

*др Младен Драшкић,
редовни професор Економског факултета у Београду у пензији*

ЋУТАЊЕ КАО ИЗЈАВА ВОЉЕ У ПРАВНОМ ПРОМЕТУ

Ко ћути - не изјављује ништа. То је опште правило прихваћено у свим националним правима. Од тог правила се, међутим, такође у свим правима, чине и изузеци. У чланку је изложен став правне доктрине о ћутању као изјави воље и наведене и анализирани типичне ситуације у којима се при закључивању уговора ћутању изузетно признаје дејство прихвата. То су: 1) претходни споразум странака, 2) обавеза изјашњавања одређених категорија лица, 3) обавеза изјашњавања при закључивању одређених уговора, 4) обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања међу странкама, 5) понуда коју је тражио понуђени, б) коначна понуда коју је странка учинила после преговора, 7) ћутање као прихват противпонуле, 8) закаснили прихват, 9) дејство ћутања при закључењу уговора на основу општих услова пословања, и 10) потврдна писма. Узакључку аутор констатује да правосуђе у свим земљама тумачи изузетке 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 на сплету фактора који су говорили у прилог таквом решењу. При одлучивању да ли да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејство прихвата или не, на судове су утицали и извесни општи фактори, као што су трговачки карактер уговорних односа, оправдано поверење странке која се позива на уговор, важност и природа стеченог или укинута права, неоправдано обогаћење и критеријум поштења и савесности.

Кључне речи: Појам ћутања - Изјава воље - Дејство у правном промету.

Ко ћути - не изјављује ништа. То је правило од кога се полази у праву. При томе се под ћутањем подразумева не само одсуство изричите изјаве воље него и потпуна пасивност једног лица. Оно нити шта говори нити шта ради. По 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 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 одбрамбена 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 законодавства (2) и правосуђа, нарочито у домену закључивања 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 тегаба у које су законодавство и правосуђе ставили теорију да објасни тоталну апстиненцију једног лица као његову изјаву воље.

Неки аутори (3) 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 околности (4) 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 прихватам, пре може објаснити радњом понуђеног, која се састоји у преузимању, неголи његовим ћутањем. Ако једно лице учини предлог уз резерву свог накнадног пристања, 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 постојање 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

(1) Donald Götz, *Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen, Verkehr*, стр. 20.

(2) В., нпр., наш Закон о облигационим односима, чл. 42, ст. 3-5. и чл. 901, ст. 3. и 4.

(3) Jean-Luc Aubert, *Notions et rôles de l'offre 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," - Henri Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, стр. 268.

додатних околности, које имају за дејство да "обоје" ћутање и да му дају вредност изјаве воље. Други (5) дошли су до закључка да је став апстиненције нека врста понашања које може прећутно изражавати вољу кад је довољно карактеристичан. Ћутање значи прихват само у ситуацијама у којима понуђач ћутању не може дати никакво друго значење осим сагласности. *Planiol-Ripert* (6) сматрају да је овде одлучујуће очекивање понуђача које произлази из претходних преговора (нпр., ћутање на понуду која је уследила на основу неког *invitatio ad offerendum*). *Williston* (7) наводи и претходни споразум као претпоставку за закључивање уговора ћутањем.

Значајан број аутора (8) 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. Побиајући ово гледиште, његови противници сматрају да би повреда једне такве обавезе могла повлачити само санкцију накнаде штете, али не и закључења уговора. По њиховом мишљењу (9), треба пре поћи од поверења понуђача, јер он зна за околности због којих се ћутање може тумачити као прихват.

По Фабрицијусу (10), реч је о наметању правних обавеза због јавних интереса у оквиру приватног права, које је нужно ради одржања несметаног одвијања правног промета. Субјектима се октроишу облигациони односи кад је то на основу њиховог става и понашања у одређеној ситуацији могуће, да би се ризици поделили, штета спречила или равномерно расподелила (11).

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 мишљењима, околности

(5) Heinrich Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1951-1954, паp. 863.

(6) *Traité pratique de droit civil français*. Vol. 6. Obligations, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, бp. 109.

(7) *A Treatise on the Law of Contract*, Mount Kisco, Baker, Noorhis and Co., 1957-1961, паp. 91.

(8) J. von Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Hamburg, Walter de Gruyter und Co., 1957, паp 146, бp. 8; H. Becker, *Obligationenrecht*, Band I i II, Stämpfli, Bern, 1934. i 1941, чл. бp. 39.

(9) Götz, *op. cit.*, стр. 25-40.

(10) Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, стр. 58. i d.

(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 он има за примаоца сагласно промету." (V. Götz, *op. cit.*, стр. 59.)

(12) Popesco-Rammusceano, *Le silence createur d'obligations et l'abus de droit*. U: "Revue trimestrielle de droit civil," 1930, стр. 1004.

које ћутању дају карактер изјаве воље, по другим је то повреда оправданог очекивања друге стране (повреде принципа поверења), по трећим 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) један је од ретких националних извора права (13) 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 поменутог законика (14), 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 изричити прихват" 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" само је једна од могућих околности, које се одређују 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. Размотрићемо неке од ових типичних ситуација.

1. ПРЕТХОДНИ СПОРАЗУМ СТРАНАКА

Из принципа аутономије воље произлази 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 присилити понуђеног да узме своје перо у руке или да потроши марку од два цента, или да отвори уста, уз казну да ће бити везан уговором ако то не учини" (15). То општеусвојено правило националних права изражено је и у чл. 42, ст. 2. нашег Закона о облигационим односима: "Нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног

(13) Пар. 151. BGB о прихвату без обавештавања односи се на прећутан прихват.

(14) Schönberger-Jäggi, *Obligationenrecht*, Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich, 1973, стр. 459. и 460.

(15) Arthur Linton Corbin, *On Contracts*, 1950-1964, пар. 73. уз 310.

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.” У основи овог правила лежи начело да понуђач може да одређује модалитете прихвата, али не и начине одбијања понуде.

Споразуми о прихвату путем ћутања врло се 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 је реч о закључењу уговора за који закон прописује одређену форму.

2. ОБАВЕЗА ИЗЈАШЊАВАЊА ОДРЕЂЕНИХ КАТЕГОРИЈА ЛИЦА

Обавеза изјашњавања у националним правима се везује са одређене категорије лица. Она може бити заснована на закону, као што је то случај са обавезом изјашњавања адвоката и нотара (16), или на обичајима - као што је то случај са трговцима. Мада је правило да је сваки трговац увек дужан да говори 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 уговор (17). Ово нарочито важи за трговачке агенте, комисионаре и посреднике.

Наш Закон о облигационим односима такође квалификује ћутање као прихват када је реч о одређеним категоријама 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.

(16) Швајцарски Законик о облигацијама, чл. 395.

(17) В. Одлуку француског Касационог суда од 9. јуна 1956. Цит. према извештају о француском праву у *Formation of Contracts*.

3. ОБАВЕЗА ИЗЈАШЊАВАЊА ПРИ ЗАКЉУЧЕЊУ ОДРЕЂЕНИХ УГОВОРА

У националним правима се при закључењу одређених уговора утврђује обавеза понуђеног да се изјасни. Тако наше право (18) предвиђа обавезу изјашњавања при закључењу уговора о осигурању. Ова се обавеза утврђује и при продужавању одређених трајних уговора (уговора о закупу и уговора о лиценци) (19). Ако једна странка, по истеху времена за које је такав уговор важио, настави да употребљава ствар која је предмет закупа или да користи предмет 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.

Средњоевропска права такође садрже посебна законска правила о обавези изјашњавања при закључивању и настављању одређених уговора (20). Америчко право (21) 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 јесу уговори у искључиву корист понуђеног. Кад је понуда учињена у искључивом интересу понуђеног, његово ћутање сматра се у већини континенталних права прихватом. Понуда је учињена у искључиву корист понуђеног онда кад се њеним прихватом не ствара никаква одговорност нити ризици за понуђеног. У правима *common law* система овај ће се 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 најкарактеристичнијем уговору у корист понуђеног, јер је овај уговор у већини права формалан или бар, реалан, али се широко примењује при понуди јамства или гаранције и при бесплатној понуди права опције или другог сличног права (нпр., права прече куповине).

4. ОБАВЕЗА ИЗЈАШЊАВАЊА КОЈА НАСТАЈЕ ИЗ РАНИЈЕГ ПОСЛОВАЊА

Претходно пословање између странака може бити један од пресудних фактора за квалификовања ћутања као прихвата. Начин на који

(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) Аустријски грађански законик - пар. 1114, Аустријски 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).

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 ако понуђени није вољан да закључи предложени уговор. То је нарочито случај када је реч 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 је реч 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 широм је прихваћена у националним правима. У већини права она произлази 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 остављаном року одбио.

5. ПОНУДА КОЈУ ЈЕ ТРАЖИО ПОНУЂЕНИ

У већини националних правних система (22) 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 средњоевропским правима сматрају и предлози за закључење који садрже клаузулу "без обавезе" (*sine obligo, freibend*). 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 на то 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, Немачке) (23). У нашем правосуђу 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

(22) В. и наш Закон о облигационим односима - чл. 35.

(23) В. извештаје о енглеском, немачком, француском, аустријском и швајцарском праву у *Formation of Contracts*, стр. 1156-1165.

основаног разлога постојало би кад оно није изазвано економским разлогом (24).

У свом 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 - америчко (25), енглеско (26), и швајцарско (27) - чине изузетак од правила да ћутање на понуду не представља прихват. У континенталним правима овакво би 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 започне извршење уговора.

7. ЋУТАЊЕ КАО ПРИХВАТ ПРОТИВПОНУДЕ

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 (противпонуде) првобитном понуђачу, за коју је, да би на основу ње настао уговор, потребан његов прихват. Ипак, противпонуда 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 се ћутању у овој ситуацији придати значење прихвата, зависило је у правосуђу пре свега од значаја разлике између изјављеног прихвата—противпонуде и првобитне понуде. Уколико су те разлике вербалне или се односе на акцесорна питања, судови одлучују да уговор настаје ако првобитни понуђач ћути. Међутим, ако је реч о суштинским разликама између понуде и одговора на понуду, онда се такав одговор

(24) М. Драшкић, *Закључивање уговора о продаји*, стр. 49.

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

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

(27) В. Schöenberger - Jäggi, *Obligationenrecht*, стр. 461.

сматра противпонудом 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 1964. године, бечке Конвенције УН о међународној продаји робе 1980. и америчког Једнообразног трговачког законика 1962. године.

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 кратком (28) 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 правило 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 одаслат; његово стицање прихватиоцу није услов пуноважности приговора. Приговор мора бити учињен без "неоправданог одлагања", што значи да Конвенција понуђачу даје нешто дужи рок за одлучивање него Једнообразни закон, који предвиђа "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 противпонула: 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 противпонула није једноставно кад год је реч о разликама између понуде и одговора на понуду који садржи допуне или измене које нису наведене у Конвенцији као суштинске. Имајући у виду несигурност овог раз-

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

ликовања, 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 аутора (29), у тешкој ситуацији, кад не може јасно да оцени да ли су разлике суштинске или не, а од тога зависи да ли он и како треба да одговори. Ни прихватилац није сигуран за судбину уговора, ако не прими никакав одговор понуђача, пошто није искључено да предложене измене нису оцењене као суштинске. Те несигурности у пракси могу се 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 је евидентно реч 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 "коначна и благовремена изјава о прихвату или писмена потврда послата у разумном року дејствује као прихват без обзира на то што садржи одредбе које допуњују или се разликују од одредаба из понуде, односно одредаба о којима је постигнут споразум, осим уколико прихват није био изричито условљен престанком 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, када је реч 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. ЗАКАСНЕЛИ ПРИХВАТ

Ситуација слична оној која је већ разматрана може проizaћи и из закаснелог прихвата. Закаснели прихват се у већини европских права сматра новом понудом, коју првобитни понуђени чини пробитном понуђачу. Пошто таква "нова" понуда не садржи ништа ново у односу

(29) В. Hans Dölle, *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*, стр. 725.

на првобитну понуду (реч је о идентичном, али закаснелом, прихвату), национална права, посебно национална правосуђа, више су склона да ћутању на овакву "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 предвиђа у овој ситуацији обавезу провобитног понуђача, који не жели закључење уговора после протеча 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 најчешћи случај (датум одашиљања лако се може сазнати на основу датума писма са прихватам или жига поште). Обавештење мора бити послато "одмах", "неодложно", "најкасније првог наредног дана по пријему прихвата". По нашем праву (30) понуђач може своје обавештење о одбијању закаснелог 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 поменутих ситуација, понуђач има обавезу, ако неће да буде везан понудом, да обавести прихватиоца да је прихват стигао са закашњењем. С обзиром на то да трајање "разумног рока" странке могу различито тумачити, то правило је широко прихваћено у националним правима (31). Тако, нпр., америчко правосуђе сматра да, у ситуацији кад понуда не садржи изричит рок за прихват, ћутање понуђача после примљеног закаснелог 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 поштено претпоставља да је разуман, добра вера захтева од понуђача да - уколико жели да се повуче због задоцњења - објави ту 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 (В-11). - У *Formation of Contracts*, стр. 1570-1572.

9. ДЕЈСТВО ЋУТАЊА ПРИ ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА НА ОСНОВУ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА

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

Код одговора 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 се не разликује 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 тумачењем 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 стављани 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 (нпр., 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 који ће бити наведени под д) примењују се и у овој ситуацији.

д) 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 теорији (33) делом се дошло до схватања да општи услови могу да - и без знања друге стране

(33) B. D. Götz, *op. cit.*, стр. 143-180.

- одређују односни уговорни однос. То је случај са тзв. нормативним општим условима који су донети за целу грану привреде на нивоу државе. Овде је реч о парадржавном праву обученом у облик општих услова. Они се најчешће јављају у области јавних служби (нпр. 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 уговарања опште услове пословања (шпедитери, осигуравачи, 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 Конвенције (34) треба разликовати два случаја.

1. 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.

2. 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 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?

(34) B. Ulrich Huber, *Der Uncitralenwurf eines Ubereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, *Rabelszeitchrift*, 1979, Heft 2, стр. 444.

Одговор на ово питање разликује се у националним правима. У англосаксонским правосуђима не може се наћи директан одговор на ово питање, али је у правној 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 преговора 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 средњоевропској 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 још уговор није настао (35).

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 који 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 несавласности 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).

(35) В. Извештај о аустријском, немачком и швајцарском праву(В-5). У: *Formation of Contracts*, стр. 1152-1165.

(36) В. о томе више у закључку овог чланка.

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 одговарати усмено закљученом уговору. Полазећи од начела поштења и савесности, суд је сматрао (37) 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 измена. Да ли ће оно бити третирано као прихват зависи од "конкретних околности". Поред ћутања, потребни су и неки додатни фактори да би изостанак реаговања примаоца потврдног писма довео до усвајања садржине овог писма.

ЗАКЉУЧАК

Ћутање може имати дејство прихвата само изузетно, у извесним, поменути 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 ћутање у дејство прихвата, засноване су често на читавом сплету фактора који су говорили у прилог таквом решењу. 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:

а) *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 грађанског права јединствени (италијанско право, нпр.).

б) *Поверење странке које се позива на уговор.* - Фактор оправданог поверења у настанак уговора је при опредељивању судова играо значајну улогу. Важност овог фактора навела је *Williston* да формулише следеће начело: "Ако је ситуација из било ког разлога таква да би разуман човек закључио да ћутање нужно указује на пристанак, неко ко ћути, а зна да ће његово ћутање бити погрешно тумачено, не може негирати природно тумачење свог понашања... кад му је јасно да једном речи може спречити штетно погрешно тумачење" (38).

в) *Важност и природа стеченог или укинутог права.* - Што је значајније право, односно обавеза о којој је реч, то је суд мање склон да третира ћутање као прихват. За прихватање посебно тешких обавеза за

(37) В. Збирка одлука привредних судова, I свеска, бр. 1

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

понуђеног, траже се јачи докази неголи што је то просто ћутање. И постојање фактора поверења странке у настанак уговора, о коме је говорено у преходном ставу, зависи делимично од важности стеченог или изгубљеног права.

г) *Неоправдано обогаћење једне стране на терет друге.* - Чињеница да би одбијање настанка уговора при ћутању понуђеног оставило њему економску корист на терет понуђача може одредити суд да третира ћутање као прихват.

д) 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 суд (39) истакао принцип да једно лице има обавезу 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 правилима је, полазећи од критеријума добре воље, признан ћутању значај прихвата и у случајевима који нису обухваћени разматраним типичном ситуацијама.

(Примљено 14. децембра 1992)

*Dr. Mladen Draškić,
Retired Professor of the Faculty of Economics in Belgrade*

KEEPING SILENT AS A STATEMENT OF INTENT IN LEGAL TRANSACTIONS

Summary

The one keeping silent does not state anything. This is a generally accepted rule in all legal systems. However, there are exceptions. The author treats the theoretical solutions and analyzes typical situations where keeping silent has a legal effect in entering agreement. These are: (1) preliminary agreement between the parties; (2) duty of taking stand of specific categories of persons; (3) duty to take stand at concluding specific contracts; (4) duty to take stand created out of an earlier engagement between the parties; (5) an offer requested by the one receiving the offer; (6) final offer made by a party after the negotiations; (7) keeping silent as the element of acceptance of a counter-offer; (8) late acceptance; (9) the effect of the fact of keeping silent at entering an agreement on the ground of generally recognized terms of doing business, and (10) confirmatory letters.

The author concludes that courts in all countries interpret in a rather narrow way the exceptions form the rule that keeping silent can not amount to a statement of intent. Even in cases mentioned above, the courts are reluctant to automatically exclude the general rule. Decisions of the courts recognizing legal effect of keeping silent are based on a variety of factors in favour of such solution. The courts are influenced also by some general factors, such as commercial character of contractual relations, justified reliability

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

of the party invoking the contract, the importance of acquired or abolished right, as well as its nature, unjust enrichment and the criterion of fair dealing and good faith.

Key words: *The notion of keeping silent. - Statement of intent. - The effect in legal transactions.*

*Mladen Draškić,
professeur à la retraite de la Faculté économique de Belgrade*

LE SILENCE COMME DÉCLARATION DE VOLONTÉ DANS LE TRAFIC JURIDIQUE

Résumé

Celui qui se tait ne déclare rien. C'est une règle générale admise dans tous les droits nationaux. Cependant, dans tous les droits, on fait aussi des exceptions à cette règle. L'auteur expose dans son article la position de la doctrine juridique sur le silence comme déclaration de volonté et cite et analyse les situations typiques dans lesquelles, lors de la conclusion des contrats on reconnaît exceptionnellement au silence l'effet de reconnaissance. Il s'agit: 1) de l'accord préalable des parties; 2) l'obligation de certaines personnes de faire leurs déclarations; 3) de l'obligation de faire une déclaration lors de la conclusion de certains accords; 4) de l'obligation de faire une déclaration qui découle des affaires antérieures existant entre les parties; 5) de l'offre qui a été demandée par la personne à laquelle l'offre a été faite; 6) de l'offre définitive qui a été faite par la partie après les négociations; 7) du silence comme acceptation de la contre-offre; 8) de l'acceptation tardive; 9) de l'acceptation du silence lors de la conclusion du contrat sur la base des conditions générales de la gestion des affaires et 10) de lettres de confirmation. Dans sa conclusion, l'auteur constate que la justice dans tous les pays interprète les exceptions à la règle selon laquelle le silence ne peut pas représenter la déclaration de la volonté de manière très restrictive. Même si les situations décrites existent, les tribunaux hésitent à exclure automatiquement la règle générale. Les décisions des tribunaux qui reconnaissent au silence l'action d'acceptation sont fondées sur un concours de facteurs qui avaient témoigné en faveur d'une telle solution. Lorsqu'ils décidaient de la question de savoir si dans les situations extraordinaires citées ils devaient reconnaître au silence l'action d'acceptation ou non, les tribunaux ont été influencés aussi par certains facteurs généraux, tels le caractère commercial des rapports contractuels, la confiance justifiée de la partie qui évoque le contrat, la validité et la nature du droit acquis ou aboli, l'enrichissement non justifié et le critère de l'honnêteté et de la conscience.

Mots clé: *Le concept de silence. - La déclaration de la volonté. - L'action dans le trafic juridique.*