

*Атила Дудаш, сарадник у настави
Правног факултета у Новом Саду*

ПОЈАМ CONSIDERATION-A У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ

Сажетак: Основни услов принудне извривости уговорних обавеза у англосаксонском праву је да узајамне престације уговорних страна испуњавају услов *consideration-a*, тј. да обећање (обавеза, престација) једне стране буде праћено противобећањем (контрапрестација) друге стране.

Појам *consideration-a* у овој функцији се појављује у пракси енглеских судова крајем XVI века. Све до тог времена, *common law* није познавало начин на који би се обавезе из још неизвршеног уговора могле бити принудне извршене.

У развоју појма *consideration-a* могу се уочити две фазе. Прва је трајала до краја XIX века и могла би се означити као *detriment/benefit* схватање, док је друга започела свој развојни пут крајем XIX века и могла би се означити као *bargained-for exchange* схватање појма *consideration-a*

Кључне речи: *consideration*, двострано обавезујући уговори, принудна извривост уговорних обавеза

1. Уводне напомене

Свако истраживање неког института англосаксонског права представља изазов, како из лингвистичког, тако и из садржајног аспекта. С једне стране, постоје одређене језичке баријере које треба савладати. Дати адекватан српски превод неког термина на енглеском језику понекад није

ни мало лак задатак, из разлога што често дослован превод није довољан, већ је потребно дати и опширнији опис појма који се преводи. Није то другачије ни са правним терминима у вези са предметом нашег истраживања као што су, на пример, термини *consideration*, *promise*, *bargain*, и сл. Сваки од ових термина ће бити појашњен у одговарајућем делу рада. С друге стране, у понеким случајевима чак и иоле адекватан превод одређеног термина није у стању да одслика суштину института, јер је такав институт готово непознат у европском праву. Такав је, на пример, институт *promissory estopela-a*.

Имајући у виду пројектоване баријере предметног истраживања, прво треба напоменути да окосницу уговорног права *common law* правних система не чини концепт уговора и уговорне обавезе, као у континенталном систему права, већ појам **обећања** и **принудне извршивости обећања**. Појам уговора у *common law*-у је инцидентална појава; уговор није ништа друго до споразум странака који садржи једно или више обећања. Акцент је на обећању и на принудној извршивости датог обећања. Из овог разлога, без обзира на језичке мањкавости и недоречености, које ове речи могу да проузрокују, у нашем раду термине „обећање“ и „противобећање“ ћемо користити у смислу чинидбе и противчинидбе (престације и контрапрестације) не би ли нагласили важност тих појмова у уговорном праву *common law*-у. Из истог разлога, покушаћемо да избегавамо термине поверилац и дужник, а уместо њих користити речи обећавалац, или давалац обећања, односно прималац обећања.

2. Појам *consideration-a*

Слично правним системима континенталне Европе, и у државама англосаксонског права важи правило да уговор настаје сагласношћу воља уговорних страна о битним елементима правног посла¹, односно неопход-

¹ У англосаксонском праву постоје две основне групе дефиниција уговора.

С једне стране, постоје мишљења да је основ уговора правно обавезујуће обећање. Тако, „уговор је правно извршиви споразум странака који садржи једно или више обећања.“ (*A contract is a legally enforceable agreement containing two or more promises.*) Grilloit, Harold J., *Introduction to the Law and Legal System*, 3rd edition, Penguin books, Boston, 1983, стр. 3. Или „уговор није ништа друго до обећање или скуп обећања за чију повреду право предвиђа санкцију, или чије испуњење право на неки начин сматра обавезом“ (*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.*) Restatement 2nd, Contracts, §1.

С друге стране, постоје гледишта, у многим слична континенталним схватањима, по којима је полазна основа за одређивање појма уговора споразум странака. Тако, Једно-

но је да постоји понуда, као предлог за закључење уговора који правно обавезује понудиоца, и прихват понуде, као правно обавезујући одговор на дату понуду, којом се у потпуности прихватају услови понуде.

Међутим, да би такав споразум странака био и правно обавезив, односно да постоји могућност принудног извршења уговорних престација, неопходно је да поред понуде и прихвата понуде уговор испуњава и један додатни услов, тј. да буде теретан. Као што Трејтел, један од најеминентнијих енглеских аутора из области уговорног права, каже: „у енглеском праву обећање (престација – напомена А. Д) није обавезујуће (санкционисао претњом принудног извршења – напомена А. Д.) као уговорна обавеза, осим ако је обећање сачињено у форми исправе² или је праћено неком противчинидбом”.³ Према томе, у земљама англосаксонског права престације се могу извршити принудним путем само ако са састављене у форми исправе или, пак, ако је за њих обећана или дата одговарајућа противчинидба, односно да је испуњен услов *consideration-a*.⁴

Према томе, *consideration* би се, у светлу института континенталног права, могао дефинисати као двострано обавезност уговора, као услов могућности принудног извршења уговорних обавеза. Ако нису испуњени услови *consideration-a*, обећање (обавеза) једне (или обеју странака) није принудно извршиво.

Из овога произилази, да *consideration* у англосаксонском праву није пандан европској, тачније француско-романској теорији о каузи уговора. Не залазећи у домен питања основа и циља уговора, сврха института

образни трговачки законик САД одређује уговор као „скуп правних обавеза проистеклих из споразума странака” (...*total legal obligation which results from the parties' agreement.*) Uniform Commercial Code, s. 1-201-11. Сличан је став и енглеске доктрине уговорног права: „уговор је споразум странака који ствара обавезе, извршиве и признате у складу са правом.” (...*agreement giving rise to obligations which are enforced and recognized by laws.*) Treitel G.H., *The Law of Contract*, 8th edition, Sweet & Maxwell/ Stevens and Sons, London, 1991, стр. 1.

² *deed* – врста исправе у англосаксонском праву, која се сачињава у писменој форми, мора бити потписана од стране странака, оверена печатом, предата другој странци и треба да има за циљ пренос неког имовинског права (*At common law, deed is any written instrument that is signed, sealed and delivered and that conveys some interest in property*) Black's Law Dictionary (edited by Garner A. Bryan, 7th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, USA, 1999) стр. 423.

³ „*In English law, a promise is not, as a general rule, binding as a contract unless it is either made in a deed or supported by some consideration.*“ Treitel *op. cit.* стр. 63.

⁴ Реч *consideration* се на различите начине преводи на српски језик: као *обзир*, *разматрање*, али и као *накнада*, *противуслуга*, *еквивалент*. Види Morton Benson енглеско-српски речник у CD издању, Процон, 1997. Употреби речи *consideration* у правној терминологији више одговара ово друго значење, у смислу накнаде, противчинидбе, односно теретности.

consideration је изузетно једноставна и прагматична: утврђивање критерија за разликовање природних, несанкционисаних облигација од оних облигација које уживају државно-правно заштиту, у виду могућности принудног извршења у грађанском извршном поступку. За разлику од тога, кауза у француском праву⁵ не служи само разграничењу санкционисаних од несанкционисаних облигација, већ је од тога много шири појам. По *Code Civil*-у кауза је „тоталитет циљева уговорних страна и мотива којима се оне руководе приликом закључења уговора”.⁶

3. Историјски значај доктрине *consideration-a*

Доктрина *consideration-a* се историјски први пут појављује у XVI веку у Енглеској, као скуп услова који треба да се испуне да би суд удовољио захтеву из тужбе одређене врсте (*action of assumpsit*).⁷ Да би се схватила улога и значај доктрине о *consideration*-у, неопходно је указивати на развојне фазе кроз које је рано енглеско уговорно право пролазило. Енглеско уговорно право је на почетку свог развоја, у XII и XIII веку, имало две основне карактеристике. С једне стране, рано *common law* је било изразито формалистичко, тј. слично начелу *actio fit obligatio* из римског права, права су се могла остварити принудним путем само ако су задовољила услове за подношење одређених тужби. С друге стране, уговори су били утуживи једино ако је једна страна већ испунила своју обавезу, а друга још није, или је био испуњен захтев постојања одређене форме.⁸ У

⁵ Када говоримо о каузи у виду имамо само француски *Code Civile*, јер је он служио као узор законодавцима других земаља (примера ради Италије и Шпаније) које су прихватиле теорију о каузи. Будући да наш Закон о облигационим односима захтева да сваки уговор има допуштен основ и ми припадамо групи држава које су прихватиле теорију каузе. Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 (у даљем тексту: ЗОО), чл. 51-52.

⁶ Kötz, Hein & Flessner, Axel: *European Contract Law* (Clarendon Press, Oxford, 1997) стр. 55. Детаљније о каузи види Салма, др Жеф, *Кауза облигационих уговора*, Право, теорија и пракса, бр. 7/1986, стр. 29–34; Салма, др Жеф, *О каузи облигационих уговора*, Правни живот, бр. 4/1985, стр. 421–437; Салма, др Жеф, *A jogcím (Кауза) Jogtudományi Közlöny*, Будимпешта, бр. 3/1984, стр. 161–165; Антић, др Оливер, *Кауза*, Правни живот, бр. 10/2005, стр. 821–856, Салма, др Жеф, *Облигационо право*, 6. издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, 2005 стр. 288–303 (види и страну литературу наведену у овом делу).

⁷ Farnsworth, Allan, *Contracts*, 4th edition, Aspen publishers, New York, 2004. стр. 20.

⁸ Обим предметног истраживања нам не допушта детаљнију анализу историјског развоја приватних тужби у *common law*. Рано *common law* је познавало две врсте тужби, значајне из аспекта уговорног права: *action of covenant* и *action of debt*. *Covenant*, слично уста-

том почетном периоду, једноставно није постојала могућност принудног извршења уговора, ако још ниједна страна није испунила своју обавезу (тзв. *executory contract*⁹), те обавезе из таквих уговора су сматране природним, неутуживим облигацијама¹⁰.

Изворно, *action of assumpsit*, се могао поднети у случају непотпуног или неправилног извршења¹¹, али не и у случају неизвршења¹² уговорне обавезе.¹³ Прво значајно проширење домена примене *action of assumpsit* је дошло средином XIV века, када се ова тужба могла поднети и у случају неизвршења обавезе, под условом да се поверилац поуздао у обећање дужника.¹⁴ Друго значајно проширење домена примене ове тужбе је уследило средином XVI века, када су судови дозволили тужиоцу подношење ове тужбе, без обзира на то да ли се он поуздао на обећање дужника, ако је дужник нову обавезу предузео у моменту када је већ био презадужен обавезама према другим повериоцима.¹⁵

До епохалне промене у могућности принудног извршења уговора код којих још није страна није извршила своју обавезу (*executory contract*)

нови ступилације у римском праву, омогућио је принудно извршење датог обећања, али је он био изузетно формалан. *Covenant* је био утужив, само ако је обећање дато у форми јавне исправе, и да сама исправа није имала ни најмању формалну мањкавост. *Action of debt* је, додуше, био мање формалан од *covenant*-а и могла се поднети према дужнику, који још није извршио своју обавезу, али под условом да је поверилац извршио своју обавезу. Према томе, ниједна од наведених врста тужби није одговарала потреби омогућавања принудног извршења неформалног обећања, обавезе која се односи на будуће понашање дужника. *Covenant* је био изузетно формалан, а *debt* је више служио спречавању неоснованог обogaћења него принудном извршењу *executory contract*-а. Више о развоју англосаксонског уговорног права види у: Farnsworth *op. cit.* стр.3-20. као и у Atiyah, P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 1985; Horwitz M.J., *The Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 Harvard Law Review 917 (1974); Horwitz M.J., *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; Simpson, A.W.B., *A history of the common law of contract : the rise of the action of assumpsit*, Clarendon Press, Oxford, 1987; Simpson, A.W.B., *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 University of Chicago Law Review 533 (1979).

⁹ Уговор који је још у потпуности неизвршен или на основу којег обе уговорне стране имају неку обавезу. (*A contract that remains wholly unperformed or for which there remains something still to be done on both sides,...*) Blacks Law Dictionary, *op. cit.* стр. 321.

¹⁰ Farnsworth *op. cit.* стр.11.

¹¹ `misfeasance`.

¹² `nonfeasance`.

¹³ Farnsworth *op. cit.* стр.14.

¹⁴ Ibid. стр.15.

¹⁵ Ова врста *assumpsit*-а се зове `indebitatus assumpsit`, који се називао још и `special assumpsit`, да би се разликовао од изворног *general assumpsit* која тужба се, као што смо то већ раније истакли, могла поднети суду само у случају *misfeasance*, а не и *nonfeasance*. Види: Farnsworth *op. cit.* стр.17.

долази на самом почетку XVII, када је *action of assumpsit* постао општи метод утуживања уговорних обавеза, без обзира на то да ли је повреда уговорне обавезе учињена неправилним или непотпуним извршењем, или, пак, неизвршењем. У једном од најпознатијих прецедената уговорног права *common law-a* тог времена, у случају *Slade*¹⁶, суд је констатовао да свака „погодба, у којој је обећање једне стране праћено противобећањем друге, носи у себи *assumpsit*“. Тиме је *assumpsit* постао општа тужба за принудно извршење свих врста уговорних обавеза, а основаност тужбеног захтева је зависила од тога да ли је у конкретном случају испуњен услов *consideration-a*.

4. Изворно схватање *consideration-a* (*detriment-benefit* тест)

Као што смо раније на то указали, доктрина *consideration-a* започиње свој развојни пут у XVI и XVII веку, као претпоставка могућности принудног извршења уговора код којих једна или обе странке још нису извршиле своју престацију. Ова функција доктрине *consideration-a* се није мењала током историјског развоја ове доктрине. Међутим, садржина самог појма *consideration-a* показује одређени развојни пут.

Тако, на почетку свог развоја овог института, противчинидба, да би задовољила услов *consideration-a*, требала је да представља неку штету, губитак (*detriment*) на страни лица коме је упућено обећање (друга уговорна страна) или неку корист (*benefit*) на страни обећаваоца.¹⁷ Једноставно, лице у чију је корист извршено обећање, да би дато обећање могао и принудним путем извршити против обећаваоца, морало је да претрпи неки губитак на својој страни или да пружи неку корист обећаваоцу. По правилу, штета на страни лица коме је упућено обећање, и корист на обећаваоца су једно те исто. Примера ради, плаћање закупнине од стране закупца код уговора о закупу се може сматрати као противчинидба (*consideration*) за закуподавчеву обавезу да предмет уговора уступи на коришћење закупцу. При томе, обавеза плаћања закупнине у исто време представља губитак, односно штету на страни закупца, али и корист на страни закуподавца.

¹⁶ *Slade's Case*, 76 Eng. Rep. 1074, 1077 (K.B. 1602). О значају ове одлуке говори и чињеница да је она донета на заједничкој седници свих судија централних судова Енглеске, и да су супротстављене стране заступали најпознатији правници тог времена, Sir Edward Coke и Sir Francis Bacon. Farnsworth *op. cit.* стр.18.

¹⁷ Treitel *op. cit.* стр. 64.

Према томе, као што Трејтел каже, „основна одлика доктрине *consideration-a* је захтев реципроцитета”.¹⁸ Као противчинидба „нешто од вредности” треба да буде обећано обећаваоцу, али не било шта већ „нешто што представља вредност у очима права”.¹⁹ Најзначајнији преседан у раној пракси Енглеских судова у погледу одређивања које квалификације противчинидба треба да поседује да би испунила захтеве теста *detriment-benefit* теорије *consideration-a*, је свакако случај *Thomas v. Thomas*.²⁰ Суштина овог случаја је следећа. Тестатор, Џон Томас, је непосредно пред своју смрт изјавио жељу да својој супрузи, Елеанор, на име наслеђа оставља своју кућу или £100. Након што је уследила смрт тестатора извршиоци његовог тестаментa су, као *consideration* тој жељи тестатора, обећали Елеанор да ће на њу пренети право плодуживања на некретнини за време трајања њеног живота или док остане у својству удовице (тј. док поново не закључи брак), под условом да плаћа закупнину у годишњем износу од £1 и да одржава некретнину у добром стању и да извршава неопходне поправке на истој. Један од извршилаца тестаментa је у међувремену умро, а други је оспорио важност уговора, тврдећи да Елеанор није дала никакву противчинидбу за обећање извршилаца тестаментa да ће на њу пренети право плодуживања на предметној некретнини, односно да њена противчинидба представља знатно мању вредност од вредности права плодуживања које је она добила. Извршилац тестаментa је изгубио спор.

Суд је у образложењу одлуке изрекао да је противчинидба датом обећању адекватна (тј. испуњава услове теста *detriment-benefit*) ако

- а) „она представља неку вредност у очима права“ и
- б) „да потиче од лица у чију корист је обећање дато.”²¹

Према томе, још је уговорно право *common law*-а XIX. веку стало на становиште да је питање еквиваленције узајамних потраживања (обећања) ствар уговорних страна. Обавезу Елеанор да плаћа закупнину у годишњем износу од свега £1 и одржава некретнину у добром стању, суд је оценио као адекватну противчинидбу да би уговор сматрао извршивим, без обзира на евентуалну несразмеру вредности престације и контрапрестације.

¹⁸ Ibid. стр. 63.

¹⁹ Ibid.

²⁰ *Thomas v. Thomas* (1842) 114 ER 330, QB 851 парафразирано из Kötz *op. cit.* стр. 63 и Treitel, *op. cit.* стр. 68

²¹ Treitel, *op. cit.* стр. 859.

5. Савремено схватање *consideration-a* (*bargained-for exchange* тест)

Крајем XIX. века изворно поимање *consideration-a*, схваћеног у смислу губитка на страни даваоца обећања, односно користи на страни примаоца обећања, постаје предмет критике правне теорије и праксе. Наиме, полазећи од основне премисе да судови опште надлежности (*courts of common law*) не треба уопште да залазе у питање да ли постоји губитак на страни даваоца обећања или корист на страни примаоцу обећања, јер је питање еквивалентности престација, правичности уговорних обавеза, у сувереној надлежности уговорних страна.²²

Под утицајем овог схватања настаје нови концепт *consideration-a*, према којем уговор је теретан, ако између уговорних страна постоји **размена вредности** (*exchange*), и ако је до те размене вредности **дошло преговорима, погодбом** (*bargain*). То су два услова савременог *bargained-for exchange* теста постојања *consideration-a*. Према томе, у уговорном односу постоји *consideration*, ако су странке постигле погодбу о узајамним престацијама на основу чега долази до размене вредности између њих.²³

Један од првих и најзначајнијих протагониста *bargained-for exchange* схватања *consideration-a* је био Оливер Вендел Холмс, судија Врховног суда САД и познати правни теоретичар, ко је сматрао да *consideration* треба да представља „однос реципрочног обавезивања“, при чему није стављао нагласак на вредност узајамних обећања.²⁴ Сличан став заузима и енглеска теорија уговорног права са почетка XX века, истичући да је „радња или уздржавање од радње једне уговорне стране, односно обећање

²² Eisenberg, M.A., *The Principles of Consideration* 67 Cornell Law Review 640 (1982).

²³ Да би се схватила суштина синтагме *bargained-for exchange*, неопходно је дати адекватан превод речи из чега се она састоји. Основно значење речи *exchange* је `размена`, али у овом контексту се под разменом не подразумева само размена ствари, већ размена вредности. Међутим, дати адекватан превод речи *bargain* у овом контексту је већ тежи задатак. Изворно значење речи *bargain* је `погодба` или `добра погодба`. У контексту уговорног права, енглески језик реч *bargain* користи у смислу `споразума`, али не обичног споразума, већ споразума који је резултат преговарачког процеса. Према томе, синтагма *bargained-for exchange* би се могла превести као склапање споразума, као резултат преговарања, где на почетку постоје, ако не и потпуно супротстављени, барем различити интереси уговорних страна, који споразум има за предмет размену вредности између уговорних страна.

²⁴ Holmes, Oliver, Wendell, *The Common Law*, Dover Publications, New York, 1991 (прво издање Little Brown, Boston, 1881.), стр. 293-294. Детаљније о Холмсовом схватању види у Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Ohio, 1974., стр. 19-21.

истих, је цена за коју је обећање другог купљено, и зато, обећање дато за неку вредност је извршиво“.²⁵

Холмсова схватања су имала велики утицај на развој појма *consideration-a*. Као резултат тог развоја, други *Restatement of contracts*²⁶, најзначајнији секундарни извор уговорног права у САД, у потпуности прихвата *bargained-for exchange* теорију *consideration-a*. Тако, други *Restatement of contracts* каже следеће²⁷:

1. Да би постојао *consideration*, извршење престације друге уговорне стране или обећање извршења мора бити предмет погодбе.
2. Извршење престације или обећање извршења је предмет погодбе, ако је оно од даваоца обећања тражено као противчинидба обећању, а дато је од стране примаоца обећања даваоцу обећања заузврат обећању даваоца обећања.
3. Извршење престације може да се састоји из:
 - а) радње која се не сматра обећањем,

²⁵ „An act or forbearance of the one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and promise thus given for value is enforceable.“ Pollock, Frederick, Sir, Principles of Contract, 13th ed., Stevens, London, 1950., edited by Sir Percy H. Winfield, str. 133.

²⁶ *Restatement* није ништа друго до уједначена збирка правних начела и института који регулишу одређену област права, издате од стране Америчког института за право (*American Law Institute*), која описује начела и институте у датој области права и прати њихов даљи развој. *Restatement*-и правно нису обавезујући, тако да судије нису обавезне поступати по њима, али је њихов практичан значај и утицај врло велики. Правна пракса прихвата ставове из *Restatement-a*. *Restatement*-и су донети у следећим областима права: заступништво, сукоб закона (међународно приватно право), уговорно право, право међународних односа САД, пресуде, право које регулише рад правника, стварно право, право реституције, хартије од вредности, јемства и гаранције, проузроковање и накнада штете, право *trust*-ова, право конкуренције. *Blacks Law Dictionary*, p. 1314-1315.

Први *Restatement* уговора је донет 1932. године, који је у неколико наврата био предмет новелирања почев од 1962. године, да би 1981. године био објављен други *Restatement* уговора. H.G. Beale, W.D. Bishop and M.P.Furmston, *Contract – cases and materials*, Butterworths, London, 1985, стр. 59-60.

²⁷ *Restatement 2nd*, Contracts, §71.

- 1) *To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.*
- 2) *A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.*
- 3) *The performance may consist of*
 - (a) *an act other than a promise, or*
 - (b) *a forbearance, or*
 - (c) *the creation, modification, or destruction of a legal relation.*
- 4) *The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.*

- б) уздржавања, или из
 - в) стварања, модификације или укидања правног односа.
4. Извршење престације или обећање извршења може бити дато даваоцу обећања или трећем лицу. Оно може бити дато од стране примаоца обећања или трећег лица.

6. Основне разлике између bargained-for exchange теста и detriment-benefit теста

Већ из саме формулације члана 71. другог *Restatement-a* произилази да концепт *consideration-a*, схваћеног у смислу *bargained-for exchange* теста, показује озбиљне разлике о односу на првобитно *detriment-benefit* схватање.

Прво, да би представљао адекватан *consideration*, извршење престације или обећање извршења престације треба да буде резултат погодбе између уговорних страна.²⁸ Док је првобитно схватање *consideration-a*, као што смо претходно показали, инсистирало на престацији која представља одређену „вредност у очима права“²⁹, питање вредности престације више не представља предмет судске анализе. Суд може да врши контролу над процесом којим уговорне стране долазе до погодбе, али нема овлашћење да преиспитује правичност садржаја уговора, тј. еквивалентност престација. Као што Фарнсворт каже, „успон теста погодбе је навео судове да садржаја размене преусмере пажњу на процес којим странке долазе до погодбе“.³⁰ Чак и када је дата противчинидба или противобећање номиналне или симболичне вредности, постоји *consideration*.³¹ Исто је потврдила и судска пракса речима да „адекватност *consideration-a* није подесан предмет за судску испитивање“.³² А када се сматра да је извршење престације или обећање престације резултат погодбе између странака, исто је регулисано *Restatement-ом*. Тако, сматра се да постоји погодба, ако је извршење одређене престације или давање обећања у том погледу дава-

²⁸ *Restatement 2nd, Contracts, §71 (1)*.

²⁹ *Thomas v. Thomas* (1842) 114 ER 330, QB 854.

³⁰ „...the rise of bargain test of consideration tended to shift the concern of judges from the substance of the exchange to the bargaining process.“ *Farnsworth, op. cit.* p. 70.

³¹ Међутим, види ниже изузетак од овог правила – илузорна обећања.

³² „The adequacy of consideration is not a proper subject for judicial scrutiny.“ *Apfel v. Prudential-Bache Sec.*, 616 N.E.2d 1095 (N.Y. 1993).

лац обећања тражио заузврат свом обећању (размена вредности, односно обећања) и да је прималац обећања то у том циљу и дао.³³

Друго, по савременом схватању *consideration*-а, обећање може бити упућено и трећем лицу, не само примаоцу обећања, односно противчинидбу или противобећање може да да и треће лице уместо примаоца обећања.³⁴ По првобитном концепту *consideration*-а, обећање је требало да буде упућено другој уговорној страни, односно противчинидба или противобећање је требало да потиче од друге уговорне стране.³⁵

7. Случајеви у којима не постоји *consideration* у складу са *bargained-for exchange* тестом

Из горе наведених јасно произилази да је савремени концепт *consideration*-а у светлу *bargained-for exchange* теста, с једне стране **објективизиран** (однос вредности узајамних потраживања није предмет судијске анализе, ако се процес преговора савесно и неометано одвијао), а са друге стране, донекле је **проширено његово дејство** (обухвата и случајеве када је обећање дато трећем лицу, односно када је противчинидба или противобећање дато од стране трећег лица).

Ипак, постоји неколико типских случајева који не задовољавају услове *bargained-for exchange* теста, тако да у тим случајевима не постоји *consideration*, тј. обећање даваоца обећања се не може принудно извршити, или због тога што **нема размене вредности**, или због тога што **размена вредности није резултат погодбе**. Ти случајеви су следећи: доброчино обећање, противчинидва извршена у прошлости, природне обавезе, извршење незахтеване престације, извршење престације независно од обећања, поравнање по неоснованом тужбеном захтеву, илузорно обећање и клаузуле о раскиду уговора.

7.1. Доброчино обећање (*gratuitous promise*)

Најједноставнији случај непостојања *consideration*-а, су доброчини правни послови, код којих само једна страна преузима обавезу, какав је случај са поклоном. У овом случају није испуњен основни елемент *bar-*

³³ Restatement 2nd, Contracts, §71 (2).

³⁴ Ibid. (4)

³⁵ *Thomas v. Thomas* (1842) 114 ER 330, QB 854.

gained-for exchange теста, не постоји размена вредности (*exchange*). Према томе, обећање поклона није принудно извршено, осим „ако је присутан неки други алтернативни основ извршивости“³⁶, односно ако је обећање дато у захтеваној писменој форми.

Врло је битно нагласити да се ово односи само на обећање поклона. Ако се добродино обећање добровољно изврши, тј. предмет поклона преда поклопримцу, нема места реституцији. Не може се тражити повраћај предатог поклона с позивом на одсуство *consideration-a*.³⁷

7.2. Противчинидба извршена у прошлости (*past consideration*)

Из *bargained-for exchange* концепта *consideration-a* произилази да давалац обећавања даје обећање у циљу подстицања³⁸ примаоца обећања да он заузврат изврши одређене престацију или да да противобећање. Ако је одређена радња извршена у прошлости, логички је немогуће да се прималац обећања подстакне на извршење те радње, јер је она већ извршена. Тако, у светлу *bargained-for exchange* теста, престација извршена у прошлости је неспојива са доктррном *consideration-a*. Фарнсворт даје леп пример за овај случај: ако послодавац обећа да ће предати запосленом један златан часовник, у знак захвалности за квалитетан рад који је запослени показао током минуле године на свом радном месту, такво обећање не испуњава *consideration-a*, јер се не односи на будуће понашање запосленог, те се такво обећање послодавца не може принудно извршити.³⁹

7.3. Природна обавеза (*moral obligation*)

Извршење или обећање извршења једне природне обавезе је интересантно питање са аспекта *consideration-a*. Строго узев, обећање извршења једне природне обавезе не испуњава услове *bargained-for exchange* теста. Савремен концепт *consideration-a* подразумева преузимање једне нове обавезе (обећања) од стране сауговорника, а не реафирмацију једне постојеће обавезе која се из неког разлога не може принудно извршити. Без обзира што се природна обавеза не може принудно извршити, она је ипак обавеза, ако и не правна, у сваком случају морална (што подразумева моралну дужност да се обавеза испуни, без обзира на то што се она принудним путем не може извршити), те постоји дужност да се она изврши.

³⁶ Farnsworth *op. cit.* стр.53.

³⁷ Ibid.

³⁸ 'inducement'.

³⁹ Farnsworth *op. cit.* стр.56.

Међутим, англосаксонска теорија уговорног права стоји на становишту да обећање извршења једне природне обавезе чини обавезу друге стране извршивом (зато што једно обећање које је неизвршиво постаје извршиво) али, будући да нису испуњени услови *consideration*-а, сматра се да су то случајеви принудне извршивости обавеза „без *consideration*-а“⁴⁰

Тако, ако се као противчинидба датом обећању изврши или обећа извршење једне **застареле обавезе**, обећања уговорних страна су принудно извршиве.⁴¹ Слична је ситуација и са моралним обавезама, обавезама које уопште нису настале на пољу права већ на пољу морала. **Моралне обавезе** не намеће право, већ морални систем вредности (обавеза да се помогне лицима у несрећи, издржавање између лица која на то нису по закону обавезна, и сл.). До средине XIX века, сматрало се да извршење или обећање извршења једне такве моралне обавезе не представља *consideration* за обавезу друге стране, те она (обавеза друге стране) није принудно извршива.⁴² Међутим, каснији развој права се одвијао у правцу признавања моралних обавеза као адекватан *consideration*.⁴³ Ипак, још увек није искриталисан став у судској пракси о томе да ли природне обавезе могу представљати адекватан *consideration*. У сваком случају, на овај начин „реанимирана“ природна обавеза обавезује дужника, и представља *consideration*, само у делу и у оквирима новог обећања датог од стране дужника.⁴⁴

⁴⁰ У том смислу се изјашњава и Restatement 2nd, Contracts, §82.

⁴¹ Farnsworth *op. cit.* стр. 57.

Као пример види *Little v. Blunt*, 26. Mass. (9 Pick.) 488. (1830). „Дуг који је застарео у складу за законом о застарелости потраживања је добар *consideration* ако је извршење застарелог дуга изричито обећано“.

⁴² Један од најпознатијих случајева из праксе америчких судова из прве половине XIX века у том погледу је свакако *Mills v. Wyman*, 20 Mass. (3. Pick.) 207 (1825). Милс се једно време старао о болесном сину Вајмена и тако му спасио живот. У знак захвалности, Вајмен је обећао да ће Милсу исплатити награду за негу његовог сина. Међутим, Вајмен обећану награду никад није исплатио Милсу, тако да је Милс поднео тужбу суду да се принудно изврши Вајменово обећање награде. Суд је одбио тужбени захтев са образложењем да морална обавеза не може бити ваљан *consideration* новчаној обавези.

⁴³ Види. случајеве *Webb v. McGowin*, 168 So. 196, 197, 198 (Ala. App. 1935) и *Estate of Hatten*, 288 N.W. 278, 287 (Wis. 1940).

⁴⁴ Farnsworth *op. cit.* стр. 58. Важећи преседан у том погледу је *Jones v. Jones*. 242. F. Supp. 979 (S.D.N.Y. 1965).

На пример, ако застарела обавеза гласи на 1000 \$, а дужник се обавезује да ће испунити ту обавезу, али само до износ од 500 \$, сматра се да је он обавезан на исплату у вредности од 500 \$, а не на 1000 \$, како је првобитна, застарела обавеза гласила.

7.4. Извршење незахтеване престације (*unsolicited action*)

Доктрина *consideration*-а захтева извршење одређене престације у будућности, након момента давања обећања, да би се избегао проблем престације извршене у прошлости, о чему је мало пре било речи. Међутим, ни будућа престација неће представљати адекватну противчинидбу за дато обећање, ако она није захтевана од стране даваоца обећања, односно такву противчинидбу он није имао у виду у моменту давања обећања.⁴⁵ Битно је да ли је давалац обећања водио преговоре у том циљу да од саговорача захтева испуњење тачно те обавезе или неке друге. Ако друга уговорна страна изврши противчинидбу која није предмет погодбе између уговорних страна, не постоји *consideration*.⁴⁶

7.5. Извршење престације независно од обећања (*action not taken in response*)

Док се у претходном случају ради о противчинидби која може да представља вредност за даваоца обећања, само што извршење те престације давалац обећања није имао у виду приликом закључивања погодбе, у овом случају се ради о извршењу тачно оне престације коју је давалац обећања имао у виду када је дао обећање, али је прималац обећања радњу, која је предмет те очекиване престације, извршио независно од обећања, односно не знајући да радња коју предузима је противчинидба за неко обећање.⁴⁷ Размена вредности која се постиже погодбом између странака,

⁴⁵ Farnsworth *op. cit.* стр. 63.

⁴⁶ Овај принцип је изузетно лепо и сажето формулисао један од најпознатијих аутора из области економске анализе права у САД, Ј. Познер, судија Врховног суда, у пресуди у случају *Patel v. American Bd. of Psychiatry & Neurology*, 975 F.2d 1312 (7th Cir. 1992) речима „Штета, губитак, која није била предмет погодбе није релевантан за уговор већ за *estoppel* (*Unbargained detriments are relevant not to contract but to estoppel*).” Обим овог истраживања не дозвољава да се детаљније упуштамо у анализу института *estoppel*-а. Ипак, у кратким цртама, може да се каже да је *estoppel* институт *equity*-а. Једна од посебних врста *estoppel*-а је *promissory estoppel* који је настао у судској пракси са циљем да се ублажи крутост доктрине *consideration*-а. Наиме, чак и обећање које није праћено противобећањем друге уговорне стране (те услов *consideration*-а није испуњен) може бити принудно извршиво, ако су испуњени следећи услови: да се прималац обећања стварно поуздао у дато обећање (предузео неку обавезу на свој терет, рачунајући на извршење њему датог обећања), да је обећавалац разумно могао имати у виду да ће се прималац обећања поуздати у дато обећање, и да је проглашење принудно неизвршивог обећања у принудно извршиво неопходно ради спречавања неправде. Black's Law Dictionary, str. 571.

⁴⁷ Farnsworth *op. cit.* стр. 67.

треба да представља неку корист и за примаоца обећања. Међутим, да би постојао *consideration* неопходно је да прималац обећања извршава одређену радњу са “свешћу да то чини у циљу давања противчинидбе датом обећању”.⁴⁸

7.6. Поравнање по неоснованом тужбеном захтеву (settlement of invalid claim)

Поравнање је у сваком друштву, посебно у америчком, пожељан начин решавања спорова, јер се њиме постиже већа ефикасност парничног поступка.

Из аспекта овог истраживања је посебно интересантно питање да ли обећање једног лица, повериоца у једном правном односу, да ће пристати на поравнање у поступку покренутом за заштиту својих права из тог правног односа, адекватан *consideration* за обећање које му је дато у једном другом правном односу.

Генерално је заузет став да је такво обећање добар *consideration*, јер се тиме поверилац уздржава од слободе коришћења правних средстава за наплату свог потраживања (пристаје на поравнање).⁴⁹ Међутим, поставља се питање да ли је испуњен услов *consideration*-а, ако се накнадно установи да је потраживање повериоца (од чије наплате је поверилац одустао или у вези чега је закључено поравнање) било неосновано. Сматра се да то не утиче на постојање *consideration*-а, ако поверилац није био несавестан (није знао нити је могао знати за ништавост свог потраживања или за неоснованост тужбеног захтева).⁵⁰

⁴⁸ Ibid. стр. 68.

Ретки су примери у судској пракси за овај случај. Ипак, случај *Broadnax v. Ledbetter*, 99 S.W. 1111 (Tex. 1907) је такав. Случај се тичао лица које је ухватило одбеглог затвореника, вратио га надлежним властима, а да при том није био свестан тога да је расписана јавна потерница за тим одбеглим затвореником, према којој ће се лице које да информације властима о њему или га, пак, сам ухапси, новчано наградити. Власти су успеле доказати да хапшење одбеглог затвореника није било мотивисано наградом, тако да јавно обећање награде овом случају није принудно извршиво.

Јасно је да су овакви примери из судске праксе ретки, јер је неопходно доказати да је извршење радње учињено не знајући за дато обећање. Субјективни чињенични елементи се у пракси тешко доказују.

⁴⁹ Farnsworth *op. cit.* стр. 73.

⁵⁰ *Denburg v. Parker Chapin Flattau & Kimpl*, 624 N.E. 2d 995 (N.Y. 1993).

7.7. Илузорно обећање (*illusory promise*)

Већ смо раније истакли да судови у *common law* правном систему, у начелу, не надзиру однос вредности узајамних престација уговорних страна. Еквивалентност размене вредности, правичан однос вредности престација, је у домену страначке аутономије. *Consideration* постоји ако је обећање даваоца обећања издејствовало противобећање примаоца обећања, при чему обећање и противобећање могу бити потпуно различитог квалитета и квантитета.

Битно је једино да противобећање буде ипак **суштинско**, макар какве незнатне вредности оно било. Противобећања која нису суштинска су илузорна и нису добар *consideration*, односно толико су „несуштинска“ да не представљају никакву обавезу за примаоца обећања .

Најчешћи примери илузорних обећања су случајеви када је противобећање везано за услов, чије наступање или ненаступање је искључивој контроли примаоца обећања.⁵¹ Као што је у једном случају формулисано, илузорно обећање је обећање да се нешто купи „када се жели, колико се жели, купити ако купац сматра да би то било корисно за њега, купити толико много, толико мало, или ништа не купити, по вољи купца“.⁵²

Судови су имали различити одговор на илузорна обећања .

Доста дуго је постојао тренд да се илузорна обећање не квалификује као *consideration*, те уговор није двострано обавезујући, и консеквентно томе, није ни принудно извршив.⁵³

Други је могући став према илузорним обећањима, да се она тумаче као да нису илузорна.⁵⁴ Према Фарнсворту, за то постоје два начина.⁵⁵ Један начин је да се узме у обзир **савесност** даваоца илузорног обећања **приликом извршења обећања**. Ако је илузорно обећање давалац обећања извршио у складу са начелом савесности и поштења⁵⁶, тј. није злоупотребио илузорност обећања, његово обећање је суштинско и обећање друге стране је принудно извршиво.⁵⁷ Други начин је да суд **тумачењем** спо-

⁵¹ Таква обавеза би била, на пример, обећање да ће купац купити ту количину ствари које буде желео да купи !?!

⁵² *Wickham & Burthon Coal Co. v. Farmers' Lumber Co.* 1979. N.W. 417.419 (Iowa 1920).

⁵³ На пример *Wickham & Burthon Coal Co. v. Farmers' Lumber Co.* 1979. N.W. 417.419 (Iowa 1920), *Strong v. Sheffield* 39 N.E. 330 (N.Y. 1895), *Paul v. Rosen*, 122 N.E.2d 603 (Ill. App. 1954).

⁵⁴ Farnsworth *op. cit.* стр. 77.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ 'good faith'.

⁵⁷ На пример *Wood county Grocer Co. v. Frazer*, 284 F. 691 (8th Cir. 1922). Случај се тичао обећања продавца да прода шећер по цени не мањој од утврђене минималне цене, а ни не

разуме странака утврди да се прималац обећања заправо суштински обавезао, без обзира на то ако *prima facie* обећање делује илузорним, а да ли се у стварности ради о суштинском обећању или илузорном процењује се зависно од околности конкретног случаја.⁵⁸

7.8. Клаузуле о раскиду уговора (*termination clauses*)

Уговорне клаузуле, које дају могућност једној уговорној страни да у сваком моменту (без давања отказног рока) раскине уговор, без навођења посебних разлога за то (немотивисани раскид уговора) чини обећање те стране илузорним, те не постоји *consideration* у том уговору.⁵⁹ Према томе, да би обећање друге уговорне стране било суштинско, а не илузорно, неопходно је да се могућност раскида уговора сведе у разумне и прихватљиве оквире. Тако, сматра се да клаузула о раскиду уговора не чини обећање илузорним, ако је, с једне стране, могућност раскида уговора везана за обавезу обавештавања даваоца обећања и остављања **разумног от-**

већој од утврђене максималне цене. Утврђена минимална цена је била изузетно ниска, али је купац био спреман да плати максималну утврђену цену, тако да његово обећање суд није оценио илузорним.

⁵⁸ Farnsworth *op. cit.* стр. 78.

На пример *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 118 N.E. 214,218 (N.Y. 1917). Случај се тичао уговора у којем је позната дизајнерка пренела на сауговарача искључиво право пуштања у промет моделе одеће коју она изради, за шта се сауговарач обавезао да јој исплати износ једнак половини укупних годишњих прихода остварених продајом њених модела, ако до продаје уопште дође. После извесног времена, дизајнерка је исте моделе понудила и другим трговцима, на шта је њен сауговарач одговорио тужбом за накнаду штете због кршења одредбе уговора о искључивом снабдевању. На ову тужбу дизајнерка је приговорила да је њена обвеза из уговора неутужива, јер се друга страна није обавезала на куповну тачно одређене или одредиве количине модела, сауговарачева стварна обавеза је зависила само од његове воље, што значи да је она илузорна, због чега њена обавеза није праћена *consideration*-ом. Суд је заузео становиште да обавезу сауговарача дизајнерке треба тумачити на тај начин да се под њом подразумева обавеза да се модели пусте у промет и да се учини разуман напор (*reasonable effort*) да се постигне суштинска продаја, те за обећање дизајнерке постоји *consideration*, и њено обећање да трећим лицима неће уступити моделе на продају принудно извршиво.

⁵⁹ Farnsworth *op. cit.* стр. 79.

На пример *Miami Coca-Cola Bottling Co. v Orange Crush Co.*, 296 F 693 (5th Cir. 1924.). У овом случају давалац лиценце је пренео примаоцу лиценце искључиво право производње и продаје (познатог) освежавајућег пића *Orange Crush* на тачно одређеној територији, али је уговор оставио право примаоцу лиценце да уговор о лиценци раскине у било које време. У парници која је уследила на основу уговора, суд је заузео становиште да је обавеза (обећање) примаоца лиценце илузорна, јер је могао раскинути уговор у било које време, без негативних последица за њега, те никакву суштинску обавезу није ни преузео.

казног рока⁶⁰, или ако је могућност раскида уговора везана за **околност која је независна од воље примаоца обећања**⁶¹ (ван сфере његове контроле), с друге.

8. Уместо закључка – случај *Hamer v. Sidway*

Један од најинтересантнијих случајева у јуриспруденцији САД, у погледу постојања *consideration-a*, је свакако случај *Hamer v. Sidway*.⁶² Правноснажна ресуда у предмету је донета 1891. године, међутим чињенични случај који је дао повода спору је настао много раније, седамдесетих година XIX века. Један од главних актера случаја, Вилијем Е. Стори, старији, је на једном породичном весељу јавно обећао свом младом нећаку да ће му на дан, када наврши своју 21. годину живота поклонити износ од \$5.000 (ни сада не малу суму, али у тим временима изричито велику), ако се нећак буде уздржавао од пијанства, пушења цигарета, псовања и играња карата и билијара у новац, односно да раскине са начином живљења како је до тада живео. Упркос великим изазовима и искушењима, нећак је у свему успео да се повинује захтеву Вилијема Е. Сторија, старијег, те му је на дан када је навршио свој 21. рођендан послао једно писмо, обавештавајући га да је споразум са своје стране у потпуности испоштовао и да сматра себе овлашћеним да захтева исплату обећаног износа од \$5.000.

Да је Стори, старији, исплатио свом нећаку тај износ, случај би остао у породичним оквирима и полако заборављен. Међутим, Стори, старији, је на нећаково писмо, не исплативши предметни износ, одговорио својим писмом од 6. фебруара 1875. године. У свом одговору, Стори је пр-

⁶⁰ На пример *Lindner v. Mid-Continent Petroleum Corp.*, 252 S.W.2d 631, 632 (Ark. 1952.). Случај се тичао уговора о лизингу бензинске пумпе, при чему је прималац лизинга имао право да раскине уговор у било које време, али са отказним роком од 10 дана. Суд је утврдио да обавеза примаоца лизинга није илузорна, тј. постоји *consideration*, јер би чак и у хипотетички најгорем случају прималац лизинга био дужан да плаћа лизинг накнаду најмање у периоду од 10 дана.

⁶¹ На пример *Resource Mgt. Co. v. Weston Ranch & Livestock Co.*, 706 P.2d 1028, 1037 (Utah. 1985.). Случај се тичао уговора о експлоатацији рудног блага, при чему је стицалац концесије за експлоатацију задржао право да раскине уговор о експлоатацији, ако се утврди да се у земљишту не налази та количина рудног блага која би оправдавала даље улагање новца и времена у тај пројекат. Суд је заузео становиште да обавеза стицаоца концесије није илузорна, јер је клаузула о раскиду везана за околност која је ван његове контроле (количина рудног блага у датом земљишту се објективно може утврдити), тј. позивање на раскид није могло бити учињено на несавестан начин.

⁶² *Hamer v. Sidway*, Court of Appeals of New York, 1891, 124 N.Y.53S, 27 N.E. 256.

во похвалио свог нећака за све што је учинио у протеклом периоду, тј. да је стекао добре манире, и потврдио му да је стекао право на предметну суму. Но, Стори, старији, је у писму нећаку напоменуо да му обећани износ неће исплатити, већ га држати у банци у његовом интересу, да се не би протеклом времена обезвредио. Као основни разлог због којег ујак није свом нећаку у том моменту исплатио обећани износ навео је да је он сву своју имовину стекао тешким радом и муком и да би нећак на сувише лак начин дошао у посед тако великог новца, те би га брзо проћердао. Из тих разлога, Стори, старији, се обавезао да ће тај износ заједно са припадајућом каматом исплатити нећаку после одређеног времена, када буде стекао неопходну зрелост у погледу коришћења новца. Нећак је пристао на услове из писма свог ујака, тако да је новац остао у поседу Сторија, старијег, на његовом рачуну у банци.

Почетком 1887. године умро је Вилијем Е. Стори, старији, а да свом нећаку за живота ни центу није исплатио од обећаног износа од \$5.000 и припадајуће камате. У парничном поступку покренутим због спора поводом поделе заоставштине Вилијема Е. Сторија, поставило се питање ваљаности споразума закљученог између њега и свог нећака, односно да ли је снагом уговора (споразума) Стори, старији постао, дужник свом нећаку за исплату износа од \$5.000 и припадајуће камате, и да ли нећак може пред судом захтевати принудну исплату тог потраживања на терет заоставштине. Важно је истаћи, да је Стори, старији за живота тестаментом расподелио своју имовину и нећак није био међу тестаменталним наследницима. По логици ствари, извршилац тестамена, као заступник тестаменталних наследника, имао је правни и економски интерес да докаже да споразум између Вилијема Е. Сторија, старијег, ујака, и Вилијема Е. Сторија, другог, његовог нећака не задовољава услов *consideration*-а, тј. да нећак нема право да тражи принудну наплату на терет заоставштине. Као основни аргумент, извршилац тестамена је навео да је обећање тестатора, да свом нећаку исплати износ од \$5.000 са припадајућом каматом, без адекватне противчинидбе, те не испуњава услов *consideration*-а, и треба да се сматра уговором о поклону, који у предметном случају није принудно извршив, јер није учињен у форми исправе. Нећакова противчинидба, која се састојала од уздржавања од очигледно штетних и лоших навика, не може се сматрати као *consideration* за обећање тестатора, сматрао је извршилац тестамена, јер из појма *consideration*-а произилази да он мора представљати или корист обећаваоцу или штету, губитак (умањење имовине) на страни примаоца обећања. Тиме што се нећак уздржавао од лоших навика, пре свега, себи самом је учинио корист и да би то пре или касније учинио

и без тога да му је ујак обећао износ од \$5.000. Тако, према логици извршиоца тестаментa, није дат никакав *consideration* за обећање Сторија, старијег, јер није дошло до повећања имовине на његовој страни, нити је дошло до умањења имовине на страни нећака, односно да се уздржавање од упражњавања лоших навика не може сматрати умањењем имовине, нити ограничавањем слободе личности, јер је стицање добрих навика и промена начина понашања било пре свега у корист нећака. Следствено томе, уговор није теретан, јер не испуњава услов *consideration-a*, а не може се принудно извршити ни као добротин уговор из разлога што није закључен у форми исправе – тврдио је извршилац тестаментa.

Међутим, суд је имао супротно мишљење. Наиме, прималац обећања је до момента закључења споразума са својим ујаком, редовно упражњавао навике које се могу окарактерисати као лоше (пијанство, пушење цигарета, коцкање, и сл), али, према речима суда, имао је пуно право да то слободно чини. Он се годинама уздржавао од упражњавања тог свог права, добровољно ограничавајући своју слободу личности, под утицајем могућности стицања позамашне суме новце, ако се успешно повинује захтевима које му је обећавалац поставио. При том, сматра суд, потпуно је ирелевантно да ли је прималац обећања уложио било какав напор да би се уздржао од упражњавања одређених навика и да ли је одвикавање од тих навика било у његову корист или не. Довољно је да се он, под утицајем обећања обећаваоца, ограничавао у упражњавању своје „законите слободе делања”.⁶³ На основу свега тога, суд је закључио да је прималац обећања својим понашањем пружио адекватну противчинидбу обећаваоцу. Према томе, споразум у питању је квалификован као теретан, а не као добротин уговор. Будући да је био испуњен услов *consideration-a*, суд је дозволио извршење потраживања примаоца обећања на терет заоставштине.

Деликатно је питање каква би била правна квалификација једног таквог уговора у нашем праву. Амерички суд је овај проблем решио на једноставан и елегантан начин, карактеришући уговор као теретан (што на први поглед сигурно запањује сваког правника са континенталним правничким образовањем).

Истраживање у погледу правне природе таквог уговора у нашем праву би свакако требало да потекне са становишта да је то нека врста уговора о поклону, и то уговора о поклону са налогом (да се подсетимо, основни мотив Сторија, старијег, у обећању исплате износа од \$5.000 је

⁶³ *lawful freedom of action* – ауторов превод.

давање поменутог износа у поклон свом нећаку, по задовољењу унапред одређених услова). Уговор о поклону са налогом (*donatio sub modo*) је уговорна конструкција која није страна нашој правној теорији.⁶⁴

Ипак, идентификовати позитивно-правну регулативу уговора о поклону са налогом није лак задатак. Основни извор у којем прво треба потражити одговор на питање позитивно-правне квалификације таквог типа уговора је, по природи ствари, Закон о облигационим односима. Међутим, Закон о облигационим односима не регулише институт поклона. Поставља се питање да ли у оним случајевима, када не постоји позитивно-правна регулатива правног института суд може применом основних начела Закона о облигационим односима конструисати ново правило које ће се применити на конкретан случај или, пак, претходно треба да се провери да ли постоји неки предратни пропис (пропис који је био на снази пре II светског рата) који регулише конкретно питање. Примена прописа донетих пре 1941. године је још увек могућа на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.⁶⁵ Наиме, поједина решења из предратних прописа (не и прописи у потпуности) се могу примењивати на конкретан случај, ако тај правни однос није регулисан важећим прописима и да правило из предратних прописа није у супротности са важећим прописима и начелима уставног поретка.⁶⁶ Заправо, судови су дужни да примењују предратна правила, ако дотичан правни однос није регулисан новим послератним законодавством, без обзира на то што су у међувремену донети системски закони из области грађанског права.⁶⁷

⁶⁴ Види: Салма, др Јожеф, *Ajándékozási szerződés - különös tekintettel az európai polgári jogi kodifikációkra, valamint a magyar Ptk Új Konceptiójára*, (Уговор о поклону, упоредно правни студиј, са посебним освртом на европске кодификације грађанског права и на рекодификацију МГЗ) Нови Сад/Újvidék-Miskolc, март 2003., објављен у *Jogtudományi Közlöny*, Будимпешта, бр. 5/2004, стр. 169-180., Радишић, др Јаков, *Ревокација поклона*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/1954, стр. 486-489. Радојчић, др Весна, *Гранични и спорни случајеви даровања*, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, V/1981, стр. 145-153. Станковић, др Обрен и Водинелић, др В. Владимир, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1996. стр. 192., Попов, др Даница, *Грађанско право – општи део*, СЦИ, Нови Сад, 1997. стр. 115-116. Перовић, др Слободан, *Облигационо право, II*. Службени лист, Београд, 6. издање 1986.

⁶⁵ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, Сл. лист ФНРЈ, бр. 86/46 (у даљем тексту: Закон о неважности).

⁶⁶ Закон о неважности, члан 4.

⁶⁷ „Неоспорно је да овај закон (Закон о неважности – напомена А. Д.) и данас на снази и да ће се у пракси примењивати све до потпуне изградње правног система, с тим што се његов домашај стално сужава доношењем нових закона којима се уређују поједине области друштвених односа“. (из образложења начелног става XXIII заједничке седнице Савезног

Према томе, у начелу се на институт поклона још увек примењује Србијански грађански законик из 1844, односно неновелиран Аустријски грађански законик из 1811, зависно на којем делу територије наше државе би уговор о поклону настао.⁶⁸ Оба законика регулишу институт поклона⁶⁹, међутим, ниједан у њих не регулише уговор о поклону са налогом или условом.

Тако, будући да не постоји правило из предратних прописа које би се непосредно могло применити на овај тип уговор, примењивале би се одредбе Закона о облигационим односима. Закон о облигационим односима пружа адекватан правни оквир за тип уговора о поклону о којем је реч. С једне стране, уговорне стране не морају да се ограниче само на дијапазон уговора именованих у Закону или другом партикуларном закону, већ могу да створе било какву уговорну конструкцију, која не мора бити налик ни на један од именованих уговор, поштујући опште границе слободе уговарања⁷⁰. Такав неименовани уговор би имао исто дејство као и било који именовани уговор, стварање права и обавеза за уговорне стране⁷¹ и њега би се на исти начин примењивале одредбе Закона.⁷² Чим стране постигну споразум о битним елементима уговора, уговор је настао.⁷³ Битни елементи уговора о поклону из случаја *Hamer v. Sidway* су предмет поклона и услови које поклонопримац треба да испуни да био имао право на поклон. Услов, или налог, по правилу није битан елемент правног посла, него случајни елемент (*accidentalia negotii*). Случајни елементи правног посла нису обавезни по закону, али их странке могу уговорити, чиме они добијају обавезујући карактер.⁷⁴

Према томе, уговор о поклону са налогом у светлу Закона о облигационим односима би се у основи могао квалификовати као добротин

суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 14. и 15. децембра 1983. године). Важно је истаћи да је ово становиште заузето неколико година после доношења системских закона из области грађанског права, као што су Закон о облигационим односима 1978. године и Закон о основним својинско-правним односима из 1980. године. Парафразирано из Николић, др Душан: *Увод у систем грађанског права*, пето измењено и допуњено издање, Нови Сад, Правни факултет – Центар за издавачку делатност, 2004., стр. 177. фн. 267.

⁶⁸ Аустријски грађански Законик се примењивао на мањем делу територије Војводине, и то на територији окружног суда у Панчеву, и средњих судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу. Види: Николић *op. cit.* стр. 156.

⁶⁹ СГЗ §561-568. и АГЗ §938-956.

⁷⁰ ЗОО чл. 10.

⁷¹ ЗОО чл. 148. ст. 1.

⁷² ЗОО чл. 25.

⁷³ ЗОО чл. 26.

⁷⁴ Попов *op. cit.* стр. 88.

уговор, али са одређеним елементима теретности, онерозности (налог). Интересантно је како различити правни системи долазе до истог, или врло сличног резултата поводом одређеног правног проблема. У случају *Hamer v. Sidway* основни проблем лежи у проналажењу начина да се обећање поклона учини утуживим, ако поклонопримац испуни све услове предвиђене налогом. Америчко право, као што смо видели, проблем решава на једноставан начин тиме што уговор у питању квалификује као двострано обавезан, услед чега у трансакцији постоји *consideration*, те обећање поклона у конкретном случају постаје утуживо. За разлику од тога, у нашем праву такав уговор се никако не би могао квалификовати као двострано обавезујући, већ као добротин уговор са одређеним елементима онерозности. Но, постиже се иста практична последица у оба правна система, а то је утуживост обећања поклона, ако поклонопримац испуни све услове предвиђене налогом.

*Atila Dudas, Assistant
Novi Sad School of Law*

The Notion of Consideration at Common Law

Abstract

One of the fundamental notions of law of contract at common law is certainly the institution of consideration. In order to have a legally binding and enforceable promise, it must be supported by consideration. If the promise lacks consideration, it will be held unenforceable, unless another ground of enforceability is present (formality, for instance).

The notion of consideration emerged and began its evolution in the late XVI and early XVII century, when the *action of assumpsit* tended to replace the old *action of debt*. Since the moment when verdict had been delivered in the famous *Slade's Case* at the very beginning of XVII century, the *action of assumpsit* became the most usual form of action by which all contractual claims could have been enforced, regardless of the nature of breach of promise (*action of assumpsit* could have been brought both in case of misfeasance and nonfeasance). The most important criterion whether an *action of assumpsit* would fail or succeed was whether the promise upon which an action had been filed was supported by consideration or not.

Consideration, at the time when it emerged, meant either a detriment for promisee or a benefit to the promisor. However, in the late XIX century the detriment/benefit test of consideration came under scrutiny and consideration got a new dimension. Namely, the issue whether the promisor gained a benefit or the promisee suffered a detriment is not crucial anymore. A promise is supported by consideration if there is an exchange between the parties, which exchange is a result of fair and undisturbed bargaining process. This is called the bargained-for exchange notion of consideration.

The present paper tends to define what the term bargained-for exchange means and when is a promise supported/or not supported by consideration under the bargained-for exchange test.