

Миодраг Орлић⁰

ЋУТАЊЕ ПОНУЂЕНОГ КАО ЗНАК ПРИСТАЈАЊА ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

У обичном зовору каже се да је ћућање знак одобравања. У модерном уговорном праву (грађанском и привредном) важи ошће правило да ћућање понуђеног не значи присиљанак. Са тог савременог постојања ћућање понуђеног производи исте последице као и одбијање понуде. Ошће правило о ћућању предвиђено је и у нашем Закону о облигационим односима у члану 42. став 1: „Ћућање понуђеног не значи прихватање понуде”. Од тог правила предвиђена су два изузетка у ошћем делу Закона о облигационим односима, а један у посебном делу Закона код уговора о осигурању.

Кључне речи: Ћућање. – Прихватање понуде. – Закључење уговора.

УВОД

Лице коме је упућена понуда може се понашати на један од следећа три начина: оно може прихватити понуду и тако закључити уговор, може је одбити и тада уговора нема, или може у потпуности ускратити одговор. Уколико понуђени уопште не одговори на понуду, суочавамо се са проблемом ћутања, које, правно посматрано, морамо схватити или као одбијање или као прихватање.

Према уобичајеном значењу ћутање представља ускраћивање одговора на постављено питање или, још шире, ситуацију када неко лице, од кога се очекује да узме реч, пропусти да то учини. При томе се најчешће има у виду да упитани није упот-

⁰ Др Миодраг Орлић, редовни професор Правног факултета у Београду.

ребио речи да би усмено саопштио свој одговор.¹ Ћутати, рекло би се, значи не говорити. Тако ће се у свакодневном говору за некога рећи да ћути, ако своје мишљење не саопштава усменим путем, него то чини писмено или на неки други начин, на пример, климањем главе или дизањем руке, а не употребом гласа. Дакле, ћутање се схвата као уздржавање од говора, али не и од активности, па је могуће упркос ћутању, у ужем значењу, поуздано и на несумњив начин утврдити садржину воље лица које ћути.

ПРАВНИ ПОЈАМ

Разлика између значења које ћутање има у свакодневном говору на једној страни и значења које оно има у праву, лако се може уочити. У уобичајеном говору, ћутање обухвата само изостајање говора, али не искључује употребу других знакова којима би ћутљиво или немо лице саопштавало своју вољу. Насупрот томе, ћутање у праву означава потпуно пасивно стање, на основу кога се не може извести никакав закључак о намерама лица које ћути. Дакле, као правни појам ћутање је одсуство било каквог испољавања воље.² Ћутати значи ништа не рећи, и ништа не учинити што би макар и посредно могло указивати на одређени став, или дати да се наслути каква је садржина воље лица које ћути.

Посматрано на овако уопштен начин, ћутање добија обележје једног неутралног стања које се не тиче субјеката у правном односу и због тога није предмет размена порука међу њима. Управо из тог разлога оно, мало или нимало не занима ни право као систем. Са тог становишта ћутање лица која нису уговорници, нити преговарају о закључењу уговора, представља ситуацију коју право не регулише, стање не-права. Трећа лица најчешће и не знају за уговор, нити их се он тиче, како у погледу предности тако и с обзиром на непогодности које би из уговора могле настати. Од њих се не тражи ни пристанак ни одбијање, а они сами немају никаквог интереса да се о уговору изјасне.

¹ Упоредити: P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*. Paris 1977, стр. 175, фуснота 4.

² Упоредити: R. Popesco – Ramniceano. „Le silence, créateur d'obligations et l'abus du droit,” *Revue trimestrielle du droit civil*, 1930, стр. 1001.

А. Ћутање код понуде и код одговора на понуду

Понуда и прихватање имају различиту улогу у закључењу уговора. Док понудилац својом изјавом воље предлаже закључење уговора и његову садржину, дотле понуђени може да утиче на иницијативу за закључење уговора и на предложену садржину или тако што ће понуду прихватити и тим путем је претворити у уговор или тако што ће понуду одбити и на тај начин осујетити настајање уговора између њега и понудиоца. Понудилац увек и изнова предлаже и закључење и садржину будућег уговора, понуђени коначно одлучује само о томе да ли ће до уговора доћи. Али он (у начелу) не може да мења садржину предлога и да уноси допуне, а да истовремено задржи улогу коју је имао од почетка. Ако хоће да утиче на садржину уговора, он мора да промени својство презимајући улогу понудиоца.

С озиром на потпуно различиту улогу коју понуда и прихватање имају у настајању сагласности, разумљиво је што постоји битна разлика у могућности да ћутање буде схваћено као једна од двеју наведених изјава воље. Већ овлашни поглед на обе лежја понуде као и на њене појавне облике, показује да се понуда не може упутити ћутањем.³ Напротив, одговор на понуду може се „изразити“ ћутањем.⁴ Прецизније речено тај одговор може бити тројак. Ако је потврдан, понуда је прихваћена и уговор је закључен, ако је одречан понуда је одбијена и уговор није настао и најзад, предлог садржан у понуди може бити дочекан ћутањем и тада је потребно да одговор сведемо на прву или другу могућност, јер трећа неутрална не може у начелу остати у праву за неодређено време. Какво год било решење, видљиво је да је ћутање могућ одговор понуђеног на предлог који је упутио понудилац, насупрот понуди која се не може састојати само од ћутања.

Понудом се покреће иницијатива за закључење уговора и пружа могућност понуђеноме да доведе до настанка сагласности. Када је понуда већ учињена, закључење уговора зависи од воље понуђеног, мада је иницијатива потекла од понудиоца. Да би његова понуда била прихваћена потребно је најпре да буде схваћена. А да би онај коме је упућена могао да је схвати пону-

³ P. Godé, *op. cit.*, стр. 182, n° 165; A. Rieg, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 1972, стр. 51, n° 13.

⁴ A. Rieg, *ibidem*.

дилац треба у понуди да одреди циљ своје иницијативе, садржину и смисао.⁵ То значи да изјава воље понудиоца треба да буде дата у намери закључења уговора, да обухвати садржину уговора, који се предлаже, да буде упућена одређеном лицу и евентуално (ако је то предвиђено законом или споразумом) да буде дата у одређеној форми. Наведена обележја понуде произлазе из чињенице што се њоме покреће иницијатива за закључење уговора. Лако је закључити да се тражени услови не могу испунити ћутањем. Ћутање је пасивност, одсуство иницијативе; понуда представља управо покретање иницијативе. Понуда је увек питање, ћутање у најбољу руку може да буде само одговор.

Управо стога понуда, слично као и почетна порука у другим системима комуникације (језик, шифре, сигнали или који други систем знакова и значења), мора да буде снабдевена значењима која упућују на њен смер, указују на њену садржину, означавају однос и субјекте (одашиљаоца и примаоца) и тиме јој дају смисао. На тај начин је понуђеноме омогућено да је размотри, да схвати њену суштину и да на њу одговори. У поређењу са ширином и обимом података које мора да садржи понуда као почетна порука, одговор на њу може се лаконски свести на „да“ ако је потврдан или на „не“ ако је одречан.

Б. Могући смисао ћутања као одговора

У обичном говору каже се да је ћутање знак одобравања.⁶ Да ли је овакво гледиште резултат економисања у напорима, јер супротстављање изнетим ставовима најчешће значи заметање расправе и сукоба, остаје за психолошку анализу понашања у свакодневном животу. У сваком случају, онај ко хоће да изрази неслагање са неким или нечим треба да такво своје уверење изнесе изречно. Иначе се може наћи у ситуацији и да му се припише пристајање.

Занимљиво је да је у Канонском праву важило исто правило. „Qui tacet consentire videtur“⁷ говорило се у овом праву верског карактера. То становиште може се боље разумети уколико се

⁵ P. Godé, *ibidem*.

⁶ Упоредити: М. Константиновић, *Облигационо право* (према белешкама са предавања) стр. 24.

⁷ Liber Sextus Decret, 5, 12 regula XLIII.

претпостави једна дужност вишег степена која би се састојала у изјашњавању.

Савремено право не прихвата⁸ начело: „Ко ћути сматра се да се слаже“, па по правилу ћутање понуђеног не доводи до закључења уговора,⁹ чак ни у случају да је понудилац у својој понуди изричито навео да ће ћутање понуђеног сматрати прихватањем.¹⁰ Наведено правило проглашено је и у Закону о облигационим односима, а прихваћено је као опште начело и у другим правним системима у упоредном праву.

Ипак, подозреност права према ћутању није апсолутна. Постоји готово општа сагласност да правило о тзв. ћутању администрације представља значајно достигнуће демократије и права. Оно на једној штити грађанина од дискреционе власти управе, а на другој страни тера управу да се изјасни о захтеву грађанина и да своју одлуку образложи. Уколико управни орган у одређеном року не донесе решење по молби грађанина сматра се да се са њом сагласио. На тај начин правни систем штити грађанина од дискреционе власти управе.

И позитивни прописи¹¹ у области грађанског и привредног права, као и судска пракса, ћутању неретко признају улогу прихватања. Када је реч о посебним околностима или о посебној природи посла, понуђени је дужан да се изјасни, тј. да изречно одбије понуђени уговор чије закључење не жели. Дакле, дужност изјашњавања ћутање претвара у слагање. „Qui tacet consentire videtur ubi loqui debuit ac potuit.“

ЋУТАЊЕ НЕ ЗНАЧИ ПРИХВАТАЊЕ

Ћутање само за себе узето не изражава ништа.¹² Отуда када се посматра изван околности које га окружују оно није ни знак за прихватање нити представља одбијање. Ћутање стоји између ова два начина испољавања воље као треће неутрално стање и њему се не може приписивати ниједно од наведених обељежа понашања.

⁸ Упоредити: С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 259.

⁹ Члан 42. ст. 1. Закона о облигационим односима.

¹⁰ Члан 42. ст. 2. Закона о облигационим односима.

¹¹ Упоредити: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 260.

¹² P. Godé, *op. cit.*, стр. 182, n° 165.

Овакав смисао ћутање има у оним ситуацијама у грађанском праву у којима се не тражи изјашњење неког лица. То је случај са трећим лицима која се налазе изван домаћаја правних дејстава једног уговора закљученог између два лица. У односу на трећа лица уговор у начелу не ствара ни права ни обавезе и отуда се они могу понашати потпуно пасивно. Њихово ћутање представља чињеницу која је ирелевантна за уговор и његово закључење. Индиферентно у односу на држање трећег као и на чињеницу ћутања, право не поставља захтев да се ћутање трећег одреди као један од два опречна става у антиномији одбијање – или прихватање.

Сасвим је другачија ситуација кад је реч о ћутању лица коме је упућена одређена иницијатива у виду изјаве воље. Његово ћутање се не може посматрати као неутрално понашање које се налази на подједнакој удаљености и од одбијања и од прихватања. Ако би тако било, неизвесност у погледу положаја страна продужавала би се унедоглед. А такве ситуације су непожељне у праву.

§ 1. Правило

У модерном Грађанском и Привредном праву, насупрот Канонском праву, важи опште правило да ћутање понуђеног не значи пристанак.¹³ Оно има дубоко оправдање када се има на уму унутрашња структура уговора чијем се закључењу тежи. Наиме, да би се могло говорити о закључењу уговора, неопходно је да понуђени баш као и понудилац изрази своју вољу, а то значи да покаже да хоће постизање правних дејстава уговора. За постојање уговора потребно је дакле прихватање. Сагласности воља нема ако понуду једне, друга страна одбије. Али, уговор није закључен ни када на понуду једне стране друга страна ћути. У овом случају изостала је изјава воље друге стране, а без ње не може бити сагласности.

Посматрано у светлости општег правила, ћутање се, дакле, не може схватити као прихватање понуде. Отуда у овом негативном виду између одбијања и ћутања постоји сличност. Она се огледа у томе што и у једном и у другом случају није дошло до закључења уговора. Ипак, сличност која у овом спољном изгле-

¹³ Упоредити: Е. А. Kramer, В. Schmidlin, *Obligationenrecht*, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, стр. 273, н° 3.

ду постоји, не значи да између њих нема разлике. Наиме, ћутање није исто што и одбијање.

Одбијање је неприхватање понуде, ћутање је њено не – прихватање. Прво, представља негацију прихватања друго, његово изостајање. У случају одбијања, прихватање је немогуће, јер се ова два хтења искључују. У случају ћутања прихватање је изостало јер није испуњен услов потврдног одговора који је неопходан за његово постојање. Са практичног становишта, за понудиоца је свеједно да ли до уговора није дошло због ћутања или због одбијања понуђеног, али теоријски посматрано ова два понашања нису истоветна.

Ако понуђени не одговори на понуду, уговор није закључен не зато што би понуда била одбијена, дакле, зато што би одговор био негативан, него зато што није дошло до позитивног одговора на предлог уговора.¹⁴ За настанак уговора није довољно да изостане негативан одговор, потребно је нешто више; потребан је позитиван одговор.

§ 2. Изузеци

Правило да ћутање не значи прихватање понуде има општи карактер само утолико што даје одговор на питање каква правна дејства ствара неодговарање на понуду. Зато није на одмет напоменути да њиме није искључена могућност постојања правила са супротном садржином. Мада она у нашем праву имају широко поље примене о њима ипак говоримо као о изузецима, због одступања од општег принципа. Последица наведеног односа огледа се у тумачењу оних случајева који излазе изван оквира поља на коме се примењују изузеци – правила са ужим домашајем. Како изузетке треба уже тумачити, на ситуације које нису њима обухваћене примениће се опште правило.

У српском праву неколико важних изузетака предвиђено је у Закону о облигационим односима. О једноме од њих говори се у општем делу Закона¹⁵ док су остали уређени у одредбама о појединим уговорима.¹⁶ Вреди напоменути да су поједини слу-

¹⁴ Упоредити: Р. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, стр. 183, n° 166.

¹⁵ Члан 42. ст. 3. Закона о облигационим односима.

¹⁶ Члан 596. ст. 1. Закона о облигационим односима (прећутно обнављање закупа); упоредити: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 261; чл. 901. ст. 3. Закона о облигационим односима (закључење уговора о осигурању).

чајеви ћутања за које је у Скици било предложено да се сматрају прихватањем понуде,¹⁷ изостављени у току израде Нацрта заједно са уговорима којима су били обухваћени, тако да се не налазе у одредбама Закона. Разуме се да њихово елиминисање из Закона, не значи да је питање о значењу ћутања у тим случајевима изгубило од значаја. Напротив, питање у потпуности задржава и теоријску и практичну важност. Одговорити на њега данас још је теже, јер законског текста нема.

А. Правила из чл. 42. ст. 3. и ст. 4. Закона
о облигационим односима

Први изузетак од правила да ћутање не значи пристајање садржан је у општем делу Закона у истом члану у коме је формулисано и опште правило.¹⁸ Он долази иза другог става овог члана у коме је речено да нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног сматрати као прихватање и формулисан је у ставовима 3 и 4 који гласе:

(3) „Али кад је понуђени у сталној пословној вези с 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.

(4) Исто тако, 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.“

Уз то, у ставу 5. истог члана предвиђено је у ком ће се тренутку сматрати да је уговор закључен.

(5) „Ако у случају из претходног става понуда, односно, налог није одбијен сматра се да је уговор закључен у тренутку кад је понуда, односно, налог стигао понуђеном.“

Наведене формулације преузете су из Општих узанси, док ст. 1 и 2 одговарају решењима која су била предложена у Скици за¹⁹ Законик о облигацијама и уговорима. Тако је дошло до нес-

¹⁷ Упоредити: чл. 298. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима (отпуштање дуга); чл. 510. ст. 3. Скице (уговор о дару).

¹⁸ Члан 42. ст. 1. Закона о облигационим односима.

¹⁹ Члан 18. ст. 1. и ст. 2. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

рећне комбинације у којој су се изгубили унутрашњи склад и кохерентност правила.

Да би се могао уочити прави смисао изузетка у случају ћутања понуђеног када између њега и понудиоца постоје устаљени пословни односи потребно је упознати се са текстом који је био предложен у члану 18. Скице и који је гласио:

„1) Ћутање понуђеног не значи прихватање понуде.

2) 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, сматрати као прихватање.

3) Али лице које се налази у устаљеним пословним односима и редовно извршава његове налоге, дужно је, кад му ово поручи одређену количину робе коју производи или којом тргује, или одређену услугу чијим се вршењем бави, известити га у року одређеном за прихватање понуде, ако неће да изврши поруџбину, да исту не прихвати, иначе ће се сматрати да је поруџбину прихватио те да је уговор закључен.“²⁰

Проглашавајући у чл. 42. ст. 3. и 4. посебно правило о ћутању у устаљеним пословним односима насупрот општем начелу, Закон о облигационим односима је само признао обичаје који су одавно били уважавани међу трговцима.²¹ Слична одступања од општих правила постоје у многим правним системима: немачком,²² француском,²³ аустријском и другима на које се наше право у овој области угледало. У неким од њих овакав изузетак примењује се као обичајно правило, док је у другима, као и у нас прихваћен у Закону.

Иако је његово поље примене прилично широко и употреба релативно честа, оно ипак има карактер изузетка у односу на опште правило по коме ћутање не значи пристајање, а које важи и у грађанском и у привредном праву. Отуда је потребно брижљиво дефинисати услове под којима оно важи, јер се у случају сумње примењује опште правило.

²⁰ Члан 18. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

²¹ Упоредити: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 262.

²² Упоредити: § 362. Немачког грађанског законика.

²³ Упоредити за француско право: Р. Godé, *op. cit.*, стр. 184.

Правило, по коме се сматра да ћутање значи прихватање, примењује се ако постоје следећи услови: а) устаљени пословни односи између понудиоца и понуђеног, б) редовно извршавање понудиочевих налога од стране понуђеног, в) понуда-поруџбина одређене количине робе или услуге, г) производња или трговина робом или обављање услуга као пословна делатност, д) неодбијање понуде у року одређеном за прихватање понуде. На сваки од наведених услова осврнућемо се посебно. Треба напоменути да је потребно постојање свих наведених услова кумулативно.

а. Устаљени пословни односи. – Први услов за могућност да се ћутање схвати као прихватање јесте у постојању устаљених пословних односа између понуђеног и понудиоца.²⁴ У таквој вези налазе се, на пример, угоститељ и пивара код које овај наручује дневно или седмично увек исту количину пива. По себи се разуме да после неколико првих поруџбина пивара не мора изречно одговорити да прихвата нову поруџбину угоститеља и наставиће да тако чини сваки пут изнова. Њено ћутање може се под наведеним околностима сматрати као прихватање.

Сталност пословне везе или устаљеност пословних односа тиче се у првом реду трајности и учесталости послова између понудиоца и понуђеног. Трајност подразумева да је понуђени једно извесно време испоручивао одговарајућу робу на основу поруџбина које му је упућивао понудилац. То време не мора бити дуго, али ће сталност пословне везе и у том случају постојати, поготову ако су поруџбине биле честе. Дакле, сталности може бити ако је пословна веза релативно кратко трајала, али су поруџбине биле учестале. Исто тако, само у обрнутом смислу, испоруке не морају бити особито честе, ако пословна веза траје дуже време. Тако је, на пример, француска судска пракса забележила да постоји стална пословна веза када је једно лице (ресторатер) код истог трговца наручивало одређене намирнице за божићне и новогодишње празнике сваке године. Како на писмену понуду ресторатера трговац није одговорио, суд у Монпелјеу је, узимајући у обзир управо постојање наведених пословних односа, сматрао да ћутање понуђеног значи прихватање понуде.²⁵

²⁴ Упоредити: W. Schöenberger, P. Jäggi, *Das Obligationenrecht*, стр. 462, n° 23; P. Godé, *op. cit.*, стр. 184, n° 167; J. L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, стр. 291, n° 316; A. Rieg, *op. cit.*, стр. 55 n° 16.

²⁵ Пресуда суда у Montpellier-у од 3. јула 1885. године, Sirey, 1886. 2. 56.

Сталност пословне везе треба да постоји у погледу одређене, а не било које робе. У којој мери роба треба да буде одређена по врсти остављено је судовима да размотре узимајући у обзир све околности, а у првом реду обичаје у тој грани пословања. Али, из формулације правила произлази закључак да се поруџбина о којој је реч односи на ону врсту робе којом су понудилац и понуђени дотад трговали. Да ли је реч само једној врсти вина, коју је дотад испоручивао продавац (на пример жупски „бургундац“), или то може бити и друга врста (жупски „ризлинг“), ако је реч о једном истом произвођачу, или и истој врсти вина, али од другог произвођача (нпр. опленачки „бургундац“) ако је реч о винарском трговцу? Узимајући у обзир обичаје, требало би сматрати да ћутање значи прихватање и у овом ширем смислу. Али, не би се могло сматрати да се правило примењује у случају кад је реч о сасвим различитој роби. На пример, стране су се налазиле у пословној вези тако што је једна испоручивала другој намирнице, а нова се поруџбина односи на текстил. Ћутање понуђеног у оваквом случају не би се могло сматрати прихватањем.

б. Редовно извршавање понудиоцевих налога. – Поред чињенице што се понуђени одраније налази у устаљеним пословним односима са понудиоцем, потребно је још и да је он редовно извршавао понудиоцеве налоге, да би се његово ћутање могло сматрати за прихватање. Овај двоструки услов изречно је био предложен у чл. 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима, али је изостављен приликом редиговања Нацрта и утврђивања коначног текста Закона. Реч налог у том контексту значи исто што и поруџбина, а употребљена је да се ова друга не би понављала. Иако су у садашњем тексту Закона наведена два услова раздвојена, за појам о коме говоримо неопходно је његово јединство. Смисао услова је у томе што није довољно да су се понуђени и понудилац налазили у устаљеним пословним односима, него је неопходно и да је понуђени извршавао понудиоцеве налоге. Тек ако су оба услова испуњена, сматраће се да у случају поруџбине (налога) која се односи на испоруку робе или обављање услуга из његове делатности, ћутање понуђеног значи прихватање. Ако устаљени пословни односи говоре о томе каква треба да је веза између понуђеног и понудиоца, редовно извршавање понудиоцевих налога ближе говори о садржини поменутог односа.

в. Поруџбина одређене количине робе или налоџ одређене услуге. – Понуда коју једно лице упућује понуђеном може имати двојаки карактер: она се може односити или на поруџбину одређене количине робе коју понуђени производи или којом тргује, или пак представљати налог понуђеном да обави неку услугу чијим се вршењем он иначе бави. Тако су једним правилом обухваћене обе ситуације и она која се односи на испоруку робе као и она која се односи на обављање услуга. У оба случаја реч је о пословној делатности којом се понуђени бави. На овај начин одређена је област у чијим оквирима се ћутање понуђеног сматра као прихватање понуде. Да ли и у којој мери треба да постоји истоветност између ранијих и нове поруџбине, оцењује суд као чињенично питање узимајући у обзир све околности, а особито пословне обичаје.

Исто правило важи и кад је реч о налогу за обављање одређене услуге. И овде, као и кад је реч о поруџбини одређене робе, потребно је да су испуњена сва три досад поменута услова: а) да су понуђени и понудилац у устаљеним пословним односима, б) да је понуђени редовно извршавао понудиочеве налоге и в) да се понуда односи на одређену услугу чијим се вршењем понуђени бави.²⁶ Само под тим условима неодговарање на упућени налог може се сматрати прихватањем. Адвокат кога је трговац кожом редовно узимао за пуномоћника у споровима пред арбитражом дужан је да одговори да одбија налог да га заступа у новом спору пред арбитражом. Ако тако не поступи, његово ћутање ће се сматрати као прихватање и уговор о налогу закљученим. Правило важи, дакле, на исти начин било да је реч о поруџбини робе или о понуди која је упућена као налог за обављање неког посла у области услуга.

Од наведеног случаја ваља пажљиво разликовати ситуацију у којој понудилац по први пут упућује налог лицу које се бави вршењем туђих послова као занимањем или се пак јавно нуди за обављање тих послова. На овај случај не примењује се чл. 42. ст. 4 као у претходном примеру него правило из чл. 750. Закона о облигационим односима. Лице коме је упућен први налог за ангажовање у неком, рецимо кривичном поступку, није обавезно да га прихвати, али је дужно да на њега одговори, позитивно или негативно. Ако се оглуши о ову дужност, и уместо одговора на

²⁶ Упоредити: чл. 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

налог ћути, његово ћутање неће се сматрати прихватањем, али ће несуджени налогодримец одговарати понудиоцу за евентуално насталу штету.

2. *Неодбијање понуде*. – Лице коме је, према Закону о облигационим односима понуђено да испоручи наручену робу, дужно је (чл. 42. ст. 3. ЗОО) да одговори одмах или у року који му је понудилац оставио. Исто правило о року требало би да важи и у случају када је упућен налог понуђеном да обави одређени посао, иако је у овом другом случају према чл. 42. ст. 4. предвиђено да је понуђени дужан да одговори одмах. У оба случаја, ако понуђени не одбије учињену понуду сматраће се да његово ћутање значи прихватање.

Б. Критика законског текста

Наведене одредбе садржане у члану 42. ст. 3. и ст. 4. (као и ст. 5. а којем није било помена) нису постојале у Скици за Законик о облигацијама и уговорима. Њих су у Нацрт Закона о облигационим односима унели редактори верујући да ће побољшати текст предложен у Скици. Да ли су у томе успели? Да бисмо могли одговорити на постављено питање погледајмо како је гласио текст Општих узанси одакле су их они преузели.

„Ћутање само по себи не сматра се прихватањем понуде. Али 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. Исто тако лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, или извршење таквих налога спада у његову пословну делатност, треба да изврши добијени налог ако га није одмах одбило. Ако у таквим случајевима понуда или налог није одбијен, сматра се да је уговор закључен у тренутку кад је понуда или налог стигао понуђеноме.“²⁷

Лако се може запазити да је ст. 2. узансе бр. 35 постао трећи став чл. 42. ЗОО, а да је ст. 3 узансе 35 унет у ст. 4. чл. 42. Закона. Поменути ставови унети су уместо одредбе која је била формулисана у Скици која је гласила овако:

²⁷ Општа узанса 35.

„Ако лице које се налази у устаљеним пословним односима са неким другим лицем и редовно извршава његове налоге, дужно је, кад му ово поручи одређену количину робе коју производи или којом тргује, или одређену услугу чијим се вршењем бави, известити га у року одређеном за прихватање понуде, ако неће да изврши поруџбину, да исту не прихвата, иначе ће се сматрати да је поруџбину прихватило те да је уговор закључен.“²⁸

Тај текст је долазио после општег правила истакнутог у првом ставу да ћутање не значи прихватање понуде, и одредбе у другој алинеји да нема важности одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног сматрати за прихватање. Са њима он је чинио логичну целину која се састојала од општег правила, његове потврде у једном посебном случају и једног важног изузетка општијег карактера. Треба посебно истаћи да су наведене одредбе биле не само међусобно усаглашене, него и потпуно усклађене са другим правилима предложеним у Скици са којима су иначе имале додирних тачака. Њихова повезаност особито се тицала правила о уговору, о налогу и о позиву да се учини понуда.

Нажалост, начин на који су формулисане поменуте одредбе из ст. 3. и 4. чл. 42, а поготову ова друга, нимало не доприносе јасноћи и одређености правила о ћутању. Напротив, оне су пореметиле хармонију која је била успостављена у Скици. На рачун њихове садржине као и везама са осталим правилима може се ставити више замерки а најважније су ове: а) одредбе из ст. 3. и 4. требало би (разуме се другачије формулисане) да чине целину, а у Закону су раздвојене па изгледа као да се односе на два различита случаја, б) одредба из ст. 4. је у себи противречна, в) одредба из ст. 4. је у супротности са правилом из чл. 750. Закона о облигационим односима.

а) Одредбе из ст. 3. и 4. чл. 42. Закона о облигационим односима требало би да чине целину. – Уместо једног правила које је било предложено у ст. 3. чл. 18. Скице, редактори Нацрта унели су две одредбе које данас чине ст. 3. и ст. 4. Закона. Тако је било и у Општим узансама, одакле су уосталом оне и преузете. На први поглед би се рекло да се исто правило о ћутању примењује на два различита случаја и под различитим условима. Изгледало би да се услов постојања сталне пословне везе пос-

²⁸ Члан 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

тавља само у првом случају кад је реч о понуди која се односи на одређену робу, а да у другом случају не важи. Наиме, у ст. 4. говори се само о лицу које се понудило другом да извршава његове налоге као и о лицу у чију пословну делатност спада вршење таквих налога, а о устаљеним пословним односима између њих нема ни помена. Овако формулисан посебан став 4. је излишан у систему правила Закона о облигационим односима. Ако је и за примену правила из става 4. потребно да се налогопримац и налогодавац од раније налазе у устаљеним пословним односима као у случају из става 3, онда се не види разлог због кога треба да постоји самостално правило и посебан став. Ако се, напротив, за примену правила из ст. 4. не захтева постојање устаљених пословних односа (што сугерише формулација из које је ово обележје изостављено) оно се примењује и у случају када се неко лице први пут обраћа (са налогом) професионалном налогопримцу, али је тада наведено правило у супротности са правилом из чл. 750. Закона. Као што се види ни једна од двеју могућности не даје задовољавајуће резултате, и најбоље би било да до интервенције није ни дошло.

Од два зла мање је оно да се ст. 4. протумачи тако да правило о ћутању важи под условом који је предвиђен у ст. 3, а то значи да су налогопримац и налогодавац били у устаљеним пословним односима. Тада, одредбе из ст. 3. и ст. 4. чине једну целину и читаво правило постаје смислено. А смисао се огледа у томе што се у ст. 3. помиње ћутање понуђеног када му је понудилац упутио порудбину која се односи на одређену робу, док се у ст. 4. говори о понуди налога за обављање одређених послова. У првом случају реч је о роби а у другом реч је о услугама. И то је све. Да је тако поступљено, отклониле би се многе нејасноће и избегла тумачења која настоје да пропуст редактора рационализују тврдећи да се наш законодавац определио за друго решење од оног које је уистину прихваћено.

Према једном мишљењу, одредба из ст. 4. чл. 42. (изузев једне очигледне погрешке) исправно је формулисана. Њен смисао је да је уговор о налогу закључен, у случају кад лица поменута у ст. 4. не одбију одмах упућени налог. Према наведеном мишљењу поједина лица дужна су да налог одбију и то одмах, уколико неће да закључе уговор. Ако не поступе на тај начин, дакле ако не одбију него ћуте, уговор о налогу је ипак закључен. Правило се примењује ако је реч: а) о лицу које се понудило

другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова или: б) о лицу у чију пословну делатност спада вршење таквих налога.²⁹ Кад се овако протумачи ст. 4. чл. 42. Закона мора се учинити и корак даље, па рећи да је у чл. 750. Закона предвиђено да се у случају неодговарања на понуду налога, даје накнада за уговорну, а не деликтну штету.

На овом месту размотрићемо само оне наводе из поменутог мишљења који се односи на ст. 4. чл. 42. Закона. О чл. 750. Закона биће речи доцније приликом разматрања уговора о налогу.

На непотпуност одредбе из ст. 4. указано је у време док је исто правило било садржано у Узансама. Још тада је истицано да се у узанси 35 као услов тражи само да извршење налога спада у пословну делатност понуђеног, али да тај услов није довољан. Уколико се изостави други услов (постојање устаљених пословних односа), онда би лица која извршавају налоге као своју пословну делатност била дужна да без престанка одбијају понуде налога које стално притичу, да се њихово ћутање не би протумачило као пристајање. Такав захтев постављен предузећима и појединцима који се баве оваквим услугама био би претерано тежак.³⁰ Отуда схватање да оба става Узансе треба тумачити као целину те да је постојање пословних односа између понудиоца и понуђеног неопходан услов да би се ћутање потоњег могао сматрати за прихватање налога – понуде.

Да наведене одредбе треба схватити као целину показује и искуство упоредног права. Особито је важно указати на правила немачког права која су изгледа у овој области послужила за узор решењима из узансе 35. У Немачком грађанском законнику нема одредбе општијег карактера која би се односила на ћутање. Али се зато једно релативно широко и обухватно правило (које је могло утицати и на решења у нашем праву) налази у Немачком трговачком законнику. Оно гласи:

„Када трговац чија се делатност односи на старање о пословима за трећа лица, добије предлог (Antrag) за обављање таквог посла од лица са којим се налази у пословној вези, дужан је да на њега одговори без одуговлачења; његово ћутање важи као прихватање понуде. Исто важи и ка-

²⁹ М. Драшкић у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 148.

³⁰ Упоредити: Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, стр. 161.

да трговац добије предлог за закључење уговора (Antrag) за обављање послова од лица коме се понудио (erboten hat) да такве послове обавља.

И када одбије предлог за закључење уговора (Antrag), трговац је дужан да на рачун понудиоца послату робу сачува од сваке штете, ако је обезбеђен за своје трошкове и ако може да предузме што је потребно без сопствених губитака.³¹

Може се видети, да је наведено правило формулисано на исти начин као и одговарајућа правила из узансе 35 и члана 42. Закона о облигационим односима. Обе реченице садржане у првом ставу чине целину и правило о ћутању, које је предвиђено у другој реченици, важи ако су испуњени услови из прве реченице. Такође се може уочити одакле потиче пометња у називима субјеката у узанси 35 и чл. 42. Закона. У § 362 Немачког трговачког законика у другој реченици говори се о лицу које се понудило (erboten hat) другоме да обавља одређене послове. А механизам настајања уговора започиње предлогом за закључење уговора (Antrag) о коме сада треба да се изјасни онај, ко се понудио да обавља послове. Уколико он ћути сматра се да је уговор закључен. Али, управо је Antrag понуда за закључење уговора, док је Erbot јавна понуда која има карактер позива да се учини понуда.

б) Одредба из стл. 4. је у себи њрошшвречна. – Друга примедба се односи на саму формулацију ст. 4. Најпре треба напоменути да се у тексту поткрала једна несумњива грешка која је, разуме се, постојала и у изворном тексту узансе 35. У првом делу реченице говори се о „лицу које се понудило другом да извршава његове налоге,“ а онда се при крају каже да је оно (то исто лице) „дужно да изврши добијени налог, ако га није одмах одбило“. Али, ако је доиста реч о понуди одређеног лица другоме да извршава његове налоге, онда би налог представљао изјаву о прихватању понуде и уговор о налогу би био закључен. У том случају „лице које се понудило другоме“ не би имало више о чему да се после налога накнадно изјашњава. Разуме се да је таква ситуација могућа и да се дешава да понуду упути будући налогопримац, тако да изјава налогодавца којом даје налог има

³¹ § 362. Немачког трговачког законика.

улогу прихватања. Али овде очевидно није о томе реч. Основни смисао правила је обрнут: давање налога има карактер понуде, и онда је схватљиво да лице коме је налог упућен може бити само у улози понуђеног, а не понудиоца. Али ако је тако, како је могуће говорити о томе да се он понудио другоме да испуњава налоге? Очевидно је да је тај израз могуће схватити само као „лице које се јавно нуди за вршење туђих послова“, управо онако како је формулисано у Скици. Јавна понуда има у овом случају карактер позива упућеног јавности од које се очекују понуде – налози. Грешка је, као што смо поменули, била још у Узансама, а редактори су је некритички пренели у текст Нацрта који је после постао закон.

в) Одредба из стп. 4. је у сујројносипи са чл. 750. Закона о облигационим односима. – Одредба из ст. 4. чл. 42. има још једну незгодну страну; ако се схвати без услова „устаљених пословних односа“ онда је њена садржина у супротности са правилом из чл. 750. Закона. Јер, према чл. 750. у случају ћутања понуђеног на понуду налога, уговор није закључен, док би се (ако се усвоји наведено схватање о ст. 4) по ст. 4. чл. 42. сматрало да уговор о налогу јесте закључен. Иначе чл. 750. Закона уређује случај када постоји дужност лица да одговори на понуду налога и гласи овако:

„Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова, дужан је, да ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одлагања обавести другу страну, иначе одговора за штету коју би ова претрпела због тога.“

Наведена стилизација указује да је понуђени у случају ћутања дужан само да накнади штету коју би евентуално претрпео понудилац, али да уговор није закључен. Ово становиште одговара основним идејама на којима почива Закон о облигационим односима. Оно је у складу и са чл. 183. који прописује да лице које је по закону обавезно да закључи неки уговор, дугује само накнаду штете у случају незакључења уговора. И у овом као и у случају из чл. 750. Закона накнада обухвата тзв. негативни уговорни интерес.³²

³² Упоредити: § 1003. Аустријског грађанског законика.

ПОСЕБНИ УГОВОРИ И ЋУТАЊЕ

А. Уговор о осигурању

У многим правним системима правила о уговору о осигурању имају одређене особености када уређују ћутање осигурача и његов утицај на правна дејства уговора. У једнима се у случају ћутања сматра да је осигурач понуду прихватио и да је уговор закључен,³³ у другима се узима да је уговор закључен ако је уговорилац осигурања испунио одређене услове,³⁴ у трећима се правило о ћутању примењује у случају кад се већ закључени уговор о осигурању у нечему мења или продужава,³⁵ итд. Може се запознати да се одредбе о ћутању осигурача разликују међусобно и у погледу ширине обухвата и с обзиром на домаћај, али све оне имају и једно заједничко обележје које је од значаја за разматрано питање. Наиме, кад је реч о уговору о осигурању ћутање осигурача се често узима као знак прихватања и доводи до закључења уговора.

Правила која се примењују на ћутање осигурача важе само за тај уговор и не могу се уопштавати и проширивати на друге области.³⁶ Разлоге треба тражити у посебним обележјима уговора о осигурању. Уосталом ни у овом уговору правила о ћутању не важе за обе стране подједнако. Под извесним условима може се узети да је уговор закључен када осигурач ћути, али, ћутање лица које хоће да се осигура не може произвести таква правна дејства. Кад се има у виду распоред улога уговориоца осигурања и осигурача, у настајању уговора лако се да закључити да у обзир може доћи само ћутање осигурача. Заинтересовано лице налази се у улози понудиоца (приликом закључења) и разумљиво је да ако се оно понаша пасивно нема понуде, па не може бити ни уговора.

Уговор о осигурању по правилу се закључује тако што уговорници потпишу полису осигурања или листу покрића.³⁷ Писмено утврђивање узајамних обавеза и отклањање низа могућих нејасноћа и двосмислености, једна је од великих предности

³³ Упоредити: чл. 901. ст. 3. Закона о облигационим односима.

³⁴ Упоредити за америчко право: Jan R. Macneil, in R.B. Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, стр. 1078 и 1081.

³⁵ Упоредити за француско право: J. Ghestin, Le Contrat: Formation, стр. 308, n° 296.

³⁶ A. L. Corbin on Contracts, I Volume, стр. 325 n° 75.

³⁷ Члан 901. ст. 1. Закона о облигационим односима.

оваквог начина закључења уговора. Али, иако погодан, он није ни једини ни искључив.

Други начин настајања узајамних обавеза из осигурања мање је једноставан од закључења уговора о осигурању потписивањем полисе. Он се састоји у овоме: када лице које хоће да се осигура упуту писмену понуду осигурачу (понуда га везује осам дана) сматраће се да ју је овај прихватио, те да је уговор закључен, ако осигурач не одбије понуду која не одступа од услова под којима он врши предложено осигурање и то у року од (по правилу) осам дана.³⁸

Ћутање осигурача изједначава се у наведеном случају са прихватањем. Стога, осигурач који неће да прихвати писмену понуду за закључење уговора, не сме остати неактиван, он је мора одбити.

Правило о могућности да се ћутање осигурача сматра за прихватање примењује се само ако су испуњена следећа три услова: а) писмена понуда, б) рок, в) услови под којима осигурач врши осигурање.

а. Писмена понуда. – Видели смо да се у начелу уговор о осигурању закључује у писменом облику.³⁹ Осигурач припрема унапред формуларе за полису осигурања, а уговор је закључен када уговорилац осигурања и осигурач потпишу полису осигурања (или неку другу исправу која привремено замењује полису). Али, је у складу са општим правилима о закључењу формалних уговора могуће и да потписи не буду стављени на исто писмено, него да уговорилац осигурања своју изјаву воље саопшти осигурачу писмом или на неки други начин (телеграмом).⁴⁰ Разуме се да је у свим наведеним случајевима потребно да постоји сагласност изјављених воља (што значи да уговорилац осигурања буде упознат са садржином полисе и општим условима осигурања).

Иако је правило о писменој форми уговора о осигурању општег карактера и има широку примену, сва осигурања не морају се закључити у таквој форми. У поморском, унутрашњем водном и ваздухопловном праву важи обрнуто правило по коме се уговор о осигурању може закључити и простом сагласношћу

³⁸ Члан 901. ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима.

³⁹ П. Шулејић, *Право осигурања*, стр. 152; И. Јанковец у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, 2. издање, стр. 1928.

⁴⁰ И. Јанковец, *op. cit.*, стр. 1929.

воља, усмено.⁴¹ Али зато је у оваквим случајевима осигурач дужан да уговориоцу осигурања на његов захтев преда уредно издату и потписану полису осигурања.⁴²

Први међу условима под којима је уопште могуће да се ћутање осигурача сматра за прихватање јесте да је понуда учињена у писменој форми.⁴³ Захтев писмене форме разумљив је из свих оних разлога због којих се уопште тражи да уговор о осигурању буде закључен писмено.

Судови су се у појединим одлукама изјашњавали у прилог схватању да понуда треба да буде састављена у писменом облику да би уговор могао да буде закључен. Тако, је на пример, још пре доношења Закона о облигационим односима, Врховни привредни суд прогласио да је уговор о осигурању пуноважан само ако је закључен писмено:

„Према правним правилима која се примењују у осигуравајућем праву, ваљан уговор о осигурању склапа се у писменој форми, па позивање на склапање уговора, као ни пријава за осигурање дата усмено или путем телефона, не може имати утицаја на обавезу осигуратеља.“⁴⁴

У новије време, Виши привредни суд Србије поново је изложио исто схватање рекавши да се уговор о каско осигурању моторног возила не може сматрати закљученим ако је осигурање наручено усмено.⁴⁵

У поменутих случајевима судови су захтевали да понуда буде састављена у писменом облику. Њихов захтев се односио на области осигурања у којима као и у случају који нас занима и иначе важе правила о писменој форми уговора.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Члан 696. ст. 1. Закона о поморској и унутрашњој пловидби. Наведено правило примењује се и на уговоре о осигурању у ваздухопловном праву. Упоредити: „Ако овим законом није друкчије одређено, на уговоре о осигурању у ваздушној пловидби сходно се примењују одредбе о уговорима о пловидбеном осигурању из Закона о поморској и унутрашњој пловидби, осим посебних одредаба о осигурању бродова.“ Чл. 163. Закона о облигационим и основним материјално-правним односима у ваздушној пловидби.

⁴³ Упоредити: чл. 901. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁴⁴ Пресуда Врховног привредног суда Сл. 108/58 од 5. марта 1958. године, *Збирка судских одлука*, књига III, свеска 1. одлука број 224.

⁴⁵ Пресуда Вишег привредног суда Србије Пж. 2663/83 од 9. септембра 1983, *Привредно-правни приручник* бр. 7/1984. стр. 61 (наведено према И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд 1987. стр. 550).

б. Рок. – Други захтев односи се на временско раздобље у коме осигурач испољава своју неактивност. Ћутање треба да траје исто онолико колико и везаност понудиоца за понуду (коју је овај учинио осигурачу). Према основном правилу предвиђеном у члану 901. став 2. Закона о облигационим односима, писмена понуда учињена осигурачу везује понудиоца за време од осам дана). Али, ако је потребан лекарски преглед за лице које се осигурава, рок ће износити тридесет дана. У погледу првог рока, правило је диспозитивног карактера, те је понудилац у могућности да одреди краћи (а чини се да би могао одредити и дужи) рок. Што се тиче другог рока (који је предвиђен за случај када је потребно обавити лекарски преглед) изгледа да се он не би могао скратити по жељи понудиоца, с обзиром да је његово трајање продужено зато да би се могло установити здравствено стање лица које се осигурава. Рок од тридесет дана у нашим приликама неопходан је да би се могли извршити лекарски прегледи и анализе неопходни за утврђивање тог стања. Скраћивање овог раздобља двоструко би погодовало понудиоцу: његова везаност за понуду трајала би краће, што би му омогућавало да се ослободи раније него што би одговарало осигурачу, у случају да му закључење уговора више није у интересу (а здравствени преглед је тек започет), на другој страни сужавало би се право осигурача да одбије закључење уговора, јер би његово ћутање у сразмерно кратком року било протумачено као прихватање. Разумљиво је стога што се скраћивање овог другог рока не може дозволити.

Да би се могло сматрати да је уговор закључен, потребно је да ћутање осигурача траје све време докле је понудилац везан својом понудом. Уколико осигурач изјави у било ком тренутку унутар наведеног рока да одбија понуду, уговор није закључен и претпоставка отпада. Ако осигурач задоцни и изјаву о одбијању да пошто је рок истекао, закаснела изјава неће спречити закључење уговора. Редовно, рок износи осам дана од дана када је понуда приспела (достављена) осигурачу. Ако је понудилац скратио рок у коме је везан понудом, скраћује се и време у коме ћутање осигурача ствара претпоставку да је дошло до закључења уговора. У том случају осигурач, ако жели да избегне закључење уговора, мора реаговати брже него обично. За одбијање понуде њему преостаје мање од осам дана. Пропусти ли да тако поступи може се наћи у ситуацији да буде везан и оним уговором о осигурању који није желео.

Осигурач може прекинути ћутање тиме што ће изјавити да одбија понуду за закључење уговора. Али, као што је речено, изјава о одбијању мора бити дата у року од осам дана од дана када му је понуда достављена или у још краћем року ако је тако одредио понудилац. Задоцнело одбијање не спречава наступање правних дејстава уговора о осигурању. Стога, ако осигурач, тек пошто је рок истекао, изјави да одбија учињену понуду његова изјава неће имати дејства те ће се сматрати да је (с обзиром да је ћутао до истека рока) прихватио понуду и да је уговор закључен.

Може се догодити да осигурач изјави у року да одбија понуду, али да изјава о одбијању стигне понудиоцу тек по истеку рока. Да ли се тада може сматрати да је уговор о осигурању закључен или није? Уосталом, у оваквом случају време закључења померено је уназад и рачуна се од тренутка када је понуда приспела осигурачу, а не од тренутка када је истекао рок. Ако је у међувремену наступио осигурани случај осигурач би био дужан да исплати накнаду. Разуме се да би тада понудилац могао бити веома заинтересован да се уговор о осигурању сматра закљученим. И обрнуто, може се замислити да је понудилац променио своје мишљење о корисности осигурања пошто је већ послао писмену понуду. У таквом случају њему би одговарало да се изјава о одбијању коју му је осигурач упутио пре, а стигла му је после рока схвати као спречавање да до закључења уговора дође. Као што се може видети, рекло би се да закључење уговора у оваквом случају зависи од нахођења понудиоца. Правила која би требало применити имају сличности са општим правилима Закона о облигационим односима.⁴⁶ Наиме ако је одговор о одбијању понуде који је био отпослан благовремено стигао понудиоцу после истека рока сматраће се да је упућен на време уколико је понудилац знао или је могао знати да је изјава послата благовремено.⁴⁷ Практична последица ће се састојати у изостанку уговора о осигурању. Али, биће другачије (сматраће се да је уговор ипак закључен) ако понудилац без одлагања обавести осигурача да му је одговор са изјавом о одбијању понуде приспео са задоцњењем те да сматра да је његова понуда прихваћена ћутањем.⁴⁸ Понудилац овако треба да поступи одмах по истеку

⁴⁶ Члан 43. Закона о облигационим односима.

⁴⁷ Члан 43. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁴⁸ Члан 43. ст. 3. Закона о облигационим односима (по антитези).

рока од осам дана (или по истеку другог одговарајућег рока) што ће рећи деветог дана од приспећа понуде осигурачу, а најдоцније првог радног дана по пријему изјаве о одбијању.

в. *Услови под којима осигурач врши осигурање.* – Трећи захтев који се поставља у нашем праву да би се уговор о осигурању сматрао закљученим, тиче се садржине предложене у понуди. Она не може одступати од услова под којима осигурач врши предложено осигурање. Ако су у понуди садржани услови под којима осигурач уобичајено закључује такве уговоре о осигурању, сматраће се да је уговор закључен иако осигурач ћути. Исто ће бити ако се у понуди не говори ништа о условима предложеног уговора него се његово уређење, изречно или прећутно, препушта општим условима осигурача (коме се упућује понуда). Уговорилац осигурања најчешће тако и поступа. Он предлаже своту осигурања, ствар (или лице) које хоће да осигура као и ризик обухваћен осигурањем пристајући унапред да се све остало одреди према општим условима осигурања. Уговор о осигурању није закључен ако уговорилац осигурања предлаже елементе који одступају од услова под којима осигурач врши осигурање. С обзиром да тада не постоји истоветност у садржини између понуде и општих услова осигурача његово ћутање се не може схватити као прихватање учињене понуде. Стога, ако није испуњен овај, трећи захтев у погледу садржине услова осигурања, сматра се да уговор није закључен.

џ. *Ко се може позвати на ћутање?* – На ћутање осигурача као чињеницу од битног значаја за могућност да се сматра да је уговор закључен могу се позвати оба лица, дакле не само уговорилац осигурања, лице које тумачи ћутање саговорника, него и сам осигурач, лице о чијем је ћутању реч. Склоност да се сматра како је овакво схватање ћутања искључиво у интересу лица које хоће да се осигура, дакле саговорника лица које ћути, очевидно је претерана. Такво размишљање вероватно полази од тешких последица које могу погодити лице које хоће да се осигура ако несрећни случај наступи, а осигурање изостане. Такве ситуације су сразмерно ретке, али су последице наведених несрећа по правилу веома упечатљиве и утискују се у памћење. Али због њихове изузетности и необичности не треба испустити из вида много већи број неупадљивих ситуација у којима до несреће није дошло и у којима лицу које је учинило понуду, уистину није стало да уговор буде закључен. За постојање уговора о осигурању у тим случајевима може бити заинтересована друга страна, осигу-

рач, који се при томе позива на сопствено ћутање. Отуда се може стећи утисак да је правило о ћутању понекад у искључивом интересу уговориоца осигурања, док се у другим случајевима чини да је оно у интересу осигурача. Уосталом и сама институција осигурања има исти тај смисао. Када се осигурани случај догоди изгледа да осигурање постоји искључиво у интересу осигураног лица, док ако до њега не дође уговориоцу осигурања се чини да је осигурање излишно и да погодује само осигурачу.

g. Сјановишије Врховног суда Србије. – Случајеви у којима је уговорилац осигурања заинтересован да се ћутање осигурача сматра као прихватање понуде могу се илустровати следећим примером: млинар Миливоје је 16. августа 1982. године осигурао свој млин од земљотреса, пожара, удара грома, олује и града код Заједнице осигурања имовине и лица „Дунав“, на своту од 500.000.000 старих динара (500 конвертибилних динара). Пре него што је истекао једногодишњи рок, у августу 1983. године упутио је писмену понуду за продужење уговора о осигурању. Понуда је гласила овако:

„Лазаревићу, дај молим те види за то осигурање млина, ти продужи и повећај на милијарду, а за плаћање ти знаш, кад треба ја сам ту и да платим. Ову ти цедуљу шаљем по Јолу Обрадовић, он је дошо овде код мене за брашно. Много поздрава М. Крстић, Врело.“⁴⁹

Тужена Заједница, чијем је заступнику била уручена понуда, је ћутала и није одговорила на понуду ни позитивно ни негативно. На дан 13. децембра 1983. године у пожару је изгорео Миливојев млин. Млинар је поднео тужбу наводећи да је уговор о осигурању закључен зато што ћутање осигурача треба тумачити као прихватање понуде. Тужена Заједница „Дунав“ оспорила је наводе у тужби тврдећи да уговор о осигурању није био закључен. Међу разлозима којима је настојало да поткрепи своје тврђење најважнији су били ови: осигурање из 1982. године је истекло а нови уговор није закључен; тужилац на дан 13. децембра није осигуран; он је могао продужити уговор о осигурању али то није учинио; понуда коју је тужилац упутио не испуњава законске услове, и најзад тужилац није платио ниједну премију осигурања.

⁴⁹ Наведено према Пресуди Врховног суда Србије Рев. 392/86 од 17. фебруара 1987. године (из архиве Суда).

Првостепени⁵⁰ и другостепени суд⁵¹ су се једнодушно изјаснили да треба сматрати да је уговор о осигурању закључен зато што је тужени осигурач ћутао за све време од када му је приспела писмена понуда тужиоца. Њихове одлуке потврдио је и Врховни суд Србије на следећи начин:

„С обзиром на чињенично стање утврђено у поступку пред првостепеним судом правилно је примењено правило према коме је уговор о осигурању закључен ако осигурач у року од осам дана не одбије понуду која не одступа од услова под којима се врши предложено осигурање (Закон о облигационим односима чл. 901 ст. 3). Тужилац је у својој понуди, имајући у виду утврђену праксу између њега и туженог, предложио само оне елементе који су били неопходни за продужење дотадашњег осигурања, а то су били предмет и сума осигурања. У свему осталом, прећутно је пристао на опште услове под којима је тужени пословао (Закон о облигационим односима, чл. 902. ст. 3) и ослањао се на она одступања од ових услова, као што је плаћање премије у ратама, која су била утврђена у пракси између уговорника (Закон о облигационим односима чл. 900. ст. 2. и чл. 32. ст. 2). ... У тужиочевој понуди није била одређена једино висина премије, али тужилац њу и није могао да предложи. Уговор о осигурању је уговор о приступу и уговорилац осигурања треба и најчешће може да се изјасни само о томе да ли пристаје да закључи уговор у оквиру општих услова под којима послује заједница осигурања. Отуда висину премије и начин плаћања требало је да одреди тужени, с обзиром на то да је тужилац изразио готовост да своју обавезу испуни. Пропуст туженог и његовог заступника да одреде висину премије и захтевају њену исплату тиче се организације рада на страни туженог и не могу утицати на односе уговорних страна.“⁵²

Становиште Врховног суда Србије о ћутању осигурача у овом случају веома је одређено. Када уговорилац осигурања упути писмену понуду и ова буде достављена осигурачу, а овај

⁵⁰ Пресуда Општинског суда у Убу П. бр. 856/84 од 7. јуна 1985. године (из архиве Суда).

⁵¹ Пресуда Округног суда у Ваљево Гж. бр. 902/85 од 14. октобра 1985. године (из архиве Суда).

⁵² Из образложења пресуде Врховног суда Србије, Рев. 392/86 од 17. фебруара 1987. године.

ћути, сматраће се да је понуду прихватио и да је уговор закључен. Додуше уговор није уистину закључен јер осигурач није изјавио да прихвата понуду, и у том погледу суд се није прецизно изразио. Ћутање осигурача не представља прихватање него се на њему заснива законска претпоставка „сматраће се да је понуду прихватио и да је уговор закључен“. Разуме се да је теоријски посматрано разлика велика, али су у практичном погледу правна дејства иста. Што се првог аспекта тиче, ако је суштина уговора у изјавама воља двеју страна и у њиховој сагласности, онда уговора нема јер једна страна није изјавила да прихвата понуду друге стране. А ако нема изјаве воље једне стране онда и поред чињенице што је друга страна изјавила своју вољу (у облику понуде) нема сагласности изјављених воља у правом смислу. Отуда када суд говори о закључењу уговора о осигурању не поступа најисправније. Али његово изражавање нема овде неповолне последице јеч је реч о језичкој непрецизности, а не о грешци у поимању. Оно на шта суд мисли јесте да се на скуп чињеница које је утврдио првостепени суд може и треба да примени правило из чл. 901. ст. 3. Закона о облигационим односима и у том погледу суд не греша. Правило се заиста може применити. Притом треба изнети још две напомене. Прва се односи на смисао поменутог правила. Наиме према Закону о облигационим односима у овом случају се не захтева да до закључења уговора уистину и дође. Уговор о осигурању и није закључен него „се сматра да је закључен“ због тога што је на писмену понуду осигурач ћутао. Друга напомена тиче се стила. Претпоставку изражену речима сматра се да је уговор закључен није лако унети у реченицу, јер изражавање врло често звучи извештачено. Могуће је да је и то разлог што се суд послужио мекшим обликом „уговор је закључен“ који је, чини се, много више у духу нашег језика, него речима „сматра се да је уговор закључен“ које су знатно неподесније за употребу.

ђ. Одлука Врховног суда Хрватске. – Становиште, да се ћутање осигурача сматра као прихватање понуде (ако су испуњени поменути услови) налазимо и у једној одлуци Врховног суда Хрватске. И у овом случају понудилац је био заинтересован да се уговор сматра закљученим, као и у претходном примеру. Уосталом, у разматрању правне квалификације и у разлозима на којима се заснивају обе одлуке има много сличности, па није нимало чудно што је и исход исти.

„Према правилном утврђењу и правилној оцјени судова тужитељ је у критично вријеме имао с туженицом склопљен уговор о осигурању аутомобилског каска за његов особни аутомобил 'застава 101', јер је два мјесеца прије споменутога штетног догађаја, тј. 29. липња 1982. године учинио писмену понуду за такво осигурање, која не одступа од увјета под којима туженица врши предложено осигурање (сачињена на одговарајућој тисканици – лист 18) заступници туженице овлаштеној за прикупљање управо таквих понуда за туженицу у организацији удруженог рада где је и тужитељ тада био запослен.“

Ова понуда тужитеља као уговаратеља осигурања и осигураника која је упућена наведеној заступници осигурања има исти правни учинак као да је упућена непосредно туженој заједници осигурања па није одлучно кад је та понуда прослеђена надлежној пословној јединици туженице, како су то исправно оцијенили нижестепени судови. С обзиром на то да није спорно да туженица није одбила наведену понуду тужитеља у раздобљу од преко два мјесеца рачунајући од њезина подношења до настанка штетног догађаја, треба сматрати да је уговор о каско осигурању тужитељевог особног аутомобила „застава 101“ између парничних странака закључен када је понуда тужитеља прispела туженичиној заступници, тј. 29. липња 1982. Ради се наиме о закључењу уговора о осигурању шутњом према одредби чл. 901. стр. 3. и 4. Закона о обвезним односима (ЗОО).“⁵³

е. Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине. – Занимљиво је да за постојање уговора о осигурању може да буде заинтересован и сам осигурач који је ћутао. То се догодило у једном случају о коме је судио Врховни суд Босне и Херцеговине:

„Правилно је првостепени суд нашао да је тужени дужан платити наведени износ, јер је међу странкама закључен уговор о осигурању. Ово јасно произлази из одредаба члана 901. ст. 2, 3. и 4. Закона о облигационим односима. У ставу 2 је прописано да писмена понуда учињена осигуравачу за закључење уговора о осигурању везује понудиоца, ако он није одредио краћи рок, за вријеме од 8 дана од дана када је понуда прispjела осигуравачу, а ако је потре-

⁵³ Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2336/1987. од 12. маја (свибња) 1988. Преглед судске праксе, прилог Наше законитости бр. 42/1989. стр. 62 бр. одлуке 50.

бан љекарски преглед онда за вријеме од 30 дана. У ставу 3, наведеног члана прописано је да ако осигуравач у том року не одбије понуду која не одступа од услова по којима он врши предложено осигурање, сматраће се да је прихватио понуду и да је уговор закључен. У том случају у смислу става 4. овог члана уговор се сматра закљученим када је понуда приспјела осигуравачу. Према томе на основу цитираних одредаба члана 901. ЗОО и утврђених чињеница да је тужени доставио тужиоцу своју понуду за закључење уговора о колективном осигурању радника који тужилац није одбио у року од 8 дана, уговор се сматра закљученим од момента када је понуда приспјела осигуравачу. Одредбе ставова 3–4. члана 901. ЗОО представљају изузетак у односу на одредбе става 1 истог члана, по којима се уговор о осигурању сматра закљученим када уговорачи потпишу полису осигурања или листу покрића, па није од значаја што у овом случају странке нису потписале полису осигурања. Ради тога је тужени дужан да плати премију осигурања по наведеном уговору у смислу члана 912. ЗОО.⁵⁴

За разлику од раније наведених случајева у којима су уговорници осигурања захтевали да се ћутање осигурача сматра као закључење уговора, овде је сам осигурач тражио да се његово сопствено ћутање протумачи као знак пристајања. Друга страна, која је упутила понуду оспоравала је закључење уговора. Да ли је тражење осигурача било оправдано? Чини се да јесте, јер једно исто понашање осигурача мора имати исто значење и производити иста правна дејства за обе стране. О правним дејствима уговора о осигурању је и била реч у овом спору, јер је осигурач захтевао да му понудилац исплати дужне премије осигурања. А на испуњење овакве обавезе уговориоца осигурања осигурач има право само ако је уговор о осигурању доиста закључен.

Б. УГОВОР О НАЛОГУ

Уговор о налогу у извесном смислу такође представља изузетак од правила да ћутање не значи пристајање, или прецизније речено да не ствара никакву обавезу за понуђеног. Али, и

⁵⁴ Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, бр. Пж. 486/86 од 22. јуна 1987. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Босне и Херцеговине* бр. 3/1987, стр. 41–42, бр. одлуке 57.

овде као и код уговора о осигурању, иако са различитим последицама, није свеједно о којој страни је реч. Ако, потенцијални налогодавац не одговори на понуду налогопримца (на пример странка којој неки адвокат нуди да је заступа) него ћути, примењује се опште правило да ћутање не значи пристајање. Исто ће бити и ако је реч о промењеним улогама кад налогопримац не одговори на понуду налогодавца. Нико, наиме није дужан да прихвати нечији налог који би му значио терет, па отуда није ни дужан да на понуду налога одговара. Његово ћутање неће се сматрати као прихватање. Али у овом потоњем случају правило важи само ако је налог упућен као понуда грађанину, непрофесионалцу. Другачије ће бити ако је понуда налога учињена лицу које се бави вршењем туђих правних послова као занимањем, или лицу које се јавно нуди за њихово обављање. Поменута лица имају дужност да одговоре понудиоцу ако неће да прихвате његов налог. Уколико не одговоре, њихово ћутање, према једном решењу, представља основ за проузроковану штету понудиоцу,⁵⁵ а према другом, сматра се прихватањем.⁵⁶

Иако се решења у упоредном праву разликују, заједничко им је што означавају одступање од правила да се на понуду не мора одговорити ни позитивно или негативно, него се може ћутати. За разлику од случаја у коме се примењује опште правило о ћутању, зато што се претпоставља да су уговорне стране равноправне, овде је одступање од правила оправдано због тога што међу преговарачима постоји неједнакост. Она се огледа у изразитој надмоћности једне стране над другом. Док је будући налогодавац по правилу лице неупућено у правне послове које намерава да повери налогопримцу, на другој страни се налази лице коме обављање таквих правних послова представља занимање. Уз то, за будућег налогодавца предузимање посла може бити од изузетног, правног, моралног, финансијског и сличног значаја и оно може бити заинтересован свим својим бићем за његов исход, док његово обављање и уз велику брижљивост представља за налогопримца само један у низу послова. Уз то, како је реч о послу код којег није неважно ко га обавља, будућем налогодавцу је стало да га изврши управо лице коме упућује понуду. Најзад, није искључено да и благовремено обављање посла има велики значај за налогодавца. Већ само оклева-

⁵⁵ Упоредити: § 1003. Аустријског грађанског законика.

⁵⁶ Упоредити: чл. 395. Швајцарског законика о облигацијама.

ње и отезање са одговором лица коме је понуда упућена, може налогодавцу нанети велику, каткад и ненадокнадиву штету. Отуда се у оваквом случају не дозвољава да лице које се вршењем наведених послова бави као занимањем отеже са одговором. Ако неће да прихвати понуђени налог, налогопримац је дужан да о својој одлуци без одлагања обавести налогодавца како би овај могао да се евентуално обрати другом лицу. А ако ћути, па због тога понудилац претрпи штету понуђени налогопримац биће дужан да је накнади, или ће се сматрати да је упркос његовом ћутању уговор закључен.

„Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова, дужан је, ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одлагања обавести другу страну, иначе одговара за штету коју би ова претрпела због тога.“⁵⁷ Од две могућности којима се у упоредном праву санкционише ћутање професионалног налогопримца, Закон о облигационим односима се определио за прву, која се састоји у одговорности за проузроковану штету, отклонивши претпоставку о закључењу уговора. Професионални налогопримац може одбити понуду и ако тако учини, поступио је у складу са правним правилима. Али, он треба да о свом одбијању без одлагања обавести понудиоца. Ако није обавезан да прихвати налог, дужан је да одговори на понуду. Уколико не одговори, ако дакле ћути, његово понашање изазваће одређену санкцију. Она се не састоји у законској претпоставци да је уговор закључен, као у случају уговора о осигурању, него у одговорности налогопримца за штету коју је својим ћутањем проузроковао понудиоцу.

а. Схватање о ћутању као прихватању налога. – У неким правним системима санкција због ћутања професионалног налогопримца је још енергичнија. У њима се сматра да је у случају његовог ћутања уговор о налогу закључен. Швајцарски законик о облигацијама о овоме садржи изречно правило,⁵⁸ док се у француском праву за овакво решење определила судска пракса.⁵⁹ Наиме, према устаљеном схватању судова, пасивност лица коме је упућена понуда дозвољава да се претпостави да је по-

⁵⁷ Члан 750. Закона о облигационим односима.

⁵⁸ Члан 395. Швајцарског законика о облигацијама.

⁵⁹ Упоредити судску праксу наведену у књизи P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, стр. 202, фуснота 2.

нуђени налог прихваћен. Правило се односи на службенике у судовима (*huissiers de justice*), адвокате којима је наложено да поднесу тужбу, као и на бележнике (*notaires*) којима је наложено да овере и региструју уговор о преносу права својине на непокретности. Француски Касациони суд је овако исказао поменуто схватање: „Службено лице коме су упућени списи о неком правном послу, у оквиру послова којима се оно бави, дужно је да одбије понуђени налог уколико неће да га прихвати; његово ћутање повезано са пријемом списка ствара претпоставку о прихватању која се може оборити само доказивањем да је налог одбијен.“⁶⁰

И у нас има схватања да ћутање будућег налогопримца треба сматрати као закључење уговора а не само као основ одговорности за проузроковану штету.⁶¹ У том погледу особито се истичу правни писци који се баве привредним правом: „Иако ово правило изричито не произлази из овога члана јер се конституише одговорност за штету налогопримца, а остаје отворено питање да ли уговор о налогу постоји или не постоји, сматрамо да за потребе пословне праксе овај члан треба шире тумачити у напред наведеном смислу, тј. да се сматра да се не ради о одговорности налогопримца на основу закона, због тога што није без одлагања одбио да прихвати извршење налога налогодавца, него да је у конкретном случају реч у ствари о прећутном закљученом уговору о налогу и да налогопримац не испуњава своје уговорне обавезе из уговора о налогу, па да се самим тим ради о његовој доцњи. Када је налогопримац у доцњи са извршењем својих обавеза из уговора о налогу, налогодавац може да захтева накнадно извршење обавезе из уговора и накнаду штете због задоцњења у извршењу уговорних обавеза.“⁶² Слично је и ово схватање: „У оваквим ситуацијама се претпоставља да ако налогопримац није без одлагања одбио добијени налог, да га је прећутно прихватио те да је уговор о налогу закључен. Овако правило је важило до доношења Закона о облигационим одно-

⁶⁰ Одлука Касационог суда, Civ. 9 mars 1837, *Journal des Audiences* 1837. 1. 206, наведено према: Р. Godé, *op. cit.*, стр. 202 фуснота 2.

⁶¹ Ј. Барбић, *Склапање уговора*, стр. 83; С. Цигој у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, 2. издање, стр. 1686; М. Трајковић, у С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, стр. 550; Супротно: С. Цигој, *Коментар облигацијских размериј*, књига IV, стр. 2163.

⁶² С. Царић у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига стр. 1686.

сима из 1978. год. на основу општих узанси за промет робом из 1964. год. Међутим, у овом члану није изричито наведено ово правило, с обзиром да је дефинисана одговорност налогопримца за насталу штету, те је отворено питање да ли уговор о налогу постоји или не постоји. Мишљења смо да је за потребе пословне праксе неопходно шире тумачење овог члана и да треба сматрати да се не ради о одговорности налогопримца због тога што није одбио добијени налог без одлагања, већ да је у питању прећутно закључен уговор о налогу и да се ради о доцњи налогопримца у извршавању обавеза из уговора о налогу. У овом случају налогодавац има право да захтева накнадно извршење обавеза из уговора о налогу и накнаду штете проистекле из задоцњења налогопримца да изврши обавезе из уговора о налогу.⁶³ Треће гледиште почива на нешто другачијим разлозима, али је у основи исто: „Не може се овдје радити о накнади штете због тога што није отклоњено склапање уговора. Ако понуђени не одбије понуду, уговор је склопљен, а штета може настати само онда ако понуђени касније не испуни обавезе које произлазе из уговора, тј. из налога у коме се одређује које послове треба обавити. Ради се, дакле, о накнади штете због повреда уговора, а не због тога што он није склопљен. Стога се накнађује позитивни уговорни интерес, а не негативни који би дошао у обзир кад би се радило о одговорности за штету изазвану у предуговорној фази (*culpa in contrahendo*), како би то произашло из непрецизне формулације чл. 750. Закона. То је за налогодавца знатно повољније.“⁶⁴

Укратко присталице схватања да је уговор закључен ако налогопримац не одбије налог, наводе ове разлоге: а) формулација члана 750. Закона о облигационим односима је непрецизна; б) услед тога (непрецизности) ћутање налогопримца треба шире тумачити; в) шире тумачење значи да је уговор закључен; г) одговорност за штету је уговорног карактера а не због тога што би закључење било осујећено; д) главни разлог представљају потребе пословне праксе; ђ) помоћни разлог је да је наведено решење знатно повољније за налогодавца.

б. Критиџка. – Примедба да је формулација члана 750. Закона о облигационим односима непрецизна, једноставно, не сто-

⁶³ М. Трајковић, *ibidem*.

⁶⁴ Ј. Барбић, *op. cit.*, стр. 83–84.

ји. Правило је јасно и прецизно формулисано и израз је свесног избора. Садашњи текст произашао је из правила које је професор Константиновић предложио у Скици. Оно је гласило овако: „Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова, дужан је ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одговлачења обавести другу страну, иначе ће одговарати за штету коју би ова претрпела због тога.“⁶⁵ Као што се може запазити, разлика између два текста је минимална и односи се само на две речи. Отуда, правило из члана 750. Закона верно преноси мисао професора Константиновића да ћутање налогопримца не значи закључење уговора него представља само основ одговорности за штету. И то његово схватање није настало приликом писања Скице већ га је аутор заступао одавно. Тако у његовом *Облигационом праву* можемо прочитати овај став: „У тим случајевима, ако лице коме је учињена понуда не одговори никако на њу, оно ће одговарати понудиоцу за накнаду штете коју би овај претрпео услед тога ћутања, зато што је повредило своју обавезу коју је по закону имало. Али пропуштање да изврши ту обавезу, његово ћутање, није његово индиректно пристајање, те између њега и понудиоца није закључен уговор. Аустријски грађански законик (и бивши хрватски ОГЗ) – § 1003 – предвиђа један такав случај за адвокате јавне бележнике, шпедитере, комисионаре и друга лица којима је јавно поверено обављање одређених послова. Они су дужни да се без одлагања изјасне да ли се примају посла који им се нуди или не. Ако то не учине они одговарају за штету коју би услед тога претрпео надогодавац, али се не сматра да су се посла прихватили. Исти случај решен је на супротан начин по Швајцарском законнику о облигацијама: ако је лицу које има званично својство за обављање извесних послова, или сваком другом лицу за послове његове професије, или лицу које јавно нуди своје услуге за извесне послове, дат налог, за неки од тих послова, уговор се сматра за закључен; ако такво лице не одговори без одлагања да се не прима посла, његово ћутање сматра се за пристанак (чл. 395. Законика о облигацијама).“⁶⁶

Решење из члана 750. Закона о облигационим односима није случајно изабрано. Професор Константиновић је дао пред-

⁶⁵ Члан 776. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

⁶⁶ М. Константиновић, *op. cit.*, стр. 26.

ност правилу аустријског права по коме ћутање представља само основ одговорности за проузроковану штету, у односу на решење у швајцарском праву по коме се у случају ћутања налогопримца сматра да је уговор закључен. Док прво правило води више рачуна о осетљивости узајамних односа налогодавца и налогопримца и међусобном поверењу на коме почива уговор о налогу, друго има у виду правну сигурност и *favor negotii*.

Какви год били погледи на вредност наведеног правила са становишта правне политике, не може се спорити да је његов смисао усклађен са другим правилима која је професор Константиновић предложио за наше право. Наиме, лице које се бави вршењем туђих послова као занимањем упућује позив могућим (будућим) налогодавцима да они учине понуду за закључење уговора. Реч је о јавној понуди, а она у овом случају нема карактер понуде за закључење уговора него представља позив другој страни да она учини понуду. И одиста, између члана 750. и члана 35. Закона има сличности и отуда, наведена правила су међусобно усклађена. У оба случаја постоји обраћање јавности са позивом да се упуте понуде. Ако пошиљалац таквих позива не прихвати понуду, него ћути, дужан је да понудиоцу накнади штету. Додуше ћутање се не помиње у општем правилу (чл. 35. ст. 2. Закона) него само кад је реч о уговору о налогу (чл. 750. Закона). Али нема сумње да се и у првом случају ћутање изједначава са одбијањем понуде. И најзад, ниједно од наведених правила, ни опште ни посебно, не предвиђа да се у случају ћутања сматра да је уговор закључен.

Нешто сложеније је питање односа између општијег правила о ћутању из члана 42. став 4. и посебног правила из члана 750. Закона о облигационим односима које се односи на уговор о налогу. Прво правило формулисано је на овај начин: „Исто тако 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.“ Што се тиче одредбе о уговору о налогу она гласи овако: „Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова дужан је, ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одлагања обавести другу страну, иначе одговара за штету коју би ова претрпела због тога“. Када се пажљиво упореде наведене одредбе може се лако уочити да међу њима има преплитања што отежава утврђивање смисла и

доводи у питање њихову правилну примену.⁶⁷ Али, ту нема кривице професора Константиновића, јер је неусклађеност настала доцније.

в. *Како је дошло до сујројносџи између члана 42. ст. 4. и чл. 750. закона?* – До забуне у смислу и преплитања у значењима између општијег правила из члана 42. став 4. Закона и посебног правила о налогу из члана 750. Закона дошло је у фази припремања Нацрта за Закон о облигационим односима. Подсетимо се да у Скици за Законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића оваквог сукобљавања значења није било, нити је долазило до преплитања општијег и специјалног правила о ћутању у вези са налогом. Што се тиче одредбе о ћутању, она поред проглашавања начела да ћутање не значи прихватање понуде, и напомене да понудилац не може одредити да ће се ћутање понуђеног сматрати за прихватање, садржи само једно одступање по коме је лице које се налази у устаљеним пословним односима са неким другим лицем и редовно извршава његове налоге, дужно, кад му ово поручи одређену количину робе коју производи или којом тргује, или одређену услугу чијим се вршењем бави, извести га у року одређеном за прихватање понуде, ако неће да изврши поруџбину, да исту не прихвати, иначе ће се сматрати да је поруџбину прихватило те да је уговор закључен.⁶⁸

Поводом овакве формулације може се у Закону изнети више примедба. Најпре, у Скици се уопште не говори о лицу које се понудило да извршава налоге неког другог лица. Овакво правило, видећемо доцније, унели су редактори у фази прерађивања Скице у Нацрт Закона о облигационим односима. Затим, реч налог употребљена је у контексту („лице које се налази у устаљеним пословним односима ... и редовно извршава његове

⁶⁷ М. Драшкић сматра да су ова два правила противуречна: „Ова одредба (мисли се на правило из члана 750. Законика, напомена М.О.) није у складу са одредбом из члана 42. ст. 4. по којој се изостанак обавештења о одбијању квалификује као прихват. Обавеза накнаде штете би према томе могла настати само ако налогопримац који је својим ћутањем прихватио налог не испуни своје обавезе из налога.“ М. Драшкић у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига 2. издање, стр. 148. Законика. Изгледа да и Ј. Барбић (на кога се иначе Драшкић позива) сматра да између наведених правила постоји противречност, само што се он не изјашњава одрешито у овом смислу, него својим тумачењем члана 750. Законика (за који мисли да је непрецизно формулисан) настоји да му да смисао који има општије правило из члана 42. став 4. Законика. Упоредити: Ј. Барбић, *op. cit.*, стр. 83–84.

⁶⁸ Члан 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

налоге“) који јој даје сасвим другачије значење од оног које иста реч има у уговору о налогу („уговором о налогу ... обвезује се налогопримац ... да ... предузме одређене правне послове“). У првом случају, налог представља синоним за поруџбину, у другом, означава мандат. Тако, налог даје један уговорник другоме у устаљеним пословним односима, овде једна страна овлашћује другу да је заступа у вршењу правних послова. Најзад, а то је и најважније, ћутање се може сматрати знаком пристајања, само ако лице које се налази у устаљеним пословним односима са другим лицем не одбије налог (дат у погледу одређених услуга чијим се вршењем оно бави) о чему се говори у општилем правилу, а не и у случају када се једно лице јавно нуди за вршење одређених правних послова, па му се потенцијални клијент први пут обраћа са налогом, о чему говори посебно правило о уговору о налогу. Разуме се, овде је реч о разлици финије природе, али је упркос томе она јасна и недвосмислена. Једна је ствар када адвокат добије налог од клијента кога је редовно заступао (рецимо у грађанским парницама), а нешто сасвим различито када му се са налогом обрати непознато лице које жели да га ангажује први пут. У првом случају, ако адвокат не одбије налог може се сматрати да је уговор закључен, с обзиром на то да се адвокат и клијент налазе у устаљеним пословним односима. У другом случају нема уговора, зато што међу њима не постоје устаљени пословни односи, него се клијент обраћа адвокату први пут.

Као што је речено, редактори Нацрта закона о облигационим односима изменили су предложену формулацију из Скице. Уместо ње, они су унели две одредбе из раније важећих Општих узанси. Прва се односи на промет робе, а друга на услуге. Правило које нас занима формулисано је у Закону о облигационим односима на овај начин: „Исто тако, 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.“⁶⁹ Одговарајућа одредба у Општим узансама гласила је: „Исто тако лице које је понудило да извршава његове налоге за обављање одређених послова или извршење таквих налога спада у његову пословну делатност, треба да изврши добијени на-

⁶⁹ Члан 42. ст. 4. Закона о облигационим односима.

лог ако га није одмах одбило“.⁷⁰ Уз сасвим незнатна језичка одступања, реч је, као што се може видети, о истоветном правилу. Да ли је одредба из Општих узанси заиста боља од предложеног правила у Скици, као што се редакторима учинило?

Још за време важења Општих узанси примећено је да правило које се односи на налог није формулисано на најбољи начин. Наиме, у том тексту нетачно је употребљена реч понуда „лице које се понудило“. Ако се једно лице доиста понудило другоме да извршава његове налоге, онда давање налога од стране тог другог лица значи прихватање учињене понуде, те стога, разуме се, не може доћи у обзир да се понудилац накнадно изјашњава о налогу и одбија га. Одредба је дакле несрећно формулисана и садржи у себи противречност. Наиме, или је доиста реч о понуди, али онда више није у питању ћутање будућег налогопримца, јер је уговор закључен када је дат налог, или ћутање будућег налогопримца има смисла, али онда речи „лице које се понудило другоме“, нису употребљене у смислу које реч понуда иначе има.⁷¹ У Скици је поменута замка избегнута, али је нажалост у Закону о облигационим односима васкрсла.

Иста примедба се може упутити и другом делу овог правила. Наиме, ту се каже да правило о ћутању важи и за лице у чију пословну делатност спада извршење налога (за обављање одређених послова). Такво лице такође треба да изврши добијени налог ако га није одмах одбило, што значи да се његово ћутање сматра за прихватање. Али, ни ова формулација није добра јер ствара недоумицу. Ако би се дословно тумачила, рекло би се да лица која се баве извршавањем налога, морају непрестано да одбијају оне који им се обраћају са налозима, да би отклонили претпоставку по којој њихово ћутање значи пристајање.⁷² Овак-

⁷⁰ Општа узанса 35 ст. 3.

⁷¹ Упоредити: „Прва хипотеза ст. 3. ове узансе није прихватљива. Наводи се, наиме, да ће шутња представљати пристанак и онда ако се особа која се понудила другоме да изврши његове налоге, одмах изјасни да налог одбија. (Требало би вероватно: одмах не изјасни – напомена М. О.). Међутим, ако се нетко понуди другоме да изврши његове налоге, а након тога одбије налог сугласан увјетима понуде, онда је уговор закључен и није могуће да се накнадно изјашњава, нити да се шутња узима у обзир.“ А. Голдштајн, *op. cit.*, стр. 161.

⁷² Упоредити: „Иначе, по дословном тумачењу текста узанце, одређена подужења која извршавају налоге трећих лица била би дужна да одбијају понуде које стално пристижу, како би се отклонило тумачење да шутња значи пристанак на извршење налога. Такав захтјев је немогуће ставити и није у складу с начином закључења уговора, па ст. 3. треба протумачити у наведеном смислу и аналогно ставу 2, тј. да се ради о пословној вези с понудиоцем.“ А. Голдштајн, *op. cit.*, стр. 161. Уз занимљива разматрања А.

во решење је нереално јер поставља претерано тешку дужност наведеним лицима. Замислимо само привреднике (комисионаре, шпедитере, заступнике итд.) који би били дужни да све време бдију и одбијају налоге ако нису у стању, или из неког разлога неће, да их прихвате! Најзад, и то је најважније, у Општим узансама наведено решење је још некако и могло да се спасава умешним тумачењем. Пренесено у Закон о облигационим односима оно је у директној супротности са јасним правилом из члана 750. Према члану 42. ст. 4, Закона ћутање лица које се понудило да извршава туђе налоге као и лица у чију пословну делатност спада вршење таквих налога посматра се као прихватање, а насупрот томе према члану 750. Закона, ћутање лица које се бави вршењем туђих послова као и лица које се јавно нуди за вршење тих послова не сматра се за пристајање. Нема сумње да је од два супротстављена правила, исправније постављено ово друго. Лице које се бави вршењем туђих послова као занимањем упућује понуду јавности, а она у овом случају нема правну природу понуде, него представља позив другој страни да ова учини понуду. И због тога је будући налогопримац (који се јавно нуди за вршење туђих послова) увек у улози понуђеног, а не понудиоца. Давање налога таквом лицу има карактер понуде, што недвосмислено произлази из наслова изнад члана 750. Закона. Утолико пре не може опстати конструкција из члана 42. ст. 4. Закона по којој би изгледало да је будући налогопримац тај који упућује понуду. Таква конструкција није у складу са уобичајеним током ствари нити одговара природном распореду улога у овом уговору.

Чини се да се може закључити следеће: Кад је реч о првом додиру између лица које јавно нуди обављање туђих послова (као и лица које се бави вршењем туђих послова као занима-

Голдштајна ваља ипак додати једну примедбу која треба да успостави равнотежу. Захтев о коме он говори (да ће ћутање привредника, у чију пословну делатност спада извршавање налога, сматра као прихватање) није немогуће ставити. Могуће је, и потврду о томе налазимо у Швајцарском Законику о облигацијама (чл. 395). Биће дакле да је А. Голдштајн у понесености са којом је писао критику ове узансе, испустио из вида ово решење швајцарског права (он на поменутом месту у књизи говори о члану 6 Шв. ЗО који за ово питање није од важности, а не о чл. 395 који непосредно уређује ћутање на подручју налога). Али разлози које он наводи против решења у узансама (а они важе и кад је реч о Закону о облигационим односима) остају на спазу. Ако решење није немогуће (што значи да је могуће), остаје питање да ли је добро? И остаје питање да ли је боље правило које је предложено у Скици, или решење које је из Опшних узанси васкрсло у Закону о облигационим односима? А кад се на овај начин поставља питање, одговор се намеће сам по себи и читава наша анализа на такав одговор недвосмислено указује.

њем) и лица које намерава да га узме за налогопримца, ћутање на понуду налога не сматра се прихватањем и због тога међу њима нема уговора. Али, ако услед тога несудњени налогодавац претрпи штету, лице које се бави вршењем туђих послова (коме је била упућена понуда налога) дужно је да је накнади. Овај случај је јасно и недвосмислено уређен у члану 750. Закона. Најважнији разлог оправданости поменутог правила је што се уговор о налогу заснива на обостраном поверењу двеју страна. Тешко је замислити правни однос из овог уговора, а да налогодавац нема поверења у налогопримца. Тако посматрано реч је несумњиво о уговору *iniuitu personae*. Отуда, налогодавац може опозвати налог у сваком тренутку. Али, однос поверења треба да постоји и кад се посматра са друге стране. Ако се у начелу може рећи да је налогопримцу мање важно него налогодавцу, каква је личност онога ко му даје налог, њему ипак није свеједно ко ће бити налогодавац, и како ће изгледати налог. Може се догодити да његову помоћ затражи лице, које он из неког разлога не жели да прихвати као налогодавца, или да у налогу има елемената на које он не може да пристане. Стога и налогопримац може отказати већ засновани уговорни однос налога кад хоће, само не у невреме.

Уговор о налогу и када је закључен подвргнут је могућности једностраног раскидања и са једне и са друге стране. Налогодавац може опозвати налог кад хоће,⁷³ налогопримац га може отказати увек само не у невреме.⁷⁴ Крхкост правног односа који настаје по закључењу уговора о налогу објашњава се осетљивошћу који уговор о налогу има за оба уговорника. Због тога у овом случају није неопходно, а није ни препоручљиво да се законом форсира претпоставка о закључењу уговора у случају ћутања професионалног налогопримца (лица које се баве вршењем правних послова у туђе име и за туђ рачун). *Favor negotii*, аргумент који швајцарско право ставља изнад осталих разлога, у случају уговора о налогу нема велико оправдање. Зашто форсирати закључење уговора, ако и једна и друга страна могу да учине крај у сваком тренутку па и непосредно по закључењу. Не заборавимо да и тако крхка творевина, као што је тек закључени, па одмах потом отказани уговор о налогу, производи

⁷³ Члан 765. ст. 1. Закона о облигационим односима. Упоредити: чл. 790. ст. 1. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

⁷⁴ Члан 766. ст. 1. Закона о облигационим односима.

одређена правна дејства. Зар није боље и зар не одговара више реалности, да се уговор о налогу у случају ћутања несуденог налогопримца за који нема много изгледа да постоји, сматра да није ни закључен. Зашто бисмо сматрали, да је уговор закључен, када га овакав невољни налогопримац може отказати већ у следећем тренутку по настанку уговорних дејстава?

̄. *Разлика између уговора о осигурању и уговора о налогу.*
– Ћутање лица које се професионално бави одређеним послом производи дакле различите последице у уговору о осигурању у односу на оне код уговора о налогу. У првом случају ћутање осигурача сматра се као закључење уговора, у другом пропуштање лица које се бави вршењем туђих послова да одбије налог, дакле његово ћутање, не сматра се као пристајање и уговор о налогу није закључен, али је зато то лице дужно да накнади евентуално насталу штету. Има више разлога за наведену разлику. Најпре, у првом случају понуда мора бити формулисана у писменом облику, у другом налог може бити дат и усмено. Затим, уговор о осигурању ствара дејства чисто имовинског карактера, док у уговору о налогу постоје и дејства која се тичу личности. Најзад, и то је најзначајније, уговор о осигурању је типизован уговор из којег за осигурача у начелу не може да проистекне нека рђава последица због овакве или онакве личности уговориоца осигурања, разуме се под претпоставком да понуда не одступа од услова под којима он врши предложено осигурање. Насупрот томе, уговор о налогу је правни посао *intuitu personae*, у првом реду с обзиром на личност налогопримца, али као што смо видели у овом уговору има или може имати значаја и личност налогодавца. Ако дакле, професионалном налогопримцу није неважно ко ће му бити налогодавац, и ако он може у сваком тренутку да откаже већ закључени уговор о налогу и то без навођења разлога (а осигурач то није у стању), онда је разумно решење предложено у Скици и прихваћено у Закону о облигационим односима по коме његово ћутање не значи закључење уговора. Када би било обрнуто, налогопримац би морао да пристане и на налог који не жели да прихвати. Додуше он би одмах могао да га откаже, и да се ослободи нежељеног разлога, али такав заобилазни пут је непотребан.

Разлика између система у кој има се у случају ћутања лица која се баве вршењем туђих послова сматра да уговора о налогу нема и система у којима се узима да је уговор закључен, огледа се и у одговорности. У првом примеру несудени налогопримац

биће деликтно одговоран за евентуално проузроковану штету, у другом његова одговорност (уколико не испуни обавезу) је уговорног карактера.

Наше право припада првој групи правних система.⁷⁵ Лице које се јавно нуди за обављање туђих правних послова, или се њиховим вршењем професионално бави, нити мора да прихвати понуђени налог, нити се његово ћутање сматра прихватањем. Али је оно дужно да без одуговлачења обавести понудиоца да одбија налог. Дужност обавештавања није имовинска обавеза коју би овакво лице имало у односу на несуђеног налогодавца, него је то врста дужности којом се оно ослобађа од евентуалне одговорности. Отуда, ако несуђени налогопримац (лице које се јавно нуди за обављање туђих правних послова) ћути, он повређује своју дужност, а ако услед тога проузрокује штету другој страни дужан је накнадити је.

С обзиром да према правилу нашег права уговор о налогу није закључен, ни штета коју евентуално трпи понудилац налога због ћутања професионалног налогопримца не може произлазити из уговора (*ex contractu*) него потиче из деликта (*ex delicto*). Другим речима, лице које се бави вршењем туђих послова, треба да другој страни накнади не позитивни уговорни интерес који би дошао у обзир да је уговор био закључен, него негативни уговорни интерес што ће рећи, интерес који би понудилац налога имао да није улазио у неуспешне преговоре са налогопримцем, него да је будућег саговорника тражио на некој другој страни.

Поједини правни писци сматрају да лица која се баве вршењем туђих послова и лица која се јавно нуде за њихово обављање дугују другој страни накнаду позитивног уговорног интереса, што ће рећи да накнада треба да обухвати штету коју понудилац налога трпи због неизвршења уговора. На оваква схватања наилази се углавном у привредном праву. И то је разумљиво. Њима се чини да би када је реч о пословним односима било пожељно да се у случају ћутања лица која се професионално баве вршењем туђих правних послова сматра да је уговор закључен. Они немају много поверења у могућност потпуне накнаде уколико се заузме становиште да штета није настала из

⁷⁵ Упоредити: за аустријско право: Е. Swoboda, у Н. Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Band II, 2. Halbband, стр. 790.

уговора него из деликта, и отуда се може схватити њихово настојање да се проблем накнаде постави на уговорну основу.

Према првој варијанти поменутог схватања као главни разлог за досуђивање позитивног уговорног интереса наводи се тврђење да је уговор о налогу закључен. Из овог тврђења се даље извучи став да штета може настати само у случају ако лице коме је понуђен налог и које је ћутало не испуни обавезе које произлазе из уговора. И на крају се закључује да је реч о накнади штете због повреде уговора, а не о штети коју понудилац налога трпи зато што уговор није закључен.⁷⁶

У другој, блажој варијанти, присталице истог схватања не тврде да је уговор о налогу закључен. Према њиховом мишљењу, питање да ли у случају ћутања професионалног налогопримца треба сматрати да је уговор закључен или не, остаје отворено. Али, њима се чини да би имајући у виду потребе пословне праксе, правило из члана 750. Закона требало шире тумачити.⁷⁷ Смисао оваквог тумачења огледао би се у схватању да у овом случају није реч о деликтној одговорности налогопримца, него о прећутном закључењу уговора о налогу. А ако је уговор о налогу закључен, онда за обе стране настају уговорне обавезе, те ако налогопримац своју обавезу не испуни, пада у доцњу. У том случају налогодавац може да захтева накнадно извршење обавезе из уговора и накнаду штете због задоцњења. Поборници наведеног схватања напомињу да се битна разлика између њиховог гледишта и становишта оних који сматрају да уговор о налогу није закључен, односи на питање о постојању уговорних обавеза. Према њиховом схватању налогодавац има право да од професионалног налогопримца захтева испуњење уговорне обавезе, према становишту њихових противника такво право не постоји управо зато што уговор није закључен. Иначе што се тиче врсте накнаде за проузроковану штету, поборници поменутог схватања сматрају да између негативног и позитивног уговорног интереса нема већих разлика, и да су одговорност због неблаговременог одбијања налога и одговорност за штету

⁷⁶ „Ради се, дакле, о накнади штете због повреде уговора, а не због тога што он није склопљен. Стога се накнађује позитивни уговорни интерес, а не негативни који би дошао у обзир кад би се радило о одговорности за штету изазвану у предуговорној фази (*culpa in contrahendo*), како би то произашло из непрецизне формулације чл. 750. Закона. То је за налогодавца знатно повољније.“ Ј. Барбић, *op. cit.*, стр. 83–84.

⁷⁷ С. Цигој у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, стр. 1686; М. Трајковић, *op. cit.*, стр. 550.

због задоцњења у извршењу уговорних обавеза углавном истоветне.

Схватање да лица која се баве вршењем туђих послова као и лица која се јавно нуде за њихово вршење треба да накнаде позитивни уговорни интерес у случају да су сопственим ћутањем проузроковали штету другој страни је занимљиво, али се не може одржати. У првој варијанти, као главни разлог на коме схватање почива, наводи се тврђење да је уговор о налогу закључен. Отуда би и одговорност професионалног налогопримца била уговорног порекла. Али, управо овај главни разлог не стоји, а ако њега нема, не може се одржати ни тврђење да је реч о уговорној одговорности. Наиме, насупрот тврђењу о закључењу и постојању уговора, уговор о налогу није закључен. То произлази најпре из јасно формулисаног правила из члана 750, Закона о облигационим односима у коме нема ни помена о закључењу уговора о налогу. Наведено, супротно становиште једноставно не одговара стању *de lege lata*. Затим ми знамо да је наведено правило било предложено у Скици (чл. 776) и да је из ње преузето без икаквих правних измена (уз две незнатне језичке) у текст Закона о облигационим односима. Најзад, и то је одлучујуће, правило је формулисано у оквиру једног кохерентног система, у коме се његов творац смишљено определио за једну од две постојеће солуције у упоредном праву по којој (чл. 1003. Аустријског грађанског законика) уговор није закључен, одбацујући оно друго решење (чл. 395. Швајцарског законика о облигацијама) по коме се у истоветном случају сматра да је уговор о налогу закључен.

Од самог почетка стварања новог система облигационог права, решење по коме у случају ћутања професионални налогопримац одговара само за евентуално проузроковану штету другој страни било је доследно спроведено. Од првих замисли, док је то био још само један правнотеоријски систем па до законског правила, постоји стална непрекинута линија једног и непромењеног решења. Срећом редактори нису у њу дирали те је неизмењена допрла и до Закона о облигационим односима. Отуда се не може говорити о случајности о неразумевању, или о нескладу између замисли у Скици и редакторских интервенција итд. као што је то могуће чинити приликом анализе неких других чланова из Закона о облигационим односима, па и у садржински сасвим блиском случају чл. 42. ст. 3. и 4. Закона где је не нарочито срећна интервенција редактора унела приличну

пометњу у смисао правила. Овде то није случај. Правило је од почетка до краја остало недирнуто. Хипотеза да се у случају ћутања професионалног налогопримца сматра да је уговор о налогу закључен, није у читавом току доношења Закона никада ни била разматрана.

Што се тиче друге варијанте истог схватања њени поборници као што смо видели не тврде да се према правилу из чл. 750 Закона сматра да је уговор о налогу закључен, него мисле да би до таквог резултата могло и требало да доведе једно шире тумачење.⁷⁸ Али и ово схватање иде предалеко. Коликогод било широко тумачење оно не може законском правилу удахнути смисао који оно нема. А истина је да начин на који је формулисана одредба из члана 750. Закона не даје ни најмању могућност да се његова садржина схвати у оном значењу које би поборници наведеног схватања желели да му придају тобоже широко тумачењем.⁷⁹ Отуда и њихово настојање да се правило о ћутању професионалног налогопримца протумачи као прећутно закључење уговора остаје у области *de lege ferenda*. Што се тиче њихових погледа на природу штете и тврђења да између накнада за штету због незакључења и штете због неиспуњења уговора нема неких великих разлика, она се могу разумети кад се то питање разматра са становишта практичних интереса оштећеног. За њега је битно да накнаду добије, а мање је важно да ли ће је добити по овом или оном основу. Али, на теоријском плану разлике остају и њихов значај се не може занемарити.

Правило о ћутању лица које се бави вршењем туђих послова има своје логично место у систему и потпуно је усклађено са целином одредаба о ћутању из Закона о облигационим односима. Наиме, правило да се у случају ћутања понуђеног лица може сматрати да је уговор закључен из Општег дела Закона, примењује се у ситуацијама када се понуђени налази у устаљеним пословним односима са понудиоцем и редовно извршава његове налоге. Насупрот томе ако једно лице понуди налог лицу које се бави вршењем туђих правних послова или се јавно нуди за њихово обављање а ово ћути, неће се сматрати да је закључен уговор о налогу, него само да постоји одговорност за евентуално проузроковану штету. Разлика у овим правилима је сасвим

⁷⁸ С. Царић, *op. cit.*, стр. 1686; *Истио* М. Трајковић, *op. cit.*, стр. 550; супротно: С. Цигој, *ој. ишћ.*, стр. 2163.

⁷⁹ Упоредити: S. Cigoj, *ibidem*.

оправдана. У првом случају између понудиоца и понуђеног постоје устаљени пословни односи, и та устаљеност омогућава да се ћутање понуђеног лица схвати као његово пристајање које доводи до закључења уговора. Замислимо трговца на мало који сваки дан поручује (то значи сваки дан шаље понуду) од пиваре одређену количину пива. Да ли је потребно да се пивара сваког дана изречно изјасни да прихвата да испоручи поручену количину пива, или се после одређеног времена у коме се изречно изјашњавала, може сматрати да њено ћутање значи прихватање поручене количине? Исто правило важи не само у промету роба него и у области услуга. Ако се један клијент редовно обраћа са налогом истом адвокату да га заступа пред судом (или арбитражом), може се узети да ћутање адвоката представља закључење уговора и приликом сваког новог налога. Насупрот томе, када је реч о издавању првог налога неком лицу, када се дакле пословни однос још није усталио и није извесно да ли ће се уопште успоставити, не постоје разлози на којима почива решење из претходног случаја. Уговор о налогу, чак и кад се њиме заснивају пословни односи, битно зависи од међусобног поверења уговорника и закључује се с обзиром на лично својство свакога од њих. Отуда је Закон о облигационим односима на добром путу када поставља правило да се ћутање лица које се иначе бави вршењем правних послова, не сматра за закључење уговора у случају када се налог нуди први пут. Ако је реч о давању налога истом таквом лицу, али у неком од доцнијих случајева, ћутање налогопримца ће се сматрати као закључење уговора о налогу. Али смо тада изашли из хипотезе члана 750. Закона и налазимо се у области примене правила из члана 42. ст. 4. Закона.

Најзад, као аргумент треба поменути и решења у упоредном праву. Наиме, у оним правним системима у којима важи слично правило као у нашем Закону о облигационим односима, у случају ћутања професионалног налогопримца досуђује се накнада за негативни уговорни интерес. То схватање је владајуће у аустријском праву чији је § 1003. АГЗ био претеча и узор за члан 750. Закона о облигационим односима, а заступају га и немачки правници.⁸⁰

Додуше, у немачком праву поред правила из § 663. Немачког грађанског законика које садржи решење слично решењу

⁸⁰ Упоредити: К. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, 11 Auflage, стр. 301.

нашег права, постоји и једно специјално правило са другачијом садржином предвиђено у § 362. Немачког трговачког законика. Према том правилу трговац који се бави вршењем туђих послова као занимањем дужан је да без одлагања одговори на понуду лица са којим се налази у пословним односима уколико је реч о послу из оквира његове делатности. Ако не одговори, његово ћутање сматра се као прихватање. Као што се може видети у овом случају у потребно је да се два лица налазе одраније у пословним односима, али тада излазимо из хипотезе у којој се примењују § 663. НГЗ и правило из члана 750. Закона о облигационим односима, а то ће рећи из ситуације када се први пут ангажује лице које се иначе бави вршењем туђих послова.

ЗАКЉУЧАК

У обичном говору каже се да је ћутање знак одобравања. Али у праву, бар кад је реч о Грађанском и Привредном праву важи супротно. Тако је и у нашем Закону о облигационим односима речено да ћутање понуђеног не значи прихватање. Уз ово, опште правило постоји низ изузетака, од којих су неки предвиђени у општем делу Закона, а неки други у одредбама које се односе на посебне уговоре. Најважнији изузетак предвиђен је у чл. 42. ст. 3. Закона о облигационим односима у којем је речено да ће се ћутање понуђеног сматрати као прихватање, (кад је понуђени у сталној пословној вези с понудиоцем у погледу одређене робе), ако понуду која му је учињена није одмах или у остављеном року одбио. Исто тако, сматраће се према чл. 42. ст. 4 да је лице које се бави таквом делатношћу, ћутањем прихватило понуду да обави налог за лице које од њега то тражи. Истина, овај други случај је због недовољно јасне формулације у Закону изазвао недоумице у правној теорији, али је и овде пошто је реч о истој ситуацији, правило исто, као и у првом примеру.

Што се тиче посебног дела Закона о облигационим односима изузетак је предвиђен код уговора о осигурању. Наиме, када будући осигураник (или уговорилац осигурања упути писмену понуду за закључење уговора осигурачу, а овај не одговори у року од осам дана (односно у року од тридесет дана, ако је потребан лекарски преглед), сматраће се да је уговор закључен, ако понуда не одступа од услова под којима овај врши предложено осигурање.

Другачије решење предвиђено је код уговора о налогу. Наиме, према чл. 750. Закона о облигационим односима, ако лице које се бави обављањем налога не одбије упућени налог, његово ћутање не сматра се прихватањем. Последица, дакле, није закључење уговора, али санкција због необавештавања (ћутања) ипак постоји и састоји се у накнади штете (негативни уговорни интерес). Разлика у односу на случај предвиђен у чл. 42. ст. 3. је следећа: у општем делу Закона подразумева се постојање устале пословне везе, и због тога ћутање лица које се бави вршењем налога сматра се као прихватање, у члан 750. има се у виду први контакт и због тога ћутање у том случај не значи прихватање, него понуђени има само обавезу да накнади евентуалну штету, коју је проузроковао својим ћутањем.

Miodrag V. Orlić*

THE SILENCE OF THE OFFEREE AS A SIGN OF ASSENT IN THE LAW OF CONTRACTS

Summary

It is commonly said that silence is a sign of approval. In the current Law of Contracts (civil and commercial), the general rule is that the silence of an offeree does not mean assent. From that point of view, the silence of an offeree produces the same legal effects as the refusal of an offer. The general rule on silence is envisaged in our Code of Obligations in Article 42, paragraph 1: The silence of an offeree does not mean assent to an offer. Besides that, paragraph 2. contains a rule of great significance, according to which: "A clause in an offer that the silence of the offeree or some other omission by him will be considered as acceptance (for instance, if he does not refuse the offer by a certain date or does not return the goods sent to him with the offeror's intention to conclude a contract, etc.) has no legal effect."

Like in other legal systems, our Law too envisages a number of important exceptions to the general rule and they are envisaged both in the general section of the Code of Obligations and in some special contracts. The general part of the Code provides for two exceptions: a) "But when the offeree is in a permanent commercial relation with the offeror in regard of certain goods, it is considered that he has accepted the offer regarding such goods if he has not rejected the offer

* Dr. Miodrag V. Orlić, Full Professor of the Faculty of Law, Belgrade.

immediately or within a deadline (Article 42, paragraph 3)"; b) "Similarly, the person who has offered to another party to carry out that party's orders to perform certain activities, as well as the person, within whose commercial activities such orders fall, is obliged to carry out the received orders if he has not immediately refused them (Article 42, paragraph 4". In connection with this second exception, one should say that it refers to a case between a future mandator and a person who publicly offers to carry out orders, when, like in the previous case, there should be an established commercial relation. Otherwise, if this involves an initial contact between them, the effects of silence of the person who publicly offers to carry out an order will not amount to the conclusion of a contract but only to damages for breach of negotiations (*culpa in contrahendo*). In a special part of the Code of Obligations, the exception when silence means assent to an offer is envisaged in the conclusion of a contract on insurance. Namely, if an insurance company does not declare that it refuses an offer from a potential client within eight days, its silence will be considered as acceptance and the contract is concluded (Article 901, paragraph 2 and paragraph 3). Needless to say, this rule on silence does not apply when the insurance company is the offeror and the future client is the offeree.

Key words: *Silence. – Acceptance of an Offer. – Assent. – Conclusion of a Contract.*

Miodrag V. Orlić*

LE SILENCE DU DESTINATAIRE D'UNE OFFRE COMME SIGNE DE CONSENTEMENT

Résumé

Dans la vie quotidienne, on dit que le silence est un signe d'acquiescement. Dans le droit moderne des contrats (civil et commercial) la règle générale est différente c'est-à-dire que le silence ne signifie pas le consentement. Sous cet aspect le silence du destinataire d'une offre produit les mêmes effets juridiques que le refus de l'offre. Le Code des Obligations contient la même disposition dans son article 42 alinéa 1 : - Le silence du destinataire ne signifie pas l'acceptation de l'offre - et il rajoute dans son alinéa 2 que toute clause dans l'offre selon laquelle le silence du destinataire ou une autre omission de celui-ci (par exemple s'il ne refuse pas l'offre dans un délai qui lui est imparti ou s'il ne rend pas dans un certain délai la chose qui lui a été envoyée en vue de la conclusion du contrat, etc ...) serait considéré comme acceptation, ne produit pas d'effets juridiques. Ceci

* Dr. Miodrag V. Orlić, Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade.

dit, dans notre droit, comme d'ailleurs dans le droit comparé il y a un certain nombre d'exceptions qu'on trouve dans la partie générale du Code des Obligations ainsi que dans certains contrats spéciaux. Dans cette première partie il y a deux cas majeurs : à savoir a) si le destinataire se trouve dans une relation d'affaires continue avec l'offrant en ce qui concerne certaines marchandises, on présume qu'il a accepté une offre qui se rapporte à un tel objet s'il ne l'a pas refusée immédiatement ou dans un délai imparti b) de même, la personne qui a proposé à autrui d'exécuter ces mandats ainsi que la personne dont le domaine d'activité englobe l'exécution de tels mandats, est obligée d'exécuter le mandat obtenu, si elle ne le refuse immédiatement. Il est à noter que ce deuxième cas se rapporte à une situation où une relation d'affaires existait déjà. Par contre, s'il s'agit du premier contact, le silence de la personne qui se propose publiquement pour l'exécution des mandats des autres ne vaudra pas la conclusion du contrat, la conséquence sera uniquement les dommages et intérêts pour la culpa in contrahendo. En ce qui concerne les contrats spéciaux, une exception est prévue pour la conclusion du contrat d'assurances, à savoir si une compagnie d'assurances ne refuse pas une offre venue d'un client en puissance dans un délai de huit jours, on présume qu'elle a accepté l'offre et que le contrat d'assurance est conclu. Inutile de dire que cette règle ne s'applique pas dans le cas contraire lorsque l'assureur est l'offrant et le client potentiel le destinataire.

Mots-clés : *Silence. – Acceptation de l'offre. – Conclusion du contrat*