се ради о преговорима) као и да осигура да уговор, о чијем се закључењу ради, пружа све услове за тражену пуноважност (кад се ради о ништавности уговора). Свака странка се, према аутору, овим споразумом обавезала да приликом закључивања уговора покаже „diligentia in contrahendo”. Ако, дакле, једна од странака тражи накнаду штете због пропасти преговора или услед ништавности уговора, она мора да докаже да обавеза из прећутног споразума није испуњена, тј. да противник у спору није показао „diligentia in contrahendo”. Diligentia in contrahendo није непроменљива. Она се мења према природи уговора који је предложен. Сваки предлог уговора захтева посебно правило понашања, пажњу која му је својствена. Diligentia in contrahendo није ни само једно-страна облигација. На њу је обавезна свака странка. Тако, кад пропадне уговор о купопродаји, било што је поништен било што је предмет немогућ, продавац није нужно одговоран, јер купац може такође познавати узрок ништавности или немогућности. Ако се прави да не познаје, он је крив јер не задовољава посебну пажњу која тражи припремани уговор.

Према томе, ако уговор пропадне или буде поништен после закључења, остаје и даље прећутан споразум који произилази из предлога и, ако је узрок ове пропасти скривљен (постоји недостатак diligentiae, коју захтева припремани уговор), уговорна одговорност настаје и штета мора бити накнађена. У ком обиму? Накнада ће, по Јерингу, бити израчуната према интересу који би странка имала да се не обавезује уговором који није настао или је поништен (негативан уговорни интерес). Ова накнада подразумева претрпљене губитке, учињене издатке, а такође и корист коју би поверилац извукао из другог уговора који би закључио да није био задржан предлогом уговора који није настао.

Теорија Јеринга била је предмет многих критика. Њој се, пре свега, замера да није заснована ни на каквом законском тексту, већ на погрешно

(10) Јеринг је засновао своју теорију на два текста римског права која се односе на продају предмета ван промета. Ови текстови дају купцу тужбу која произилази из уговора, тужбу ex empto, да би се добила накнада.

интерпретираном римском праву. Затим, критика види у прећутном споразуму, на коме почива читав систем, чисту фикцију, без икакве везе са праксом. Тај споразум има свој живот независан од уговора. Ако је један уговор ништав или није настао, како може даље остати прећутан споразум закључен међу странкама у тренутку улажења у преговоре. Кад је, на пример, уговор поништен због неспособности једне од странака, онда је логично да буде ништав и прећутан споразум, који по Јерингу треба да служи као основ за накнаду штете. Не види се како једно лице може бити неспособно да закључи уговор, а способно да се ангажује у прећутном споразуму. Најзад, критикована је и идеја негативних интереса. У њој се види вештачки проналазак Јеринга, који треба да послужи да се изосталом или поништеном уговору дају различита дејства од правог уговора.

Чињеница је да странке — улазећи у преговоре — још не мисле да се ангажују, већ хоће да остану независне. Заснивати одговорност на прећутном споразуму, које странке нису никад закључиле, чиста је фикција, јер је супротна њиховој вољи. С друге стране, чињеница је такође да између лица која улазе у преговоре постоје обавезе које нису исте као оне које постоје између трећих лица. Преговори намећу странкама посебне обавезе. Оне не остају више у сфери општих људских задатака. „Корак више је учињен, странке су подвргнуте новој *diligentii*“.⁽¹¹⁾ Постоји промена дужности странака: свака се мора суочити са новим обавезама и, с обзиром на ове обавезе одређује се да ли постоји или не постоји кривица. Ову модификацију је Јеринг хтео да види у прећутном споразуму. *Diligentia in contrahendo* је само разлика између обавеза које се намећу трећим лицима и оних које морају да испуне лица која су у преговорима. Али, не постоји прави споразум, већ посебна ситуација стварена уласком у преговоре, која се не може представити под формом уговора. Према томе, основни је недостатак Јерингове теорије што види споразум тамо где га нема. Најзад, недостатак ове теорије јесте још што није довољно одредила садржину *diligentiae in contrahendo*, па се на основу ње не могу црпсти решења за праксу.

Теорија објективне одговорности (Windscheid). — По Виндшајду,⁽¹²⁾ кад једно лице преузме иницијативу за закључење уговора, оно ствара ризик и мора преузети сву одговорност за штету проузроковану другом, или чак и трећем лицу, ако уговор не може да се оствари, без обзира да ли има кривице или не до онога који је преузео иницијативу. Лице које је предузело преговоре било би, дакле, подвргнуто објективној одговорности и није нужно да буде доказана његова кривица. Довољно је да жртва докаже штету коју је претрпела и узрочну везу између штете и предлога уговора. Истина, ова одговорност може бити ублажена ако предлогач докаже постојање кривице и на другој страни (недостатак пажње или познавање штетних последица). Теорија Виндшајда инспирисала је параграф 122 БГБ, који се примењује у случајевима ништавности или рушљивости уговора.

(11) Cohérier. A., *Des obligations naissant des pourparleurs préables à la formation des contrats*, стр. 57—75.

(12) Windscheid *Wille und Willenserklärung*, *Archiv für die zivilistischen Praxis*, т. 63, 1880, стр. 72 и сл.

Теорија Виндшајда је одбачена из врло практичних разлога. Прихватити је, значило би нанети смртни ударац трговачким трансакцијама, јер би многа лица оклевала да предузму иницијативу за уговор, знајући да ће морати да накнаде штету у случају пропасти преговора. „Речи да човек мора сносити последице својих чак допуштених радњи од тренутка кад оне наносе штету другоме, јер свако мора сносити ризик своје акције, значи одвратити човека од акције, осудити га на инерцију” (13).

Теорија мандата или пословодства у преговорима (Hilsenrad) (14). — Према овој теорији онај ко даје предлог за уговор да је мандат дестинатеру овог предлога да учини све нужне радње да би се постигло закључење пројектованог уговора. Ако уговор не буде постигнут, предлагач је дужан да накнади мандатору трошкове које је он учинио у циљу закључења уговора.

Овој се теорији замера да поистовећује са мандатом однос у коме се налазе преговарачи, мада међу њима постоје знатне разлике. Странке уговора о мандату теже истом циљу, па стога њихови интереси нису супротстављени, док је интерес преговарача супротан. Поред тога, та је теорија практично неприменљива, кад једно лице улази у преговоре са више других лица. Чим је закључен уговор са једним, нужно пропадају преговори са осталима. По теорији мандата свима овима требало би накнадити трошкове. Како би се то рефлектовало на привредни промет, није потребно посебно ни разматрати.

Теорија једностраног обавезивања. (15) Према овој теорији не обавезује само сагласност воље. И једнострано обећање може бити извор облигације. Онај ко предлаже уговор, обавезује се прећутно да закључи пуноважан уговор. Понуда обавезује, према томе, понудиоца да доведе до краја преговоре. Ако их самовољно прекине, сноси за то одговорност.

Ову теорију је делимично прихватила и француска доктрина. (16) Критика ове теорије замера јој да и она, као и теорија ризика, не одговара потребама пословног промета. Наиме, ако се прихвати да сам предлог уговора ствара већ неке облигације, онда свака иницијатива за закључивање уговора носи са собом ризик одговорности за обавезе чија садржина није унапред позната. Додуше, аутори ове теорији кажу да се предлагач обавезује подношењем предлога да поштује добру веру, правичност и обичаје, али те обавезе нису довољно прецизиране.

Предуговорна одговорност у немачком праву. — У немачком праву је предуговорна одговорност заснована на два законска текста: пар. 118. и 122. По првом параграфу изјава воље која не садржи никакву озбиљну вољу за уговарањем ништава је. У другом се одређује да, ако је једна изјава воље ништава по пар. 118 (или је нападнута ради рушења на основу пар. 119. и 120), аутор изјаве мора да, кад је изјава упућена другом, обештетити овог последњег или, у супротном случају, било ког трећег, за штету коју је

(13) Capitant, *Cours élémentaire de droit civil, 2e année*, стр. 172.

(14) Hilsenrad, *Des obligations qui prennent naissance au cours de la formation d'un contrat. Thèse, Paris 1932.*

(15) Scheurl, *Vertragsabschluss inter Abwesenden (Jahrbuch für Dogmatik, 1858, стр. 248 и сл.)*.

(16) Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial, Paris, 1924, Daillaz.*

тај други или трећи претрпео зато што је веровао у пуноважност ове изјаве. Износ штете не може прећи меру интереса који је други или трећи имао за ефикасност ове изјаве. „Ова штета не постоји више кад је жртва штете познавала узрок ништавности или рушљивости или га није познавала због немарности“. Сматра се да предлагач који прекине преговоре, није ни имао озбиљну намеру да преговара, па се на њега примењују параграфи 118. и 122. Основу оваквог регулисања представља теорија ризика. Дестинатер који је претрпео штету има само да докаже постојање штете. Апстрахује се свака кривица. Предлагач може да се ослободи одговорности само ако докаже да је дестинатер познавао могућност прекида или да је није знао због свог немара или неопрезности. Штета се, као што видимо, одређује према негајном интересу, да би се избегло да незакључени уговор произведе иста дејства као и закључени.

Италијанска доктрина Faggellae. (17) — Ова теорија полази од три основне идеје: 1. за све време преговора странке не могу бити сматране као трећа лица, 2. за све време трајања преговора уговорна слобода остаје потпуна, свака страна задржава слободу да прекине преговоре или да одбије да уговара, 3. апсолутна слобода странака не искључује одговорност. Ова одговорност се не заснива, по овој теорији, ни на кривици ни на неизвршењу обавеза из пређутног споразума, већ на самој чињеници пристанка на предуговорни рад.

Овај пристанак на предуговорни рад рађа споразум о гаранцији који обавезује странке да раде сагласно савесности и правичности. Повреда ових обавеза је извор одговорности. Свако арбитрарно одступање од преговора заснива повреду обавеза. Као арбитраран Фагела сматра сваки прекид који није изазван економским разлозима. Ако се неко повуче зато што му треће лице нуди повољније услове, нема одговорности. Обрнуто, ако неко прекине преговоре из чисто личних разлога, одговорност настаје. На тај начин, ова теорија тежи да одржи принцип слободе странака само толико колико је потребно да им се допусти закључивање најбољег могућег посла. То је прави циљ уговорне слободе. Ако та слобода буде употребљена у другом циљу, постоји њена злоупотреба која повлачи одговорност. Тиме се ова теорија приближава теорији злоупотребе права. (18)

Одговорност због арбитрарног прекида постоји, према Фагели, само у фази преговора и фази израде понуде. Кад је понуда учињена, свака странка се и даље може повући, али сноси одговорност за штетне последице тог повлачења без обзира на његове разлоге. Ово стога што слање понуде ствара међу странкама већи степен поверења, јер се повећавају изгледи да се преговори успешно заврше. Дестинатер са више сигурности очекује да ће понуда бити одржана док је он испитује.

И обим накнаде штете је, према овој теорији, опредељен фазом закључивања уговора у којој се странке налазе. У фази претходних преговора странке су међу собом у ситуацији која је готово аналогна ситуацији трећих лица. Једина разлика се састоји у пристанку на предуговорни рад,

(17) Faggella, Dei periodi precantattelli et della corovesse ed esatta costruzione scientifica — in: *Situationalidice in onore de Carlo Fadda*, Napoli, 1906, III, стр. 269 и сл.

(18) Jossierand, M., *De l'abus de droit*, Paris, 1905.

па се обим накнаде своди на штету која непосредно проистиче из тог пристанка. Накнада ће обухватити учињене трошкове у вези са преговорима али не и штету због пропуштених прилика, јер странке уживају пуну слободу да прихвате те повољније прилике. У фази израде понуде, пак, ситуација је различита јер сада постоји и пристанак на израду понуде. Ако у тој фази једна странка одбије повољнију прилику, онда то она чини првенствено због посебне ситуације која је везује за првог предлагача. Стога у обим накнаде треба у овој фази укључити и штету због пропуштених прилика. У трећој фази, кад је понуда већ учињена, одговорност се, видели смо, проширује на све, а не само арбитрарне прекиде преговора.

Посебно се овој теорији замера примена појма арбитрарног прекида, појма који је и сам арбитраран. Да ли прекид преговора због неслагања у погледу правца превоза, под претпоставком да су цене превоза у оба случаја исте, представља арбитраран или оправдан прекид. Затим, врло лако је прекид који је инспирисан чисто личним разлозима закамүфлирати економским разлозима. Најзад, ни овај систем нема никакву легалну основу, већ се заснива на ауторовој машти. Ипак, основна је предност овог система да даје доминантно место уговорној слободи, а одговорност третира као изузетак.

✓ *Француска доктрина о предуговорној одговорности.* — Мада СС не садржи одредбе које би директно регулисале питање предуговорне одговорности, француска теорија ⁽¹⁹⁾ налази легалну основу за ову одговорност у општем правилу о одговорности, које предвиђа чл. 1382. ⁽²⁰⁾ Према томе, већина у француској доктрини стоји на становишту да предуговорна одговорност има свој извор у деликту и мора бити одређена према општим принципима. По Салеју ова се одговорност заснива на кривици. Кривица се, по њему идентификује са повредом трговинских обичаја. Planiol, Ripert и Esmein сматрају најважнијим принцип уговорне слободе, коме не треба нанети повреду прихватајући сувише широко постојање кривице. Постоји кривица само онда, кад се преговори прекидају актом који је према моралу и трговинским обичајима нелојалан акт (нпр. кад је лице које прекида преговоре оставило другу страну да врши истраживања иако није имало озбиљну намеру да преговара или је већ прихватило конкурентске понуде). Према томе, кад год се неко жали на нелојалан прекид преговора, судија ће, да би утврдио постојање кривице, морати да се обрати добрим обичајима и трговинским обичајима и мора видети да ли се они поштују или, другачије речено, треба да упореди понашање лица које је прекинуло преговоре са општим стандардом понашања нормално обазривог и пажљивог човека.

Demogue ⁽²¹⁾ сматра да предуговорна одговорност може настати само кад је прекид преговора арбитраран и кад је став странака био такав да се може закључити да су оне биле сагласне да се учине трошкови, тј. да по-

(19) Salleiles, *A propos d'une nouvelle étude sur la matière.* — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, стр. 697 и сл.

(20) „Сваки људски чин, који другом проузрокује штету, обавезује онога чијом је кривицом наступио, да је накнади“.

(21) Demogue, *Traité des obligations en général* (Paris 1923), T. 2, No 553, стр. 163.

стоји прећутан споразум, прећутна сагласност да се издаци учине (наводи пример предузетника који пре закључења уговора испитује путем сондаже да ли терен може поднети грађевину).

Врло је интересантно мишљење Жосерана ⁽²²⁾. Ради се у ствари о примени опште теорије злоупотребе права на предуговорну одговорност. Као што је познато, он сматра да критеријум злоупотребе права не треба тражити ни у намери да се штети, ни у кривици учињеној при вршењу права, него у одвраћању права од његове функције. Друштво је поверило човеку права зато да би се остварио неки економски и социјални циљ. Ако неко лице врши своје право ван оквира његове намене, ако се њиме служи у егоистичне сврхе, оно је одвраћено од функције за коју је створено и одговорност настаје. Кад је, према томе, прекид преговора инспирисан чисто себичним разлозима, право је одвраћено од његове функције и предуговорна одговорност настаје.

Поред непрецизности појма функције права, овој теорији се замера да не узима у обзир елеменат кривице. Ако једна страна, која је нашла повољнију прилику, прекине преговоре иако је знала да је друга страна учинила велике издатке у вези са преговорима, онда, по овој теорији, у овом случају не би било одговорности, јер право није одвраћено од своје функције, — прекид је оправдан економским разлозима. По принципима деликтне одговорности овде би постојала кривица, јер је странка која је прекинула преговоре оставила другу страну да чини издатке а да је није обавестила о својој намери да сачува слободу.

Мазо ⁽²³⁾ стоји на становишту да се у овом домену може прихватити само деликтна одговорност. Предуговорна одговорност је, по њему, само један аспект деликтне одговорности. Она се заснива на истим начелима: постојању кривице и штете. Једно питање, које је за праксу од највећег значаја и само по себи врло деликатно, он оставља нерешено, питање у којим случајевима понашање једне од странака заснива кривицу. При том треба имати у виду да се странке које су ушле у преговоре не налазе у сфери општих људских дужности, већ се међу њима заснивају посебне облигације које прозиласе из чињенице да се налазе у преговорима. Општи појам кривице, по коме се она састоји у повреди једне раније постојеће облигације, било законске или уговорне, није довољан, јер често садржина облигације није ни законска ни уговорна. То је баш случај код предуговорне одговорности, јер она није ни регулисана законским текстом, а не постоји ни уговор.

По Коеријеу ⁽²⁴⁾ треба разликовати три ситуације, у којима се странке могу налазити у тренутку прекида преговора: 1. странка која се жали на прекид сноси само предузетни ризик; 2. пре прекида је постојао

⁽²²⁾ Jossierand, *Essai de téléologie juridique*, Paris, 1927, T. 2: De l'esprit des droits et de leur relativité, стр. 128 и даље.

⁽²³⁾ Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité contractuelle et delictuelle* (2e éd.), Paris 1934, t. I, стр. 116—121.

⁽²⁴⁾ Cohérier, *op. cit.*, стр. 148.

међу странкама изрични или прећутни споразум и 3. не постоји ни ризик ни споразум.

Свако лице сноси предузетнички ризик кад предузима акције и чини трошкове у погледу одређеног уговора иако зна да уговор можда неће бити закључен. Кораћи које предузима и трошкови које чини улазе у нормалан оквир његове активности. Ова лица не могу тражити накнаду штете, јер не постоји кривиша, па тиме ни претходна облигација. Поред тога, штета по правилу и не постоји, јер лица која се професионално баве трговином, урачунавају у своје цене ове трошкове и на тај начин компензирају губитке неуспелих подухвата ценама успешних. Ако неко ангажује претерано велике трошкове, он сноси сам последице своје необазривости. Изузетак представља ситуација кад је друга страна знала за ове претерано велике трошкове, а није обавестила другу страну да не намерава да се обавеже. Други је изузетак, по Коеријеу, ако је намера да се нашкоди другој страни битан разлог прекида.

Ако у тренутку прекида преговора постоји изричан или прећутан споразум странака постигнут у току преговора, онда је заснована и претходна облигација и њена повреда повлачи одговорност. Ако, на пр., странке нису успеле да се сагласе о висини цене, па се споразумеју да то препусте трећем лицу које ће заједнички одредити, неодређивање тог трећег лица од стране једног партнера повлачи његову предуговорну одговорност која је заснована на претходном споразуму. У овом случају се у француској судској пракси поставило питање да ли оштећена странка има право да тражи извршење споразума у природи или само обештећење. Касациони суд је 1926. г. пресудио ⁽²⁵⁾ да поверилац нема право да тражи принудно извршење у природи, већ се има задовољити накнадом штете.

Најзад, може се, по Коеријеу, говорити да у току предуговорног периода не постоји ни предузетнички ризик ни претходни споразум. И у овоим случајевима могу настати облигације које су нам наметнуте савесношћу, правичношћу, добрим обичајима, трговинским обичајима итд. Судија упоређује ситуацију са ситуацијом нормално пажљивог човека стављањем у исти положај. Таква би била, нпр., раније наведена ситуација кад су ангажовани претерано велики трошкови. Одговорност се јавља само као изузетак, кад посебне околности случаја указују на кривицу лица које прекида преговоре, његову абузивну употребу права на прекид. Правило је, иначе, да се мора поштовати слобода уговарања.

Аутор ове поделе користи је да би решио питање да ли је предуговорна одговорност уговорна или деликтна. Одговорност би била уговорна ако проистиче из неизвршења претходног споразума, а деликтна би била у свим осталим случајевима.

Закључак.— Овако велики број различитих теорија о предуговорној одговорности показује само колико је тешко у овој области поставити неке опште принципе. Ниједан од постављених принципа није апсолутно применљив, сваки је подложен критици, јер не може да обухвати низ ситуација у пракси. Тежина проблема је у томе што се преговарачи налазе

(25) Cass. 19. I 1936—D. H. 1936, стр. 115.

у посебној ситуацији: они нису у уговорном односу, јер уговор није још закључен, а нису ни међу собом у положају трећих лица. Један посебан правни однос међу њима постоји и тај однос заснива одређене облигације. Дотле, углавном, постоји сагласност у правној доктрини. Спор настаје кад треба одредити садржину тих облигација и њихов основ. Врло деликатан задатак, кад се има у виду да се мора поштовати принцип слободе уговарања. Поставити принцип који би учинио странке одговорним за поступке у току преговора и при том сачувао слободу уговарања, готово да је Сизифов посао. Предговорна одговорност се, према томе, може заснивати само на најопштијим правним начелима, као што су, на пример, *peñnem laedere*, одговорности за кривицу и принцип поштења и савесности, која омогућавају казуистици да своја решења прилагођава конкретној ситуацији. Ова материја по природи ствари мора бити шире регулисана да би казуистика могла боље да поштује чињенице и равнотежу интереса странака. Ово последње нарочито важи за одређивање обима одговорности, за који је апстрактно правило готово немогуће поставити.

Значај преговора за тумачење уговора. — Уговор произилази из преговора и ова фаза има велики утицај на формирање воље странака. Преговарање је процес у току кога се формира воља странака. Стога корене мана воље, које могу довести до рушљивости уговора, треба тражити баш у фази преговора. Поред тога, при тумачењу уговора мора се водити рачуна о заједничкој намери странака, а та заједничка намера странака оцењује се и према њиховом понашању у току преговора. То, уосталом, и изричито предвиђа чл. 4. Једнообразног закона о закључивању уговора о међународној купопродаји од 1964. г., по коме се понуда тумачи и допуњава претходним преговорима, праксом утврђеном између странака, обичајима и правилима која се примењују на уговор о купопродаји. Чак и код писмених уговора *ad solemnitatem* усмени договори постигнути у току преговора узимају се у обзир приликом њиховог тумачења. Зато формулације неких општих норми, по којима губе важност сва претходна преписка и преговори, не треба тумачити сувише стриктно⁽²⁸⁾, јер би то могло да доведе, у случају нејасноће и празнина у коначном тексту уговора, до наметања решења законских правила странака које она, како произилази из преговора, уствари нису желеле.

Др Младен Драшкић

РЕЗЮМЕ

Юридическое значение переговоров для заключения договоров

Юридическое действие того, что достигнуто сторонами в результате переговоров, обусловлено в принципе заключением договора. Все пункты, по которым достигнуто соглашение во время переговоров, не имеют никакого значения если и пока не будет заключен договор. Стороны в преддоговорной фазе ни чем не связаны, каждая из них может даже изменить решение, принятое ее раньше. Их воля остается свободной.

⁽²⁸⁾ В. напр. Општи условн за испоруку Савета за економску помоћ — пар. 3. Честа клаузула у типским уговорима.

В то же время, хотя переговоры не обязывают стороны, нельзя сказать, что каждая из сторон по отношению к другой стороне находится в положении т. наз. третьего лица. Каждая из них, основываясь на заявлениях другой стороны, может производить определенные подготовительные работы, совершать расходы, отклонять сделанные ей другими сторонами предложения о переговорах и т. п. Другими словами, стороны могут в ходе переговоров понести ущерб, наступающий вследствие негласных действий другой стороны, или же в силу обстоятельств, вытекающих из переговоров. Имеет ли право сторона, понесшая убытки во время переговоров и из-за них, потребовать возмещения этих убытков в случае незаключения договора? Если имеет право, то по какому основанию?

Этой проблеме, проблеме предоговорной ответственности, посвящена большая часть статьи. В ней излагаются вкратце основные теории, созданные по данному вопросу в правовой доктрине и приводится точка зрения автора. Наряду с юридическим действием переговоров подвергнуто рассмотрению и значение переговоров для толкования договора.

SUMMARY

The Legal Significance of Negotiations for Making a Contract

The legal effect of the matter agreed upon by the parties in the course of negotiations is conditioned, in principle, by the concluding of the contract. All the matters that have been agreed upon in the course of negotiations have no value whatever unless the contract is made. In the course of negotiations the parties are not bound by anything, each may revise the decision already made. Their will is still free.

However, although negotiations are not binding for the contracting parties, it cannot be asserted that they are in the so-called position of third parties with respect to each other. Each may, having trust in the declaration of the other, undertake preparations, incur expenses, refuse other offers for negotiations, etc. In one work, in the course of negotiations, parties may suffer losses that are caused either through the faulty action of the other party, or the circumstances resulting from the negotiations. May the party, that suffered loss in the course of negotiations and for the reason of them, claim compensation of the damage even in the case when the contract was not concluded? If yes, on what ground?

The largest part of the article is devoted to the problem of the precontract responsibility. The basic theories treating this matter in the juristic theory are briefly surveyed, and the author expresses his own view. The importance of negotiations for the interpretation of contracts is discussed alongside with the legal effect of negotiations.

(R É S U M É)

L'importance juridique des négociations pour la conclusion du contrat

L'effet juridique de ce qui a été convenu entre les parties au cours des négociations est conditionné en principe par la conclusion du contrat. Tous les accords qui ont été réalisés au cours des négociations n'ont aucune valeur si le contrat n'est pas conclu et tant que ces négociations n'aboutissent à sa conclusion. Les parties ne sont liées par aucune obligation dans la phase des négociations, chacune d'elles peut même reviser la décision qu'elle avait prise auparavant. La volonté des parties reste libre.

Cependant, quoique les négociations n'obligent pas les parties, on ne peut pas dire qu'elles se trouvent l'une par rapport à l'autre dans la situation qu'on pourrait appeler de tierces personnes. Chacune de ces parties, en ayant confiance dans les déclarations de l'autre partie, peut effectuer les opérations préparatoires déterminées, faire les dépenses, refuser les autres offres de négociations et ainsi de suite. En bref, les parties peuvent subir des pertes, au cours des négociations, qui résultent soit des opérations dissimilées de l'autre partie, soit des circonstances qui se rapportent aux négociations. Est-ce que la partie qui a subi une perte au cours des négociations et par suite de celles-ci peut réclamer une indemnité même dans le cas que la conclusion du contrat n'a pas eu lieu? Si cela est possible, d'après quel fondement?

La plus grande partie du présent article est consacrée à ce problème — le problème de la responsabilité précontractuelle. Les théories fondamentales relatives à cette question qui ont été formulées dans la doctrine juridique ont été brièvement exposées ainsi que l'attitude que l'auteur a prise à cet égard. Outre cet effet juridique des négociations, l'importance des négociations pour l'interprétation du contrat a été examinée de même.