

**Проф. др Младен Драшкић,
професор Економског факултета, Београд**

UDK 347.7

Ћутање као изјава прихвата

Резиме

Ко ћути не изјављује ништа. То је оштрије правило прихваћено у свим националним правима. Од тог правила се, међутим, ипак у свим правима, чине изузеци. У чланку је изложен сав правне доктрине о ћутању као изјави воље и наведене и анализирани типичне ситуације у којима се при закључивању уговора ћутању изузетно признаје дејство прихватића. То су: (1) прелиходни споразум странака, (2) обавеза изјашњавања одређених категорија лица, (3) обавеза изјашњавања при закључивању одређених уговора, (4) обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања међу странакама, (5) понуда коју је тражио понуђени, (6) коначна понуда коју је странка учинила после преговора, (7) ћутање као прихватић понуде, (8) закаснило прихватић, (9) дејство ћутања при закључењу уговора на основу оштрих услова пословања и (10) потврдна писма. У закључку аутор констатира да правосудје у свим земљама тумачи изузетке од правила да ћутање не може представљати изјаву воље веома репримитивно. Чак и кад постоје описане ситуације, судови оклевају да аутоматски искључе оштрије правило. Одлуке судова, у којима се признаје ћутању дејство прихватића, засноване су на следећим факторима који су говорили у прилог ипаквог решења. При одлучивању дали да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејство прихватића или не на, судови су уицили и извесни оштри фактори као што су трговачки карактер уговорних односа, оправдано поверење странке која се позива на уговор, важност и природа спеченог или укинутог права, неоправдано богађење и критеријум поштености и савесности.

Кључне речи: општије правило, изузеци, прелиходни сјоразум сјиранака, изјашњавање одређених категорија лица, изјашњавање при закључивању одређених уговора

Ко ћути не изјављује ништа. То је правило од кога се полази у праву. При том се под ћутањем подразумева не само одсуство изричите изјаве воље него и потпуна пасивност једног лица. Оно нити шта говори нити шта ради. У томе се ћутање разликује од прећутне изјаве воље, при којој такође не постоји изричито испољавање воље, али постоји понашање које указује на постојање одређене воље.

Опште правило по коме ћутање не представља изјаву воље усвојено је због тога да би се заштитила лица, која су пасивна због слабости или незнања, од обавеза које би наступиле против њихове воље. У супротном свако би морао да се изјавама воље брани од понуда које би му стигле. »Таква стална одбранбена битка не може се појединцу наметнути на генералан начин«¹⁾.

Као и сва основна правна правила и ово трпи изузетке који нису ретки и јављају се како при закључивању уговора тако и при његовом допуњавању, мењању, раскиду и тумачењу. Те изузетке дозвољавају и законодавство²⁾ и правосуђе, нарочито у домену закључивање уговора, па ће због тога претежан део излагања у овом раду бити посвећен ћутању као изјави прихвата.

Став правне доктрине о ћутању као изјави прихвата

Ретке су правне области у којима је правна доктрина тако богата различитим теоријама као што је ова. То произлази из изузетности овакве ситуације и тегоба у које је законодавство и правосуђе ставило теорију да објасни тоталну апстиненцију једног лица као његову изјаву воље.

Има аутора³⁾ који сматрају да се не може од ћутања, које по дефиницији није ништа, створити једна форма изражавања воље. Случајеви тзв. »прихвата ћутањем«, које предвиђају закони и правосуђе, не везују у ствари настанак уговора за ћутање, него за друге околности⁴⁾ које оправдавају закључак о постојању прихвата: или се радило о прећутном прихвату или о потврди већ закљученог уговора или је у односима међу странкама постојала резерва прихвата која је обавезивала неког корисника да обавести понуђача о свом одбијању да закључи уговор. Тако се преузимање понуђене ствари, које несумњиво изражава вољу за прихватом, пре

1. Götz, Donald, "Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr", стр.20.

2. В., на пр., наш Закон о облигационим односима, чл.42, стр.3-5 и чл. 901 ст.3 и 4.

3. Aubert, Jean-Luc, "Notions et rôles de l'offre l'et de l'acceptation dans la formation du contrat", Thèse, Paris, 1969., стр.390-459.

4. "Le silence d'une partie ne peut l'obliger en l'absence de toute autre circonstance"- Capitant, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, стр. 268.

може објаснити радњом понуђеног, која се састоји у преузимању, неголи његовим ћутањем. Ако једно лице учини предлог уз резерву свог накнадног пристанка, онда такав предлог не представља понуду, али он обавезује предлагача да обавести онога који је учинио понуду у одговору, тј. послао поруџбину, да одбија понуду. Ако понуђач не прими никакав негативан знак, треба сматрати да је његова понуда прихваћена. Овде је настанак уговора директна последица недостатка одговора на поруџбину. Чим постоји обавеза да се изрази негативна воља, не може се истовремено тражити да се изјављује позитивна намера. У овом случају постојања резерве прихвата доводи до последице да је ћутање прихват. Сагласност воља настаје из саме чињенице да она није изричито негирана.

Већина аутора, међутим, прихвата идеју да ћутање може изузетно изражавати прихват. Разлике између ових аутора постоје у погледу основа оваквог прихвата и у погледу његових претпоставки. Да би се оправдали ови изузеци извесни аутори су инсистирали на постојању додатних околности, које имају за дејство да »обоје« ћутање и да му дају вредност изјаве воље. Други⁵⁾ су дошли до закључка да је став апстиненције нека врста понашања која може прећутно изражавати вољу кад је довољно карактеристичан. Ћутање значи прихват само у ситуацијама кад понуђач ћутању не може дати никакво друго значење сем сагласности. Планиол-Риперт⁶⁾ сматрају да је овде одлучујуће очекивање понуђача које произлази из претходних преговора (на пример ћутање на понуду која је уследила на основу неког инвитадио ад оффендум). Williston⁷⁾ наводи и претходни споразум као претпоставку за закључивање уговора ћутањем.

Значајан број аутора⁸⁾ заснива прихват ћутањем на обавези понуђеног, која настаје под одређеним околностима, да обавести понуђача кад не жели да прихвати понуду. Понуђени је »крив« зато што је повредио обавезу да говори. Побијајући ово гледиште његови противници сматрају да би повреда једне такве обавезе могла повлачити само санкцију накнаде штете, али не и закључење уговора. По њима⁹⁾, треба пре поћи од поверења понуђача, јер он зна за околности због којих се ћутање може тумачити као прихват.

По Fabricius-y¹⁰⁾ ради се о наметању правних обавеза због јавних интереса у оквиру приватног права, које је нужно ради одржавања несметаног одвијања правног промета. Субјектима се октроишу облигациони односи кад је то на основу њи-

5. Klang, Heinrich, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, - Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1951-1954., пар. 863.
6. "Traité pratique de droit civil français". Vol. 6. Obligations, - Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954., бр.109.
7. "A Treatise on the Law of Contract". - Mount Kisco, Baker, Noorhis and Co., 1957-1961., пар.91.
8. Staudinger, J.von, "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", Hamburg, Walter de Gruyter und Co., 1957., пар 146, бр.8; Becker, H. Obligationenrecht, Band I i II, Stämpfli, Bern 1934. и 1941, чл.бр.39.
9. Götz, op.cit., стр.25-40.
10. "Stillschweigen als Willenserklärung", JuS 1966, стр. 58.

ховог става и понашања у одређеној ситуацији могуће, да би се ризици поделили, штета спречила или равномерно расподелила¹¹⁾.

Интересантно је, најзад, и гледиште које објашњење прихвата ћутањем налази у појму злоупотребе права. »Ако *имам право да не одговорим на учињену понуду, немам право да злоупотребим моје ћутање, кад ћутањем свесно шкодим другима*«¹²⁾. Ова доктрина не објашњава, међутим, како ћутање, које није изјава воље, може изражавати свесну намеру да се причини штета.

Свакако да је утврђивање да ли се ћутањем изражава потврда, негирање или просто дезинтересовање, могуће само уз помоћ других критеријума. Видели смо да су то, по неким, околности које ћутању дају карактер изјаве воље, по другима је то повреда оправданог очекивања друге стране, (повреде принципа поверења), по трећима повреда обавезе обавештавања итд. Ниједан од ових критеријума, којима треба придодати и повреду принципа поштења и савесности, не може сам по себи да објасни све ситуације у којима се у законодавству и правосуђу ћутање квалификује као прихват. Опште правило о ћутању као изјави воље ретко се среће у упоредном законодавству. Швајцарски Законик о облигацијама (чл. 6) је један од ретких националних извора права¹³⁾ који садржи такво опште правило: »Кад понуђач с обзиром на нарочиту природу посла или с обзиром на околности не може да очекује изрично прихватање понуде, уговор се сматра закљученим ако понуда није одбијена у примереном року«.

Према коментару овог законика¹⁴⁾, ово правило се примењује само ако понуда има две особине: (1) да је учињена између одсутних лица, и (2) да у њој није изричито одређен рок њеног трајања. Сматра се да одређивањем рока трајања понуде, понуђач изјављује да у оквиру тог рока очекује изричити прихват. »*Околности на основу којих се не очекује изричито прихватање*« треба разумети свеобухватно: судија мора да испитује целокупност околности у време одаслања понуде како би утврдио да ли је понуђач смео и морао да закључи да ћутање понуђеног представља прихват. »Нарочита природа уговора« је само једна од могућих околности, који се одређује према садржини предложеног уговора.

У националним законодавствима постоје, међутим, и посебна правила која се односе на одређене, »типичне«, ситуације у којима се ћутање изузетно квалификује као изјава прихвата. Оваква правила формирала су се и у правосудној пракси. Размотримо неке од ових типичних ситуација.

11. Немачки Reichsgericht усвојио је следеће правно начело: "Свако би морао при пословном понашању према другоме дозволити да му се припише такав смисао понашања какав оно има за примаоца сагласно промету". (в. Götz, op.cit., стр.59).
12. Popesco-Rammusceano, *Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit.*- U: "Revue trimestrielle de droit civil", 1930, стр.1004.
13. Пар.151 BGB о прихвату без обавештавања односи се на прећутан прихват.
14. Schönerberger-Jäggi, "Obligationenrecht", Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich 1973., стр. 459 и 460.

1. Претходни споразум странака

Из принципа аутономије воље произилази да, ако постоји претходна сагласност воља странака да ће се уговор сматрати закљученим у случају да једна од њих ћути пошто је друга учинила понуду, ћутање понуђеног производи дејства прихвата. Таква ситуација може настати и на основу простог овлашћења понуђеног да понуђач може да тумачи његово ћутање као прихват. Међутим, понуђач не може својом једностраном вољом наметнути обавезу изјашњавања понуђеног. *»Он не може присиливши понуђеног да узме своје перо у руке или да попише марку од два центима, или да одговори усвојеном, уз казну да ће бити везан уговором ако то не учини«*¹⁵. То опште усвојено правило националних права изражено је и у чл. 42 ст.2 нашег Закона о облигационим односима: *»Нема дејствена одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног или неко друго његово пројашњавање (на пример, кад не одбије понуду у одређеном року, или ако послату ствар о којој му се нуди уговор не врати у одређеном року и сл.) сматрати као прихватање«*. У основи овог правила лежи начело да понуђач може да одређује модалитете прихвата, али не и начине одбијања понуде.

Споразуми о прихвату путем ћутања се врло често јављају у случајевима кад је роба послата на пробу. Поједини уговори (као што је то, на пример, случај са уговором о закупу, уговором о сталном или периодичном снабдевању робом, уговорима о услугама) садрже често клаузулу која предвиђа да ће уговор бити обновљен ако једна странка не јави другој супротно пре извесног датума.

Споразуми о прихвату путем ћутања нису, разуме се, могући кад се ради о закључењу уговора за који закон прописује одређену форму.

2. Обавеза изјашњавања одређених категорија лица

Обавеза изјашњавања се у националним правима везује за одређене категорије лица. Она може бити заснована на закону, као што је то случај са обавезом изјашњавања адвоката и нотара¹⁶, или на обичајима – као што је то случај са трговцима. Мада је правило да је сваки трговац увек дужан да одговори кад прими понуду, које је истицано у правној доктрини XIX века, напуштено, ћутању се међу трговцима генерално пре придаје значење прихвата, неголи што је то случај међу другим лицима. То посебно важи за случај кад понуђач заједно са понудом достави и пословне услове. Прихват понуде подразумева тада и прихват пословних услова понуђача. До овог закључка је правосуђе долазило нарочито у ситуацијама кад су пословни услови и раније били основ њихових уговора.

У овом домену имају велики значај трговачки обичаји у одређеној делатности или у одређеном месту. Судске одлуке су често биле засноване на трговачким обичајима који су одређивали да трговац – понуђени мора одговорити брзо ако не жели уговор¹⁷. Ово нарочито важи за трговачке агенте, комисионаре и посреднике.

15. Corbin, Arthur Linton: "On Contracts", 1950-1964.g., par. 73 уз 310.

16. Швајцарски Законик и облигацијама, чл.395.

Наш Закон о облигационим односима такође квалификује ћутање као прихват кад су у питању одређене категорије лица. Према чл. 42 ст. 4, лице које је понудило другоме да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада извршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог ако га одмах није одбило. У овом случају, дакле, извршилац налога који не жели закључење уговора мора реаговати на налог. Ако то не учини одмах или у остављеном року уговор аутоматски настаје.

3. Обавеза изјашњавања при закључењу одређених уговора

У националним правима се при закључењу одређених уговора утврђује обавеза понуђеног да се изјасни. Тако наше право¹⁸⁾ предвиђа обавезу изјашњавања при закључењу уговора о осигурању. Ова обавеза утврђује се и при продужавању одређених трајних уговора (уговора о закупу и уговора о лиценци¹⁹⁾). Ако једна странка, по истеку времена за које је такав уговор важио, настави са употребом ствари која је предмет закупа или са коришћењем предмета лиценце, а друга се томе на време не успротиви, продужава се важење ранијег уговора под истим условима. Ћутање овде изазива аутоматско продужење уговора на неодређено време.

Средњеевропска права такође садрже посебна законска правила о обавези изјашњавања при закључивању и настављању одређених уговора²⁰⁾. Америчко право²¹⁾ садржи правило које ставља у обавезу понуђачу да се изјасни ако не жели уговор о продаји. Наиме, ако понуђени у свој прихват унесе допунске клаузуле, а понуђач на то не стави приговор, те допунске клаузуле могу постати део уговора.

Категорија уговора при чијем закључивању је у националним правима најчешће ћутању придато значење прихвата су уговори у искључиву корист понуђеног. Кад је понуда учињена у искључивом интересу понуђеног, његово ћутање сматра се у већини континенталних права прихватам. Понуда је учињена у искључиву корист понуђеног онда кад се њеним прихватам не стварају никаква одговорност нити ризици понуђеног. У правима *common law* система ће се овај изузетак ретко јављати јер се тамо за сваки пуноважан уговор захтева *consideration* (противобећање, накнада). Тај *consideration* може бити и формалан (понуда учињена *under seal*) и једино у тим ситуацијама може настати уговор у искључиву корист понуђеног и на основу простог ћутања.

Овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват не односи се на закључивање уговора о поклону, као најкарактеристичнији уговор у корист понуђеног,

17. В. Одлуку француског Касационог суда од 9. јуна 1956. Цитирано према извештају о француском праву у "Formation of Contracts".
18. ЗОО, чл. 901 ст.3 и 4. Исто и америчко и француско право (чл. 7. Закона од 18. јула 1930)
19. ЗОО, чл. 596 и 709.
20. Аустриски Грађански законик – пар.1114, Аустриски трговински законик – пар.346 и 362, BGB – пар.496, 516 ст. 2, 568, 581 ст. 2, 625, HGB – пар. 346 и 362, швајцарски Законик о облигацијама – чл. 225, 268, 292, 346 и 395.
21. Једнообразни трговачки законик – пар. 2-207(2).

јер је овај уговор у већини права формалан или бар реалан, али се широко примењује при понуди јемства или гаранције и при бесплатној понуди права опције или другог сличног права (на пример права прече куповине).

4. Обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања

Претходно пословање између странака може бити један од пресудних фактора за квалификовање ћутања као прихвата. Начин на који су странке обавиле сличне трансакције у прошлости може указивати да и при конкретном уговарању ћутање треба разумети као прихват. Пословни односи који су преовлађивали међу странкама могу бити такви да траже одбацивање понуде када понуђени није вољан да закључи предложени уговор. То је нарочито случај кад се ради о континуираној испоруци робе. Пријем претходних испорука робе и исплата њихове цене ствара за понуђеног обавезу да се изјасни, ако не жели уговор о новоприспелој количини робе, чак и ако ову робу не употреби. Чињеница да се ради о трговачким уговорима може такође утицати на суд да тумачи ћутање као прихват понуде, ако је таква понуда учињена у оквиру граница ранијих аранжмана.

Ова обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања је широко прихваћена у националним правима. У већини права она произилази из одговарајуће праксе судова. У нашем праву је овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват регулисан Законом о облигационим односима. Чл. 42 ст. 3 ЗОО садржи опште правило о значају ћутања у таквом случају. Кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понуђачем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављеном року одбио.

5. Понуда коју је тражио понуђени

У већини националних правних система²²⁾ оглашавање, слање каталога, ценовника, тарифа, проспеката и сл. не сматра се понудом за закључење уговора, већ позивом на понуду (*invitatio ad offerendum*). Позивом на понуду се у средњеевропским правима сматрају и предлози за закључење који садрже клаузулу »без обавезе« (sine obligo, freibleibend) Позитиван одговор на такав позив, мада се креће у оквиру услова који су у њему дати, не доводи до закључења уговора, већ је само понуда за закључење уговора коју аутор таквих иницијатива може да прихвати или одбије.

Међутим, с обзиром да лице које покреће такве иницијативе показује тиме бар начелну вољу да закључи уговор, његово ћутање на понуде које су уследиле на бази његовог позива може се оправдано тумачити као прихват, нарочито ако постоје и допунске околности које указују на овакав закључак (трговачки карактер односа, поверење понуђача у настанак уговора и сл.). То тумачење је дато у судској пракси низа земаља (Енглеске, Француске, Немачке²³⁾). У нашем правосуђу

22. В. и наш Закон о облигационим односима – чл. 35.

није забележен пример таквог тумачења ћутања на тражену понуду, али зато према ЗОО (чл.35 ст. 2) за лице које је учинило понуду јавности (позив на понуду) настаје посебна правна ситуација: ако без основаног разлога одбије да прихвати понуду, одговараће за штету коју је претрпео понуђач. Према тумачењу овог правила ЗОО, одбијање без основаног разлога постојало би кад оно није изазвано економским разлогом²⁴).

У свим правима је усвојено да се овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват примењује само у корист понуђача. Понуђени (аутор позива на понуду) нема право да се позива на своје сопствено ћутање.

6. Коначна понуда коју је странка учинила после преговора

Преговори не стварају у начелу никакве правне обавезе за преговараче. Ћутање понуђеног на понуду која је учињена после претходних преговора не третира се као прихват, изузев ако не постоји већ утврђена супротна пракса међу странкама. Ипак, могућа је ситуација да странке у току преговора постигну сагласност о најважнијим тачкама уговора и да онда једна од њих учини коначну понуду која обухвата тачке о којима је постигнута сагласност у току преговора, али садржи и незнатне допуне које нису несагласне са тачкама о којима је постигнута сагласност. У том случају понуђач се јавља више у улози коначног редактора већ постигнутог споразума. У таквим ситуацијама нека права (америчко²⁵), енглеско²⁶) и швајцарско²⁷) чине изузетак од правила да ћутање на понуду не представља прихват.

У континенталним правима би овакво решење могло да произађе из принципа поштења и савесности (добре вере). За такво решење ће се правосуђе у овим земљама утолико лакше определити, уколико понуђени својим ћутањем наведе понуђача да отпочне са извршењем уговора.

7. Ћутање као прихват противпонуђе

По готово свим националним правима (изузев америчког УСС – чл. 2-207) изјава прихватиоца која садржи измене и допуне у односу на понуду сматра се одбијањем понуде и подношењем нове понуде (противпонуђе) првобитном понуђачу, за коју је, да би на основу ње настао уговор, потребан његов прихват. Ипак, противпонуђа није по правилу третирана на исти начин као независна понуда. Ћутању првобитног понуђача даје се врло често у модерним националним правима различито дејство неголи ћутању обичног примаоца понуде. Да ли ће ћутању у овој ситуацији придати значење прихвата, зависило је у правосуђу пре свега од значаја разлике између изјављеног прихвата – противпонуђе и првобитне понуде. Уколико су

23. В. извештај о енглеском, немачком, француском, аустријском и швајцарском праву у књизи "Formation of Contractes", стр.1156-1165.

24. Драшкић, М., "Закључивање уговора о продаји", стр.49.

25. В. Извештај о америчком праву (Б-5). – У: "Formation of Contracts", стр.1073-1111.

26. В. Извештај о енглеском праву (Б-5). – У: "Formation of Contracts", стр.1116-1122.

27. В. Schönnenberger-Jäggi, "Obligationenrecht", стр.461.

те разлике вербалне или се односе на акцесорна питања, судови одлучују да уговор настаје ако првобитни понуђач ћути. Међутим, ако се ради о суштинским разликама између понуде и одговора на понуду, онда се такав одговор сматра противпундом која мора – да би настао уговор – бити прихваћена изричито или понашањем (прећутан прихват).

Еволуција у правцу признавања уговора у случају ћутања првобитног понуђача на прихват који садржи разлике у односу на понуду добила је свој највиши домет у решењима хашког Једнообразног закона о закључивању уговора о међународној продаји телесних покретних ствари од 1964.г., бечке конвенције УН о међународној продаји робе од 1980.г. и америчког Једнообразног трговачког законика од 1962.г.

Једнообразни закон такође прихвата начело да прихват мора бити сагласан са понудом, али од њега предвиђа значајна одступања. Ако одговор на понуду садржи допунске или различите елементе који не мењају суштински одредбе понуде, онда се он сматра прихватам уколико понуђач не укаже на разлике у кратком²⁸⁾ року. Већ само ћутање понуђача означава овде његову сагласност са изменама. У том случају уговор је закључен према садржини понуде са изменама које се налазе у прихвату. Тешкоће се, при оваквом решењу, састоје у томе да се утврди где престају споредне промене понуде, а почињу суштинске. Апстрактно дефинисање разлика између суштинских и несуштинских промена није могуће.

Слично решење садржи и бечка Конвенција (чл.19 ст. 2). »Слично« због тога што усваја правила хашког Једнообразног закона, али у њега уноси неке корисне измене. У конвенцији се прецизира да приговор на прихват који садржи допунске или различите елементе који суштински не мењају одредбе понуде може бити учињен писмено или слањем обавештења. Довољно је, према томе, да је приговор одаслати; његово стицање прихватиоцу није услов пуноважности приговора. Приговор мора бити учињен без »неоправданог одлагања«, што значи да конвенција даје понуђачу нешто дужи рок за одлучивање него Једнообразни закон, који предвиђа, као што смо видели, »кратак рок« за приговор. Најзначајније побољшање конвенције у односу на Једнообразни закон представља набрајање (истина не таксативно већ само *exempli causa*) измена и допуна које се сматрају суштинским. По конвенцији суштинским се сматрају допунски или различити елементи који се односе, »између осталог«, на цену, плаћање, квалитет и количину робе, место и време испоруке, проширење одговорности једне уговорне стране у односу на другу или на решавање спорова.

Може се закључити да, према наведеним униформним изворима права, постоје две врсте противпунуда: оне које не садрже суштинске разлике и које могу бити прихваћене ћутањем и оне које садрже суштинске разлике и које могу бити прихваћене само изричито или прећутно (понашањем). Разграничење између ових двеју врста противпунуда није једноставно кадгод се ради о разликама између понуде

28. ЈЗ дефинише "кратак рок" као најкраћи могући рок, рачунајући од тренутка кад је радња могла бити обављена.

и одговора на понуду који садржи допуне или измене које нису наведене у конвенцији као суштинске. Имајући у виду несигурност овог разликовања, доктрина је критиковала решење ових униформних извора права. Понуђач који прими прихват који се по својој садржини разликује од понуде, наћи ће се по гледишту ових аутора²⁹⁾ у тешкој ситуацији, кад не може јасно да оцени да ли су разлике суштинске или не, а од тога зависи да ли он треба да одговори и како. Ни прихватилац није сигуран у судбину уговора, ако не прими никакав одговор понуђача, пошто није искључено да предложене измене нису оцењене као суштинске. Те несигурности у пракси се могу отклонити ако се понуђач у сваком граничном случају изјасни, а прихватилац учини свој прихват зависним од потврде понуђача. Ћутање на противпонуду би, према овом схватању, водило настанку уговора само онда кад се евидентно ради о несуштинским разликама, што у пракси неће бити чест случај.

Својеврсни екстрем у решењу овог питања представља амерички Једнообразни трговачки законик. Према чл. 2-207 овог законика »konaчна и благовремена изјава о прихвату или писмена потврда послата у разумном року дејствује као прихват без обзира што садржи одредбе које допуњују или се разликују од одредаба из понуде односно одредаба о којима је постигнут споразум, сем уколико прихват није био изричито условљен пристанком на допунске или различите одредбе«. Док у свим другим правима прихват који садржи допуне или разлике доводи до закључења уговора само изузетно, амерички законик предвиђа то решење као правило, од кога се само изричито (у понуди или прихвату) могу предвидети изузеци. Противпонуде по овом правилу нема, па се и не поставља питање дејства ћутања на примљену противпонуду. Ипак, иако ћутање не може по овом правилу изражавати прихват, оно игра одређену улогу при утврђивању садржине уговора који је настао на основу прихвата који садржи допуне или измене. Наиме, према истом члану америчког Једнообразног трговачког законика допуне и измене у прихвату у односу на понуду постају, кад се ради о продаји у привреди, саставни део уговора. Од овог правила предвиђена су три изузетка: (а) кад је у понуди прихват изричито везан за услове који су у њој наведени; (б) кад допунске одредбе суштински мењају уговор; и (в) кад је саопштење о одбијању допунских одредаба већ учињено или се учини у разумном року по пријему обавештења о њима. У овом трећем случају ћутање има то дејство да води настанку уговора чија је садржина одређена садржином прихвата. Уколико понуђач не ћути, ако стави приговор, уговор ће ипак настати али у садржини понуде.

8. Закаснили прихват

Ситуација слична оној која је горе разматрана може произићи и из закасног прихвата. Закаснили прихват се у већини европских права сматра новом понудом, коју првобитни понуђени чини првобитном понуђачу. Пошто таква »нова« понуда не садржи ништа ново у односу на првобитну понуду (ради се о идентичном, али

29. В. Dölle, Hans, "Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht", стр.725.

закасном, прихвату), национална права, посебно национална правосуђа, су више склона да ћутању на оваку »нову« понуду признају дејство прихвата. Овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват, долази нарочито до изражаја у две ситуације:

1. кад је понуђени свој прихват послао на време, али је он стигао са закашњењем без његове кривице и

2. кад је прихват закаснио при року обавезности понуде који није чврсто одређен (»разуман рок«, »нормалан рок«, »рок који произлази из околности« и сл.).

Ad 1) Ова ситуација јавља се само у правима која су прихватила или тренутак пријема прихвата (теорија пријема) или тренутак сазнања понуђача о прихвату (теорија сазнања) као тренутак настанка уговора. Већина ових права предвиђају у овој ситуацији обавезу првобитног понуђача, који не жели закључење уговора после протекла рока за приспеће прихвата, да обавести прихватиоца да се не сматра везаним својом понудом због закашњења прихвата. Он ту обавезу има, по већини права, ако је знао или могао знати да је прихватилац послао прихват на време, што је у пракси најчешће случај (датум одашиљања се лако може сазнати из датума писма са прихватам или жига поште). Обавештење мора бити послато »одмах«, »неодложно«, »најкасније првог наредног дана по пријему прихвата«. По нашем праву³⁰⁾ понуђач може своје обавештење о одбијању закасног прихвата послати одмах по истеку рока за прихват чак и ако му прихват није стигао. Довољно је да је обавештење послато да би произвело дејство. Али, ако првобитни понуђач ћути, сматра се да је пристао да закључи уговор.

Ad 2. И у другој од горе поменутих ситуација, понуђач има обавезу, ако неће да буде везан понудом, да обавести прихватиоца да је прихват стигао са закашњењем. С обзиром да трајање »разумног рока« странке могу различито тумачити, то правило је широко прихваћено у националним правима³¹⁾. Тако на пример, америчко правосуђе сматра да, у ситуацији кад понуда не садржи изричит рок за прихват, ћутање понуђача после примљеног закасног прихвата ствара уговор. *»Истина је да понуда, да би била обавезна за странку која је учини, мора бити прихваћена у оквиру разумног рока. Али, ако странка којој је она учињена јави свој прихват понуђачу у оквиру времена за које она учињено представља да је разуман, добра вера захтева од понуђача – уколико жели да се повуче због задочења – објави њу намеру одмах«³²⁾*. Разуме се, то не може важити за прихват који је учињен ван било ког разумног рока.

30. ЗОО, чл. 43 ст. 2, а то прихватају и друга права.

31. Швајцарски Законик о облигацијама – чл.5. немачко, француско и америчко правосуђе.

32. Извештај о америчком праву (Б-11). – У "Formation of Contracts", стр.1570-1572.

9. Дејство ћутања при закључењу уговора на основу општих услова пословања

За настанак трговачког уговора је карактеристична ситуација да се странке позивају за своје опште услове пословања. Да ли ћутање супротне странке на опште услове понуђача или понуђеног значи њихово прихватање и шта бива кад се обе странке позивају на своје опште услове који су међусобно различити?

При одговору на први део питања треба правити разлику између следећих ситуација:

а) Општи услови су одштампани у самој понуди, изнад потписа понуђача. Прихватам такве понуде понуђени прихвата и опште услове. Никаква посебна изјава о прихвату општих услова понуђача није у овом случају потребна. Дилеме се могу јавити само онда кад су општи услови одштампани на језику који је различит од језика понуде или кад су одштампани тако ситним словима да при нормалној концентрацији нису морали бити запажени. Тада се питање да ли прихват понуде укључује и опште услове решава путем тумачења које има у виду пре свега могућност сазнања општих услова од стране понуђеног.

б) Општи услови су одштампани у посебној исправи, али су учињени познатим другој страни одашиљањем или предајом уз понуду, у којој се на њих позива. У овој ситуацији општи услови нису садржани у понуди али су понуђеном стављени до знања одговарајућим упућивањем. Потпис понуђача не покрива овде опште услове. Ипак, с обзиром на позивање у самој потписаној понуди на послате односно приложене опште услове, треба сматрати да они чине индиректну садржину понуде и применити исто правило које важи за ситуацију под а), с тим што су наведени изузеци од овог правила у овом случају значајнији. Овде треба напоменути да се индиректном садржином уговора не могу сматрати општи услови достављени тек са фактуром, налогом за испоруку или признаницом.

в) На опште услове се позвало, али нису предати нити послати другој страни, па ова није била стављена у ситуацију да их сазна (на пример, позивање на опште услове подлифераната). Њихово прихватање у овој ситуацији може бити само изричито. Изузетак би представљала ситуација постојања сталних пословних односа међу странкама, који су били засновани од почетка на општим условима са којима је друга страна била раније упозната. Исто тако, изузеци наведени доле под д) примењују се и у овој ситуацији.

г) Ситуација кад се на опште услове није позвало нити у понуди односно прихвату, нити су они предати или саопштени другој страни. Другој страни није дата могућност да за њих сазна, па се по природи ствари намеће закључак да друга страна не може да прихвати опште услове простим ћутањем. Ипак, у правосуђу и теорији³³⁾ се делом дошло до схватања да општи услови могу да – и без знања друге стране – одређују односни уговорни однос. То је случај са тзв. нормативним општим условима који су донети за целу грану привреде на нивоу државе. Овде се ра-

33. В. Götz, D., *op. cit.*, стр.143-180.

ди о парадржавном праву обученом у облик општих услова. Они се најчешће јављају у области јавних служби (на пример дистрибуција електричне енергије), транспорта и банкарства. Тако се сматрају обавезним и без посебног, изричитог, прихвата странака претходно објављени општи услови за снабдевање електричном енергијом, тарифе и правилници железнице и других саобраћајних предузећа, општи услови банака, и у случајевима кад странке нису знале за њих. Исто важи и за склапање уговора са предузетницима, за које су странке знале или морале знати да уобичајено узимају као основ уговарање опште услове пословања (шпедитери, осигураваачи, складиштари, туристичке организације итд.).

Ни национални ни униформни извори права не садрже решење за тзв. битку формулара (*battle of forms*), тј. за ситуацију кад су се обе стране позвале на своје опште услове пословања који се међусобно разликују. Према гледишту израженом поводом припрема бечке конвенције³⁴) треба разликовати два случаја.

- Ако се понуђач у понуди позвао на своје опште услове прихватилац може претпоставити да се понуђач неће без даљег сложити са његовим приложеним, по садржини различитим, условима. Измена понуде позивањем на опште услове прихватиоца представља, према томе, суштинску разлику. Просто ћутање понуђача не значи у овом случају пристанак на опште услове прихватиоца.
- У случају да се понуђач није позвао на своје опште услове, а прихватилац се позвао на своје, настанак уговора зависи од претпостављене сагласности понуђача са овим општим условима. Да та сагласност постоји, произлази из чињенице да понуђач није, сагласно чл. 19 ст. 2 бечке конвенције, ставио приговор. Ипак, прихватилац не може тумачити ћутање понуђача као пристанак на опште услове, ако они садрже клаузуле које су »ван оквира уобичајеног и разумног« и које представљају суштинску разлику у односу на клаузуле понуде.

При оцењивању да ли су разлике између општих услова суштинске или не, треба имати у виду да разлике између унапред формулисаних општих услова могу имати различити значај кад постану саставни део појединог уговора.

10. Потврдна писма

Уобичајено је, нарочито међу привредницима, да се на крају преговора шаље потврдно писмо чија је сврха да утврди постигнути степен сагласности међу странкама. Да ли се ћутање примаоца оваквог писма има сматрати као његов прихват?

Одговор на ово питање је различит у националним правима. У англосаксонским правосуђима не може се наћи директан одговор на ово питање, али је у правој теорији преовладало мишљење да ћутање примаоца потврдног писма треба третирати као прихват. Овај закључак се изводи на бази аргумента *a fortiori*: ако судови дају такво дејство коначној понуди поднетој на основу дуготрајних прего-

34. В. Huber, Ulrich, *Der Uncitralentwurf eines Ubereinkommens über internationale Warenkaufverträge*. – "RabelsZeitschrift", 1979., Heft 2, стр. 444

вора у току којих је постигнута сагласност о основним тачкама уговора, онда утолико пре треба придати такво дејство потврдним писмима.

Тенденција признавања ћутања на потврдно писмо дејства прихвата најјаче је дошла до изражаја у средњеевропској групи права. Ово одступање од генералног правила да ћутање не значи прихват примењује се у случајевима кад је потврдно писмо уследило после преговора у току којих је постигнута основна сагласност међу странкама, мада уговор још није настао³⁵).

У другим континенталним правима, укључујући и наше, не постоје извори права који би указивали на начелне ставове ових права у односу на значај ћутања кад је потврдно писмо уследило после преговора. Ипак, и у тим националним правима ћутање заснива прихват, ако постоје извесни допунски фактори које говоре у прилог таквом решењу. Посебно значајан фактор представљају трговачки обичаји и претходно пословање међу странкама. Ако у грани трговине којој припадају странке постоји обичај који намеће примаоцу потврдног писма дужност изјашњавања, онда ће та чињеница одредити судове у огромној већини правних система да ћутању дају у овој ситуацији дејство прихвата. Исти закључак важи и за случајеве кад је међу странкама постојала претходна пракса у току које је једна страна слала потврдна писма, а друга прећутно извршавала уговор. Најзад, при оцењивању значаја ћутања на потврдно писмо судови узимају у обзир обим несагласности која постоји међу странкама. Уколико је већи степен сагласности који је постигнут у току преговора, утолико је вероватније да ће ћутању на потврдно писмо бити признато дејство прихвата.

Други тип ситуације постоји кад је потврдно писмо послато после већ закљученог уговора, а оно садржи одредбе којима се тај уговор мења или допуњава. У овој ситуацији се не поставља питање настанка уговора, већ да ли се ћутање на такво потврдно писмо сматра прихватам измењене садржине уговора.

Тешко је и овде утврдити генералан став националних права. Пре би се могло говорити о општим тенденцијама неголи о чврстим ставовима ових права. Решења правосуђа су и овде одређена извесним факторима, чије постојање или непостојање у конкретном случају утиче на одлуку суда (трговачки обичаји, претходна пракса међу странкама, ранија преписка међу странкама и др.³⁶).

Ова тенденција је дошла до изражаја и у нашој судској пракси, при примени узансе бр. 16 ст. 2 Општих узанси, по којој писмена потврда мора у свему одговорити усмено закљученом уговору. Полазећи од начела поштења и савесности суд³⁷) је сматрао да се прималац потврдног писма мора оградити ако садржај потврде не одговара садржају постигнутог споразума. »Према конкретним околностима, може се узети да је садржај писменог саопштења истинит, ако прималац не реагује«. Ћутање на потврдно писмо не тумачи се, дакле, само по себи као прихват

35. В. Извештај о аустриском, немачком и швајцарском праву (Б-5). – У "Formation of Contracts", стр.1152-1165.

36. В. о томе ближе у закључку овог чланка.

37. В. "Збирка одлука привредних судова", I свеска, бр. I.

измена. Да ли ће оно бити третирано као прихват зависи од »конкретних околности«. Поред ћутања, потребни су и неки додатни фактори да би изостанак реакција примаоца потврдног писма довео до усвајања садржине овог писма.

Закључак

Ћутање може имати дејство прихвата само изузетно, у извесним, горе описаним типичним ситуацијама. Као и све изузетке од правила, правосуђе у свим земљама тумачи и овај изузетак од правила, да ћутање не може представљати изјаву воље, веома рестриктивно. Чак и кад постоје описане ситуације, судови оклевају да аутоматски искључе опште правило. Одлуке судова, у којима се признаје ћутању дејство прихвата, засноване су често на читавом сплету фактора који су говорили у прилог таквог решења. Тек комбиновано дејство више фактора у једној од описаних ситуација може произвести ћутање у изјаву воље.

При одлучивању да ли да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејство прихвата или не на судове су утицали и извесни општи фактори. То су:

- Трговачки карактер уговорних односа. – Судови у трговачким односима лакше третирају ћутање као прихват. Та је појава запажена у свим националним правима, чак и у оним у којима су извори трговачког и грађанско права јединствени (италијанско право, на пример).
- Поверење странке које се позива на уговор. – Фактор оправданог поверења у настанак уговора је при одређивању судова играо значајну улогу. Важност овог фактора навела је Williston-а да формулише следеће начело: *»Ако је ситуација из било којих разлога таква да би разуман човек закључио да ћутање нужно указује на присиљанак, неко ко ћути, а зна да ће његово ћутање бити погрешно тумачено, не може негирајући природно тумачење својих намерања... кад му је јасно да једном речи може сиречијим ишћешно погрешно тумачење«*³⁸.
- Важност и природа стеченог или укинутог права. – Што је значајније право односно обавеза у питању, то је суд мање склон да третира ћутање као прихват. За прихватање посебно тешких обавеза за понуђеног, траже се јачи докази неголи што је то просто ћутање. И постојање фактора поверења странке у настанак уговора, о коме је говорено у претходном ставу, зависи делимично од важности стеченог или изгубљеног права.
- Неоправдано обогаћење једне стране на терет друге. – Чињеница да би одбијања настанка уговора при ћутању понуђеног оставило њему економску корист на терет понуђача може одредити суд да третира ћутан је као прихват.
- Најзад, у многим правима је критеријум поштења и савесности (добре вере) био тај који је често пресудно утицао на суд. У италијанском праву је, на пример, Касациони суд³⁹ истакао принцип да једно лице има оба-

38. В. Извештај о америчком праву (В-5). – У "Formation of Contracts", стр. 1073-1111.

везу да говори кад, према околностима, друга страна претпоставља у доброј вери да је ћутање равно прихвату. Тим критеријумом се користило и француско правосуђе. У тим правима је, полазећи од критеријума добре воље, признавано ћутању значај прихвата и у случајевима који нису обухваћени горе разматраним типичним ситуацијама.

(чланак примљен 6. III 2002.)

Prof. Ph.D. Mladen Draškić,
Faculty of Economy, Belgrade

Silence as Statement of Will in Legal Circulation

Summary

The one who is silent, he/she declares nothing. That is a general rule in all national laws. However, there are some exceptions from that rule in all national laws, as well. This article expresses the attitude of legal doctrine about silence as statement of will, describes and analyzes typical situations in which the silence is considered as acceptance of offer in making a contract. Those situations are: 1) preliminary agreement of parties, 2) duty of making a statement of some categories of persons, 3) duty of making statement in concluding certain contracts, 4) duty of making a statement based on previous business between the parties, 5) offer which offeree asked for, 6) final offer that a party made after the negotiations, 7) silence as acceptance of counteroffer, 8) delayed acceptance, 9) effect of silence in concluding contract based on general terms of carrying on business, 10) confirmation of letter. In conclusion, the author expresses that courts in all countries interpret very restrictively the exceptions of general rule that silence is not statement of will. They hesitate to eliminate automatically the general rule even in the above-mentioned situations. The court decisions, which recognize effect of acceptance to silence, are based on bunch of appropriate circumstances. Even some general factors influenced courts in deciding if silence is acceptance in above-mentioned exceptional situations. Those factors are, for instance, commercial character of contractual relationships, justifiable trustworthiness of party who respects the contract, importance and character of acquired or abolished rights, unjustifiable enrichment and bona fidei criterion.

Key words: Silence; Statement of Will; General Rule; Exceptions; Contract; Making Contract; Acceptance; Courts.

39. Случај Sorolio v. Pansini (Cass.18. april 1955).