

УДК: 347.74

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23408A

Петра СТАНОЈЕВИЋ*

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

Василије МИТРОВСКИ**

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ЋУТАЊЕ ЈЕ ЗЛАТО – АНАЛИЗА ИЗРЕКЕ КРОЗ ПРАВИЛА ТРГОВИНСКОГ ПРАВА***

Сажетак

Рад се бави анализом ћутања (пасивне радње) на терену грађанској и трговинској права, са посебним освртом на његову регулативу у ЗОО, који предвиђа могућности закључења уговора ћутањем као важан изузетак од широко прихваћеној принципима аутономије воље. Аутори се баве и разграничењем појма ћутања од сличних правних институција, као и анализом разних уредноправних решења и могућности њихове примене у домаћем праву. Најослејку, разматрају се и поједине ситуације и врсте уговора у контексту могућности закључења ћутањем. Главна идеја рада јесте да је ћутање као изузетак од начела аутономије воље уведено ради заштите интереса правној промету науштрб интереса уговорница и правне сигурности, те да мора бити уско тумачено.

* Електронска адреса аутора: petrrrrrra.s@gmail.com.

** Електронска адреса аутора: mitrovskizm@gmail.com.

*** Овај рад је награђен одлуком фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2023. годину.

Аутори ујоредна и домаћа правила осмајрају ураво у свейлу ових интереса и дају предлоге како би они могли бити ефикасније заштитени.

Кључне речи: *Ћутање. – Прихват понуде ћутањем. – Закључење уговора ћутањем. – Правила трговинског права.*

I Уводна разматрања

„Ћутање је злато“ је стара изрека која се употребљава када се жели истаћи колико је ћутање у појединим животним ситуацијама драгоцено. Међутим, да ли она важи и у (трговинском) праву, које тежи да уреди и организује свакодневни живот људи? Интуитивно говорећи, правни субјект се не може обавезати према другом пасивном радњом, простим ћутањем, неактивношћу. Ипак, у тежњи да задовољи различите интересе у основи свог постојања, право је морало наћи начин да од овог општег принципа одступи и тиме дозволи ситуације у којима се субјект може наћи обавезаним упркос непостојању изговорене или написане речи.

Могућност закључења уговора, односно прихвата понуде ћутањем јавља се као изузетак од широко прихваћеног принципа аутономије воље. Према овом начелу, правни субјекти су слободни да своје односе уреде по својој вољи, а у складу са јавним поретком, добрим обичајима и принудним прописима. Начело је на овакав начин имплементирано у оквиру Закона о облигационим односима,¹ а присутно је и у упоредном праву – како експлицитно, тако и имплицитно, а потиче још из доба римског права.

Оваква формулација начела аутономије воље јасно указује на два интереса између којих право као такво обитава – интереса странака као појединачних правних субјеката, с једне стране, и интереса правног поретка, односно државе као колектива, с друге. Како ово начело има смисла само ако не штети правним интересима трећих и колектива (и то само оних које право сматра оправданим), тако изводимо закључак да се при проучавању овог начела и института који из њега произлазе неминовно мора водити рачуна о интересу уговорних страна у поређењу са друштвеним интересом.

У контексту овог рада, принцип слободе уговарања постоји у основи у интересу уговорних страна – да би оне уредиле своје односе

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/29, чл. 10.

на начин који им највише одговара, али уз изузетке које трпи у смислу поштовања друштвеног интереса, јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја. Стога се мора водити рачуна о томе да постојање свих изузетака од овог начела, који су установљени управо ради заштите тог вишег друштвеног интереса, буде оправдано. У том смислу поставља се питање – на који начин се закључење уговора ћутањем може подвести под изузетке од начела аутономије воље?

С обзиром на то да је питању закључења уговора ћутањем према правилима трговинског права дато веома мало простора у српској правној теорији, законодавству и у судској пракси, овај рад има за циљ да анализира ћутање као правни институт и његово значење у трговинском праву, уз критички осврт на упоредноправну регулативу и приказ могуће имплементације у домаћем праву, а све кроз призму његових основних начела.

У основи, право сам пасивни чин ћутања не квалификује довољним за закључење уговора. Ипак, готово сва данашња права познају институт закључења уговора ћутањем, махом као изузетак од основног правила представљеним начелом аутономије воље. Тако и у нашем праву, и то у члану 42 ЗОО, видимо да „ћутање понуђеног не значи прихватање понуде“ (став 1). Међутим, Закон говори о две ситуације у којима ће се сматрати да је уговор закључен упркос ћутању понуђеног. Тако из става 3 и 4 истог члана видимо да „кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понудиоцем 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“, као и да „лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада вршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог ако га није одмах одбило.“

Из наведених формулација закона намеће се питање улоге судова при решавању будућих спорова, односно да ли они морају водити рачуна да изузетке не тумаче прешироко или имају овлашћење на креирање права, те на евентуалну примену овог института и ван случајева изричито прописаних законом. Наше је становиште да се при одговору на ово питање мора водити рачуна о два кључна момента.

Прво, као што је претходно већ напоменуто, треба водити рачуна о односу интереса странака у односу на друштвени интерес у конкретном случају. Друго, изузеци у праву често су предвиђени у интересу слабије уговорне стране у односу на привредног субјекта као професионалца, те се тумачењем правила закона слабија уговорна страна не сме довести у тежи положај.

Чини се да се у нашем трговинском праву овај проблем не може јавити због поимања уговора у привреди као уговора које закључују

искључиво привредни субјекти, међутим постоје ситуације у којима је заштита слабије стране и више него релевантна за трговинско право. Тако, у науци постоје врсте уговора које се сматрају трговинским и кад им је једна страна непривредни субјект, а због учесталости закључивања и због своје суштине која је привредноправна (трговина робом, новцем, услугама бар једне стране).² При анализи института закључења уговора ћутањем у случају ових уговора треба имати на уму да ли се овакво решење противи интересу слабије стране те као такво и основном постулату по ком се тумачење уговора врши у њеном интересу.

Такође, треба уочити да је једна од основних идеја (трговинског) права које почива на теретним уговорима једнакост давања и положаја уговорних страна. У том смислу, мора се водити рачуна да увођење обавезе једне уговорне стране на активно одбијање понуде може бити у сукобу са једнакошћу и теретима које уговорне стране морају да сносе у правном промету.

Језичко тумачење датих одредаба закона отвара пут још неким спорним питањима. Пре свега, уочавамо проблем њихове неодређености. Појам „*стпална йословне веза*“ може изазвати спорења у пракси због своје непрецизности, а то шта се заправо сматра сталном пословном везом – остаје на судовима да разреши.³ Ни израз „*йрихвайшање йонуде која се односи на йтакву робу*“ такође није прецизно дефинисан.

Да ли законодавац овде мисли на исту или истоврсну робу? Да ли би се овде могла сврстати и другачија роба која служи испуњењу исте или сличне сврхе? У том смислу поставља се питање на који начин регулисати ситуацију у којој је роба наведена у понуди друкчијег квалитета од оног који је раније уговаран или кад понуда садржи количину робе знатно већу у односу на ону која је редовно уговарана? Коначно, да ли је оправдано оптеретити понуђеног у ситуацији када се цена робе наведена у понуди значајно разликује од оне која је редовно уговарана?

Ово су све питања која нису значајније обрађена у домаћој литератури нити судској пракси, те је простор за теоретисање широк. У страној пракси судови су често пресуђивали на основу „здравог разума“, односно на темељу свих околности случаја утврђивали су да ли је понуда разумна из угла понуђеног, те да ли је повољна за њега.⁴

Треба споменути да закон предвиђа обавезу одбијања понуде у случају чијег непоштовања ће се сматрати да је уговор (о осигурању)

2 Небојша Јовановић, Мирјана Радовић, Вук Радовић, *Трговинско йраво*, Београд, 2021, 58–59.

3 „Међутим, склапање само једног уговора између странака, макар се радило и о уговору склопљеном на неодређено време, нема значај континуираног уговорног односа...“ *Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-742/07* од 26. 3. 2010.

4 Вид. *Cooper vs National Westminster Bank plc* 2009.

закључен.⁵ Законодавац институт закључења уговора ћутањем овим чланом ЗОО имплементира и другом законодавном техником, на посебан начин – за одређену врсту уговора односно врсту уговарача или обавезе која се уговором стиче.⁶

Коначно, уочавамо и члан 750 ЗОО, који се чини допуном члана 42 става 4, који институт ћутања као закључења уговора у чијој је основи налог већ уводи на експлицитан начин, те само придодаје обавезу накнаде штете понудиоцу у случају неприхватања налога у предвиђеном року. Овде се једино као питање отвара да ли је ова одговорност уговорна или деликтна, с обзиром на то да из члана 42 произлази да ће се уговор сматрати закљученим, али одговорност из члана 750 заснива се на неинформисању о одбијању налога, у ком случају уговор и није закључен.

Изводимо закључак да је институт закључења уговора ћутањем у српско право уведен на два начина – експлицитно, као изузетак од основног принципа аутономије воље и у виду обавезе одбијања понуде у случају чијег кршења произлази уговор.

II Разграничење између ћутања и осталих правних института

Ћутање у праву означава једно потпуно пасивно стање на основу кога се не може извести никакав закључак о намерама лица које ћути, што значи одсуство било каквог испољавања воље.⁷

Међутим, уговор може бити закључен и без изричите изјаве воље, када неко прећутно изражава своју вољу, из чега савесни прималац такве изјаве воље може закључити да она постоји и да је правно обавезујућа. Тада је реч о тзв. прећутној изјави воље или *конклучентним радњама*, које нису предузете да би се манифестовала воља за закључење уговора, али се на основу „праксе утврђене између заинтересованих страна или обичаја“,⁸ могу сматрати изјавом воље. ЗОО прописује да је понуда прихваћена кад понуђени пошаље ствар или плати цену,⁹ а Опште узансе за промет робом наводе и друге примере.¹⁰

5 ЗОО, чл. 901 ст. 3.

6 О посебним уговорима и ћутању вид. Миодраг Орлић, „Ћутање понуђеног као знак пристајања према Закону о облигационим односима“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 52/2004, 23–51.

7 М. Орлић, 6.

8 ЗОО, чл. 39 ст. 2.

9 ЗОО, чл. 39 ст. 2.

10 На пример, када купац робу која му је предата „на оглед“, „на пробу“, „на поглед“, „по виђењу“, не врати у року који је био уговорен за његову изјаву да ли робу прима, сматра се да је закључен уговор о куповини и продаји (ОУ, клаузула бр. 34).

Вероватно најпознатији пример је закључење уговора о превозу са превозником самим уласком у градски аутобус. Сматрамо да би чак и ако би лице пре уласка изјавило да не жели да закључи овај уговор, то представљало контрадикторно понашање које би се, према члану 12 ЗОО, могло сматрати кршењем начела савесности и поштења.

Конклюдентна радња је увек изјава воље, а ћутање само изузетно, под законом прописаним условима. Неки аутори сматрају да и само ћутање може да буде конклюдентна радња.¹¹

Код *ирейходној сјоразума сјранака да ће се ћушање понуђеној сматрати иривајом*, који се уочава у упоредном праву, примећујемо да институт закључења уговора ћутањем губи своју природу – изјава воље понуђеног је унапред дата, што је супротно правном појму ћутања. Могло би се сматрати да је реч о прихватању понуде путем шифре која се састоји у ћутању.¹² Оваква одредба је према чл. 42 ст. 2 ЗОО ништава.

„*Денїлменски сјоразум*“ (којим се преговарачи договарају да ће понудилац ћутање сматрати пристанком на уговор) не може бити доказ значаја ћутања као прихвата сам по себи, већ пракса успостављена на његовој основи.¹³

Да ли се ћутање потрошача који је *иримио ненаручену робу или услују* може сматрати његовим пристанком на тај уговор? Према једном схватању, реч је о безусловном поклону, слање ствари представља понуду конклюдентном радњом, а ћутање потрошача значи прихват. Потрошач би могао слободно да располаже њиме, без потребе да плати заузврат. Према другом схватању, ћутање потрошача не значи пристанак на понуду, али ако се почне понашати као власник ствари сматраће се да је пристао на безусловни поклон.¹⁴ Примећујемо да је српски законодавац прихватио друго схватање тако да у нашем праву „нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног или неко друго његово пропуштање (на пример, ако 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.“¹⁵

11 Petar Miladin, „Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4/2008, 928.

12 Мирса Мијачић, „Прихватање понуде ћутањем понуђеног“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, бр. 17/1977, 290.

13 Анастасија Ивановна Целлер, „О некоторых особенностях практики акцептования оферты конклюдентными действиями“, *Вестник Челябинской государственной университетей*, Серия: Право 2019. — Т. 4, вып. 2, 96.

14 Марија Караникић Мирић, „Забрана слања ненаручених пошиљака у српском праву и у праву ЕУ: Усклађеност и развојне тенденције“, *Казнена реакција у Србији: IX део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2019, 180–181.

15 ЗОО, чл. 42 ст. 2.

Уговор закључен *електронским путем* сматра се закљученим када им лице коме су упућене електронске поруке са изјавом прихвата може приступити.¹⁶ Пружалац услуга има обавезу да потврди пријем електронске поруке која садржи понуду или прихват.¹⁷ Због појачане формалности, расправа о могућности закључења уговора ћутањем овде слична је оној код формалних уговора,¹⁸ те сматрамо да природа ових уговора искључује ту могућност.

Када неко лице учини *позив да се понуда упути уз резерву свој накнадној фирмијанка*, предлог не представља понуду, али обавезује предлагача да обавести понудиоца да одбија понуду, иначе ће се уговор сматрати закљученим. У овом случају сагласност воља настаје из саме чињенице да она није изричито негирана.¹⁹

Када је реч о закључењу уговора *на аукцији*, поставља се питање да ли има услова за примену института закључења уговора ћутањем, с обзиром на то да се на аукцији уговор закључује у моменту „пада чекића“. Шта по својој правној природи представља пад чекића? Он је несумњиво прихват понуде коју је учинио учесник надметања од стране аукционара и представља тзв. „изјаву воље без речи“. Ипак, није реч о прихвату понуде ћутањем, већ општеу својеним знацима (као што је климање главом, дизање руке).²⁰

III Упоредноправна решења и могућност њихове примене у српском праву

1. Упоредноправна регулатива

Анализом упоредног права уочено је да је закључење уговора ћутањем дозвољено ако постоји сплет околности које ћутању дају неопходну квалификацију. Махом је тражена околност која ће се на њега надовезати као услов за квалификацију ћутања прихватам.²¹ Постоји неколико таквих околности које ће бити представљене и упоређене с домаћим решењима.

16 Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 95/2013, 52/2019, чл. 15.

17 Закон о електронској трговини, чл. 14 ст. 1.

18 Вид. одељак IV–1.

19 Robert M. Merkin, Severine Merkin QC, *Poole's Textbook on Contract Law*, Oxford, 2021, 62.

20 Маша Мишковић, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 134.

21 Младен Драшкић, „Ћутање као изјава воље у правном промету“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2/1993, 102.

Нека законодавства за *одређене категорије лица* или *уговора* (закономима и трговинским обичајима) прописују обавезу изјашњавања. У нашем праву ово постоји у вези са уговором о осигурању, у америчком с уговором о продаји, а у осталим уочавамо ову обавезу код уговора у искључиву корист понуђеног.²²

Ово решење је интересантно из аспекта понуђеног, јер ћутањем стиче искључиво права и из тог угла чини се оправданим. Ипак, овим се одудара од главног разлога због ког је закључење уговора ћутањем уведено, препознавања туђег у односу на интерес понуђеног као важнијег. У литератури се често као поређење домаћег решења са овим наводи и прећутно продужење уговора о закупу и лиценци, али истичемо да смо ове начине изражавања воље препознали као конкluentне радње.²³

Неретко се и *неогбијање понуде* учињене на основу позива на понуду изједначава са прихватом. Наша се судска пракса о томе није изјаснила, али ЗОО наводи: „али ће пошиљалац таквих позива одговарати за штету који би претрпео понудилац ако без основаног разлога није прихватио његову понуду.“²⁴ Дакле, наше право не препознаје овај начин закључења уговора ћутањем, већ само извлачи вануговорну одговорност понуђеног.

Прошвићпонуа којом понуђени изјављује да прихвата понуду уз измену одређеног елемента, у нашем праву сматра се новом понудом, односно нема природу прихвата. У упоредном праву уочено је решење по коме се понуда може прихватити ћутањем, ако садржи вербалне несуштинске разлике у односу на првобитну. Проучавајући ово решење претпостављамо да је засновано на потребама брзог промета. Међутим, управо се зато може јавити проблем тумачења несуштинског и разлика у значају који поједине одредбе могу имати за уговорнике. У српском праву овакво решење не постоји.²⁵

Слично овом је и питање *закаснелој прихватања*, који се у нашем праву сматра новом понудом идентичне садржине. У упоредном праву дозвољава се прећутно закључење уговора на основу ове нове понуде. ЗОО предвиђа да је „ако је изјава о прихватању која је учињена благовремено стигла понудиоцу после истека рока за прихватање, а понудилац је знао или је могао знати да је изјава отпослата благовремено, уговор закључен“ и да „уговор у таквом случају није закључен ако понудилац одмах, а најкасније првог радног дана по пријему изјаве, или

22 М. Драшкић, 105.

23 *Ibid.*, 106.

24 ЗОО, чл. 35.

25 М. Драшкић, 109.

и пре пријема изјаве а по истеку рока за прихватање понуде, извести понуђенога да се због закашњења не сматра везан својом понудом.²⁶

Ипак, оправдано постављамо питање – да ли се ово уопште може квалификовати као закључење уговора ћутањем на нову понуду или је ипак у питању продужење рока за прихватање првобитне понуде? Језичким тумачењем члана нагињемо другом решењу. У ставу 2 члана 43 ЗОО видимо да законодавац користи две језичке конструкције – „али“ и „изјава о прихватању“. У том смислу сматрамо да сам законодавац ову ситуацију карактерише као изјаву воље на постојећу понуду пре него као нову понуду.

Учестала је примена „*іойівердноі ііисма*“ (нем. *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben*) – писане изјаве у којој „потврдилац“ (пошиљалац) обавештава примаоца да је са њим закључио усмени уговор, односно понавља претходни усмени договор.²⁷ Што се потенцијалне примене потврдиних писама у нашем праву тиче, изводимо следеће закључке. Ћутање заснива прихват ако постоје допунске околности које говоре томе у прилог, посебно трговински обичаји и претходно пословање. Исти закључак треба применити кад је међу странкама постојала претходна пракса у току које је једна слала потврдна писма, а друга прећутно извршавала уговор. Судови узимају у обзир обим несагласности која постоји међу странкама, већи степен сагласности у току преговора, већа могућност да ће ћутању на потврдно писмо бити признато дејство прихвата понуде.²⁸ Закључујемо да, иако није непосредно законски регулисана, примена потврдиних писама у домаћој судској пракси је замислива у одређеним околностима, али је занимљиво како би домаћи судови решавали спорове поводом њих.

2. Упоредна судска пракса

У циљу анализе пресуда упоредних правних система, од значаја је навести начине на које је резоновано при непостојању јасне регулативе и упоредити начела трговинског и општег уговорног права на којима се заснивају одлуке и оних на којима почива српско право.

У енглеској судској пракси занимљива је пресуда у спору *Rust vs Abbey Life Insurance Co (1979)*,²⁹ где суд налази да уговор постоји јер је

26 ЗОО, чл. 43 ст. 2 и 3.

27 Вид. Hansjörg Naack, „Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und Schweigen im Handelsverkehr“, доступно на адреси: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/432951/>, 8. 1. 2023; Peter Gauch, „Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991, 2.

28 М. Драшкић, 111.

29 Чињенично стање случаја доступно на адреси: <https://vlex.co.uk/vid/rust-v-abbey-life-794064369>, 18. 11. 2023.

тужилац прихватио понуду ћутањем. Пропуштање тужиоца да одговори на полису се сматра прихватом узимајући у обзир да није уложен никакав приговор на полису и имајући у виду историју њиховог пословног односа. Резоновање суда заснива се на две чињенице – није било приговора, односно да је странка имала прилику да се изјасни и води рачуна о својим интересима, што није учинила и још важније, на околности ранијег пословног односа уговорника.

Другачије суд резонује у спору *Cooper vs National Westminster Bank Plc (2009)*,³⁰ где закључује да уговор није закључен јер је понуда неповољна за понуђеног и понудилац је морао увидети да је он не би прихватио. Примећујемо да је суд овде одлуку донео на темељу свих чињеница познатих у случају, а најбитније узевши у обзир „здрав разум“, односно чињеницу да је понуда била толико неповољна за понуђеног да он уопште не би желео да њоме буде обавезан.

Један од најбитнијих спорова у енглеској судској пракси и онај из ког многи писци изводе закључак да се ћутање не може сматрати прихватањем је *Felthouse vs Bindley (1862)*. Након неуспешног преговарања о цени робе, купац је изјавио продавцу да ће, уколико овај не изјави шта другачије, сматрати да је прихватио купчеву цену. Спор се јавио јер је роба грешком продата трећем лицу, те је купац тужио продавца тврдећи да је он власник ствари.

Суд је пресудио да уговор није закључен јер купац није имао права да једнострано наметне обавезу изјашњавања на понуду. Чини се да је ово решење правилно због принципа да се другоме не може једнострано наметнути обавеза. Оваква пресуда била би у складу и са цитираном одредбом ЗОО по којој понудилац не може наметнути понуђеном обавезу изјашњавања на понуду.

Ипак, сматрамо да треба узети у обзир друге околности случаја, нарочито чињеницу да је непосредно након ове једностране изјаве воље купца продавац располагао робом на начин на основу ког се може закључити да постоји његова воља за закључење уговора, те да је у чињеничном стању наведено да је роба „грешком“ продата трећем лицу. У том смислу, суд је морао пресудити према једном од два параметра – правилу аутономије воље, односно забране наметања своје воље другом и чињенице да постоји радња понуђеног из које се имплицитно може закључити да је пристао на понуду.

Неоправданим сматрамо становиште које пресуду тумачи тако да ћутање не може представљати прихват понуде. Оно што сматрамо исправнијим јесте становиште које као главну максиму из ове пресуде

30 Пресуда доступна на адреси: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7e260d03e7f57eb29f6>, 18. 11. 2023.

изводи да нико не може једностраном изјавом воље другом наметнути обавезу изјашњавања на понуду.

Постоје и писци који овакво резонување суда сматрају неправилним. Тако Милер наводи да проблем у вези са поистовећивањем ћутања са прихватам постоји кад је ћутање двосмислено те се не може закључити у ком правцу иде воља понуђеног, што у конкретном спору није случај.³¹

Ово гледиште делује исправније. Правило о закључењу уговора ћутањем постоји у интересу јавног поретка и брзине одвијања промета и ћутање може бити проблематично само кад није јасно да ли је намера понуђеног заиста била да не изјави вољу или је имао намеру да закључи уговор прећутно верујући да за то постоји могућност.

Закључујемо да енглеска судска пракса закључење уговора ћутањем заснива на сличним основним принципима као наша. То су случајеви кад за то постоји неки већи, друштвени интерес упркос другачијем интересу уговорника. Пресуде се доносе узевши у обзир питање – да ли би понуђени под редовним условима пристао на услове из понуде? Коначно, упркос томе што *common law* не познаје принципе добре вере и савесности и поштења, уочавамо да у ситуацијама кад нема развијених обичаја и праксе међу странама, ћутање се и даље може сматрати прихватањем онда кад би било „неразумно“ сматрати другачије, нарочито ако је понуђени тај који је покренуо преговоре.

Ћутање понуђеног, као у основи и у нашем праву, сматраће се прихватањем само ако постоји дужност изјашњавања. Ипак, правни писци се не слажу око тога одакле све та дужност може произаћи, те неки чак иду дотле да тврде да се овде не ради само о правној, већ и о моралној дужности изјашњавања.³²

Ипак, овај проблем разграничења моралног и правног у нашем, као и у континенталном праву није толики као у *common law* систему, а све то захваљујући постојању начела савесности и поштења и поступања у доброј вери.³³ Понашања која се код нас могу санкционисати на основу овог принципа у *common law* „решавају“ се увођењем моралних дужности (на изјашњавање и слично).

Као пример из америчке судске праксе навешћемо спор *Laredo National Bank v. Gordon (1932)*³⁴ – „када је однос између страна такав

31 Вид. R. M. Merkin, S. Merkin QC, 61–62.

32 Вид. Извор без аутора, „Silence as Acceptance in the Formation of Contracts“, *Harvard Law Review*, Vol. 33, Nr. 4/1920, 595–598.

33 Вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015.

34 Вид. Earl F. Simmons, „Contracts-Offer and Acceptance-Silence as Acceptance“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 1, Nr. 1/1933, 145–146.

да понудилац оправдано очекује одговор или је понуђени дужан да одговори, ћутање потоњег сматраће се прихватањем.“ И „ономе ко ћути, знајући да ће његово ћутање бити погрешно протумачено, не би требало дозволити да негира природно тумачење његовог понашања“.

Амерички судови позивају се на дужност на изјашњавање, што је у складу са нашим претходним излагањем о улози ове дужности (моралне или правне) у *common law* систему. Могу се приметити и неки специфични елементи америчког решења – свест понуђеног о томе да његово ћутање може бити погрешно протумачено. Чини се да је овај субјективни моменат тешко доказати, али очигледно је да се судови на њега позивају у пракси. Делује као да је то нагомилавање очигледног – јер, када су субјекти у сталној пословној вези, интуитивно делује као да ће понуђени неминовно бити свестан тога да његово ћутање може бити „погрешно протумачено“.

Чини нам се да суд ову „дужност да се говори“ види као последицу повреде стандарда разумног поступања понуђеног, те његово пропуштање да одговори види као прихват. Закључак нашег рада одавде се још јасније уочава – непостојање начела савесности и поштења и поступања у доброј вери задају велике проблеме у регулисању институ-та ћутања у *common law* систему.

IV Разматрање појединих специфичних случајева у контексту закључења уговора ћутањем

1. Формални уговори

Из природе околности формални уговори по наредби законодавца не могу бити закључени овим путем. Међутим, шта је с писменом као обавезном формом по вољи уговорника?

Замислимо ситуацију у којој странке преговарају о закључењу уговора и да међу њима није спорно да га желе у писаној форми, али још увек нису дошле до споразума о свим битним елементима. Какве би последице прихват понуде ћутањем произвео? Да ли би се могло тврдити да уговор није настао јер није састављен у писаној форми коју су обе стране сматрале битном, ако је већ понуђени одлучио да понуду прихвати ћутањем?

Чини се да би судови овде морали бити опрезни, а нарочито водити рачуна о несавесном поступању, односно пресудити на основу начела савесности и поштења – ако се уговорник позива на непостојање уговора због непрописне форме коју је сам „скривио“, чини се неоправданим удовољити захтеву на штету савесне стране. Ипак, ако се на

непостојање уговора позива друга страна, чини се оправданим заштити њене интересе насупрот интересима понуђеног који је био свестан пожељности писане форме, те ипак оћутао на понуду и тиме довео до закључења неформалног уговора.

Ипак, ово је питање проблематично стога што писана форма није уговорена између странака јер уговор још увек није настао, те је њихов однос и даље у фази преговора. У том смислу, питање би се могло решити правилима која регулишу ову фазу закључења уговора.³⁵

2. Уговори правних лица и уговори закључени преко заступника

Да ли постоје неке специфичности када правна лица закључују уговоре ћутањем? Како она не могу изјавити вољу, те то у њихово име и за њихов рачун чине овлашћена физичка лица, ово се питање своди на ћутање физичких лица овлашћених да дају изјаве на овај начин. Стога, поставља се питање последица ћутања овлашћеног лица које судови протумаче као закључење уговора правног лица које оно заступа. Правно лице ће бити обавезано као уговорна страна, јер је и било понуђени, те да је заступник „ћутао у његово име и за његов рачун“.

Оно што се може јавити као интересантно питање је однос заступника и заступаног, овлашћеног физичког и заступаног правног лица. Питање се може проширити на ситуације када овлашћени (уговорни, судски или законски) заступник ћутањем обавезе заступано лице према трећем.

Да ли заступани може „замерити“ заступнику што је његовим пропустом (неодбијањем понуде) постало обавезано, те како би оно могло поступити у случају да се не жели наћи као уговорна страна у односу на треће лице? Несумњиво да може истицати да је заступник поступао изван својих овлашћења (уколико није овлашћен на закључење уговора ћутањем, у супротном ово питање се не поставља), али ако то не буде у стању да докаже (што се чини да ће ретко бити случај), претпостављамо да ће морати да изврши преузету уговорну обавезу. Овакво решење чини се оправданим кад узмемо у обзир чињеницу да је управо заступано правно лице извршило одабир заступника, те да се његове радње сматрају радњама заступаног, поготово јер правно лице на други начин не може правно иступати.

35 Вид. ЗОО, чл. 30.

3. Уговор о закупу

На основу члана 596 ЗОО (прећутно продужење уговора о закупу) може се расправљати да ли се ради о закључењу уговора ћутањем или конклюдентном радњом, али занимљиво је уочити и разграничити случај прећутног продужења уговора о закупу од његовог закључења под одложним условом.

Ако стране уговоре да ће уговор о закупу производити правна дејства од наступања одређене околности (одложни услов), требало би се сматрати да се овде не ради о прећутном продужењу уговора већ о наступању његових правних дејстава.

4. Општи услови пословања

Да ли понуђени који прихвата понуду ћутањем уједно тиме прихвата и примену општих услова пословања садржаних у понудиочевој понуди?

Никаква посебна изјава о прихвату општих услова понуђача није у овом случају потребна.³⁶ Спорно је онда кад су они на језику који се разликује од језика понуде или тако ситни да при нормалној концентрацији нису морали или могли бити запажени. Ово се решава тумачењем могућности сазнања од стране понуђеног, а по чл. 142 ст. 3 ЗОО.

5. Уговор о налогу

Лица која се баве вршењем туђих правних послова као занимањем односно која се јавно нуде за њихово обављање имају дужност да одговоре, ако неће да прихвате налог. У правној теорији присутна су два става о правним последицама ћутања на налоге. Према једном, ћутање представља основ за накнаду проузроковане штете, а према другом, ћутање означава прихватање понуде. Мишљења смо да се ради о прећутно закљученом уговору о налогу и то из два кључна разлога.

Први је непрецизност закона која подразумева шире тумачење у корист налогодавца, и као вид санкције налогопримцу због немарности. Други, главни разлог, представљају потребе пословне праксе.³⁷

Најзад, сматрамо да треба разликовати две ситуације – када потенцијални налогодавац, први пут ступа у контакт са потенцијалним налогопримцем и када постоји трајнији пословни однос. У првом

36 М. Драшкић, 109.

37 М. Орлић, 37.

случају мишљења смо да ћутање на понуду ипак не треба сматрати прихватом, јер би било у потпуности нецелисходно наметати обавезу привредницима да одбијају све налоге које не желе да прихвате.

6. Доброчини уговори

Мишљење да код закључења доброчиних уговора треба дозволити закључење ћутањем не одговара правној логици, јер могу постојати озбиљни разлози због којих лица не желе да закључе са неким *intuitu personae* уговор. Некада може постојати недозвољен мотив, те би ово решење значило увођење обавезе на активно одговарање на такве акте и угрожавање правне сигурности.³⁸

V Закључак

На крају овог рада осврнућемо се на сам наслов и кључно питање које је разматрано у њему. Да ли онај ко ћути (на начин који право то подразумева), а у смислу изузетка од општег правила *qui tacet consentire non videtur*,³⁹ заиста има користи од таквог (не)чињења?

Одговор на ово питање, чини се, зависи од сваког појединачног случаја и уговорног односа. Несумњиво је да овакав изузетак иде у корист ономе који ћути, када је он установљен у циљу неометаног промета – он штеди на времену. Овде овакав начин закључења уговора одговара и другој уговорној страни.

Међутим, у случајевима када закон намеће лицу обавезу одбијања понуде у случају чијег непоштовања ће се сматрати да је уговор закључен, ствар је другачија. То се нарочито односи на случајеве осигурања, налога (у зависности од тумачења законске одредбе) и сталне пословне везе. Уколико не жели да прихвати цену из понуде за склапањем уговора о продаји робе одређену у складу са њиховим дотадашњим пословним односима, мора да изјави да не прихвата понуду понудиоца.⁴⁰

То подразумева увођење обавезе за понуђеног да уложи додатну пажњу при пословању, како не би пропустио да одбије нежељене понуде. Закључујемо да ћутање у трговинском праву не мора увек бити „злато“ за онога који ћути, те да и лица која закључују уговор на овај начин и судови морају да буду нарочито пажљиви при примени овог института, према нашем мишљењу веома неуобичајеног за право и правни промет.

38 Вид. о томе М. Мијачић, 290.

39 Лат. Ко ћути, не саглашава се.

40 Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-4679/06 од 5. 12. 2008.

Коришћена литература

- Gauch Peter, „Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991.
- Драшкић Младен, „Ђутање као изјава воље у правном промету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1993. (Draškić Mladen, „Џutanje kao izjava volje u pravnom prometu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2/1993)
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Beograd, 2015)
- Јовановић Небојша, Радовић Мирјана, Радовић Вук, *Трговинско право*, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Mirjana, Radović Vuk, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2021)
- Караникић Мирић Марија, „Забрана слања ненаручених пошиљака у српском праву и у праву ЕУ: Усклађеност и развојне тенденције“, *Казнена реакција у Србији: IX гео* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2019. (Karanić Mirić Marija, „Zabrana slanja nenaručenih pošiljaka u srpskom pravu i u pravu EU: Usklađenost i razvojne tendencije“, *Kaznena reakcija u Srbiji: IX geo* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2019)
- Merkin Robert M., Merkin QC Severine, *Poole's Textbook on Contract Law*, Oxford, 2021.
- Мијачић Мирса, „Прихватање понуде ђутањем понуђеног“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, бр. 17/1977. (Mijačić Mirsa, „Prihvatanje ponude ćutanjem ponuđenog“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 17/1977)
- Miladin Petar, „Џutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4/2008.
- Мишковић Маша, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Mišković Maša, *Pravna priroda aukcije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020)
- Орлић Миодраг, „Ђутање понуђеног као знак пристајања према Закону о облигационим односима“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 52/2004. (Orlić Miodrag, „Џutanje ponuđenog kao znak pristajanja prema Zakonu o obligacionim odnosima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 52/2004)
- Simmons Earl F., „Contracts-Offer and Acceptance-Silence as Acceptance“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 1, Nr. 1/1933.

Haack Hansjörg, „Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und Schweigen im Handelsverkehr“, доступно на адреси: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/432951/>, 8. 1. 2023.

Целлер Анастасија Ивановна, „О некоторых особенностях практики акцептования оферты конклюдентными действиями“, *Вестник Челябинской государственной университетей*, Серия: Право 2019. — Т. 4, вып. 2. (Tseller Anastasiya Ivanovna, „O nekotoryih osobennostyah praktiki aktseptovaniya ofertyi konklyudentnyimi deystviyami“, *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta*, Seriya: Pravo 2019. — Т. 4, vyip. 2)

Petra STANOJEVIĆ

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Vasilije MITROVSKI

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

SILENCE IS GOLDEN – ANALYSING THE SAYING THROUGH THE LENSES OF COMMERCIAL LAW

Summary

The authors are analysing the idea of silence as acceptance when concluding contracts, as the exception of a basic rule which exists in almost every legal system – autonomy of contractual will. They are taking a critical approach when analysing Serbian Law on contracts and torts, as well as giving comparative legal solutions and discussing how they can be implemented in Serbian legal system. If silence as acceptance is allowed as an exception of the rule, it should be interpreted narrowly and with main interests behind this approach in mind. They recognise attempt of this legal approach as incentivised by the law aiming to protect interests of contractors on the one hand, as well as society's interests (frequency of transactions and legal certainty) on the other. Having that in mind, they explore different legal solutions, the way they correspond with this idea and give suggestions on how this legal problem should be approached.

Key words: Silence. – Acceptance by Silence. – Agreement by Silence. – Commercial Law.

Датум пријема рада: 9. 11. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 12. 2023.