



Универзитет у Нишу
Правни факултет



Михајло С. Цветковић

ЗАКЉУЧЕЊЕ И ПРЕСТАНАК УГОВОРА О ПОКЛОНУ

докторска дисертација

Ниш, 2015



University of Nis
Faculty of Law



Mihajlo S. Cvetkovic

Donation contract: conclusion and termination

PhD dissertation

Nis, 2015

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор:

Ванредни професор др Ђорђе Николић, Правни факултет, Универзитет у
Нишу

Чланови Комисије за оцену и одбрану:

1. Редовни професор др Мирослав Лазић, Правни факултет, Универзитет у
Нишу;
2. Ванредни професор др Марко Ђурђевић, Правни факултет, Универзитет у
Београду;
3. Ванредни професор др Ђорђе Николић, Правни факултет, Универзитет у
Нишу.

Подаци о докторској дисертацији

Наслов: Закључење и престанак уговора о поклону

Резиме:

Поклањање је чест и значајан људски однос, деликатна друштвена појава од утицаја на појединца и друштво, међуљудске везе, економски положај породице и заједнице (дарови прате све важне животне догађаје). У различитим епохама и друштвима предмет, облици и намена поклона су се мењали, али је он увек био чест посао. Разноликост животних ситуација сведочи да односи проистекли из поклона нису тако једноставни како се то, на први поглед, чини. Постоји тамна страна бесплатности. Правна наука вековима проучава поклон, са мање или више успеха. Уговорно право има напредан систем и солидну теоријску подлогу за трговинске односе, али је сиромашно када треба регулисати однос изван пословне сфере. Иако спадају у класично уговорно право, правне норме о поклону нису статичне. То потврђује правна историја поклона, односно његов развој од *Lex Cincia* до *DCFR*. Теоријски значај истраживања произилази из чињенице да се поклон у упоредном праву дефинише и сагледава различито, што повлачи значајне правне последице и захтева преиспитивање полазних аксиома. Поклањање као друштвена појава од правног значаја захтева њено сагледавање у историјском, социјалном и економском контексту, односно обраду њених филозофско-правних аспеката. У доктрини постоје бројне недоумице па и сукоби, почев од елементарних обележја па све до правне природе овог посла. Да је поклон заиста само инструмент којим се „остварује обogaћење и осиромашење“, новац би био идеалан поклон у свакој прилици, што је наравно незамисливо. Субјективни елемент поклона, његово главно обележје, је вишесмислен. Одређује се и као *animus donandi*, и као кауза, и као сагласност уговарача. Посебна проблематика прати модалитете поклона, чија бројност (9) илуструје сложеност овог института. Практични значај истраживања везан је за бројна спорна и врло актуелна питања поводом настанка и престанка уговора о поклону. Особености настанка уговора о поклону, повлаче за собом и посебан правни режим у погледу његовог престанка. Поклон је у односу на друге уговоре „рањив“. У упоредном праву узроци престанка поклона су одређени дивергентно, уочљива је велика разноврсност решења. Опозивање поклона је вечити повод за полемике због сукоба са начелом *pacata sunt servanda*. Поред поклонодавца, поклон могу да нападају и трећа лица. Она побијају поклон, ако су њихови интереси располагањем поклонодавца угрожени. Поклон је неретко измамљен моралним притиском, коришћењем нечије слабости, неспособности или старости, и то од поклонодавцу блиских лица, од којих се то не очекује. Ништавост уговора о поклону увек је изазвана недостатком неког битног услова његовог настанка: због апсолутне или релативне неспособности уговарача; немогућег, недопуштеног или неодређеног предмета; недопуштеног или неистинитог основа; формалног пропуста. Поклон је често фиктиван, симулован или дисимулован. Циљ истраживања је обрада, систематизација и анализа проблема и недоумица везаних за настанак и престанак уговора о поклону, сагледавањем доминантних тенденција и кључних идеја, уз детаљни увид у позитивна законска решења, нацрте и судску праксу. Наиме, интригира чињеница да је поклањање, једна честа и универзална друштвена појава, у различитим правним системима па и мањим оквирима регулисана тако разнолико. Резултати истраживања су: 1) Идентификовање најважнијих разлика и сличности у упоредном праву о поклону. 2) Разјашњење бројних дилема, спорова и недоумица (у раду је поменуто око 120) везаних за настанак и престанак уговора о поклону. 3) Формулисање конструктивних предлога инспирисаних ефикасним упоредноправним решењима. 4) Модернизација домаћег уговорног права. Уговор о поклону није адекватно регулисан у праву РС, зато што је ЗОО

превасходно намењен уговорима којима доминира „тржишни“ моменат. Истраживање поклона говори о развоју цивилистике, варкама законодавца (формализам, забране), правничкој инвентивности (ручни поклон) и лаичкој довитљивости (симулација, индиректни поклон). Конзервативне правне и економске школе не могу да објасне поклањање. Уговорно право је имовинско, а поклоном се остварују и неимовинске потребе. Поклањање је нераздвојиво од личног односа и везе, па је правни оквир који занемарује тај моменат неефикасан. Тренд флексибилније норме и последична широка дискрециона овлашћења суда захтевају квалитетно опште правничко образовање. Противник поклона није право у целини, него претежно легислатура. Традиционални приступ даје примат материјалним, док новији приступ уважава и размену неимовинских вредности. Међутим, ако је поклон хибрид између теретних и добротних послова, онда нема примера за последње. Објективни елемент поклона најбоље се објашњава кумулативно: бесплатност је услов настанка, корелативни пар је последица поклона. Мада су емоције прогане из уговорног права због ометајућег утицаја на вољу, поклањање је од њих нераздвојиво. Дар се по њима разликује од свих осталих уговора. Примерено правно решење је недостижно без уважавања персоналних, психолошких последица поклона. Правни однос између поклонопримца и поклонодавца није свугде регулисан као уговор. Основи појмови уговорног права (облигациони однос, дуг, аутономија воље, преговори) не одговарају поклањању као друштвеној појави. Аргументе против преживелог формализма поклона домаћа литература занемарује. Законодавац је одувек форму поклона користио као брану његовом ширењу, као и да би остварио неке своје циљеве. Еволуција форме поклона одредила је његову правну природу. Форма треба да буде средство за постизање правичности. Правни стандард „велика незахвалност“ илуструје како је недефинисаност понекад корисна. Осиромашење је позитиван пример како су домаћи правници лепо разрадили прописе користећи упоредноправна решења. Резидуални опозив из DCFR показује како се један институт карактеристичан за двострано-обавезујуће уговоре прилагођава поклону. Поклон се због заблуде лакше поништава него други уговори (узима се у обзир и заблуда о мотиву), јер се сматра да бесплатног стицаоца не треба нарочито штитити. Позивање на заблуду није легитимно оружје поклонодавца који се каје што је поконио. Због обрнуте сразмере поклонодавчевог расуђивања и могућности да он буде преварен треба обратити пажњу на способност за поклањање. Због преваре се поклон лакше поништава од теретних уговора. У таквим случајевима суд поништењем уговора погодује поклонодавцу, иако је он више „саучесник“ него жртва. Одређени проблеми поводом поклањања су универзални. Изнуђивање поклона су правници одувек покушавали да спрече. Нарочито је то велика невоља када поклонодавца уцењује режим. *Lex Cincia*, прва мера у борби против злоупотребе власти, имала је исти циљ као и домаћи Закон о враћању земљишта 2200 година касније. Уплив емоција у уговорно право најизраженији је када поклон престане због окончања брака. Престанак романсе између супружника редовно утиче и на поклон трећег лица (свадбени), иако се ради о околности спољној за однос између уговарача. Разлика између слова закона и његовог живота добро се види код побијања због оштећења поклонодавчевих поверилаца.

Кључне речи: поклон, уговор, форма, предмет, способност, опозивање, побијање, ништавост, раскид.

Научна област/Ужа научна област/УДК број и класификациона ознака: друштвене науке S 000 / С 130 Грађанско право: особе, породица, брачни уговори, наследства, поклони, имовина, облигације, гаранције.

Data on doctoral dissertation

Title: Donation contract: conclusion and termination

Summary:

Donation (*donatio*) is a common and important human relationship, a delicate social phenomenon affecting an individual and the society, interpersonal relations, economic status of the family and community (considering that gifts accompany all important life events). In different eras and societies, the object, legal form and purpose of donation have changed but it has always been a common legal transaction. The diverse living circumstances testify that relations arising from gifts are not as simple as they may seem at first. There is a dark side of gratuitousness. Jurisprudence has been studying it with more or less success for centuries. Contract law has developed an advanced legal system and a solid theoretical basis for trade relations but it is rather incomprehensive in terms of relations beyond the business sphere. Although legal norms on gifts are part of classic contract law, they are not static. Legal history has kept reaffirming this standpoint since *Lex Cincia* to the contemporary Draft Common Frame of Reference (DCFR).

The theoretical significance of this research stems from the fact that comparative law includes a vast number of diverse definitions and conceptions on the institute of donation, which necessarily imply significant legal implications and call for reconsideration of the initial axioms. As a social phenomenon of legal significance, donation has to be observed in the historical, social and economic context, and considered from the aspect of philosophy of law. There are many dilemmas and conflicting theories in the legal doctrine on an array of donation-related issues, starting from the basic features to the legal nature of donation. If donation is really just an instrument for "enrichment and impoverishment," money would be an ideal gift for every occasion, which is certainly far-fetched. The subjective element of donation, as its principal feature, is multifaceted and ambiguous. It is described as the *animus donandi*, the *causa*, as well as the mutual consent of the contracting parties. The complexity of this institute is further illustrated by specific problems concerning the mere quantity of different types of donation (9 modalities).

The practical significance of this study is related to a number of controversial and contemporary questions on the conclusion and termination of donation contract. The particular features governing the conclusion of a donation contract necessarily entail a specific legal regime in terms of its termination. Compared to other contracts, donation is more "vulnerable" in terms of extinction. In comparative law, there is a vast variety of divergent solutions regarding the termination grounds. Revocation of gifts is a perpetual source of controversy because this concept is inconsistent with the *pacta sunt servanda* principle. Apart from the donor, donation may be challenged by third parties in case their interests are threatened by the donor's disposition. Moreover, donation is frequently a result of extortion under undue influence and pressure, or taking advantage of one's weakness, incapacity or age, usually by the least expected persons close to the donor. Nullity of a donation contract is always based on the lack of some essential element required for its creation: an absolute or relative incapacity of a contracting party; the impossible, illicit or imprecise gift object; the unauthorized or false *causa*; a failure to observe the legal form, etc. Donation is may also be fictional, simulated or dissimulated.

The aim of this research is to examine, classify and analyze the problems and dilemmas related to the formation and termination of the donation contract, as well as to identify the dominant tendencies and key standpoints, and provide a detailed insight into the comparative legal solutions and case law. It is intriguing that the regulation of such a common and universal social phenomenon (as donation) is so different in various legal systems.

The results of this research are: 1) identification of the most important similarities and differences between the concepts of donation in comparative law; 2) clarification of the many dilemmas, disputes and uncertainties (about 120) related to the formation and termination of the donation contract; 3) constructive proposals inspired by effective comparative solutions; 4) suggestions for the modernization of domestic contract law. The regulation of donation contracts in Serbia is not satisfactorily because the Obligation Relations Act (ORA) is primarily intended for contracts predominantly oriented towards the "open market". This study focuses on the civil law developments, the legislative trickery (formalism, bans), the resourcefulness of legal professionals (resorting to manual gifts) and creativity of lay people (resorting to simulation and indirect gifts). The conservative schools of law and economics cannot comprehensively explain the concept of gift. Contract law is essentially property-related whereas donation may entail some non-material goals or purposes. Given that donation is inseparable from personal relations and ties, the

legal framework which ignores this fact is inefficient. The current tendency towards establishing more flexible norms and broadening the discretionary authority of the judiciary ultimately imposes the need for a superior general legal education. The nemesis of donation is the legislative framework rather than legal practitioners. The traditional approach gives priority to material assets whereas the more recent approach supports the exchange of non-material assets. However, if donation were truly a hybrid between the onerous and gratuitous contracts, there is no example for the latter. The objective element of donation is best explained cumulatively: the gratuitousness is a prerequisite; the correlative pair (enrichment and impoverishment) is the result. Even though contract law generally excludes emotions due to their disruptive impact on free will, they are an inseparable part of donation contracts, clearly distinguishing them from other contracts. An appropriate legal solution is practically inconceivable without taking into account the personal and psychological effects of gifts. The legal relationship between the donee and the donor is not universally regulated as a contractual relation in all legal systems. The basic contract law concepts (obligations, debt, party autonomy, negotiations) are not compatible with donation as a social phenomenon. Domestic literature ignores arguments against obsolete formalism of donation. The legislator has always used the legal form to block the expansion of donation, as well as to accomplish his own goals. The legal nature of donation has largely been determined by the evolution of its legal form. The legal form should be an instrument of justice rather than a fetish. The legal standard of "excessive ingratitude" illustrates that the lack of definition may sometimes be quite convenient. Impoverishment is a positive example how local legal practitioners supplemented the domestic regulations by using comparative solutions. Residual revocation envisaged in the DCFR shows how an institute which is typical for mutually binding contracts may be adapted to fit donation contracts. In case of mistake (flaw), donation is easier to cancel than other contracts because it is considered that gratuitous acquirer does not need special protection. Yet, mistake is not a legitimate instrument for the donor who regrets his donation. Due to the disproportion between the donor's mental capacity and the likelihood of fraud, there is a special focus on the the gift-giving capacity. In case of fraud, it is easier to cancel a gift than an onerous contract. In such cases, sometimes the contract annulment is favourable to the donor even though he is an "accessory" rather than a victim. Certain problems are universal in donation contracts. Lawyers have always tried to prevent gift extortion, which is particularly unfortunate when the donor is blackmailed by a member of the political elite. *Lex Cincia*, the first measure against the power abuse, had the same goal as the domestic Act on the Restitution of Land adopted 2,200 years later. The impact of emotions in contract law is most prominent in cases where the donation contract is terminated due to the dissolution of marriage. The end of romance between the spouses regularly affects the third party donation (a wedding present) although it is an external circumstance which is beyond the contracting parties' relationship. The difference between the letter of law and its actual application is clearly evident when donation is revoked by the donor's creditors.

Keywords: donation (*donatio*), contract, legal form, gift object, capacity, revocation, *actio pauliana*, nullity, termination.

Scientific field / Scientific Area / UDC number and classification code: Social Sciences S 000 / C 130
Civil law: persons, family, marriage contracts, inheritance, gifts, property, obligations, guarantees.

САДРЖАЈ

САДРЖАЈ	XI
СКРАЋЕНИЦЕ	XVII
УВОД.....	1
1. ПОКЛАЊАЊЕ КАО ДРУШТВЕНА ПОЈАВА.....	1
2. ПОКЛОН КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТ	3
3. ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЊА	4
4. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА.....	9
5. ПОЛАЗНЕ ХИПОТЕЗЕ И ПЛАН РАДА.....	10
ДЕО ПРВИ	
УПОЗНАВАЊЕ СА ПОКЛОНОМ	13
1. ДЕФИНИСАЊЕ ПОКЛОНА	13
1.1. Римско и упоредно право	13
1.2. Домаће право	15
2. СИСТЕМАТИЗАЦИЈА НОРМИ О ПОКЛОНУ	18
3. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ.....	20
4. ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА О ПОКЛОНУ	23
ДЕО ДРУГИ	
НАСТАНАК ПОКЛОНА.....	25
ГЛАВА I ОБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПОКЛОНА.....	26
1. Бесплатност.....	27
1.1. Римско класично право	27
1.2. Common Law	28
1.3. Континентално право	29
1.4. Домаће право.....	32
2. Осиромашење и обogaћење	33
2.1. Појам осиромашења и обogaћења	33
2.2. Веза између осиромашења и обogaћења и њихов значај	35
2.3. Негирање осиромашења и обogaћења.....	37
3. Објективни елемент у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)	39
4. Објективни елемент у другим дисциплинама.....	41
5. Објективни елемент код појединих модалитета поклона.....	43
5.1. Узајамни поклон	43
5.2. Мешовити поклон.....	44
6. Објективни елемент поклона и симулација.....	45
6.1. Прикривање поклона другим пословима.....	46
6.2. Поклон прикрива теретни посао.....	50
ГЛАВА II СУБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПОКЛОНА.....	51
1. Субјективни елемент у римском праву.....	53
2. Субјективни елемент у упоредном праву.....	55
2.1. Француско право	55
2.2. Италијанско право	56
2.3. Немачко право	57
2.4. Шпанско право, Common Law и канонска доктрина.....	58
3. Субјективни елемент у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)	59
4. Субјективни елемент у домаћем праву.....	60
4.1. Терминологија и поимање субјективног елемента у доктрини и судској пракси	60
4.2. Кауза уговора о поклону.....	65
4.3. Мотиви (побуде) поклонодавца и њихова веза са каузом	68
4.3.1. Мотиви (побуде) поклонодавца	68
4.3.2. Веза каузе и мотива.....	70

4.4. Ништавост поклона због субјективног елемента	73
4.4.1. Непостојање основа	73
4.4.2. Накнадни „престанак“ основа и мотива	74
4.4.3. Недопуштен основ и мотив	77
4.4.4. Напомена о последицама ништавости уговора о поклону	78
5. Поклон у добротворне сврхе	79
ГЛАВА III САГЛАСНОСТ ВОЉА.....	80
1. Понуда и њено дејство	82
2. Прихват понуде	84
3. Сагласност изражена у оставинском поступку	87
4. Одбијање поклона и законска претпоставка прихвата	88
5. Неважност уговора о поклону због (не)сагласности	90
5.1. Неспоразум	90
5.2. Фиктиван поклон	91
6. Поклон као једностранни акт	92
ГЛАВА IV СПОСОБНОСТ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ ПОКЛОНА	95
1. Пословна способност поклонодавца	96
1.1. Физичка лица као поклонодавци	96
1.1.1. Критика Преднацрта	99
1.1.2. Овлашћење законских заступника да поклањају имовину заступаних	100
1.2. Правна лица као поклонодавци	101
1.2.1. Субјекти јавног права	101
1.2.2. Предузећа	103
2. Пословна способност поклонопримца	105
2.1. Физичка лица као поклонопримци	105
2.1.1. Способност лица без потпуне пословне способности да самостално закључи уговор	105
2.1.2. Нерођено дете као поклонопримац	107
2.2. Поклон неодређеном поклонопримцу и поклонопримац без правне способности	108
2.3. Правна лица као поклонопримци	109
2.3.1. Француско право	109
2.3.2. Домаће право	109
3. Релативна неспособност за поклањање	111
3.1. Забране у јавном интересу	111
3.2. Забране у приватном интересу	113
3.2.1. Римско право	113
3.2.2. Упоредно право	115
3.2.3. DCFR	117
3.2.4. Домаће право	118
3.2.5. Изигравање забране персоналном симулацијом	118
ГЛАВА V ПРЕДМЕТ ПОКЛОНА.....	119
1. Предмет поклона у римском праву	121
2. Предмет поклона у упоредном праву	122
2.1. Француско право	122
2.2. Немачко право	123
2.3. Куриозитети из упоредног права	124
3. Предмет поклона у <i>Haирту</i> заједничког референтног оквира (DCFR)	125
4. Предмет поклона у домаћем праву	128
4.1. Поклон преносом права (dare)	128
4.1.1. Поклон својине	128
4.1.1.1. Будућа ствар и будућа имовина	129
4.1.1.2. Туђа ствар	130
4.1.1.3. Целокупна имовина	132
4.1.1.4. Сувласнички удео, афекциона вредност, штедни улог, хартије од вредности	132
4.1.2. Поклон стварног права ужег од својине	134
4.1.3. Поклон потраживања	135
4.2. Поклон без преноса права (facere, non facere, praestare)	136
4.2.1. Отпуштање дуга	136
4.2.2. Испуњење туђег дуга	137
4.2.3. Преузимање дуга	138
4.2.4. Бесплатан рад	139
4.2.5. Одрицање и пропуштање као поклон	141
5. Утицај предмета поклона на пуноважност уговора	142
5.1. Неспоразум о предмету	143
5.2. Вредност поклона	145
6. Заједничка имовина супружника као предмет поклона	146

ГЛАВА VI ФОРМА ПОКЛОНА.....	148
1. <i>Оправданост форме поклона</i>	149
2. <i>Историјат форме поклона</i>	152
2.1. Римско право.....	152
2.2. Српско средњовековно право.....	155
3. <i>Форма поклона у упоредном праву</i>	156
3.1. Немачко право.....	156
3.2. Француско право.....	157
3.2.1. Форма понуде поклона.....	157
3.2.2. Форма прихвата поклона.....	159
3.2.3. Изузеци јачи од закона.....	160
3.2.3.1. Ручни поклон.....	160
3.2.3.2. Прикривени поклон.....	162
3.2.3.3. Индиректни (посредни) поклон.....	163
3.3. Италијанско право.....	164
3.4. Аустријско, швајцарско и руско право.....	165
3.5. Предаја поклоњене ствари у америчком праву.....	166
3.5.1. Форма као средство за постизање правичности.....	166
3.5.2. Конструктивна предаја.....	167
4. <i>Форма поклона у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)</i>	169
4.1. Писана форма.....	169
4.2. Изузеци од писане форме.....	170
5. <i>Форма поклона у домаћем праву</i>	172
5.1. Доктринарни спор око врсте форме.....	172
5.2. Писана форма.....	175
5.2.1. Обична писана форма.....	176
5.2.2. Санкција формалног недостатка и конвалидација.....	178
5.2.3. Форма јавне исправе – поклон непокретности.....	179
5.2.3.1. Судска конвалидација.....	182
5.3. Улога јавног бележника.....	184
5.4. Критика Преднацрта.....	187
5.5. Закључење уговора предајом ствари.....	187
5.5.1. Неусаглашена класификација.....	187
5.5.2. Пренос државине, вид предаје.....	190
5.5.3. Критика ручног поклона.....	193
5.6. Конвалидација усменог поклона предајом непокретности.....	195

ДЕО ТРЕЋИ

ПРЕСТАНАК ПОКЛОНА.....	199
ГЛАВА I ПРИНЦИПИ НЕОПОЗИВОСТИ ПОКЛОНА.....	200
1. <i>Општи принцип неопозивости</i>	200
2. <i>Специјални принцип неопозивости</i>	202
2.1. Француско право.....	202
2.2. Упоредно право.....	204
2.3. Домаће право.....	205
ГЛАВА II ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПРЕСТАНКУ УГОВОРА О ПОКЛОНУ.....	207
1. <i>Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)</i>	208
1.1. Остваривање, домашај и дејство опозивања.....	209
1.2. Рокови.....	211
2. <i>Несугласице домаће доктрине</i>	212
ГЛАВА III НЕЗАХВАЛНОСТ ПОКЛОНОПРИМЦА.....	214
1. <i>Римско право</i>	218
2. <i>Појам незахвалности поклонопримца</i>	219
2.1. Упоредно право.....	219
2.1.1. Романски круг.....	219
2.1.2. Германски круг.....	221
2.2. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR).....	223
2.3. Домаће право.....	224
2.3.1. Незахвалност и кривична одговорност.....	225
2.3.2. Оцена степена незахвалности (велика незахвалност).....	226
2.3.3. Степен кривице и покушај.....	228
2.3.4. Нечињење као груба незахвалност.....	229
2.3.5. Велика незахвалност у судској пракси.....	230
2.3.5.1. Акти које суд није оценио као грубу незахвалност.....	234
2.3.6. Време незахвалности.....	237

2.3.7. Жртва незахвалности	238
3. <i>Вршење права на опозив</i>	240
3.1. Упоредно право	240
3.2. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)	241
3.3. Домаће право	242
3.3.1. Дилема између судског и вансудског опозива	242
3.3.2. Различити рокови	243
3.3.3. Процесна легитимација	244
3.3.4. Оппрост незахвалности	245
4. <i>Дејство опозива</i>	246
4.1. Упоредно право	246
4.2. Домаће право	249
4.2.1. Дејство опозива уопште	249
4.2.2. Дејство опозива у посебним случајевима	252
ГЛАВА IV ОСИРОМАШЕЊЕ ПОКЛОНОДАВЦА	254
1. <i>Упоредно право</i>	254
2. <i>Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)</i>	255
3. <i>Домаће право</i>	257
3.1. Претпоставке опозива	257
3.1.1. Позитиван услов	257
3.1.2. Негативан услов	260
3.2. Садржина права поклонодавца	263
3.3. Остваривање и дејство опозива	264
ГЛАВА V РОЂЕЊЕ ДЕТЕТА И РЕЗИДУАЛНО ПРАВО	266
1. <i>Рођење детета</i>	266
1.1. Дискусија о оправданости овог разлога	266
1.2. Услови и остваривање опозива у упоредном праву	267
2. <i>Резидуално право</i>	270
ГЛАВА VI МАНЕ ВОЉЕ	272
1. <i>Заблуда</i>	272
1.1. Најчешће заблуде	273
1.2. Заблуда о одлучној побуди код поклона	276
1.3. Осврт на заблуду у DCFR	278
1.4. Преиспитивање заблуде у савременом Common Law	279
2. <i>Превара</i>	282
3. <i>Претња</i>	285
3.1. Поништење по Закону о враћању земљишта	288
ГЛАВА VII ПРЕСТАНАК БРАКА	290
1. <i>Поклон супружнику</i>	291
1.1. Француско право	291
1.2. Домаће право	292
1.2.1. Укрштање породичног и уговорног права	292
1.2.2. Породични закон	294
2. <i>Поклон трећег лица супружницима</i>	298
2.1. Идентификација поклонопримца	298
2.2. Враћање поклона трећем лицу	299
3. <i>Веренички поклон</i>	301
3.1. Упоредноправни осврт	301
3.2. Римско право	302
3.3. Домаће право	303
3.4. „Романтичан поклон“	304
3.4.1. Теорије о враћању поклона	305
3.4.2. Неоправданост опозива	307
ГЛАВА VIII ПРЕСТАНАК ПОКЛОНА МИМО ТРАДИЦИОНАЛНИХ РАЗЛОГА ЗА ОПОЗИВАЊЕ	309
1. <i>Споразумни раскид</i>	309
2. <i>Раскид поклона од стране поклонодавца</i>	310
2.1. Осиромашење поклонодавца пре испуњења	310
2.2. Поклонопримчева доцња	311
2.3. Промењене околности	313
2.3.1. Упоредно право	313
2.3.2. Домаће право	314
3. <i>Раскид поклона од стране поклонопримца</i>	315

ГЛАВА IX ПОБИЈАЊЕ ПОКЛОНА ОД СТРАНЕ ТРЕЋИХ ЛИЦА	318
1. <i>Паулијански захтев</i>	318
1.1. Услови за побијање	320
1.2. Одбрана од побијања	322
1.3. Дејство побијања и однос са поништењем	323
1.4. Рок за побијање	326
2. <i>Повреда обавезе издржавања као засебан разлог</i>	327
3. <i>Повреда нужног дела</i>	328
ЗАКЉУЧАК.....	329
БИБЛИОГРАФИЈА	351
1. ДОМАЋЕ МОНОГРАФИЈЕ, УЧБЕНИЦИ, КОМЕНТАРИ И ЕНЦИКЛОПЕДИЈЕ	351
2. ДОМАЋИ ЧЛАНЦИ	352
3. СТРАНЕ МОНОГРАФИЈЕ.....	354
4. СТРАНИ ЧЛАНЦИ	354
5. ДОМАЋИ ФОРМАЛНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ	356
6. СТРАНИ ФОРМАЛНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ.....	357
7. ПОПИС ДОМАЋИХ СУДСКИХ ОДЛУКА	358
БИОГРАФИЈА АУТОРА	365

СКРАЋЕНИЦЕ

ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

CCC: Código Civil de Cataluña

CCI: Codice civile italiano

CCSp: Código Civil de España

CdO: Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Obligationenrecht

DCFR: Draft Common Frame of Reference

ГКРФ: Гражданский кодекс Российской Федерации

CC: Code Civil

ВСС: Врховни суд Србије

ВСХ: Врховни суд Хрватске

ЗОН: Закон о наслеђивању

ЗОО: Закон о облигационим односима

ЗОСПО: Закон о основама својинскоправних односа

ЗПН: Закон о промету непокретности

ЗПП: Закон о парничном поступку

ОИЗЦГ: Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору

ПЗ: Породични закон

Преднацрт; ПН: Преднацрт ГЗ Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи

РС: Република Србија

СГЗ: Српски грађански законик

Скица: Михаило Константиновић, Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима

ХЗОО: Закон о обвезним односима (Хрватска)

ЦГЗОО: Закон о облигационим односима (Црна Гора)

УВОД

1. Поклањање као друштвена појава

Поклањање је чест и значајан људски однос.¹ Одвајкада присутно, бесплатно давање се јавило још у примитивној заједници. Свако има лично искуство са поклањањем и слојевитим последицама. Дарови прате све важне животне догађаје: рођење, дипломирање, венчање, прославе, јубилеје. Поклон шаље јаку поруку поклонопримцу и околини, а исто важи и за његово ускраћивање. То није само обичан однос два лица, већ деликатна друштвена појава од утицаја на појединца и друштво, међуљудске везе, економски положај породице и заједнице. За лаике је поклон размена, не само материјалних добара већ и нематеријалних вредности.² Даровање ствара врло конкретне и реалне социјалне обавезе, поједине потпуно ванправне.³ Ова друштвена појава се успешно објашњава једино интердисциплинарно, укрштањем антропологије, историје, економије, филозофије, социологије и уметности. Правници не разумеју довољно поклањање, тако да не успевају увек да га примерно уреде.⁴ Поклон се обично пакује због изненађења, али она су у праву непожељна.

Поклањање сведочи о алтруизму, о потреби да се размишља о другима, о драгим, блиским људима, да се они награде, подстакну, да им се изрази почаст и љубав. То се чини и речима, али у људској је природи да више верује делима. Зато поклон, уместо поклонодавца говори о њему самом, о његовој личности, бризи, способности да вреднује и процењује.⁵ Поклон служи као инструмент материјалне помоћи, за изражавање наклоности, пажње и захвалности.⁶ Циљеви који се њиме остварују (исказивање афекције, испуњење моралне дужности, олакшање савести, искупљење), не могу се постићи теретним послом. У различитим епохама и друштвима предмет, облици и намена поклона су се мењали, али

¹ У наставку, „поклањање“ означава друштвену појаву, тј. однос између два лица. „Поклон“ означава поклоњену ствар (предмет поклона), али и правни институт. „Уговор о поклону“ је један облик тог института. На неким местима одступања су неизбежна.

² Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 195.

³ Термин „дар“ не треба напустити. Он се користи у Скици и ЗОО (чл. 282). Осим тога, због родне равноправности прикладнији је израз „обдареница“ од „женски поклонопримац“. Слично, користан је и термин: „дароватељица“.

⁴ Jaakko Husa, *Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle*, стр. 347.

⁵ Оливер Антић, *Кауза*, стр. 847.

⁶ Богдан Лоза, *Облигационо право*, стр. 57.

је он увек био чест посао. Штавише, поклони су много бројнији него што то званичне статистике показују, јер се прикривају из разноразних, најчешће фискалних разлога.⁷

На опасности поклона упозоравају Историја („Тројански коњ“) и Митологија – Пандорина кутија је Зевсов поклон човеку. Потреба за правним регулисањем је разумљива, јер неретко поклон не потиче из хумане или племените идеје (тзв. егоистични поклон), нити се окончава увек природним током који очекују оба уговарача. Често поклонодавац непромишљеним поклоном створи себи непотребне материјалне невоље, или дочека незахвалност обдареног. Није искључено да блиски сродници и повериоци буду неправично оштећени лакомисленим поклоном, због којег се можда и сам поклонодавац доцније каје.⁸ Неопрезан поклон понекад се претвори у најсрамнији облик штете.⁹ На међународном плану, поклон сиромашној држави редовно подразумева повластице и уступке богатом поклонодавцу. Он је моћан, а поклонопримац је у нужди и оскудици, условљен туђом вољом. И сам покушај поклонодавца да га уздигне, значи да је поклонопримац у подређеном положају.¹⁰

Разноликост животних ситуација сведочи да односи проистекли из поклона нису тако једноставни како се то, на први поглед, чини. Поклон је сличан удици.¹¹ Постоји тамна страна бесплатности. Зато не треба да чуди разнолико држање законодаваца. Једни су ограничавали и отежавали поклањање, док су други давали већу слободу, остављајући правне субјекте да сами сnose последице своје брзоплетости.¹² Критичари поклона истичу да само теретни послови стварају вишак вредности. Поклон је стерилан, не креира богатство, већ га само редистрибуира.¹³ Даром поклонодавац манипулише поклонопримчевим животом („поклонићу ти ако се: школујеш; преселиш; разведеш“). То је и начин да поклонодавац подмити поклонопримца, монета корупције. Наводи се и да су поклони маргинални, неуобичајени, економски неважни, морално сумњиви и зато их право третира са подозрењем.¹⁴

Емоције код поклањања играју значајну улогу. Неуролошка истраживања показују да су когнитивни и ментални процеси код поклона различити у односу на друге уговоре.¹⁵

⁷ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 17.

⁸ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 553. и 554.

⁹ Seneca (De Ben. 4,10,3), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 523.

¹⁰ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 195.

¹¹ *Imitantur hamos dona* (Martialis 5,8,18). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 200.

¹² Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 554.

¹³ Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, стр. 4.

¹⁴ Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 842.

¹⁵ Reid Kress Weisbord, Peter DeScioli, *The Effects of Donor Standing on Philanthropy: Insights from the Psychology of Gift-Giving*, стр. 271-272.

Поклон новом пословном партнеру уклања неповерење и олакшава сарадњу. Повећање плате депримира ако је мање од очекиваног, али изненадни поклон послодавца годи. Велика напојница чини даваоца поносним, док њено ускраћивање може да посрами. Зато се код бесплатних давања емоције не смеју занемарити.¹⁶ Ако су афекције и сентименти релевантни у породичном праву, поклон је прилика да то постану и у уговорном.

2. Поклон као правни институт

Поклони не служе привредном промету ни по свом циљу, нити са комерцијалног гледишта, мада ни такви поклони нису искључени (нпр. промотивни поклон). Дар је последица бројних узрока личне природе, изван тржишних односа. Поклон потиче из племенитих, побожних и хуманих обзира, из породичних, пријатељских или интимних веза.¹⁷ Сви ти субјективни моменти остају ван правног домаћаја и зато право, у начелу, о њима и не води рачуна. Међутим, поклон задире у правну сферу тиме што омогућава да одређено субјективно право пређе из имовине једног у имовину другог лица, као и зато што се између поклонопримца и поклонодавца заснивају посебни правни односи.

Уважавајући мање или више његову хуману димензију, правна наука вековима проучава поклон, са мање или више успеха. Уговорно право има одговарајући систем и солидну теоријску подлогу за трговинске односе, али је оно неодговарајуће када треба регулисати однос изван пословне сфере. Зато се правници, суочени са поклоном, ослањају на интуицију и основне институте.¹⁸ Према неким ауторима, право је „ограничено и хендикепирано“ у покушају да уреди даровање, тако да поклон као правни институт није у довољној мери усаглашен са поклањањем као друштвеном појавом. Поклањање је древни феномен, старији чак и од размене, јер људи дуго нису имали шта да размењују. Пре него што је постао правни институт, поклон је много више него остали друштвени односи уобличен обичајима, што је произвело две значајне последице. Прво, изгледа као да право тежи да сузбије поклањање; друго, ванправни обичаји о поклону стварају додатну забуну. Уместо да уреде даровање, чини се да правне норме само продубљују проблеме.¹⁹ Да је поклањање махом ванправна друштвена сфера, најбоље доказује чињеница да вереници не размењују чешће и лакше прстење у државама где им је право на повраћај загарантовано.

¹⁶ Bradley Ruffle, Gift giving with emotions, стр. 403.

¹⁷ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 554.

¹⁸ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 3

¹⁹ Jaakko Husa, Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle, стр. 344-345.

Правнике поклон „мучи“ јер је уговорно право имовинско, а поклон није, њиме се остварују посве другачије потребе.

Ипак, по свом значају и учесталости у правном саобраћају и животу уопште, бесплатни послови су врло раширени, а међу њима поклон заузима најистакнутије место, па се не може занемарити.²⁰ Њега карактерише нееквиваленција, нетипична за већину уговора. У аустријској литератури уговор о поклону назива се „прототипом бесплатног правног посла“.²¹ Поклон је одувек био предмет посебне пажње правника и за њега је важио нарочит законски режим, почев од старог века до микро донација преко Интернета. Иако спадају у класично уговорно право, правне норме о поклону нису статичне. То потврђује правна историја поклона, односно његов развој од *Lex Cincia* до DCFR.

Предмет овог истраживања ограничен је на настанак и престанак уговора о поклону. У националним и међународним изворима права поклон *mortis causa* је посебан правни институт који се обрађује одвојено.²²

3. Значај истраживања

Теоријски значај истраживања произилази из чињенице да се поклон у упоредном праву дефинише и сагледава различито, што повлачи значајне правне последице и захтева преиспитивање полазних аксиома (нпр. *Common Law* поклон дефинише као пренос без *consideration*, док у континенталном праву таква концепција не постоји). Уговор о поклону се издваја од осталих облигационих уговора формираних у римском праву. Док су они регулисани без битних разлика између појединих грађанских законика, поклон је у сваком уређен другачије.²³ Поклон је појам различитог садржаја и ширине: у неким правима је то начин стицања, у другим једнострана изјава воље, у трећим класичан облигациони однос или акт *sui generis*, у четвртим именовани уговор. Метафорички, поклон је игра са лоптом, али у једном правном систему је кошарка, у другом је фудбал, у трећем одбојка. Свака игра има своја правила, али она не објашњавају зашто се људи баве спортом (из забаве, због новца или здравља).²⁴ Зато суштина измиче правницима који поклон гледају догматски, искључиво са нормативног аспекта. Поклањање као друштвена појава од правног значаја

²⁰ Слободан Перовић, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 869.

²¹ Саша Никшић, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, стр. 1096.

²² Jaakko Husa, *Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle*, стр. 353. Побијање поклона због повреде нужног наследног дела обрадио је Д. Лазаревић у једној, а престанак поклона са теретом М. Ђурђевић у другој монографији. Зато ове теме нису предмет тезе. О поклону *mortis causa* видети: Ђурђевић Марко, Уговор о поклону за случај смрти, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2011; Стојановић Наташа, Поклон за случај смрти у нашем праву, *Facta universitatis - series: Law and Politics*, бр. 6/2002.

²³ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 9.

²⁴ Jaakko Husa, *Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle*, стр. 344.

захтева њено сагледавање у историјском, социјалном и економском контексту, односно обраду њених филозофско-правних аспеката.

Значајни теоријски проблеми поводом поклона различито су решени, недостају општеусвојене идеје и концепти, иначе чести у цивилистици.²⁵ У доктрини постоје бројне недоумице па и сукоби, почев од елементарних обележја па све до правне природе овог посла. Тако нпр. када се говори о особинама поклона, најпре се истиче да је то једнострано-обавезујући уговор: поклонодавац је дужник, поклонопримац поверилац. Међутим, испод површине ствари су компликованије. Само привидно изгледа да је поклонодавац поклатио једном за свагда и тиме се одрекао поклоњеног. Лаику потпуно невидљиво, латентно противпотраживање постоји. Поклонодавац се одриче еквивалентности, али поклонопримца (ако жели да задржи поклон) правна норма обавезује на одређено понашање, што је обележје сваке облигације.²⁶ Осим тога, DCFR прописује и сасвим конкретне обавезе за обдареног.

Пажљивији поглед на остале особине поклона такође отвара занимљива питања. Изгледа неспорно да је то бесплатан (лукративан) уговор, којим се повећава поклонопримчева, а смањује имовина поклонодавца. Међутим, поклањају се и безвредне ствари искључиво субјективне вредности. Поклати „који немају цену“ заправо су најдражи, најискренији и највреднији. Модерном поклонодавацу се даровање и финансијски исплати (нпр. поклон непотребне ствари;²⁷ корисног отпада). Да је поклон заиста само инструмент којим се „остварује обогаћење и осиромашење“, новац би био идеалан поклон у свакој прилици, што је наравно незамисливо. Поклон није ни бесплатан ни теретан уговор, већ хибрид.²⁸ Реципроцитет је увек присутан, „нема бесплатног ручка“.

Поклон је посао *intuitu personae*, али ни то није таутологија (нпр. када је једна страна правно лице; добротворни поклон). У вези са овом особином јављају се бројна питања, нарочито поводом поклона супружнику, ванбрачном детету, партнеру или брачном пару. Среће се и став да поклон не треба регулисати. Наиме, код теретних послова интервенција уговорног права је нужна, јер је неопходно створити услове како би незнанци могли да послују, а поклон се даје познатој, блиској особи. Поклон није посао између странаца, то је јединствен однос.²⁹

²⁵ Jaakko Husa, *Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle*, стр. 342.

²⁶ Оливер Антић, Кауза, стр. 855.

²⁷ Стеван Јакшић, Облигационо право, стр. 36.

²⁸ Schroeder, JL, *Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts*, стр. 842, 823-824, 879; Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 842.

²⁹ Robert Prentice, *Law & Gratuitous Promises*, стр. 51-53.

Уочљив је формализам поклона, што одудара од доминантног начела консенсуализма, односно неформалности уговора у модерном праву. Поставља се питање зашто законодавац инсистира на оваквом одступању. Скоро сви грађански законици предвиђају за поклон форму, само је различита врста форме као и обим њене примене.³⁰ Наравно, пракса свакодневног живота је сва строга законска правила разудила и модификовала. Форми се даје различита важност, она је час апсолутна претпоставка пуноважности, други пут изузетак, односно реликт прошлости. У упоредном праву се и поводом елементарних питања срећу разлике (нпр. ручни поклон је отпоран обичај, али и законом предвиђен изузетак; предаја поклоњене ствари се помиње као конвалидација усменог поклона, али и као елемент форме).

Субјективни елемент поклона, његово главно обележје, је вишесмислен. Одређује се и као *animus donandi*, и као кауза, и као сагласност уговарача. *Animus donandi* означава посебну вољу која прати даровање, различиту од пословне воље, те манифестује добротинство и дарожљивост.³¹ Она својом посебношћу и особеним тоном боји овај уговор чинећи га тако посебним.³² Суштина добротинства није у томе шта је учињено или дато, него у самој племенитој намери. Зато, „ако краљ и сиромаш поклоне исто, други поклон је вреднији“. Субјективни елемент раздваја поклон од свих других правних послова. Намера дарожљивости је подесна за научну анализу, имајући у виду аутономију уговарача и разноликост животних прилика. У неким дефиницијама поклона субјективни елемент је суштински важан, док га друге изостављају. Тамо где се појављује, субјективни елемент се различито посматра: понекад као намера либералитета (*intentio liberalis*), други пут као сагласност воља о бесплатности. *Animus vendendi* свакако не подиже толику праšину. Субјективни елемент поклона нераздвојив је од емоција. Међутим, оне су давно прогане из уговорног права.

Посебна проблематика прати модалитете поклона, чија бројност (9) илуструје сложеност овог института. Тако нпр. поклон са налогом није потпуно бесплатан, узајамни поклон је двострано-обавезујући, мешовити поклон је сложен уговор, ручни поклон је неформалан, наградни дар се не побија, уобичајени поклон је неопозив.

Практични значај истраживања везан је за бројна спорна и врло актуелна питања поводом настанка и престанка уговора о поклону. Још у римском праву постојала су нарочита правила о способности субјеката да закључе поклон (нпр. поклон супружнику је

³⁰ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 124.

³¹ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 108.

³² Снежана Миладиновић, Уговор о поклону по одредбама ЗОО Црне Горе, стр. 992.

био забрањен; малолетник је могао самостално закључити правни посао којим увећава своју имовину). Данашња правила о способности страна да закључе поклон карактерише асиметричност, јер се прави се разлика између поклонодавца и поклонопримца.³³ Ова правила су важна јер штите слабију страну од искоришћавања, али и породичне вредности, морал и јавни интерес (нпр. релативне забране поклањања спречавају корупцију).

У вези са предметом поклона отварају се практична питања везана за поклон сувласничког удела, односно удела заједничара, поклон туђе ствари, „брачне тековине“. Поклон читаве или будуће имовине различито се третира у упоредном праву. Нарочито су интересантни поклон права на туђим стварима (*iura in re aliena*) и потраживања. Размотрен је рад (физички и интелектуални) као предмет поклона. DCFR у предмет поклона убраја и дигиталне информације и софтвер.

Особености настанка уговора о поклону, повлаче за собом и посебан правни режим у погледу његовог престанка.³⁴ Поклон је у односу на друге уговоре „рањив“. У упоредном праву узроци престанка поклона су одређени дивергентно, уочљива је велика разноврсност решења.

У вези са једностраним раскидом, отворено је питање пуноважности клаузуле којом поклонодавац задржава право да самовољно раскине уговор, односно клаузуле да задржава право на раскид из одређеног разлога. Новина је решење да се поклон раскида због несаобразности или промењених околности.³⁵

Опозивање поклона је вечити повод за полемике због сукоба са начелом *pacta sunt servanda*. Грађански законици понављају да је поклон, по дефиницији, неопозив. Истовремено, континентално право набраја различите разлоге за опозив, мада их Common Law их не познаје. У неким правима то су незахвалност, неизвршење налога, престанак брака, у другим пак, релевантни су и разлози независни од поклонопримца: оскудица поклонодавца, рођење детета, тзв. резидуално право. И дејства опозива су различита: негде је то плаћање камате или ренте; на другом месту поклон се враћа или следи реституција по правилима неоснованог обогаћења. Појавио се и опозив на захтев поклонопримца.

Опозив због незахвалности је специфична цивилна казна за неблагодарног поклонопримца, прописана у интересу јавног морала. За разлику од теретних уговора где

³³ Овде се не користе термини „пословна способност“ и „закључење уговора“, јер поклон није у свим правима уговор.

³⁴ Јосип Чувардић, Кауза код добротних уговора, стр. 4.

³⁵ У Србији је 2014. настала таква ситуација када су многобројним прилозима сакупљена значајна средства за помоћ девојчици, која је пре операције у иностранству, умрла. Јавно мњење било је врло заинтересовано за судбину поклоњеног новца. Такви поклони превазилазе личну сферу.

се кауза гаси испуњењем, код добротних долази до изражаја специфичан облик дистрибутивне правде, па поклонодавац очекује одређену захвалност.³⁶ У пракси настаје проблем приликом процене да ли је поклонопримац прекорачио границу потребну за опозив. Ради се о правном стандарду који одређује судска пракса, узимајући у обзир све околности конкретног случаја, што је тема подложна научној анализи. Уместо правног стандарда (BGB), у неким правима је примењен систем енумерације (CC, CCI). Различита законска решења свакако доприносе супротстављеним ставовима теорије.

У принципу, опстанак уговора не зависи од промена у имовини уговарача након испуњења обавезе. Међутим, поклон је изузетак. Ту је изражена идеја солидарности и правичности. Поклонодавац у оскудици има право да опозове поклон. Будући да за осиромашење поклонопримац није крив (као у случају незахвалности), правила о враћању поклона су овде другачија. Постоје бројне упоредно-правне варијације. По ABGB поклонодавац има право на делимични опозив поклона у мери потребној за његово нужно издржавање, док по СГЗ има право апсолутног опозива.

У упоредном праву је, све до недавно, поклон супружнику био забрањен или опозив. Породичним законом РС уређено је враћање поклона због престанка брака. Међутим, судови се често позивају на тзв. отпадање основа што је проблематично. Такође, отворено је питање који режим важи за тзв. веренички поклон, односно за поклон супружницима (свадбени поклон).

Поред поклонодавца, поклон могу да нападају и трећа лица. Она побијају поклон, ако су њихови интереси располагањем поклонодавца угрожени. Поклон не производи правно дејство према њима, у обиму којим је повређено њихово право. У категорију трећих лица спадају: нужни наследници, лица којима поклонодавац дугује издржавање и повериоци поклонодавца. Заједничка карактеристика ових случајева је „пробијање“ правила да облигациони однос делује *inter partes*, односно да се уговор „трећега не тиче“. Пракса је неуједначена јер се побијање меша са поништењем, а нејасно је и рачунање рокова.

Поклон је неретко измамљен моралним притиском, коришћењем нечије слабости, неспособности или старости, и то од поклонодавцу блиских лица, од којих се то не очекује. Најважнија питања везана за рушљивост поклона јављају се поводом мана воље, односно у случају преваре, претње и битне заблуде (нарочито *error in persona* и *error in motivo*). Да ли поклонодавац може да се позива на заблуду када накнадно сазна да је поклонопримац

³⁶ Оливер Антић, Кауза, стр. 847.

хомосексуалац? Да ли је исто резонување применљиво и уколико је поклонопримац неонациста или коцкар?

Измуђивање поклона злоупотребом положаја је грех који деле корумпирани римски магистрати и локални југословенски комунистички функционери у време „обавезног откупа“. Наиме, услед страха од хапшења, затвора и других мера репресије државних органа, а због немогућности измирења обавеза, сељаци су поклањали земљу држави желећи да избегну малтретирање. Новија литература такође помиње „зеленашки“ поклон.

Ништавост уговора о поклону увек је изазвана недостатком неког битног услова његовог настанка: због апсолутне или релативне неспособности уговарача; немогућег, недопуштеног или неодређеног предмета (нпр. поклон очекиваног наследства, собе у стану); недопуштеног или неистинитог основа (нпр. поклон „ради дечијег додатка“); формалног пропуста (усмени поклон непокретности). Поклон је често фиктиван, симулован или дисимулован. Домаћа литература највише анализира ништавост проузроковану недопуштеном побудом. Изграђена је теза да „побуда улази у сам основ уговора о поклону“, па се поклон поништава због „отпадања“ побуде. Упитно је колико су овакве правне конструкције потребне, оправдане и тачне. Интересантан је и проблем делимичне ништавости. Тако нпр. клаузула да поклонодавац задржава право на повраћај ако поклонопримац умре пре њега је пуноважна, али је ништава клаузула која ограничава поклонопримца у даљем располагању поклоњеним (нпр. да мора да сачува поклон за законске наследнике).

4. Циљ истраживања

Услед одступања у рецепцији римског права, другачијих научних приступа, као и због разумљених решења грађанских законика, у правном животу се често јављају дијаметрално супротне идеје о поклону.³⁷ Када се постави питање да ли је конкретни посао поклон, одговор зависи од тога ко га је и зашто поставио.³⁸ Циљ истраживања је обрада, систематизација и анализа проблема и недоумица везаних за настанак и престанак уговора о поклону, сагледавањем доминантних тенденција и кључних идеја, уз детаљни увид у позитивна законска решења, нацрте и судску праксу.³⁹

³⁷ Правни живот у најширем смислу, као тумачење и примена права обухвата: судску праксу, доктрину, правну праксу.

³⁸ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 83.

³⁹ Предмет истраживања је: на глобалном нивоу – конвергенција и дивергенција англо-америчког и континенталног правног система; на нивоу европског права – поклон у романском и германском правном кругу (француско, немачко, руско, италијанско, шпанско право, DCFR); на регионалном нивоу – укрштање прописа и судске праксе држава насталих распадом СФРЈ. Поменуто је и канонско и муслиманско право.

Наиме, интригира чињеница да је поклањање, једна честа и универзална друштвена појава, у различитим правним системима па и мањим оквирима регулисана тако разнолико. Те разлике понекад су суптилне и промичу чак и оку правника, али има и очигледних и значајних. Тако нпр. поклон се као институт систематизује шаролико. Некад у склопу Наследног права или „близу“ њега, некад у Општи део грађанског законика. Штавише, и међу законцима који су га сврстали у Посебни део уговорног права, једном је у групи са другим добротиним уговорима, други пут заједно са уговорима који преносе својину.

Очекивани резултати истраживања су: 1) Идентификовање најважнијих разлика и сличности у упоредном праву о поклону; 2) Разјашњење бројних дилема, спорова и недоумица (у раду је поменуто око 120) везаних за настанак и престанак уговора о поклону; 3) Формулисање конструктивних предлога инспирисаних ефикасним упоредноправним решењима; 4) Модернизација српског уговорног права.⁴⁰ Ови резултати би судовима и законодавцу пружили потребне теоријске смернице и побољшали услове да се правни односи поводом поклона адекватно уреде. Посебан циљ истраживања је указивање на озбиљне и разноврсне проблеме са којима се суочавају парнични судови, као и на неодрживост постојећег стања, односно чињеницу да уговор о поклону није адекватно регулисан у праву РС.

5. Полазне хипотезе и план рада

- Уговор о поклону карактеришу бројне специфичности, одступања и изузеци, по чему се он издваја не само од других добротиних, већ и од свих осталих облигационих уговора.⁴¹ Правни режим поклона је специфичан и уникатан.⁴²
- Посебност поклона види се из развоја овог правног института, као и у начину на који је дефинисан у правној теорији и формалним правним изворима.
- Услови настанка овог уговора тј. „асиметрична“ правила о пословној способности, захтеви у погледу форме и предмета, као и *animus donandi* и објективни елемент, представљају обележја које га издвајају од осталих послова.
- Различитост начина престанка уговора о поклону, а нарочито поништење због недопуштеног мотива, опозив од стране поклонодавца и побијање од стране трећих лица, такође потврђују његову специјалност.

⁴⁰ Израз „Домаће право“ односи се превасходно на српско право, али обухвата у право држава некадашње СФРЈ, имајући у виду заједничку правну традицију (предратна правна правила; судска пракса врховних судова; ЗОО).

⁴¹ Јелена Чувељак, Уговор о даровању (2006), стр. 13.

⁴² Јосип Чувардић, Кауза код добротиних уговора, стр. 6.

- Уговор о поклону није адекватно регулисан у праву РС, зато што је ЗОО превасходно намењен уговорима којима доминира „тржишни“ моменат.
- Како би ублажили слабости законских норми судије апсорбују различите утицаје, па је ради правилног и потпуног сагледавања поклона корисно узети у обзир не само норме, него и њихов „живот“. Зато је у раду наглашена судска пракса кроз преко 220 одлука. У недостатку одговарајућих прописа о поклону, њен значај је већи него код других уговора регулисаних ЗОО.
- Имајући у виду поменуте специфичности и затечено стање, поклањање треба уредити посебним нормама. Тиме би очекиване промене на нормативном плану (имајући у виду рад на Грађанском законнику РС) биле заокружене кроз њихово доследно спровођење у свакодневном животу.

Дисертација се састоји од три дела. У првом делу („Упознавање са поклоном“) који је помоћног карактера, скицирани су појам поклона, његова систематизација, историјски развој као и правно-филозофски погледи. Преостали делови представљају главне, и самим тим знатно обимније целине, те се зато састоје од посебних глава. Други део („Настанак поклона“) их садржи шест (Глава I. Објективни елемент, Глава II. Субјективни елемент, Глава III. Сагласност воља, Глава IV. Способност за закључење, Глава V. Предмет и Глава VI. Форма поклона). Трећи део („Престанак поклона“) обухвата девет глава (Глава I. Принцип неопозивости, Глава II. Уопште о престанку поклона, Глава III. Незахвалност, Глава IV. Осиромашење, Глава V. Рођење детета (резидуално право), Глава VI. Мане воље, Глава VII. Престанак брака, Глава VIII. Раскид мимо традиционалних разлога, Глава XI. Побијање).

Део први

УПОЗНАВАЊЕ СА ПОКЛОНОМ

1. Дефинисање поклона

Модалитети поклона су бројни (поклон са налогом или теретом, заснован на моралној дужности, у општекорисне сврхе, узајамни, мешовити). Појавни облици су различити (ручни, атипични, индиректни, писани поклон). У прописима се помињу уобичајен поклон, наградни дар, дар из захвалности, пригодни дар, протоколарни поклон, прилог, донација и спонзорство. Ова диверзификација отежава утврђивање општих карактеристика овог института, тиме и његово дефинисање.

1.1. Римско и упоредно право

У једној од више дефиниција, романиста А. Маленица поклон дефинише као уговор којим поклонодавац својом вољом путем правног посла, предузимањем или пропуштањем неке радње, прибавља поклонопримцу, уз његов пристанак, непосредно или посредно имовинску корист на свој терет без икакве накнаде или услова који су обележје неког другог правног посла. Међутим, дефиниција мутира у зависности од тога да ли се посматра класични, посткласични или Јустинијанов период.⁴³

Везујући се сваки за своју дугу традицију, најутицајнији грађански законици дају различите дефиниције поклона. Све су те дефиниције, међутим, непотпуне и непрецизне, тако да се појам поклона изводи једино сагледавањем целине норми које га уређују.⁴⁴

Према француском СС, поклон је акт којим се поклонодавац лишава, одмах и неопозиво, поклоњене ствари у корист поклонопримца који је прихвата (чл. 984). По самој дефиницији, појам поклона је веома узак. Међутим, узимајући у обзир широко схватање појма ствари, у који улазе не само телесне ствари већ и права, појам поклона се фактички проширује. СС означава поклон као акт, а не као уговор, што је неким ауторима дало повод да оспоре уговорну природу поклона.⁴⁵ Представници француске „елегантне јуриспруденције“ даровање виде као предају ствари са транслативним дејством преноса својине.⁴⁶

⁴³ Тако нпр. Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 15, дефинише поклон и као „правни основ прибављања имовинске користи“.

⁴⁴ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 124.

⁴⁵ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 125.

⁴⁶ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 120.

ABGB дефинише поклон као „уговор којим се ствар препушта другоме без накнаде“, (§ 938). Ова дефиниција не буди сумње у уговорну природу поклона, али уско тумачена, ограничена је само на „реално поклањање“, тј. на поклон ствари. Да је законодавац ипак имао ширу концепцију, закључује се из широко схваћеног појма ствари (§ 285), као и из пратећих норми које прописују да се и одрицање од права може подвести под поклон.⁴⁷

Швајцарски Законик о облигацијама садржи отворенију дефиницију. Поклон је свако располагање међу живима којим једно лице преноси сву своју имовину или један њен део на друго лице, без одговарајуће противчинидбе (чл. 239 ст. 1).

Дефиниција из ГК Руске Федерације је обимна (чл. 572 ст. 1, 2 и 3). Уговором о поклону поклонодавац без накнаде преноси или се обавезује да пренесе поклонопримцу својину или имовинско право (захтев или потраживање) или ослобађа, односно обавезује се да ослободи, дуг поклонопримца према себи или трећем лицу. У случају узајамног преноса нема поклона. Обећање поклона (обећање преноса својине или имовинског права без накнаде, ослобађање од одговорности) је уговор о поклону који везује обећаоца, ако је обећање дато у одговарајућој форми и садржи јасно изражену намеру поклонодавца. Поклон целокупне имовине без конкретизације предмета поклона је неважећи. Уговор о поклону који производи дејство након смрти поклонодавца је ништав. У том случају примењују се правила наследног права. Овој одредби се замера да замагљује границу између поклона уговора и поклона као начина стицања. Оптерећена је формалним захтевима и описом предмета поклона. Нејасан је и термин „пренос“.⁴⁸

Немачко право, у духу пандектне традиције, даје најопштију дефиницију. Према BGB, давање којим неко из своје имовине другог обогаћује је поклон, ако су обе стране сагласне да је давање бесплатно (§ 516). Дефиницији се замера да користи неодређене, у доктрини различито схваћене појмове као што су давање, имовина, обогаћење.⁴⁹

DCFR, најзначајнији пројекат цивилистике након великих грађанског законика, регулише поклон у посебном делу насловљеном: „Поједини уговори и њихово дејство“. Поклон ствари је уговор којим се једна страна, поклонодавац, бесплатно обавезује да пренесе својину другој страни, поклонопримцу, са намером да му учини корист (IV. Н. – 1:101). На први поглед, дефиниција је конзервативна и ограничена, али је пратећим одредбама знатно проширена, нпр. дозвољен је поклон једностраном изјавом воље. Правила DCFR се примењују и на ремунациони (наградни) поклон, мада је он у појединим

⁴⁷ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 125.

⁴⁸ Stephen Smith, The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation, стр. 80-82.

⁴⁹ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 125.

правним системима изузет из општег режима.⁵⁰ Дефиниција обухвата и индиректни поклон, где се јављају три лица, као што је то случај са уговором у корист трећег. Ту правила о поклону важе за однос између стипуланта и бенефицијара.

Common Law поклон није уговор, дефинише се као добротин акт којим поклонодавац преноси на поклонопримца одређено право. То је бесплатан пренос својине без consideration, док је поклонодавац жив и не очекује смрт. Поклон се не обрађује у Уговорном него у Стварном праву.⁵¹ Дефиницији се замера да је преширока и непрецизна. Буквалним тумачењем закључује се да је чак и исплата коцкара кладионичару, или исплата примљеног по основу ништавог уговора, такође поклон. Зато би требало дефиницији додати „... пренос права без споразума о накнади”. У примеру коцкар/кладионичар важи споразум о клађењу. Слично, у другом примеру постоји прећутни споразум о враћању.⁵² Поклон није уговор зато што обећање поклоне није принудно извршиво, али извршени поклон, тј. Gift је пуноважан и неопозив.

Имајући у виду поменуте разлике у упоредном праву, у литератури се наводи да је за проучавања поклоне најадекватнији тзв. функционалистички приступ. Он се састоји од следећих корака: 1) предмет истраживања се посматра се аспекта његове функције без довођења у везу са одређеним националним правним системом; 2) даје се објективан национални извештај без евалуације; 3) користи се инклузивна синтакса и непристрасна терминологија која обухвата хетерогена национална решења; 4) на крају, правник критички процењује представљена решења,⁵³ de lege ferenda. Аутор дисертације се трудио да поштује наведене смернице. Такође, у дисертацији је указано на куриозитете из упоредноправне праксе, са издвајањем предности односно недостатака појединих решења, у циљу идентификације потенцијалних трансплантата.

1.2. Домаће право

У домаћој доктрини среће се чак петнаест сличних, али ипак различитих дефиниција,⁵⁴ те је анализа такве разноврсности целисходна, али превазилази предмет ове дисертације. У наставку су наведене најцитираније:

⁵⁰ На пример: Из захвалности за пружене услуге, излечени пацијент поклони лекару златан сат.

⁵¹ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 197.

⁵² Hang Wu Tang, *Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts*, стр. 11.

⁵³ Hang Wu Tang, *Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts*, стр. 4.

⁵⁴ Видети попис код: Драгољуб Лазаревић, *Уговор о поклону*, стр. 16.

- Уговор којим се поклонодавац обавезује да бесплатно (без икакве непосредне имовинске накнаде) уступи поклонопримцу неко имовинско добро, ствар или право.⁵⁵ Поклон је, могло би се рећи, нека врста куповине односно продаје, без обавезе плаћања куповне цене.⁵⁶
- Уговор којим поклонодавац преноси или се обавезује да пренесе на поклонопримца право својине одређене ствари односно друго одређено право или да му на рачун своје имовине учини неку корист, и то све без одговарајуће накнаде.⁵⁷
- Уговор којим се један од уговарача обавезује да ће уступити бесплатно (на располагање), односно у власништво, другом уговарачу неку своју ствар или имовинско право. То је уговор којим поклонодавац бесплатно уступа (на располагање), односно у власништво, одређену ствар или имовинско право.⁵⁸
- Уговор којим дароватељ добровољно и бесплатно препушта обдаренику имовинску корист, а он то прихвата.⁵⁹

Поједини аутори истичу да облик испољавања воље није неопходан елемент дефиниције.⁶⁰ Мисли се на синтагму присутну у неким дефиницијама: „пклонодавац преноси или се обавезује да пренесе“, чији први део алудира на ручни поклон, а други део на писани поклон. Осим тога, предмет поклона је било које имовинско право, тако да не треба нарочито истицати пренос својине.⁶¹ Поклон не треба дефинисати као „уговор којим поклонодавац преноси својину на поклонопримца“, већ као „уговор којим се поклонодавац обавезује да пренесе...“, јер у домаћем праву поклон није акт стицања него уговор.

Предратни прописи садрже различите дефиниције уговора о поклону. Према СГЗ, „поклон бива кад ко добровољно другоме шта да не иштући, нити примајући икакве за то наплате“, (§ 561). У ОИЗЦГ, „уговор о дару бива кад ко нешто од свога коме даде или законитим начином обећа да ће дати што дужан није, а ништа у замену не прима него то чини само да би другоме иметак умножио те му угодан и користан био“, (чл. 896). Параграф 925 Предоснове ГЗКЈ поклон одређује као уговор којим се ствар другоме ненаплатно препушта.

⁵⁵ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 79. Слично: Стеван Јакшић, Облигационо право, стр. 32.

⁵⁶ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 80. и 84.

⁵⁷ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 602. Слично: Мирса Мијачић, Облигационо право, стр. 59.

⁵⁸ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 69.

⁵⁹ Мартин Ведриш, Петар Кларић, Грађанско право, стр. 485. Слично: Борис Визнер, Грађанско право, Загреб, 1962, стр. 696; Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 248.

⁶⁰ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 53

⁶¹ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 62.

Новија решења су такође разноврсna. Преднацрт дефинише поклон на следећи начин: „Уговором о поклону обавезује се поклонодавац да поклонопримцу пренесе без накнаде право својине или неко друго право, или да му на који други начин учини какву корист на терет своје имовине“ (чл. 660, чл. 576 ЦГЗОО).⁶² Иста је и дефиниција из Скице, мада се користе термини: дар, даривалац, обдареник (чл. 509). Преднацрт помиње и уговор о донацији (чл. 665).⁶³ Р. Босанац дефиницији неоправдано замера да није погодна за поклон у новцу, јер се „не може баш рећи да се преноси право својине на новцу, па би свеобухватније било додати да уговором о поклону поклонодавац даје поклонопримцу одређену ствар“.⁶⁴ Иста ауторка сматра да дефиниција треба да садржи „одређеније шта је то уговор о поклону, а не одмах да говори о обавезама уговорних страна“. Она предлаже као правилније решење: „...доброчин правни посао којим поклонодавац без накнаде даје поклонопримцу одређену ствар или се обавезује...“.⁶⁵ Овај предлог је споран јер ако је посао „доброчин“ то значи да је „без накнаде“, па је понављање непотребно.⁶⁶

По Закону о наслеђивању РС поклоном се сматра свако одрицање од права, па и одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника, отпуштање дуга, оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела или због оснивања или проширења домаћинства или обављања занимања, као и свако друго бесплатно располагање (чл. 50). Међутим, ова одредба говори о поклону у најширем смислу, нас интересује поклон-уговор.

Хрватски Закон о обвезним односима прописује да уговор о даровању настаје кад се поклонодавац обавезе препустити обдаренику без противчинидбе ствар или имовинско право, што обдарени прихвати. Даровањем се сматрају „такође опрост и исплата дуга уз дужникову сагласност“, али не и одрицање од наследства, одрицање од права пре него је стечено или права које је спорно, испуњење неке моралне обавезе и преношење на другога ствари или права с намером да се он обавезе на противчинидбу (чл. 479).

Summa summarum, уговором о поклону поклонодавац се обавезује да пренесе имовинско право поклонопримцу без накнаде. Ово је најминималнија, а самим тим и најшира дефиниција. Овим појам поклона није исцрпљен, јер поклонодавац може учинити корист поклонопримцу и на неки други начин, без преноса права, нпр. опроштајем дуга, исплатом његовог дуга без регреса. За прецизнију дефиницију може се узети следећа:

⁶² Одредбе ЦГЗОО о поклону (чл. 509-594) садрже готово идентична решења као Преднацрт, односно Скица, тако да се у наставку наводе само одредбе ЦГЗОО које одступају од српских извора.

⁶³ „Донација“ у колоквијалном говору означава поклон одређене сврхе или намене (донација жртвама катастрофе; невладиној организацији; избеглицама).

⁶⁴ Радмила Босанац, Нова регулатива у преднацрту Грађанског законика: Уговор о поклону, стр. 58.

⁶⁵ Радмила Босанац, Нова регулатива у преднацрту Грађанског законика: Уговор о поклону, стр. 58.

⁶⁶ Са друге стране, у глави „Објективни елемент“ показаћемо да изрази „доброчин“ и „без накнаде“ немају увек исто значење.

„Уговором о поклону обавезује се поклонодавац да поклонопримцу без накнаде пренесе право својине на поклоњену ствар и да му је у ту сврху преда, или да му уступи неко имовинско право, или да му на други начин учини какву корист на терет своје имовине“. Поклонодавац располаже имовином у намери да увећа поклонопримчеву на свој рачун, док поклонопримац то стицање прихвата.

2. Систематизација норми о поклону

Поклон проучавају разне дисциплине правне науке, тако да он није искључиво предмет Облигационог уговорног права. У страним силабусима тематски је близу завештању, односно Наследном праву. Среће се и у Породичном праву, јер се најчешће чини сродницима, али и зато што поклонодавчеву породицу највише погађа. У Стварном праву поклон се посматра као *iustus titulus*, а у неким правним системима и као начин стицања. Реституционо право је такође дисциплина која уређује поклон, нарочито његов престанак.

У класичном раздобљу римског права поклон није био посао одређене садржине и форме. Све до Константинове реформе, то је само кауза која оправдава увећање имовине. Зато су га класични римски правници стављали на различита места у систематским делима.⁶⁷

Common Law, под утицајем доктрине *consideration*, на поклон гледа из потпуно другачијег угла у односу на континентално право. Наиме, због одсуства противнакнаде или бар обећања стране која бесплатно добија корист, поклон се не третира као уговор, већ као посебан институт у оквиру Имовинског права (Property Law), повезан са Пореским правом.

Реномирани теоретичари (Пухта, Унгер, Савињи) истичу да поклон не представља посебан правни посао. Њега треба уврстити у општи део Грађанског права или науку о правним пословима, евентуално у општи део Облигационог права.⁶⁸ То је укупност свих бесплатних уговора, а не дистинктиван уговор. Сваки бесплатан посао у бити је даровање, једино што се код даровања у ужем смислу преноси својина, а нпр. код послуге се бесплатно уступа употреба ствари.⁶⁹

Колико се поклону приступа са различитих становишта, види се из систематизације грађанских законика. У француском СС, материја је подељена по институционалном систему, наследно и облигационо право налазе се у близини. У трећој књизи су заједно, у другом титулусу, уређени поклон и завештање као начини стицања својине. Иако

⁶⁷ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 91.

⁶⁸ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 555.

⁶⁹ Саша Никшић, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, стр. 1074.

француски законодавац оправдава спајање бесплатношћу, стварни разлог је верност традицији, где се укоренило схватање о сродности тих института још од времена када је поклон вршио функцију последње воље.⁷⁰ Један страни аутор ово решење критикује, јер: „Правницима као да је једино смрт логичан разлог за бесплатно давање. Они су скептични према поклону и зато га везују за тестамент“.⁷¹

Аустријски грађански законик је поклон уредио у склопу облигационог права (у 18. поглављу) и то на првом месту, одмах након општих прописа о уговорима, тако да иза њега следе други бесплатни уговори (остава, послуга, зајам и налог). Нема никаквог спајања или приближавања поклону и тестамент.⁷²

Следећи пандектни систем (стварно, облигационо, породично и наследно право), немачки BGB уређује поклон у склопу облигационог права, прецизније у посебном делу „Поједини облигациони односи“. Место поклону условљено је његовом уговорном природом. Законодавац је поклон сместио међу уговоре (II књига, VII поглавље), не узимајући као пресудну околност бесплатношћу, већ његову моћ преноса својине, тако да се налази одмах иза продаје, а пре најма и закупа, иза којих тек следе други бесплатни уговори.⁷³

Остали грађански законици генерално, па и у погледу поклону, копирају напред наведене узор. Они, по правилу, преузимају скоро дословно норму изворника, често садржајно и технички осиромашено. Изузетак чине швајцарски Законик о облигацијама и италијански Грађански законик,⁷⁴ јер поседују нека оригинална решења.

DCFR правила о поклону сврстава у Посебни део облигационог права, са осталим именованим уговорима. Иако у многим државама ЕУ постоје специјална правила за поклон сродницима, нема додира са породичним и наследним правом.

Домаће право карактерише расутост норми о даровању. Уговор о поклону је био детаљно регулисан чл. 925-943 Предоснове ГЗКЈ из 1934. Текст никада није постао закон, али је у предратној литератури био предмет бројних разматрања.⁷⁵ Насупрот Скици, ЗОО не регулише поклон, јер су редактори сматрали да он није карактеристичан за робни промет, тако да су се на просторима СФРЈ примењивала тзв. правна правила. У складу са Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, на уговор о поклону се у Србији примењују правна правила из СГЗ. Важе и

⁷⁰ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 19 и 123-124.

⁷¹ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 5.

⁷² Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 124.

⁷³ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 124.

⁷⁴ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 128.

⁷⁵ Душко Медић, Даровање према нацрту ЗОО Републике Српске, стр. 508.

одредбе општег дела ЗОО, нарочито о уговорима без накнаде. Релевантни су и: Закон о основама својинскоправних односа, Закон о наслеђивању, Породични закон, Закон о промету непокретности и други. Више од 50 позитивних закона садржи одредбе у којима се помиње поклон. У Преднацрту, уговор о поклону је регулисан у Посебном делу (чл. 660-679), где му је природно место.

3. Историјски развој

Иако посматрано са становишта савременог права, делује да историја поклоне почиње тек римским прописима, он је претходио римској држави, јер у људској цивилизацији нема друштва које није знало за даровање. Старост поклоне потврђују социолошка истраживања примитивних група (Маусова студија). У првобитној заједници владала су начела узајамног помагања.⁷⁶ Поклони су били веома значајни, јер су омогућавали, речима данашњице, прометање добара. Неки аутори даровање виде као најстарији правни промет, зачетак облигација, зато што је поклонодавац стицао право да у будућности добије поклон од поклонопримца. Несумњиво је да су најстарији поклони били један вид ране, спорадичне размене. У сталној борби за опстанак и великој оскудици раног друштва, најчешће се није могла одмах захтевати противчинидба, па члану заједнице који је дошао до вишка добара није преостајало ништа друго него да их поклони, уз очекивање да му се то другом приликом узврати. Зато су поклони били најчешћа давања. На вишем степену развоја поклон потискује трампа, потом продаја и други послови преко којих се одвија промет, али поклон остаје пратилац људског друштва до данашњих дана,⁷⁷ додуше са измењеним функцијама.

Римски поклон је имао специфичан и сложен развој по чему се доста разликовао од осталих облигационих уговора.⁷⁸ Под појам класичног поклоне подвођени су различити правни послови, нпр. фактичко преношење својине манципацијом или традицијом, уступање потраживања, отпуст дуга, стипулација и слично. У основи сваког поклоне лежао је пакт који није имао посебну заштиту него је, ако се желела санкција, морао бити заоденут у неку заштићену форму. Знатно касније, поклон постаје уговор.⁷⁹ Тек у Јустинијановом праву, за настанак и пуноважност уговора о поклону мање вредности, довољна је проста сагласност воља. Данашње схватање поклоне је резултат проучавања најважнијих обележја

⁷⁶ Михајло Вуковић, *Обвезно право*, стр. 249.

⁷⁷ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 15, 16 и 17.

⁷⁸ Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 9.

⁷⁹ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 7.

и правила римског права. Наиме, у класичном праву, у периоду врхунца римске правне науке, поклон је био ваљан правни основ стицања. Тада су и ударени темељи модерног поклона. Римском схватању субјективног елемента поклона, имовинске користи и бесплатности, модерна теорија ништа битно није додала.⁸⁰ Сачуване су и бројне максиме о поклону. Отуда значај изучавања римског наслеђа за разумевање овог уговора у позитивном праву. Модерно право задржало је римска решења јер она подстичу поклонодавца „да буде разуман“.⁸¹ Наравно, појавили су се и неки нови утицаји, нпр. правила континенталног права о поклону су обликована у циљу заштите нужних наследника.⁸²

Рани средњи век доноси свеобухватну стагнацију, уз малобројне изузетке. Византијско право преузима Јустинијанове прописе о поклону. Део тих правила продире у средњевековну Србију, превођењем византијских прописа. Законоправило Светог Саве, превод Прохирона, садржи поглавља о: предбрачном поклону; поклону између мужа и жене; поклону уопште; поништењу; опозиву. Постоје две врсте поклона. Прву сачињавају они који делују за живота уговарача, а другу поклони који се извршавају након смрти поклонодавца.⁸³ И Синтагма Матије Властара, збирка византијских световних закона и црквених правила, преведена око 1348. и прихваћена у средњевековној Србији, садржи засебно поглавље посвећено поклону.⁸⁴

Поклон се помиње у повељама о даровању покретне и непокретне имовине црквама, манастирима и властели. Најчешће је владар поклањао имања у баштину, што значи да је поклонопримац стицао пуно право располагања. Међутим, овакав начин стицања својине разликује се од класичног римског поклона као приватно-правног посла. Владарево поклањање имања има и обележја јавно-правних овлашћења и везано је за сложену структуру феудалног друштва. Поклон одсликава друштвене промене више него други уговори.

Сам чин поклањања, у српским правним споменицима означава се изразима: записати, приложити, подложити, приносити, даровати и дати, из чега су изведене именице записаније, приложеније, приношеније и дар. У текстовима се среће и израз харисати, од грчког глагола *χαρίζεiv* = поклонити из љубави, односно наклоности.⁸⁵ Реч „поклон“, као и глагол „поклонити (се)“, имају двојако значење: 1) као наклон, поклоњење (*corprois*

⁸⁰ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 18.

⁸¹ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 355.

⁸² Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 192.

⁸³ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, *Правила о поклону у српском средњевековном праву*, стр. 68-89.

⁸⁴ Срђан Шаркић, *Поклон у средњевековном српском праву*, стр. 9-10.

⁸⁵ Срђан Шаркић, *Поклон у средњевековном српском праву*, стр. 11.

inclinatio), и 2) дар (donum). У првом значењу, поклон је представљао и посебну натуралну дажбину зависног земљорадника феудалном господару,⁸⁶ што свакако одступа од данашњег поимања. Са развојем градова правила о недељивости пољопривредног земљишта која су ограничавала поклон изгубила су на значају.

Нови век је ренесанса Права поклона, али законодавац углавном није био благонаклон према даровању. Пре француске револуције, поклон је сузбијан јер „расипа породично богатство“. Парадоксално, револуционари су наставили исту праксу из сасвим супротног разлога, зато што поклон „омогућава концентрацију богатства и неједнакост.“⁸⁷ Сједињујући у себи вишевековно искуство и идеје које су се у доктрини искристализоване, први велики грађански законици уредили су поклањање са знатним међусобним техничким и материјалним разликама. Оне су пренесене и у касније законике, више или мање, њихове верне копије.⁸⁸ Ове разлике задржале су се до данас.

Мада је капитализам друштвено уређење засновано на тржишту и принципима које оно диктира, поклон је остао чест правни посао. Заправо, у „друштву благостања“ лакше се долази до вишка, па се више и поклања. Послератна домаћа социјалистичка литература пропагирала је супротно мишљење. Б. Благојевић сматра да у класном друштву борба за опстанак, недовољност добара, жеља за акумулацијом вредности, егоистично брањење себе и свога, намеће потребу да се захтева имовинска противвредност. Алтруистичка давања без накнаде су изузетак. Поткупљивање, корупција, очекивање доцнијих услуга, компромитовање извесних лица су најчешћи мотиви добротних уговора у капитализму. Поклон се ретко чини из добротности, већ из жеље за „обавезивањем“ поклонопримца. Зато се на лукративне уговоре неповољно и са подозрењем гледа.⁸⁹

Еволуција поклона није заустављена. Савремена доктрина проучава уговор о донацији, поклон који обогаћује поклонодавца, психологију поклањања, а Интернет и бежична плаћања омогућили су тзв. микро-поклоне,⁹⁰ нову форму старог облика филантропије.

⁸⁶ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњевијековном праву, стр. 66.

⁸⁷ John Dawson, Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, стр. 44. и 46.

⁸⁸ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 123.

⁸⁹ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 78.

⁹⁰ Видети: <http://givinginadigitalworld.org>; <http://www.donacije.rs>.

4. Филозофија права о поклону

Правна филозофија анализира апстрактне етичке проблеме поклањања како би законодавац ефикасније осмислио општа правила, а правник лакше донео конкретне прагматичне одлуке, неопходне правичном друштву.⁹¹

О поклону је филозофирао Гроцијус, сличне тезе срећу се и код Хегела и Канта.⁹² Основна подела уговора је поклон на једној и сви други уговори на другој страни. Када правним послом само једна страна отуђује имовину реч је о поклону, када обе стране отуђују постоји размена (размена као генус, узајамност, не трампа). Продаја по повлашћеној цени је мешовит посао, једним делом поклон другим размена.⁹³ Осиромашење поклонодавца је корелативно обогаћењу поклонопримца, што је и смисао максиме „био сам власник, сада више нисам”. Размена делује другачије: „био сам власник једне ствари, сада сам власник друге”.⁹⁴ Поклон карактерише жељени дисбаланс, код размене се вишак или мањак не толерише и мора да се врати, јер важи принцип еквиваленције. Зато правила о размени не одговарају поклону (нпр. гаранција за материјалне недостатке, прекомерно оштећење).⁹⁵ Ово је у складу са тезом да ЗОО, скројен превасходно за теретне уговоре, није адекватан за поклон.

Поклон се дели на реализовани поклон и принудно извршиво обећање поклона где поклонопримац стиче право да захтева испуњење. Генерално, реализовани поклон је стабилнији. У упоредном праву обећање поклона је опозиво у случају рођења детета, али не и извршени поклон. Када предмет поклона није предат, поклонодавац опозива поклон једностраном изјавом воље поклонопримцу; након предаје, поклонодавац мора тужбом да за захтева враћање.

Поклон настаје прихватам понуде и везује оба уговарача. Поклонопримчево одбијање пријема поклоњене ствари је повреда једнако тешка као поклонодавчево неиспуњење.⁹⁶ И поклонопримац одговара због одбијања да прими испуњење поклонодавчеве обавезе и дугује накнаду штете. Схватање да поклонопримца треба санкционисати прихваћено је у DCFR. Поред поклона својине, постоји и поклон услуге. Ту спадају *depositum*, *commodatum* и *mutuum*.⁹⁷ Овај став филозофа модерна доктрина је напустила.

⁹¹ Schroeder, JL, Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, стр. 821.

⁹² Peter Benson, Grotius' Contribution to The Natural Law of Contract, стр. 26.

⁹³ Peter Benson, Grotius' Contribution to The Natural Law of Contract, стр. 20.

⁹⁴ Peter Benson, Grotius' Contribution to The Natural Law of Contract, стр. 22.

⁹⁵ Peter Benson, Grotius' Contribution to The Natural Law of Contract, стр. 22.

⁹⁶ Треба разликовати прихват понуде од пријема поклона.

⁹⁷ Peter Benson, Grotius' Contribution To The Natural Law of Contract, стр. 18-19.

Common Law доктрина уважава три школе о правном третману поклањања. Л. Фулер сматра да је поклон неупоредиво мање продуктиван од теретних послова. Они стварају вишак вредности, поклон је „стерилна трансакција“. Поклон је једнострано трансфер, пука редистрибуција богатства и као такав није вредан правне заштите. Друга школа, Ј. Барон, истиче да је поклањање важан ритуал и обичај, великог социјалног значаја. Сазнања социологије и антропологије показују да је правничко виђење поклона, као једнострано обавезујућег посла, погрешно. Поклањање као друштвена појава подразумева три Маусове облигације: да се поклони, да се поклон прими и да се узврати. Реципроцитет је иманентан, јер поклон прати прећутна норма о узајамности. Она се не уговара, али је увек присутна. Поклон је незаменљив, само он омогућава везивање између лица кроз персоналне облигације као што су захвалност и поверење. Е. Познер (такође представник друге школе) наглашава сигналну функцију поклона и демистификује мотиве поклонодавца: 1) корист за поклонопримца; 2) повећање статуса поклонодавца; 3) заснивање или унапређење неког односа. Трећа школа, М. Ајзенберг, прихвата улогу поклона у афективној сфери. Теретни послови и поклон су „два различита света“.⁹⁸ Наведена филозофска полазишта имају и правни значај. Пошто поклоном и поклонодавац нешто добија, задовољавајући неки свој интерес, патерналистички однос према њему је непотребан, па формалне захтеве треба ублажити. Поред тога, будући да поклон понекад угрожава поклонопримца, претпоставка о његовом прихвату је неоправдана.

Новија доктрина наглашава „психолошке разлике“ између теретних уговора и поклона. Поклонодавац примарно брине о потребама поклонопримца, код теретних уговора брине о реципроцитету. Купац тежи да умањи свој трошак и такви његови покушаји су легитимни и добродошли (он је вешт преговарач), док се идентично поклонодавчево понашање оцењује као цицијаштво, шкртост и има негативну конотацију.⁹⁹ Истоветни поклонопримчеви поступци сматрају се непристојним, он испада грамзив и похлепан.

Занимљиво је утопистичко објашњење које идеализује поклон.¹⁰⁰ Човек тежи једнакости, не одговара му да је сиромашнији, али ни богатији од другог. Зато поклања како би редистрибуирао богатство и успоставио равнотежу.¹⁰¹

⁹⁸ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 19. Аутор обрађује дела: L. Fuller (Consideration and Form); J. Baron (Gifts, Bargains and Form); E. Posner (Altruism, status, and trust in the law of gifts and gratuitous promises); M. Eisenberg (The World of Contract and the World of Gift).

⁹⁹ Reid Kress Weisbord, Peter DeScioli, The Effects of Donor Standing on Philanthropy: Insights from the Psychology of Gift-Giving, стр. 273.

¹⁰⁰ Имајући у виду примедбе студената да је теорија уговорног права „сувопарна и монотона“, на више места поменуте су занимљивости у вези са предметом истраживања.

¹⁰¹ Jeroen van de Ven, The Economics of the Gift, стр. 17.

Део други

НАСТАНАК ПОКЛОНА

За настанак сваког уговора потребно је да се стекну одређени општи услови (пословна способност, сагласност воља, предмет уговора и кауза тј. основ уговора), а код неких уговора захтева се и форма.¹⁰² Генерално, општи услови настанка уговора се разликују од битних састојака уговора, о којима се стране морају сагласити. У домаћем праву се као битни елементи уговора о поклону наводе: намера дарежљивости и ствар, односно неко имовинско право.¹⁰³ Међутим, многи правници изједначавају „ствар“ са предметом,¹⁰⁴ а предмет спада у „опште услове настанка“ уговора. Слично, појам *animus donandi* је у литератури обрађен и као кауза поклона и као његов битни елемент.¹⁰⁵ Конфузија постоји и у судској пракси. Тако у једној пресуди стоји: „Постојање намере да се поклон учини (понуда) и сагласност поклонопримца да прими поклон (прихват понуде), јесу минимум код сваког уговора о поклону“.¹⁰⁶ Да би се избегле поменуте тешкоће, у овом другом делу дисертације су изложени сви елементи важни за настанак поклона, без њиховог сврставања у „битне елементе“ или „услове настанка“ уговора. Такав приступ диктира историјски развој поклона, али га намећу и разлике у упоредном праву јер поклон није свуда и увек уговор. Из тог разлога је немогуће строго разграничити и класификовати поменуте елементе, а да резултат одговара свим правним системима.

Нема начелне сагласности о томе шта је све потребно за настанак поклона. У једној римској максими се каже да за настанак поклона треба утврдити четири ствари: каузу, вољу поклонодавца, коме је поклоњено и предмет поклона.¹⁰⁷ Common Law поклон није уговор, него добровољан пренос права без накнаде. Као „класични елементи“ пуноважног поклона наводе се: 1) намера поклонодавца да поклони ствар (намера даривања); 2) предаја ствари поклонопримцу; 3) прихват поклонопримчев.¹⁰⁸ Термин „Gift“ означава реализован поклон.

¹⁰² Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 78;

¹⁰³ Ђорђе Николић, Облигационо право, стр. 24; Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 63.

¹⁰⁴ О томе више у глави „Предмет поклона“.

¹⁰⁵ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 610; Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 64; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 135.

¹⁰⁶ Врховни суд Србије, Рев. 2546/2001 од 7.2.2002, Билтен Судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2002, стр. 77.

¹⁰⁷ *Quattuor haec cognata datis sunt: causa, voluntas dantis, cui dederis materiesque dati*. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 62 и https://www.academia.edu/7828726/PRAVNE_IZREKE.

¹⁰⁸ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 6.

Мада о томе не постоји универзална сагласност, елементи неопходни за настанак поклона у континенталном упоредном праву су: 1) објективни елемент (бесплатност); 2) субјективни елемент (*animus donandi*); 3) предмет поклона (поклонодавчева чинидба); 4) форма.¹⁰⁹ Пошто је у домаћем праву поклон уговор, овим елементима додају се још и 5) пословна способност и 6) сагласност воља. Сваком од њих посвећена је по једна глава.

Глава I

ОБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПОКЛОНА

Упоредноправна и историјска анализа објективног елемента има теоријски значај, јер је његова функција у законским и доктринарним дефиницијама поклона различита. Осим тога, познавање објективног елемента је и од великог практичног значаја. Његово постојање сугерише да је закључен поклон, а не неки други уговор (проблем симулације). У том случају, на однос између уговарача примењује се низ специфичних правила (нпр. о пословној способности, мотив утиче на пуноважност, уговорна одговорност је ублажена). Уз то, поклон је у односу на теретне уговоре, рањив: може да се опозове, побије или поништи због формалних недостатка.

Питање да ли је један посао теретан или поклон није увек једноставно. У познатом случају из француске судске праксе, поклонодавац је финансирао рестаурацију градског звона под условом да оно звучи као у његовој младости. Суд је закључио да се ради о теретном послу јер задовољава поклонодавчев каприц, машту и сујету.¹¹⁰ Касније су судови уважили разлику између материјалног и нематеријалног интереса. Ако се заузврат добија нешто материјално, посао је теретан; ако је корист нематеријална, реч је о поклону. Сложеније су ситуације где су интереси испреплетени (нпр. због земљишта поклоњеног цркви за изградњу храма поклонодавчева суседна парцела добије већу вредност,¹¹¹ или због ктиторства овековеченог на црквеној табли поклонодавац стекне моралну сатисфакцију. Нису сви поклони исти. Анонимни поклон жртви природне катастрофе не подразумева поклонопримчево узвраћање и поприлично је другачији од поклона политичару у очекивању противуслуге.

Објективни елемент доктрина објашњава или идејом бесплатности или појмовним паром обогаћење/осиромашење. Тим редом су овде приказане обе концепције.

¹⁰⁹ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 180-181.

¹¹⁰ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 27.

¹¹¹ Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 90-91

1. Бесплатност

Објективни елемент поклона се у страној литератури превасходно везује за бесплатност. Појам бесплатности је опште познат, али га је тешко дефинисати. Бесплатни правни послови су, по правилу, формални. Њима се задовољавају нематеријалне потребе и циљеви како поклонопримца, тако и поклонодавца. Уговор о поклону је парадигма бесплатног посла. Уговоре слободног тржишта карактерише антипод – наплатност односно теретност тј. онерозност. У домаћој литератури се бесплатан уговор означава као „добročин“. Ова два појма ипак треба разликовати, јер добročинство садржи квалитет више (нпр. бесплатно давање наркотика сигурно није добročинство). „Добročинство“ боље описује субјективни елемент поклона.

1.1. Римско класично право

Римско поимање бесплатности је круто. Бесплатност подразумева непостојање било какве противчинидбе поклонопримца и значајнија је него сама имовинска корист која се поклоном постиже. Економски ефекат поклона ставља се у други план.¹¹² Чак и неимовинска противчинидба искључује поклон (нпр. довољно је да прибавилац узме презиме преносиоца).¹¹³

Бесплатност даровања римски правници схватају другачије од бесплатности других уговора.¹¹⁴ Она има четири карактеристике: тотална је (потпуно одсуство противчинидбе), дефинитивна (бесплатни акт се не може трансформисати у наплатни), корелативна (акт се посматра унутар одређене економске операције) и битна (одређује природу уговора). Ту разлику су и термилошки изразили. Бесплатност типичних послова означена је терминима *gratis*, *gratuitus*, а бесплатност даровања термином *lucrativus*. Римљани бесплатност даровања не виде као супротност наплатности. Свака противчинидба прибавиоца, моментална или будућа, имовинска или неимовинска, ако је у односу међузависности (каузалне везе) са чинидбом преносиоца, искључује бесплатност.¹¹⁵

Да ли је посао бесплатан, зависи од постојања противчинидбе. Продаја са споразумом да се не плати цена (*imaginaría venditio*) је поклон, јер нема противчинидбе. Противпрестација искључује бесплатност чак и када се једна страна богата на рачун друге. Продавац разумљиво, жели да прода што скупље, а купац да купи што јефтиније.

¹¹² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 113.

¹¹³ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 21.

¹¹⁴ На пример, Мандат је такође бесплатан, али не као поклон. Само бесплатност која преноси својину је прави поклон. John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 11. и 12.

¹¹⁵ Michel, *Gratuite*, стр. 237, нав. према: Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 68-69.

Одступање уговорене цене од вредности ствари је нормална појава. Међутим, нижа или виша цена се може уговорити и као поклон. То се лепо види у случају пријатељске продаје (*viliore pretio*). По схватању класичних римских правника ту ипак нема поклона, већ постоји искључиво продаја. Зато се дуго није могао развити мешовити поклон. Данас ово мишљење није прихватљиво, јер у таквом уговору постоји мешовити посао (*negotium mixtum*) (делом продаја, делом поклон).¹¹⁶ Овде се лепо види како схватање једног правног института утиче на његов развој.

1.2. Common Law

Common Law доктрина релативно једноставно дефинише бесплатност, она постоји у правним пословима без *consideration*. У одсуству *quid pro quo*,¹¹⁷ обећање није правно санкционисано. *Consideration* одваја принудно извршава обећања од правно необавезујућих. Бесплатност је синоним за необавезност.¹¹⁸ Обећање једног уговарача је *consideration* за обећање другог, ако су се стране тако споразумеле, односно ако о томе постоји погодба (*bargain*). Поклону недостаје *consideration* и по томе се он разликује од принудно извршивих споразума – пунокрвних уговора.

Поимање *consideration* није једнообразно. У енглеском праву довољан је номинални *consideration*, у америчком се захтева тзв. адекватност.¹¹⁹ Номинални *consideration* постоји, нпр. ако за поклонодавчево обећање новца, друга страна обећа да ће новац преузети; или када трговац обећа поклон ако потрошач врати амбалажу, мада је она безвредна. То је довољно да обећање постане обавезујућ, принудно извршив споразум. Овакав приступ заправо поткопава доктрину *consideration*, па се у америчком праву захтева адекватност, односно уједначеност давања. Један долар или цент нису *consideration*.¹²⁰ Границу између номиналног и адекватног *consideration* није лако повући, зато што се узима у обзир и нематеријална корист (нпр. пријатељство). Додатне тешкоће настају код условних обећања, нпр. отац обећа 100 долара сину под условом да упише колеџ. Да ли ту постоји једнострано обавезујући уговор (отац је дужник), или условно обећање поклона (што није уговор)? На први поглед, овакво резонување делује натегнуто,¹²¹ али паралеле ради, и у континенталном праву повериочева корист од чинидбе може бити и нематеријална. Да није тако, сликар

¹¹⁶ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 112-113. Критика оваквог мишљења: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 69, напомена 227.

¹¹⁷ У значењу: узајамност; размена; *do ut des*.

¹¹⁸ Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 841.

¹¹⁹ Martin Hogg, *Promise: The Neglected Obligation In European Private Law*, стр. 477.

¹²⁰ Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 823.

¹²¹ Мисли се на став да и нематеријалне вредности треба уважити.

портрета не би могао да наплати свој рад. За портрет је заинтересован само његов наручилац, он нема праву тржишну вредност.¹²²

Понекад је за consideration довољно да се у уговору о даровању некретнине договори да се на некретнини постави натпис са захвалом поклонодавцу. Иако такав гест нема карактер противчинидбе, обавеза је угужива. Поређења ради, постављање наведеног натписа у германским правним системима има карактер противчинидбе једино ако је имовинског односно пословног карактера. Мимо тог случаја, уговор је бесплатан иако поред обавезе поклонодавца постоји и дужност поклонопримца, јер она није истинска противчинидба.¹²³

Постојање моралне обавезе може искључити бесплатност. У преседану *Webb v. McGowin*, радник је херојски спасио свог послодавца од повреде на раду. Жртвујући себе, остао је непокретан. Послодавац му је обећао пензију, али је након његове смрти старатељ заоставштине обуставио исплате. Суд је заузео став да морална обавеза послодавца представља consideration, који просто обећање претвара у обавезујући уговор. У наведеном примеру се види веза између моралне обавезе и појма consideration, Да је обећање третирано као поклон, радник би остао без пензије.

Судови радо „проналазе“ consideration и код поклона, када је то у интересу правде. Тако нпр. давање у добротворне сврхе није поклон већ теретни уговор, јер прималац мора предато да употреби у одређену сврху (нпр. за образовање или лечење трећих). Прави разлог за овакво резонување је другачији. Наиме, пошто посао није поклон, он се не може поништи због формалних недостатака који би поклон учинили неваљаним.¹²⁴ Код поклона у општекорисне сврхе намера поклонодавца је довољан consideration.¹²⁵

1.3. Континентално право

Бесплатност није дефинисана француским СС, нити законодавац изричито прописује да је поклон бесплатан посао (види чл. 894 СС). Лукративан уговор је одређен као уговор којим једна страна бесплатно прибавља корист другој (чл. 1105 СС).¹²⁶ Ова циркуларна дефиниција није од велике помоћи. Француска доктрина дели правне послове на онерозне, бесплатне и неутралне. У најважније бесплатне се сврставају поклон и тестамент. Бесплатност се објашњава одсуством еквиваленције, вољном несразмером, обавезивањем

¹²² Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 138.

¹²³ Саша Никшић, *Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву*, стр. 1076.

¹²⁴ Thomas Lemann, *Enforceability of Charitable Pledges*, стр. 7

¹²⁵ Thomas Lemann, *Enforceability of Charitable Pledges*, стр. 3

¹²⁶ Групу бесплатних и зато „крхких“ уговора чине: поклон, остава, послуга, заступање (налог) и бескаматни зајам. John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 55.

без противчинидбе. Поклонодавац не добија ништа за оно што даје.¹²⁷ Судска пракса 19. века нуди један занимљив пример: цркви је дат новац за изградњу богомоље; суд је установио да се, ипак, не ради о поклону, јер је ближе место за молитву опипљива даваочева корист.¹²⁸

Поклон са теретом (налогом) је специфичан. Када је терет у интересу поклонодавца или трећег лица, „вредност“ терета не сме премашити вредност поклоњеног. Ако је терет у заједничком или искључивом интересу поклонопримца (нпр. за школовање) ради се о поклону, чак и када изискује додатна средства. Поклонопримчев терет је врло широк појам, нпр: да се бивша љубавница одсели; да се поклонопримац уздржи од оспоравања посла који је предузео његов старатељ; да поклонопримац узме поклонодавчево име; подигне му споменик; живи у одређеној кући; исплаћује рате; пружа дародавцу храну и негу.¹²⁹

Природна обавеза није принудно извршива, али ако је дужник испуни, нема право на реституцију. Извршење природне обавезе представља исплату дуга. Дуг имплицира *quid pro quo* па нема поклона, мада постоји и супротно мишљење. У савременој француској доктрини, испуњење природне обавезе није поклон, јер недостаје субјективни елемент.¹³⁰

У италијанском праву користи се негативна дефиниција: уговор је бесплатан ако није онерозан. Код онерозног уговарачи теже еквиваленцији престација. Бесплатност је жртвовање. Жртва је код послуге или бескаматног зајма мања, код поклона је она највећа. Нема бесплатности у сенци физичке или моралне принуде. Давање ради испуњења моралне или друштвене дужности је принудно, барем психолошки. Ако поклонодавац није потпуно слободан, исплата макар и природне обавезе, није поклон.¹³¹ Једино је ремунеративни поклон изузетак.¹³² Чини се да се ови аргументи (спонтаност, слобода) више одговарају субјективном елементу поклона. У често цитираном случају, граду је поклоњена парцела и новац под условом да изгради школу и именује је у част поклонодавчевог сина. Формалности нису испоштоване. После извесног времена, поклонодавац се предомислио и затражио реституцију. Град је тврдио да се ради о теретном уговору те да формалности нису биле нужне. Суд је пресудио да је посао бесплатан тј. поклон, јер се град обогатио, именовање школе није умањило његову имовину, а поклонодавац од посла нема економску

¹²⁷ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 190.

¹²⁸ Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 84-85.

¹²⁹ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 105.

¹³⁰ Planiol Marcel, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, V: Donations et testaments*, стр. 980–981; Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 142; Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, стр. 375.

¹³¹ Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, стр. 356.

¹³² Vincenzo Rodolfo Casulli, *Donazione (diritto civile)*, *Enciclopedia del diritto*, стр. 968-969; Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 145.

корист. Овде се види веза бесплатности и форме, односно утицај објективног елемента на пуноважност (због непостојања објективног елемента посао је третиран као поклон, а пошто он захтева форму, конкретни посао је неважећи).

У немачкој доктрини бесплатност се не објашњава одсуством еквиваленције. Бесплатност је само један могући узрок нееквивалентности, јер њу изазивају и друге околности као што су мане воље, промењене околности и сл. Зато је бесплатност поклона ужи појам. Само испуњење уговора о поклону није бесплатно, то је заправо извршење раније преузете обавезе (Савињи). Хуса наводи да карактер конкретног посла зависи од везе између чинидби у свести субјеката. Ако су чинидбе повезане, посао није бесплатан. Веза може бити синалагматична, што је типично за теретне уговоре. Веза се успоставља и условом, укључујући ту и једностране изјаве воље, попут јавног обећања награде. Најзад, веза може бити и каузална (проузроковање и накнада штете).¹³³

Поклонодавац и поклонопримац се морају споразумети да је уговор бесплатан. Давање којим једно лице из своје имовине обогаћује другог је поклон, када су обе стране сагласне да је давање бесплатно (§ 516 BGB). Нису сва бесплатна давања поклон. Поклоном се не сматра „отпремнина“ (ausstattung) коју родитељ даје детету ante-nuptias, ради осамостаљивања, или као помоћ у остваривању одређеног економског циља. Поклон је једино вишак који премашује вредност сразмерну економским могућностима родитеља (§ 1624 BGB).¹³⁴

Испуњење природне облигације није бесплатно, јер по правилима реституционог права, исплаћено по том основу поверилац задржава. Због ужег поимања бесплатности, послови којима се једно лице подстиче на неки акт, или којима се гаси дуг, макар и природан, нису поклон.¹³⁵ У том смислу, ако муж пренесе непокретност жени како би је убедио да му се врати; или ако лице А пренесе одређено право на лице Б да би издејствовао зајам трећем, ови послови нису бесплатни, чак и када је „противчинидба“ прибавиоца нематеријална.¹³⁶

Немачки теоретичари се фокусирају на објективни учинак поклона, уместо на намеру поклонодавца као француски правници. Бесплатне услуге и случајеви краткотрајног осиромашења (mandatum, depositum) нису поклон. Захтева се очигледан губитак

¹³³ Jaakko Husa, Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle, стр. 353.

¹³⁴ James Gordley, The Enforceability of Promises in European Contract Law, стр. 44.

¹³⁵ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 148.

¹³⁶ Helmut Kollhossner, Münchener Kommentar zum BGB, коментар уз § 516; Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 149.

поклонодавца и конкретан добитак поклонопримца, мада је дозвољено да њихова веза буде посредна, нпр. када поклонодавац плати поклонопримчев дуг трећем лицу.¹³⁷

У швајцарском Законику о облигацијама поклон је акт диспозиције који се чини без одговарајуће противпрестације. Одсуство противпрестације значи бесплатност.

У Јужној Африци поклон се чини из „чистог алтруизма”, „искрене добронамерности”, без икаквог поклонодавчевог интереса. Поклон је тотално, а не само претежно, бесплатни акт,¹³⁸ што подсећа на круту концепцију из римског права.

1.4. Домаће право

Код бесплатног уговора страна не даје никакву накнаду за корист коју од друге стране добија.¹³⁹ Бесплатни уговор закључује се искључиво у интересу једне стране, тако да друга не очекује ништа од прве.¹⁴⁰ Савремена доктрина наплатност везује за једнакост (сразмеру) чинидбе и противчинидбе; чим тога нема постоји бесплатност, барем у одређеној мери. Додуше, постоје велике разлике у схватању по којем критеријуму треба процењивати сразмерност (објективна, субјективна, миксна теорија).¹⁴¹

Бесплатност, значи да поклонодавац за своју чинидбу не добија противчинидбу. При том се не узимају у обзир мотиви, који могу бити и егоистични.¹⁴² Жртвовање је суштина бесплатности. Поклон је доброделино дело и зато претпоставља извесну поклонодавчеву жртву. Он одваја нешто од својих материјалних добара (ирелевантна је економска вредност: поклон може бити већи или мањи) и даје без накнаде.¹⁴³

Ако поклонопримац узврати са своје стране неким бесплатним давањем поклонодавцу, на које по уговору није обавезан, поклону није одузет карактер бесплатности. Узвраћање представља нов самосталан поклон са измењеним улогама.¹⁴⁴ Бесплатност је присутна и када је уговорена одређена противчинидба поклонопримца (нпр. поклон са налогом), мада постоји и супротно мишљење. У том смислу, у једној пресуди је наведено да: „Уговор о поклону не може садржати обавезу поклонопримца. Сваки облик стимулираних обавеза (обавезивање поклонопримца које је стимулисало поклонодавца да

¹³⁷ Martin Hogg, *Promise: The Neglected Obligation In European Private Law*, стр. 476.

¹³⁸ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 188.

¹³⁹ Слободан Перовић, *Облигационо право*, стр. 203.

¹⁴⁰ Јаков Радишић, *Облигационо право*, стр. 127. Поглед на поклон из других наука указује како није исправно становиште да је поклон искључиво у интересу једне стране тј. поклонопримца. Из поклоне и поклонодаваца извлачи корист, понекад и материјалну.

¹⁴¹ Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 68-69, напомена 226 на стр. 68.

¹⁴² Михајло Вуковић, *Обвезно право*, стр. 252.

¹⁴³ Живојин Перић, *О посебним уговорима*, Београд, 1927, стр. 280.

¹⁴⁴ Богдан Лоза, *Облигационо право*, стр. 71.

дарује) представљао би или рентни уговор или уговор о издржавању, а не уговор о даровању“.¹⁴⁵ „Крута“ бесплатност је превазиђена још у римском праву, тако да закључак суда да „Уговор о поклону не може садржати обавезу поклонопримца“ треба узети са резервом, мада је истакнут као сентенца.

2. Осиромашење и обогаћење

2.1. Појам осиромашења и обогаћења

Друга концепција, уместо бесплатности, истиче учинак поклоне. Објективни елемент поклоне обележавају две повезане компоненте: осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца.¹⁴⁶

Полази се од осиромашења, *donare est perdere*.¹⁴⁷ Поклон умањује имовину поклонодавца. Он издваја део имовинске масе и преноси га у имовину поклонопримца. Присутна је вољна диспропорција.¹⁴⁸ Без осиромашења, нема поклоне. Зато није поклон: бесплатни медицински или правни савет, ненаплаћена лекција, гостољубивост, одрицање од права којем се неко нада или од права које није стечено, одбијање наслеђа или легата, пропуштање да се стекне имовина, као и напуштање хипотеке, јер се заправо ради о напуштању сигурности. Нема поклоне ни у случају одрицања од неког неимовинског права, као што је право радника на годишњи одмор.¹⁴⁹

Поставља се питање колико треба да је осиромашење да би постојао поклон? У законима се, с обзиром на њихову вредност, помињу мањи, уобичајени и прекомерни поклони.¹⁵⁰ Одређени поклони су изузети од општег режима, јер осиромашење које они изазивају не деградира права трећих лица.¹⁵¹ Они су изузети од побијања зато што се дају као испуњење моралне или социјалне дужности, односно имају привилегован положај само када нису опасност по интересе повериоца.¹⁵² Овде се уочава веза између објективног

¹⁴⁵ Жупанијски суд у Вуковару, Гж. 1449/2001 од 18.2.2003. Извор: <http://www.vsrh.hr>. Одлуке судова су рецензиране, парафразиране и скраћене тако да задрже илустративност.

¹⁴⁶ Слободан Перовић, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 866; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 85 и 96; *Donatio et donatam pauperiorem et accipientem facit locupletiore* (D 24,1,5,8). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 136.

¹⁴⁷ Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 135.

¹⁴⁸ Оливер Антић, Кауза, стр. 847.

¹⁴⁹ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 69; Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 558; Душко Медић, Даровање према нацрту ЗОО РС, стр. 51; Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 251.

¹⁵⁰ Не могу се побијати због оштећења поверилаца уобичајени пригодни дарови, (...) сразмерни материјалним могућностима дужника (чл. 282 ЗОО). У вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део не улазе (...) мањи уобичајени поклони (чл. 49 ЗОН). Уобичајени мањи поклони никада се не урачунавају у наследни део (чл. 75 ЗОН).

¹⁵¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 89.

¹⁵² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 88.

елемента и побијања, тачније веза између степена осиромашења и могућности побијања поклона. Поклон не угрожава ни интересе нужних наследника, уколико је мање вредности. У наследном праву, то се процењује упоређивањем вредности поклона са вредношћу оставиоачеве имовине, односно укупним приликама у којима се оставилац налазио.¹⁵³ За постојање објективног елемента поклона није битна величина осиромашења, већ је она значајна за примену неких правила о поклону. По економским теоријама, напојница није поклон, али не зато што је осиромашење мало. Напојницом давалац покушава да осигура квалитетну услугу у будућности, његово понашање је стратешко и опортуно.¹⁵⁴

Обогаћење је друга компонента објективног елемента. Поклонопримац не даје никакву накнаду поклонодавцу. Имовинска корист поклонопримца је прво обележје римског поклона у класичном периоду. Да је то бит сваког поклона показује регулисање забране поклона између супружника – забрањена су само она даровања којима се поклонопримац богати, а поклонодавац сиромаша. Међутим, треба имати у виду да се имовинска корист јавља и у другим пословима, па и у теретним уговорима (нпр. када купац јефтино купи или продавац скупо прода ствар).¹⁵⁵

Л. Марковић обогаћење истиче као главни елемент поклона. Поклон постоји ако давање фактички увећава имовину поклонопримца, тј. представља обогаћење. Обогаћење лежи у намери даривања. Давање се чини да би поклон учинио поклонопримца богатијим. Поклонопримац треба да прими давање као поклон.¹⁵⁶ Израз „лукративан“ означава уговор који доноси корист без рада и противнакнаде. За поклонопримца поклон има такав карактер.¹⁵⁷

У предратној литератури појам поклона искључује било какав имовински интерес поклонодавца, захтева се „чисто обогаћење и осиромашење“, посао је или поклон или није, нема делимичног поклона.¹⁵⁸ Касније, доктрина ублажава овај оштар захтев, вероватно одраз римске круте бесплатности. Објективни елемент постоји и када поклонодавац нешто добија, што је случај у одређеним модалитетима поклона (узајамни, мешовити поклон).¹⁵⁹ Не сме постојати еквивалентност. У том смислу се у једној пресуди констатује да „спорни

¹⁵³ Оливер Антић, Зоран Балиновац, стр. 299; М. Креч, Ђ. Павић, стр. 177. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 88.

¹⁵⁴ Bradley Ruffle, Gift giving with emotions, стр. 415.

¹⁵⁵ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 112-113. Критика оваквог мишљења: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 69, напомена 227.

¹⁵⁶ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 557.

¹⁵⁷ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 61; Снежана Миладиновић, Уговор о поклону по одредбама ЗОО ЦГ, стр. 989.

¹⁵⁸ Живојин Перић, Карактерне особине уговора о поклону, стр. 261.

¹⁵⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 90.

уговор не само по свом називу, већ и по свом садржају представља уговор о даровању с налогом. Дародавац препушта даропримцу имовинску корист, с тим да овај изврши одређену радњу у корист дародавца или треће особе, или у своју корист, а овај на то пристаје. Та радња се, према становишту суда, може састојати и у уздржавању.“¹⁶⁰

2.2. Веза између осиромашења и обогаћења и њихов значај

По старијим схватањима веза између осиромашења и обогаћења мора бити директна. Обогаћење проистиче из осиромашења, њихове вредности су једнаке. Зато је неопходно да поклонодавац у време закључења уговора има својину. У супротном, нема ни осиромашења ни обогаћења, а самим тим ни поклона (у овој концепцији поклон туђе и будуће ствари отпада). Ово илуструје спону објективног елемента и потенцијалног предмета поклона.

Савремена доктрина прихвата и посредну везу. Предмет поклона не прелази увек директно из поклонодавчеве у имовину поклонопримца. Могућ је и индиректан поклон,¹⁶¹ нпр. код уговора о осигурању живота у корист трећег. Стипулант осиромашује за износ премија које уплаћује промитенту – осигуравачу. Бенефицијар-поклонопримац се богати осигураном сумом приликом наступања осигураног случаја. Износ премија (осиромашење) и осигурана сума (обогаћење) нису једнаки. Исти је случај и са уговором о продаји земљишта где лице А купи земљиште, али се договори са продавцем да се некретнина укњижи на име лица Б. А је поклонодавац земљишта, мада никада није ни био његов власник.¹⁶² Прихватање индиректне везе између обогаћења и осиромашења значајно је проширило појам поклона и омогућило да се у романским системима индиректним поклоном ублажи строги формализам.

Појмовни пар обогаћење/осиромашење је основ разграничења поклона од других бесплатних уговора и у томе се огледа његов правни значај. Послугодавац не отуђује ствар предату послугопримцу, па нема његовог осиромашења нити се послугопримац богати. Поклоном се стиче својина. Бесплатна остава није поклон јер оставопримац не умањује своју имовину. Из истог разлога, бесплатно заступање није поклон. Код бескаматног зајма постоји у одређеном временском интервалу, осиромашење и обогаћење, код поклона је оно трајно.

Јемство није поклон. Поверилац није поклонопримац јер га исплата не обогаћује. Ни дужник није поклонопримац јер долази до персоналне суброгације, јемац ступа на место

¹⁶⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 1688/1998-2 од 23.05.2001. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁶¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 97-98.

¹⁶² Абедин Бикић, Облигационо право, стр. 72. Постоји и мишљење да је поклон новац плаћен продавцу.

повериоца. Међутим, ако они модификују законска дејства јемства тако да јемац нема право на регрес, тада би се могло говорити о поклону.¹⁶³ Додуше, отвара се питање да ли је онда то и даље јемство?

Бесплатно обављање неког рада другом лицу није поклон јер радник не поклања другоме вредност свог рада, чак и када се рад новчано процени. Исто је и код бесплатног уздржавања. У оба случаја нема осиромашења, већ евентуално пропуштања да се увећа имовина.¹⁶⁴

На основу присуства објективног елемента у судској пракси утврђује се правна природа уговора поводом којег се води парница. Тако је у једном спору првостепени суд нашао да се ради о доброчином правном послу који је означен као уговор о поклону. Међутим, другостепени суд стао је на становиште да „правну природу уговора не одређује наслов, већ његова садржина“, а она показује да поклонодавац поклања означену имовину да би га поклонопримац издржавао, хранио и после смрти сахранио, с тим „да се овај поклон неће урачунати у његов наследни део“. Тако одређена садржина, према мишљењу другостепеног суда „указује да се ради о двострано-обавезном уговору“. Због тога је другостепени суд наложио првостепеном суду да у поновном поступку, имајући пре свега у виду садржину спорног уговора, али и праву вољу уговарача, утврди праву природу уговора.¹⁶⁵ Идентификовање поклона је значајно, јер је он рањивији од теретних уговора.

Одсуство објективног елемента индикатор је да заправо није учињен поклон. У једној парници суд је закључио да се правилност побијане пресуде не може испитати, јер је заснована на непотпуно утврђеном чињеничном стању и погрешној примени материјалног права. Наиме, међу странкама није спорно да је закључен уговор о поклону између правног претходника тужиоца, пок. М.Б. и тадашње државе ФНРЈ, коју представља Народни одбор општине. Уговор је оверен пред судом као поклон. Међутим, у тачки 4 наводи се да је вредност поклоњеног имања процењена на 581 750 динара тадашњих, а Народни одбор сагласан је да се на име примљене и уступљене непокретности изврши раздужење пореза од 571 750 динара, који дугује М.Б. Првостепени суд није утврдио мотив закључења уговора. Наиме, није утврдио да ли је мотив да се М.Б. ослободи пореза, или је мотив био друге природе. Правну природу посла суд утврђује према садржини и циљу који су странке уговором желеле постићи, а не по називу правног посла.¹⁶⁶ Суд употребљава термин „мотив“, а заправо се ради о објективном елементу.

¹⁶³ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 86.

¹⁶⁴ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 86. Ово питање је посебно обрађено о глави „Предмет поклона“.

¹⁶⁵ Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1938/2005 од 7.12.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁶⁶ Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 80/2003 од 31.1.2003, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2003, стр. 86.

Уклањањем објективног елемента, уговор престаје да буде поклон, постајући онда „чвршћи“. По становишту судске праксе, када уговарачи закључе уговор о поклону, а усмено уговоре и доживотно издржавање поклонодавца, онда вољом уговарача долази до конверзије поклоне у двострано теретни уговор о отуђењу. Ако су уговарачи закључили пуноважан уговор о поклону, а усмено уговорили и доживотно издржавање поклонодавца и тај споразум реализовали, правна природа таквог уговора није добročина. Зато се, кад је вољом уговарача дошло до конверзије, не може захтевати редуција поклоне због повреде нужног наследног дела, по чл. 40 ЗОН.¹⁶⁷

2.3. Негирање осиромашења и обогаћења

Постоји мишљење да појмовни пар осиромашење/обогачење није суштински значајан, односно да је реликт застарелих теорија о поклону. Осиромашење/обогачење нису конститутивни елемент даровања у римском класичном периоду, како се то понекад истиче.¹⁶⁸ Б. Благојевић наводи да је доскора владало општеусвојено гледиште да поклон нужно претпоставља осиромашење поклонодавца односно обогачење поклонопримца, и то с обзиром на конкретан случај, цењен по субјективном мерилу. Међутим, битно је да поклон, објективно посматрано представља терет за поклонодавца, а корист за поклонопримца. Такође, поклон може донети непосредну корист и поклонодавцу: поклањање немодерних артикала како би се ослободиле просторије за смештај нове робе и у исти мах направила реклама. Терет се по правилу изражава у смањењу поклонодавчеве имовине, а корист у повећању поклонопримчеве, али то не мора бити увек случај нити је услов за пуноважност уговора о поклону.¹⁶⁹

Гледиште да дарована ствар мора имати прометну вредност је сувишно, јер чим је поклонопримац примио поклон, значи да он за њега има неку вредност, објективну или субјективну. Сувишно је говорити о вредности поклоне и неком обогачењу. Није потребно посебно истицати да је поклон смањење имовине поклонодавца и повећање имовине поклонопримца, јер је обогачење наличје бесплатности. Када се некеме даје бесплатно, свакако се тиме повећава његова имовина.¹⁷⁰ Овде се поново види веза између објективног елемента и предмета поклоне.

¹⁶⁷ Врховни суд Србије, Рев. 1424/02 од 03.10.2002, Актуелна судска пракса, стр. 352.

¹⁶⁸ Више: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 78-79.

¹⁶⁹ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 85. Овакво резонување прихвата и DCFR као „пословни поклон“. Више у глави о форми.

¹⁷⁰ Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 250.

У одређеним случајевима, бесплатно давање доноси јасну материјалну корист поклонодавцу. У једном случају из немачке судске праксе фабрика чипса предавала је пулпу кромпира, нуспроизвод чије је уклањање скупо, локалним фармерима за исхрану стоке. Пулпа је изазвала помор стоке, фармер захтева накнаду штете. Одговорност поклонодавца је блажа у односу на одговорност преносиоца у теретном уговору, па је исправна квалификација правног посла (давање пулпе) врло значајна.¹⁷¹ Пошто су трошкови уклањања отпада изузетно високи, поставља се питање да ли је преузимање отпада противчинидба која елиминише бесплатност. Треба испитати да ли сагласност уговарача обухвата и специфичне обавезе прибавиоца/поклонопримца (прихват и преузимање отпада). Развој технологије и рециклажа учинили су отпад корисном сировином, што отвара нове правне проблеме. Поклони лукративни поклонодавцу нису ретки: сликар дарује галерију ради престижа и рекламе што му омогућава бољу продају; власник зграде уступа поткровље да би смањио трошкове одржавања и топлотне губитке.¹⁷²

Бројне законске и уџбеничке дефиниције поклона не помињу осиромашење/обогаћење, већ као објективни елемент истичу бесплатност: „Поклонодавац даје не иштећи нити примајући икакве за то наплате“, (§ 561 СГЗ); „Поклон је уговор којим неко даје или обећава другоме бесплатно и добровољно извесну имовинску корист, а други то прима или прихвата“.¹⁷³ Поклон је изнад материјалне вредности, пуког осиромашења и обогаћења. Ниједно осигурање не може да обештети младин емоционални губитак због крађе венчаног прстена. Овај поклон је драгоцен не због злата, него као симбол љубави и потврда статуса удате жене.¹⁷⁴ Ипак, ретки су парови који би се задовољили пластичним прстеном. Када анализира поклон, утописта греша колико и апсолутни материјалиста.

Најзад, осиромашење и обогаћење јавља се и мимо поклона, нпр. када вештим преговорима уговарач постигне изузетно повољну цену. Понекад се плати за безвредну ствар, али то није поклон продавцу. Када поклоњена ствар поклонопримцу нанесе штету, не треба закључити да поклона нема, јер се он није обогатио. Да би се утврдила правна природа једног уговора, уколико се испостави да он није произвео жељени резултат, треба: 1) промислити шта је типично за посао који су стране предузеле; 2) оцену дати тек на основу коначног биланса.

¹⁷¹ Пример базиран на пресуди Врховног федералног суда Немачке од 20.11.1984 – BGHZ 93, 23.

¹⁷² John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 86.

¹⁷³ Михајло Вуковић, *Обвезно право*, стр. 248.

¹⁷⁴ Schroeder, JL, *Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts*, стр. 891.

3. Објективни елемент у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)

Бесплатност је објективан, док је намера да се учини корист субјективан елемент поклона. Према DCFR, бесплатност је одлучујуће и елементарно обележје поклона, које не зависи од субјективног елемента нити нужно претпоставља великодушност поклонодавца или фаворизовање поклонопримца. Тест за утврђивање бесплатности посла је неутралан: правни посао је бесплатан ако преносилац за право које преноси не добија накнаду (IV. Н. – 1:201). Накнаду представља свака врста противчинидбе, новац, ствар, услуга или терет који сноси друга страна. Квалификација не зависи од субјективне или објективне процене вредности, било каква накнада, макар тривијална и безначајна, искључује бесплатност. Ово нефлексибилно схватање подсећа, у неку руку, на круто римско поимање бесплатности и потврђује енигматичност објективног елемента.

Наменско давање за одређену нарочиту сврху не елиминише бесплатност. Тако, на пример, када навијач уплати новац спортском удружењу ради реновирања клупских просторија, обавеза да се новац наменски употреби није накнада, тако да се ради о уговору о поклону.¹⁷⁵

Давање ради испуњења раније настале обавезе није поклон. Нема бесплатности ако се даје на име уговорне или законске обавезе, односно обавезе установљене судском одлуком. У том смислу, ако родитељ има законску дужност издржавања малолетног детета, споразум о испуњењу ове обавезе није поклон.

Мешовити уговори су нарочито проблематични. Разграничење од „чистог“ поклона је оштро. DCFR посебним чланом уређује „посао који није у целини бесплатан“ (IV. Н. – 1:202). Када преносилац добија одређену накнаду па посао није потпуно бесплатан, посао се сматра примарно поклоном: а) ако постоји намера да се учини корист другој страни; и б) по мерилу (оцени) уговарача нема еквиваленције између узајамних чинидби. Илустрација: Управа нове робне куће поклања апарат за кафу сваком заинтересованом посетиоцу, с тим да се апарат преузима на петом, последњем спрату, при чему се обилази продајни простор и разгледа роба. Пењање је накнада, па је уговор мешовит. Али, уговор ће се сматрати примарно поклоном, ако су кумулативно испуњена оба напред наведена услова.¹⁷⁶

Објективни елемент мешовитих уговора коригован је и допуњен субјективним, уговор је поклон само ако, по оцени уговарача, постоји нееквиваленција. Илустрација 1: Пријатељска продаја садржи елементе и продаје и поклона. Примена правила о поклону

¹⁷⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2816.

¹⁷⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2819.

зависи од субјективног схватања уговарача о еквиваленцији чинидби купца и продавца. Илустрација 2: У неким крајевима Европе влада сујеверје да поклањање ножа доноси несрећу поклонопримцу. Да би се избегле те „штетне последице“, поклонопримац даје симболичну накнаду (новчић). Ова накнада је безначајна и посао се сматра примарно поклоном.¹⁷⁷ Занимљиво је да се у једном периоду српске историје такође појављује уздарје, тј. обдареникова противчинидба поклонодавцу, вероватно као плод обичајног наслеђа, која се састојала у предаји ствари незнатне вредности у односу на дар.¹⁷⁸

Ни код условљених давања нема „чисте“ бесплатности, ради се о мешовитом уговору. Илустрација: Лице А пренесе у својину вредну слику на лице Б, са раскидним условом да Б изложи слику у музеју четири пута годишње. Обавеза да Б излаже слику представља накнаду. Нема потпуне бесплатности и правила DCFR о поклону примењују се само ако су кумулативно испуњена два напред наведена услова.¹⁷⁹

Поклон са теретом није потпуно бесплатан. Штавише, ако се терет не испуни, последице су сличне као у случају неиспуњења обавезе из теретног уговора. Такав уговор постоји нпр. кад је уговорен поклон са теретом да се поклонопримац стара о поклонодавчевом гробу; или лице А поклони новац лицу Б под условом да он четвртину новца преда лицу Ц; или лице А обећа да ће поклонити акције лицу Б, са теретом да овај финансијски помаже лице А са 20% годишње дивиденде. Ови мешовити случајеви сматраће се примарно поклоном уколико постоји намера да се учини корист и уговарачи су сагласни да нема еквиваленције (услови а и б).¹⁸⁰

За уговор који се сматра „примарно поклоном“ важе правила о поклону: формалан је, поклонодавчева одговорност је ублажена; лакше се поништава због заблуде; важи релативна претпоставка експлоатације поклонодавца као слабије стране у заштићеном односу. Илустрација: Лице А усмено обећа да ће продати аутомобил за половину његове вредности, што лице Б са захвалношћу прихвати. Лице А има намеру да учини корист лицу Б, и вредности чинидби по представи уговарача нису еквивалентне па се примењују правила о поклону. Зато, пошто изјава поклонодавца није у писаној форми, она је необавезујућа (поклон је формалан). Опозивање „нечистог поклона“ делује на цео уговорни однос (не само на бесплатну компоненту). Поклонопримац спречава дејство опозива ако понуди одговарајућу накнаду у разумном року након опозива (тзв. откуп поклона).¹⁸¹

¹⁷⁷ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2820.

¹⁷⁸ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњовековном праву, стр. 88.

¹⁷⁹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2817.

¹⁸⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2817-2818.

¹⁸¹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2821.

4. Објективни елемент у другим дисциплинама

Поклањање као друштвену појаву истражују различите хуманистичке науке. Антрополози су први приметили комплексност даровања. Наизглед слободно и спонтано, поклањање је у реалности принудно и циљано.¹⁸² Систем чине три испреплетене обавезе: давање, прихват и узвраћање једнаким или вреднијим поклоном (тзв. Маусове облигације). Неиспуњење било које обавезе доноси непријатељство и сукоб. Поклањање има социјалну функцију на индивидуалном, породичном и племенском нивоу. Када на мој златан поклон, узвратиш грубом тканином, сазнао сам доста о теби као савезнику или зету; ако је то све што можеш да даш, или ниси добар ратник или ускраћујеш пријатељство. Поклањање успоставља хијерархију. Поклонодавац стиче добру репутацију богатог и дарежљивог човека. Одбијањем поклона статус се губи, то сигнализира да понуђени није способан да узврати.¹⁸³

Поклон је вишеструко исплатив поклонодавцу. У античко време поклонима су се „прибављали“ супружници и творили савези. Поклон пословном партнеру олакшава будућу сарадњу. Психолози описују хедонистички парадокс – и најнесебичнији акт доноси психолошку награду. Поклањање резултира самозадовољством и самопоуздањем, и образлаже се егоистичним мотивима. Чак и код анонимног, добротворног поклона постоји емотивна награда, јер довољно је да се поклонодавац похвали пријатељима. Такав поклон може бити и сигнал партнеру.¹⁸⁴ Прихват поклона омогућава поклонодавцу заштиту репутације, уклапање у друштво, емоционално олакшање и искупљење.

Фактички, поклонодавац није слободан. Свадбени поклон чини се под притиском обичаја како би се избегла критика родбине. Сроднику помажемо не због солидарности, већ зато што нам је потребан или очекујемо противуслугу. Неплаћање скупе школарине за дете угрозило би престиж родитеља у конкретном друштвеном миљеу.

Схватајући да донатори дају како би показали свој престиж, филантропске организације радо публикују имена добротвора. Многа елитна удружења забрањују екстравагантне поклоне како скоројевићи не би засенили старе породице.¹⁸⁵

Реципроцитет је увек присутан, јер нема бесплатног ручка. Поклонопримац осећа лични, психолошки и друштвени притисак да се реваншира. Поклон се редовно узвраћа

¹⁸² Реч је о социјалној, не о правној принуди.

¹⁸³ Schroeder, JL, Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, стр. 833, 843, 846.

¹⁸⁴ Jeroen van de Ven, The Economics of the Gift, стр. 12.

¹⁸⁵ Jane Baron, Gifts, Bargains and Form, стр. 174; Melvin Eisenberg, The World of Contract and the World of Gift, напомена 14; Hila Keren, Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement of (Some) Gratuitous Promises, стр. 30-35, 42-47, 52; Eric Posner, Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, стр. 583. и 590.

такође поклоном, новац би затворио круг. Правно лице узвраћа одавањем почести (нпр. именованом зграде универзитета по добротвору; цркве су исписане ктиторствима). Једино код анонимног поклона, поклона у општекорисне сврхе, поклона непознатом или умирућем нема очигледног реципроцитета. Одређени поклони су потенцијално узајамни: међугенерациски поклон, поклон пострадалом у природној катастрофи (поклон који нису *intuitu personae*). Међутим, и ту се јавља реципроцитет када се сличним или истим поводом некадашњи поклонопримац нађе у улози поклонодавца и обрнуто. Реципроцитет постоји, додуше не између истих лица. Зато, поклон није ни бесплатан ни теретан посао, већ хибрид.¹⁸⁶ Код уговора о поклону, одређени вид еквиваленције код разумних субјеката увек постоји, само што је реч о објективно непотпуно видљивој размени неистоврсних вредности коју одређује сам поклонодавац по свом критеријуму и унутрашњим потребама.¹⁸⁷

Поклон је нарочито двозначан у политици. Јавност перципира корупцију ако политичар обећа противуслугу за предизборни новчани прилог. Када политичар не да експлицитно такво обећање, неуочљивост *quid pro quo* аболира и поклонопримца и поклонодавца, премда нико не сматра прилог за кампању заиста бесплатним.¹⁸⁸ Питање је да ли је реч о поклону када партијски функционер поклони болници вредну опрему, или је то само изборни маркетинг.

Правна филозофија нуди опречне погледе на поклон. Утилитаризам међуљудске односе сагледава са аспекта личног интереса. Поклон је примитиван, непотпун и несавршен посао чији је крајњи циљ увећање користи или богатства поклонодавца, не само економског. Људи поклањају из истог разлога због којег закључују теретне уговоре. За лаике, неправнике, поклон је размена. Поклон је сличнији теретним пословима него што се чини, па специфичности које га прате (нпр. посебна правила о пословној способности уговарача, утицај мотива на пуноважност, строга форма, измењен режим уговорне одговорности, могућност опозива и побијања) немају оправдање. Поклонодавац поступа прорачунато, опортуно, у личном интересу, те не заслужује заштиту. Право не треба да охрабрује нити олакшава поклањање.

Супротно, у философском романтизму међуљудски односи засновани су, или би требало да теже, алтруизму. Поклон се суштински разликује од теретних уговора, супериоран је, гради дугорочне односе, везује људе. Право треба да заштити и стимулише

¹⁸⁶ Schroeder, JL, *Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts*, стр. 842, 823-824, 879; Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 842.

¹⁸⁷ Јосип Чувардић, *Кауза код добротворних уговора*, стр. 9.

¹⁸⁸ Eric Posner, *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*, стр. 570-572.

поклањање.¹⁸⁹ Приказано размимоилажење филозофа је правно релевантно јер од филозофске премисе зависе многе последице. На пример, из негативног става према поклону следи да поклон треба ограничити строгим правилима о способности уговарача, олакшати трећим лицима да га оспоре, омогућити поклонодавцу да се покаје.

5. Објективни елемент код појединих модалитета поклона

Значај објективног елемента и пратећи теоријски и практични проблеми долазе до изражаја код узајамног и мешовитог поклона. Код првог постоје два поклона, други је спој поклона и теретног посла.

5.1. Узајамни поклон

Узајамно даровање између истих лица јавља се у више облика. Суптилне разлике између њих носе различите правне последице. Замисливе су различите ситуације:

1) Лице А поправи Б-ов аутомобил и ту услугу не наплати. Два месеца касније, лице Б поклони лицу А књигу. Да би се радило о поклону нужна је сагласност (макар и прећутна) да је Б поступао из захвалности, а не из обавезе,¹⁹⁰ иначе поклона нема. Посебно је питање да ли је бесплатна поправка поклон.

2) Ако лица А и Б размене рођенданске поклоне, онда је сваки поклон за себе самосталан. Између њих не постоји правна, већ само друштвена веза.

3) Постоје и правно везани поклони. Узајамни поклон је уговор којим уговарачи условљавају његово правно дејство закључењем другог уговора где ће улоге бити обрнуте. Реч је о узајамном условљавању два уговора о поклону.¹⁹¹ Уколико је вредност престације оба уговора иста, ради се о размени. Вредности престација морају се разликовати, а испољена је намера да се тај вишак другоме поклони.¹⁹² Поклон постоји само у погледу веће вредности, која преостаје као салдо.¹⁹³ Преднацрт регулише овакав узајамни поклон: ако је уговорено да поклонопримац узврати поклоном, поклон постоји само у погледу веће вредности узајамних давања (чл. 667).

4) Могућа је и слична, али ипак различита ситуација, нпр. два лица се споразумеју да ће један учинити поклон другом, у зависности од тога ко се први ожени. Ако се први ожени лице А, лице Б ће му поклонити уметничку слику. Ако први буде Б, А ће му

¹⁸⁹ Schroeder, JL, Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, стр. 832. и 839; Jane Baron, Gifts, Bargains and Form, стр. 198; Melvin A. Eisenberg, The World of Contract and the World of Gift, стр. 841.

¹⁹⁰ Абедин Бикић, Облигационо право, стр. 67.

¹⁹¹ Слободан Перовић, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 867.

¹⁹² Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 606; Јелена Чувељак, Уговор о даровању (2006), стр. 12.

¹⁹³ Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 255.

поклонити сат. Оба поклона подвргнута су истом одложном услову, остварење услова делује тако што само један остаје на снази.¹⁹⁴ Овде нема два уговора, него се узајамност јавља унутар једног уговора.

Познавање узајамних уговора о поклону је значајно због проблема симулације. Б. Лоза сматра да, ако се уговором о поклону поклонопримац обавезе да поклонодавцу пренесе неку ствар или друго имовинско право, онда треба узети да су уговарачи закључили уговор о размени, а не уговор о поклону.¹⁹⁵ Ипак, чини се да пре коначне оцене треба узети у обзир вредност чинидби. Истовременост узајамних поклона је нарочито сумњива. У једној пресуди се наводи да „покојни П.Ц. није туженој даровао спорне некретнине, већ се ради о привидном правном послу, односно даровањем је прикривен прави уговор између странака, а то је био уговор о размени. Чињеница да се готово истовремено догодило и једно и друго даровање (тужена је даровала П.Ц.), недвосмислено наводи на закључак да се радило о размени“.¹⁹⁶

5.2. Мешовити поклон

Мешовити поклон је уговор којим се уговарачи узајамно обавезују, али тако да већа вредност престације једног представља поклон за другог.¹⁹⁷ Обогаћење поклонопримца огледа се у непостојању еквивалентности, он више добија него што даје, нпр. отац продаје сину кућу испод цене. Сродство је довољно да објасни „пријатељску продају“, тј. мешовити поклон. Поклонодавац има право ревокације, према општим правилима за уговор о поклону.¹⁹⁸ Уговор се опозва као и сваки други поклон.¹⁹⁹ Зато није свеједно да ли постоји поклон или продаја.

Мешовити поклон постоји у заједници са неким теретним правним послом, у коме су се стране међусобно обавезале.²⁰⁰ То је сложен уговор чији је један састојак поклон. Тако и једној пресуди суд констатује „да закључени уговор представља уговор о доживотном уздржавању у 2/10 дела, а у 8/10 дела уговор о даровању“.²⁰¹

По Преднацрту, ако у теретном послу вредност узајамних давања није једнака, разлика у вредности сматра се поклоном, само ако је постојала намера да се поклон учини (чл. 668). Уређујући „уговор који није потпуно бесплатан“, DCFR прописује овај услов под

¹⁹⁴ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 91.

¹⁹⁵ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 68; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 28.

¹⁹⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 2565/1999-2 од 06.04.1993. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁹⁷ Слободан Перовић, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 867.

¹⁹⁸ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 605.

¹⁹⁹ Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 256.

²⁰⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 605; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 93; Јелена Чувељак, Уговор о даровању (2006), стр. 12.

²⁰¹ Врховни суд Хрватске, Рев. 2546/1990-2 од 28.02.1991. Извор: <http://www.vsrh.hr>

а), али Преднацрт нема услов б) из DCFR. Чини се да је у DCFR усвојена апсорпциона теорија („уговор се сматра примарно поклоном“), а у Преднацрту комбинована (поклон је само вишак тј. „разлика у вредности“). У сваком случају, правна природа сложеног посла одређује се и помоћу субјективног елемента. На пример, ако имовина која се некоме оставља ради издржавања, далеко прелази вредност потребну да се оствари то издржавање, онда се тај вишак, ако су стране у време склапања уговора свесне неразмере између узајамних давања и на њу добровољно пристају, посматра као даровање и само у том делу уговор представља даровање.²⁰²

Претпоставка за постојање мешовитог поклона је присуство теретног посла. Када је тај теретни посао продаја, могуће су три ситуације: 1) Продавац и купац су уговорили цену сразмерну вредности ствари и споразумели да купац не мора да је плати. У тој ситуацији цена није стварна, јер нема намере да се тражи њена исплата. Без цене нема продаје. 2) Одређена је цена тако мала да је очигледно да је продавац није сматрао озбиљном. Ни у овом случају нема продаје, јер је цена неозбиљна, али може постојати прикривен поклон. 3) Уговорена је цена знатно нижа од вредности ствари, али већа од очигледно прениске цене. Само у трећој ситуацији постоји мешовити поклон. У прве две нема продаје па ни предуслова за мешовити поклон.²⁰³ Треба разликовати мешовити и прикривени поклон. Прикривање уговарачи користе када желе да трећим лицима изгледа да су између себе закључили неки теретни уговор.

Занимљиво је да Грађански законик Луизијане прописује аритметичко правило за оцену да ли је мешовити уговор поклон. Посао се неће сматрати поклоном ако материјална вредност обавезе поклонопримца према поклонодавцу премашује $\frac{2}{3}$ вредности поклоњене ствари. Уговор без терета је „чист поклон“, уговор до прописане границе је „онерозан поклон“. Правило „ $\frac{2}{3}$ “ важи и за ремуеративни поклон учињен за услуге које је пружио поклонопримац.²⁰⁴

6. Објективни елемент поклона и симулација

Практичан значај објективног елемента долази до изражаја у изненађујуће бројним случајевима симулације. Симуловани (привидни) уговор постоји када уговарачи закључе један уговор чије дејство не желе, прикривајући други уговор чије дејство стварно желе (дисимуловани, прикривени). Ако привидан уговор прикрива неки други уговор, тај други важи ако су испуњени услови за његову ваљаност (чл. 66 ст. 2 ЗОО). Симулација се

²⁰² Врховни суд Хрватске, Рев. 229/1991-2 од 28.05.1991. Извор: <http://www.vsrh.hr>

²⁰³ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 95.

²⁰⁴ Martin A. Hogg, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, стр. 181-184.

најчешће злоупотребљава како би се заобишла правила пореског или наследног права. С обзиром да је симуловани посао ништав, на однос између уговарача примењују се правила прикривеног посла. Ово је важно јер се правила за поклон и теретне уговоре веома разликују.

Упоредна пракса показује да ће уговарачи поклон прикрити продајом без исплате цене или теретни посао поклоном, у зависности од тога који уговор ужива повољнији порески третман.²⁰⁵ У домаћој пракси срећу се обе ситуације. У старијој домаћој литератури наводе се хипотетички примери симулације. Деда и баба пренесу све непокретности на унука, на основу уговора о поклону, а овај се усмено обавезе да их до смрти издржава, што у уговору не наведу; супружник пренесе супружнику некретнину рачунајући да ће га онда више волети и пружити му лепши живот. У наведеним случајевима накнадно поклонопримац престане да даје издржавање, односно брачни односи се поремете и дође до развода, па поклонодавац тражи повраћај. Да ли има места поништају и да ли се ради о поклону или неком другом послу – уговору о доживотном издржавању или уговору са раскидним условом?²⁰⁶

6.1. Прикривање поклона другим пословима

А. Маленица користи формулацију „поклон обучен у теретни посао“. До Константина поклон је био кауза па је могао бити заоденут у теретни посао. Римљани су прикривали поклон да би избегли забрану даровања између супружника, изиграли повериоце, сакрили поклон од породице. Најчешће продаја прикрива поклон. *Imaginaria venditio* је продаја где се цена не наплаћује. Пошто је цена битан елемент, продаје нема. Поклон постоји ако је ствар предата, јер се „купац“ обогатио. Постоји поклон и у случају када изостане плаћање закупнине или када се ортак ослободи свих обавеза па учествује само у подели добити.²⁰⁷

У савременој пракси поклон се најчешће прикрива продајом или уговором о пружању услуга. Обавеза поклонопримца односи се на ствари или услуге које не постоје или су минималне вредности (уговарачи игноришу тржишну вредност). Између страна не важи продаја, него поклон, ако су испуњени услови за његов настанак.

Ако симулована продаја прикрива поклон, захтева се истовременост привидног и прикривеног уговора. У једној пресуди првостепени суд образлаже да уговор о продаји из

²⁰⁵ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 12-14.

²⁰⁶ Војислав Вуличевић, *О поклону*, стр. 29.

²⁰⁷ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 108-109. Супротно: Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 88, напомена 287.

1992. није у целини извршен у погледу плаћања цене, од стране друготуженог као купца, већ само у сразмерно мањем делу, те да је првотужени одлучио да друготуженом поклони предметне непокретности о чему су постигли сагласност писменим уговором о поклону 1994, и да стога уговор о продаји прикрива уговор о поклону. Другостепени суд сматра да је такво образложење нејасно. Уговор о продаји из 1992. могао је да прикрива уговор о поклону само „уколико је у тренутку његовог закључења постојала сагласност између уговарача да се уговор о продаји закључује као привидан уговор и да се, истовремено, тим уговором прикрива поклон. Другим речима, овде важи правило о истовремености привидног и прикривеног уговора, које првостепени суд није имао у виду“.²⁰⁸

У неким парницама је тешко утврдити који уговор је симулован, а који прикривен. Правну природу уговора суд утврђује према садржини и циљу које су странке желеле постићи, а не по називу посла.²⁰⁹ Понекад судови као помоћни критеријум користе и каузу. У образложењу једне пресуде се наводи: „У првостепеном поступку је утврђено да су тужилац и тужена закључили брак 1988. а развели 1996. Обоје имају по један брак иза себе и децу из ранијих бракова. Тужилац је стан откупио на своје име 1993, али без уплате откупне цене стана, пошто је до тада уплаћени допринос тужиоца за стамбену изградњу у целини покривао откупну цену стана. На дан 7.4.1993. странке су закључиле судско поравнање којим су констатовале да откупљени стан представља брачну тековину и да су по том основу сувласници. Другим поравнањем закљученим 27.8.1993. странке су најпре ставиле ван снаге прво поравнање, да би затим тужилац признао туженој искључиво право својине на наведеном стану из разлога што је стан исплаћен „једнократном уплатом из средстава која су заједнички стекли током трајања брака и с обзиром на чињеницу да је допринос тужене приликом откупа стана био већи“.

Тужилац је тужбом поднетом 1996, непосредно пре развода брака, тражио утврђење да друго поравнање прикрива уговор о поклону и да се уговор опозове због грубе неблагодарности поклонопримца (напомена аутора: тужиоцу није свеједно, јер је поклон опозив због незахвалности, за разлику од поравнања). Утврђујући правну природу другог поравнања и праву вољу страна приликом његовог закључења, првостепени суд налази да су после закључења првог поравнања странке желеле да тужена, као тадашња тужиочева супруга, после његове смрти буде обезбеђена од евентуалних наследних претензија тужиочеве деце из првог брака, затим да су имали у виду да је тужилац већи део новца добијеног продајом своје очевине дао синовима из првог брака, да је на име издржавања

²⁰⁸ Округни суд у Ваљевоу, Гж. 508/2005 од 1.4.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

²⁰⁹ Округни суд у Пожаревцу, Гж. 80-03 од 31.1.2003. Извор: „Paragraf Lex“.

бивше супруге плаћао 30% своје пензије, да је њу и стамбено обезбедио, те да је намера странака била да тужена као друга супруга буде у равноправном положају са првом супругом и да су све то били разлози који су определили странке да закључе друго поравнање. На основу свега наведеног, узимајући у обзир и садржину поравнања, првостепени суд закључио је да поравнање не прикрива уговор о поклону, већ представља уговор о деоби предметног стана, њихове заједничке брачне имовине. Уговором о деоби странке су се сагласиле да стан припадне туженој у искључиву својину, с тим да тужилац задржи право доживотног уживања. Суд је још закључио да је неоснована тврдња да наведено поравнање представља уговор о поклону стана, а да је самим тим и неоснован захтев за опозив поклона.

По налажењу Окружног суда, закључак првостепеног суда је неправилан. Првостепени суд правну природу спорног поравнања утврђује узимајући у обзир разлоге и мотиве странака да закључе поравнање. Међутим, правна природа правног посла цени се према садржини права и обавеза и према последицама које он производи. Другим речима, правну природу уговора, односно да ли се ради о теретном или добротном уговору, опредељује основ уговора (кауза), као непосредни правни циљ обавезивања уговорних страна.²¹⁰ Приликом оцене правне природе другог поравнања првостепени суд је био дужан да пође најпре од садржине писмене исправе о поравнању из које произлази да странке констатују да је стан исплаћен једнократном уплатом из средстава која су заједнички стекли у току трајања брака, што није тачно. Такође није тачно, с обзиром утврђене чињенице (стан није ни био плаћен готовим новцем), да је допринос тужене приликом откупа стана био већи, како се то у поравнању наводи. Уз то, околности које првостепени суд узима у обзир приликом утврђивања правне природе спорног поравнања (обавезе тужиоца према ранијој супрузи, давање новца својој деци из првог брака од продате очевине, као и жеља да се искључивом својином на стану тужена заштити од евентуалних будућих наследних претензија тужиочевих законских наследника и истовремено учврсти брачна заједница), указују управо на привидност поравнања. Зато није јасан закључак првостепеног суда да предметно поравнање стварно представља уговор о деоби заједничке имовине и не прикрива уговор о поклону.²¹¹ Чини се да у овом случају поравнање прикрива поклон. Суд је утврдио постојање и намере дарежљивости (субјективног елемента), и бесплатности (објективног елемента).

²¹⁰ Суд овде меша објективни и субјективни елемент. Кауза је везана за последњи. „Последица посла“ је код поклона обогаћење/осиромашење.

²¹¹ Окружни суд у Ваљеву, Гж. 497/2007 од 22.3.2007. Извор: „Paragraf Lex“.

Поједине уговорне клаузуле су индикатор поклона. У једној пресуди се каже: „Уговорна клаузула да се даровање тужиоцу урачунава у наследни део указује да је права воља странака било даровање, јер се таква клаузула не уноси у даровни уговор, ако није плод изричите сагласности странака. Та клаузула указује да се не ради о привидном правном послу који прикрива уговор о уступању некретнина.“²¹²

Као путоказ користи се и мотив уговарача. У једној парници суд констатује да из списка, односно из исказа сведока и странака следи да је побуда због које је тужилац са туженима закључио уговор 2006. била да се тужени брину и старају о њему, „па је нејасно на основу чега је првостепени суд закључио да је намера тужиоца била искључиво да дарује тужене, односно да им поклони своје непокретности“.²¹³

Уговор о поклону уговарачи прикривају тзв. наследноправним уговорима како би изиграли права наследника. Наиме, поклон се побија због повреде нужног наследног дела, што код теретног уговора није могуће. У једном случају, наследници поклонодавца тужили су наследнике поклонопримца. Покојна О.Ш. као прималац и покојни А.Б. као давалац склопили су уговор о досмртном уздржавању 1998. којим је О.Ш. дала у власништво А.Б. мали телевизор и износ од 60.000 DEM, а А.Б. се обавезао бринути о њој, пружати јој сву потребну негу и помоћ, а посебно у болести, те након смрти сахранити. Приматељица уздржавања умрла је протеком мање од четири месеца од закључења наведеног уговора. Правилно су нижестепени судови закључили да спорни уговор по својој правној природи представља поклон, јер је очигледно права воља О.Ш. била да дарује новац и ствари А.Б. с којим је живела у заједници у соби дома умировљеника. О.Ш. је била способна за расуђивање, уговор није сачинила под претњом или због било које друге мане воље. Стога је уговор о досмртном уздржавању привидан уговор и као такав ништав, али су испуњени услови за ваљаност уговора о даровању. Чињеница што се претходник тужених (А.Б.) обавезао помагати и неговати тужиочеву мајку О.Ш. не мења карактер таквог уговора да би се сматрао наплатним, јер према § 940 ABGB могуће је извршити даровање и у случају заслуга даропримаоца. Стога је ваљало утврдити да је спорни уговор о досмртном уздржавању ништав. У конкретном случају не ради се о уговору о досмртном уздржавању, већ о уговору о даровању. Наиме, у тренутку склапања спорног уговора о досмртном уздржавању покојној О.Ш. заправо није била потребна помоћ треће особе, јер је и сама имала довољна средства за подмирење трошкова смештаја у дому умировљеника, где је имала примерену негу. Такође је странкама било познато и јасно да је О.Ш. била тешко

²¹² Врховни суд Хрватске, Рев. 1215/1991-2 од 30.10.1991. Извор: <http://www.vsrh.hr>

²¹³ Апелациони суд у Београду, Гж. 2831/10 од 22.10.2010. Извор: „Paragraf Lex“.

болесна, те да одбија лечење узнапредовалог карцинома. Стога не постоји елемент алеаторности који је нужан код уговора о доживотном или досмртном уздржавању, а не постоји ни потреба издржавања.²¹⁴

6.2. Поклон прикрива теретни посао

Поклоном се прикрива продаја да би се изиграло право прече куповине трећег лица. У једном случају, првотужени је продао друготуженом непокретности означене у пред судом овереном уговору о продаји 1992, да би после тога између истих лица 1994. био закључен и уговор о поклону где је првотужени поклонодавац, а друготужени поклонопримац. У парници тужилац као сувласник на предметним непокретностима побија уговор о продаји због повреде права прече куповине, а садржина захтева тужбе је најпре, као прејудицијелно, утврђење да је уговор о поклону привидан у смислу чл. 66 ЗОО, а затим и побијање уговора о продаји због повреде права прече куповине.²¹⁵

Поклон често прикрива тзв. неименовани уговор о доживотном издржавању. У једној пресуди суд констатује: „Уговором о поклону непокретности, на коме су потписи уговарача судски оверени, уговорена је обавеза доживотног издржавања поклонодавца, који своју непокретност одмах преноси поклонопримцу у својину. Уговор о поклону, као симулован правни посао, не производи правно дејство, али је пуноважан дисимулован двострано обавезни уговор, који има елементе уговора о доживотном издржавању. Међутим, дисимулован уговор није класичан уговор о доживотном издржавању, уређен ЗОН, јер му недостаје наследноправна компонента као битно обележје овог уговора. Пренос имовине није одложен до смрти примаоца издржавања неименованим уговором закљученим у смислу чл. 26 ЗОО.“²¹⁶

Поклоном се прикривају и други уговори. Тако се у једној пресуди каже: „Спорни уговор о поклону закључен између тужене Л. (поклонодавца) и туженог М. (поклонопримца) ништав је као привидан, јер права воља уговарача није била да закључе поклон већ неки други правни посао. Могуће су различите садржине прикривеног уговора: 1) Прво, да се уговором о поклону прикрива правни посао којим се регулишу имовинскоправни односи између Л. и М; 2) Друга могућност је да се уговором о поклону прикрива и формалноправно реализује М.-ова куповина наследног дела од С., при чему би се овде радило не само о симулацији посла, већ и о тзв. персоналној симулацији, где се уствари Л. само привидно појављује као уговорна страна. У том случају судило би се по

²¹⁴ Врховни суд Хрватске, Рев. 1304/08-2 од 03.02.2010. Извор: <http://www.vsrh.hr>

²¹⁵ Окружни суд у Ваљеву, Гж. 508/2005 од 1.4.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

²¹⁶ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 114/2011(1) од 11.4.2012. Извор: „Paragraf Lex“.

правилима која важе за персоналну симулацију, по којима се прикривени уговор сматра као уговор о заступању где је лице које фигурира у уговору намењеном јавности (симулован уговор) само заступник правог уговарача, што би у конкретном случају значило да је Ј., као „подметнуто лице“ у ствари била само заступник С.²¹⁷

У једном занимљивом случају два поклона прикривају продају. Другостепени суд констатује: „Правилно је првостепени суд поступио када је по службеној дужности испитао правилност и законитост уговора. Повод да се, као претходно питање, преиспита пуноважност уговора о поклону стана дао је на првом месту акт добродиног располагања тужене у корист Т.Н. (уговор о поклону новца), који је закључен неколико дана пре уговора о поклону стана. Дакле, прво се тужена обавезала да оцу добродино исплати 18 000 DEM, а потом се он обавезао да јој поклони стан. Управо такав развој доводи у питање поступке тужене и њеног оца, јер је неубичајено да се за новчани поклон узвраћа поклоном стана. Стога је правилно првостепени суд оценом исказа сведока утврдио да је Т.Н. продао туженој спорни стан, али да су странке одлучиле да тај њихов однос прикажу као поклон како би избегли плаћање пореза на пренос апсолутних права. Дакле, уговарачи су се прво договорили да закључе уговор о продаји стана, а затим су одлучили да тај посао прикрију уговорима о поклону новца и стана као би путем тих симулованих правних послова избегли трошкове. Уговор о поклону стана је апсолутно ништав, јер су га уговорне стране искористиле како би прикриле стварни уговор о продаји (дисимуловани).“²¹⁸

Глава II

СУБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПОКЛОНА

Термин *animus donandi* (*animus* - воља, *donatio/onis* - дар, поклон) се у литератури помиње и као субјективни елемент поклона и као кауза поклона и као његов битни састојак.²¹⁹ Зато су ови појмови обрађени у једној глави.²²⁰ Са друге стране, у неким правним системима *animus donandi* није нужан за настанак поклона, тако да тај појам не треба поистоветити са изразом „субјективни елемент“, када се излаже упоредно право.

Субјективни елемент је тешко дефинисати, он је мање опипљив и уочљив од објективног. Покушај да се овај појам одреди речником који се користи за дефинисање

²¹⁷ Окружни суд у Ваљевоу, Гж. 1117/2003 од 11.12.2003. Извор: „Paragraf Lex“.

²¹⁸ Апелациони суд у Београду, Гж. 5822/11 од 23.01.2013, Билтен 5/2013, стр. 194.

²¹⁹ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 610; Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 64; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 135.

²²⁰ М. Ђурђевић у својој монографији о *animus donandi* пише најпре у глави I: Обележја поклона, а затим у глави II: Закључење уговора о поклону.

каузе теретних уговора је дискутабилан, јер поклон нема очигледно, рационално објашњење. У синалагматичним уговорима кауза, основ или разлог обавезивања, је *quid pro quo* односно *do ut des*. Ако се обавеза поклонодавца може објаснити исто као обавеза из теретног уговора, онда то и није поклон. *Animus donandi* је лакше повезати са мотивом. Међутим, и то је спорно јер је мотив, у начелу, ванправна категорија. Зато се појам каузе поклоне „проширује“ тако да обухвати и *animus donandi*, што је такође проблематично.

Упркос поменутиим теоријским тешкоћама, субјективни елемент је и данас незаобилазан, без њега нема поклоне. Тако нпр. када поверилац опрости дужнику један део дуга да би наплатио остатак, и то учини уговором о поравнању, такав посао није поклон, јер поравнању закљученом с циљем увећања своје имовине, недостаје *animus donandi*.²²¹ Ако неко лице у заблуди плати туђи дуг мислећи да плаћа свој, нема поклоне јер не постоји *animus donandi*.²²² То би било плаћање недугованог. Издваја се мишљење да је *animus donandi* имао оправдање само у класичном римском систему даровања, и да је после Константинових и Јустинијанових реформи овај појам постао сувишан.²²³

За разлику од објективног, субјективни елемент поклоне нераздвојив је од емоција. Не ради се ту само о осећањима према поклонопримцу, него и према свом жртвовању. Греша ко мисли да је лако поклонити.²²⁴ Међутим, емоције су давно прогнане из уговорног права јер се сматрало да им ту није место. Ипак, пионирска дисциплина о интеракцији емоција и права има шта да понуди уговорној теорији. Полазиште је да емоције играју кључну улогу у правној сфери, што је супротно конзервативном раздвајању афекције и разума и ставу да емоције ремете вољу уговарача. Право је прожето емоцијама, али и само врши огроман утицај на колективно и индивидуално осећање људи. Без уважавања персоналних, психолошких последица правних радњи, без разумевања шта и како обликује људска осећања, адекватно правно решење је недостижно. Традиционално право, попут човека без развијене емоционалне интелигенције, доноси погрешне одлуке. Занемаривањем афективно-емотивног аспекта, уговорно право постаје нељудско и штетно.²²⁵

Улога емоција указује на разлику између правне и економске науке. Поклањање је контрадикторно класичним економским теоријама по којима је човек рационалан, поступа у сопственом интересу и тежи увећању личног богатства. Поклон је нелогичан, јер више

²²¹ Лазар Марковић, *Облигационо право*, стр. 557.

²²² Богдан Лоза, *Облигационо право*, стр. 75.

²²³ Више: Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 112.

²²⁴ *Errat si quis existimat facilem rem esse donare* (Seneca, 24,1). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 146.

²²⁵ Hila Keren, *Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement of (Some) Gratuitous Promises*, стр. 32.

кошта поклонодавца него што користи поклонопримцу.²²⁶ Ипак, раширеност поклона демантује овакво материјалистичко резонување. Другим речима, за правника је објективни елемент недовољан. На пример, код мешовитог и узајамног поклона, поклона са теретом или налогом, тих симбиоза добротинства и оневозности, поклон се препознаје баш по утврђењу субјективног елемента, намере дарежљивости.²²⁷

1. Субјективни елемент у римском праву

Animus donandi прате бројне дилеме и несигурности. Правно-историјски развитак овог појма је буран. Приписује му се и класично и византијско порекло, час значење објективног час субјективног елемента, једном значи вољу за бесплатношћу, други пут вољу за добротинством. У складу са општим византијским учењем да природу акта не одређује његова објективна структура, већ воља страна, израз *animus donandi* означавао је вољу управљену на бесплатно, схваћену по њеном правном, а не економском учинку. Тачније, то је воља да се одређени правни посао, којим се остварује нека имовинска корист, правно квалификује и регулише као даровање, без обзира што по својој објективној структури евентуално одговара неком другом правном послу, нпр. продаји.²²⁸ *Animus donandi* је повезивао различите акте којима се вршило поклањање.²²⁹

Према је објективни елемент сједињен са субјективним и обрнуто, класични правници инсистирали су на субјективном елементу, слободно формираној вољи поклонодавца, због тога што бесплатно увећање имовине постоји и у другим ситуацијама мимо поклона (нпр. када наследник испуни легат легатару, не чини му поклон; он спроводи оставиочеву, не сопствену вољу).²³⁰

Добровољност је битна карактеристика *animus donandi*.²³¹ По њој се поклон разликује од *in ius*-а, под којим се подразумевало давање по закону обавезно или давање које само обичај налаже, учињено ради постизања дозвољених или забрањених циљева (давање властима, војна дажба, поклон поводом рођења, венчања, поклон ради корумпирања магистрата, сведока, судија). Код *in ius*-а воља преносиоца се не формира

²²⁶ Robert Prentice, *Law & Gratuitous Promises*, стр. 5.

²²⁷ Слободан Перовић, *Облигационо право*, стр. 614.

²²⁸ Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 83.

²²⁹ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 177-180.

²³⁰ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 114; Драгољуб Лазаревић, *Уговор о поклону*, стр. 74.

²³¹ Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 71, напомена 232а, сматра да А. Маленица, неоправдано, додаје вољи поклонодавца атрибут добровољности (слободно формиране воље). „О том својству даровања се, међутим, не може говорити у класичном систему, већ само у систему Константина и Јустинијана, али и тада не као о специфичном својству даровања, већ као о општем својству свих уговора“.

спонтано, већ нужно.²³² Поклон је у односу на *modus* опозиција, што потврђују бројне максиме. Поклон је спонтан, нема дарежљивости ако је неко дужан да даје. Добročинство се не намеће.²³³ Поклон постоји када се нешто уступа без правне обавезе; даје се без икакве правне принуде.²³⁴ Суштина добročинства није у ономе што је учињено или дато, него у самој племенитој намери онога ко даје или чини.²³⁵

Слободно формирана воља није гаранција да заиста постоји *animus donandi*. Постоје ситуације да једна страна слободном вољом предузима одређену радњу и свесна је да бесплатно увећава имовину друге стране или јој прибавља неку имовинску корист, али поклона ипак нема (нпр. мираз, други добročини послови *commodatum*, *depositum*). Нема поклона зато што постоје и друга обележја, нпр. закључење брака или повраћај ствари, због којих важе посебна правила. Класични правници истичу да поклон постоји тек ако, поред слободно формиране воље поклонодавца, постоји и свест и воља да се реализује поклон, а не неки други посао, односно циљ. Свака исплата туђег дуга или јемство није поклон, већ само ако постоји воља да се поклони. У класичном периоду *animus donandi* се дефинише као слободно формирана воља једног лица да прибави имовинску корист другом лицу, на свој терет, без икакве накнаде или услова који је обележје другог посла. Касније, Јустинијан је истакао субјективни елемент као намеру да се учини несебични акт либералитета лишен егоистичких мотива. До тада је у римском праву главни елемент поклона била бесплатност, виђена као одсуство еквиваленције.²³⁶

Субјективни елемент присутан је и на страни поклонопримца. Што се некеме у његовом интересу даје, не иде против његове воље.²³⁷ Добročинство се силом не намеће.²³⁸ Нема поклона без прихвата. Поклон се не може дати без знања и против воље поклонопримца.²³⁹ Он се саглашава, изричито или прећутно, у моменту закључења посла

²³² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 23. Супротно: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 81, напомена 269.

²³³ *Beneficia non obtruduntur* (Ulpianus D. 37,1,3,3). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 75.

²³⁴ *Donari videtur quod nulli jure cogente conceditur* (D. 50,17,82). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 136.

²³⁵ *Beneficium non in eo quod fit out datur consistit, sed in ipso dantis out facientis animo* (Seneca, *De Benef.* 2,1). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 75.

²³⁶ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 115-116.

²³⁷ *Quod cuique pro eorgrastatur, invito non tribuitur* (Ulpianus, D. 50,17,156,4). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 443.

²³⁸ *Invito beneficium non datur* (Paulus, D. 50,17,69): Добročинство се не чини против воље. Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 236; *Non potest liberalitas nolenti adquiri* (Ulpianus, D. 39,5,19,2): Не може се добročинство наметнути ономе ко га не жели. Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 338.

²³⁹ *Nec ignorans nec invitus quisquam donat* (C.J. 8,53,10). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 301.

којим се поклон реализује или накнадно после акта поклонодавца.²⁴⁰ Вероватно се са ових полазишта изградило схватање да је уговор, као сагласност воља, институт који највише одговара поклањању.

2. Субјективни елемент у упоредном праву

2.1. Француско право

Поклон је уговор (по својој правној природи, не по систематици СС), па за његов настанак важе општи услови за настанак уговора. Улогу субјективног елемента има кауза као намера даривања (*intention libérale*). Код реалних уговора кауза је предаја ствари, а код бесплатних уговора то је *animus donandi*.²⁴¹ Ово схватање је оспорено тврдњом да је поклон акаузалан. Кауза је карактеристика теретних уговора, тако да појам поклона, према овом схватању, не треба оптерећивати субјективним елементом, јер је довољан објективни. По супротном мишљењу, субјективни елемент је есенцијалан, а објективни је вишак.²⁴² Ипак, чини се да су сврсисходна оба елемента, што потврђују следећи примери. Када продавац прода ствар испод тржишне вредности, осиромашен је у корист купца. Када осигураник плаћа премије, а осигурани случај не наступи, осигуравач је обogaћен. Међутим, ни продавац ни осигураник нису поклонили. Објективни елемент је присутан, али нема субјективног. Искључиво нееквиваленција није довољна за поклон.²⁴³ Живот захтева и субјективни елемент, јер сама бесплатност није довољна.²⁴⁴

Поглед на субјективни елемент је еволуирао. Старија доктрина одређује субјективни елемент апстрактно. Он се посматра кроз призму каузе, мотиви су ирелевантни: то је намера да се пренесе неко право на поклонопримца без узвратног еквивалента.²⁴⁵ Пошто се мотиви игноришу, они не могу „покварити“ поклон. Скривен мотив не утиче на ваљаност поклона. Ако је недопуштен мотив уочљив из услова, услов је неважећи, али поклон остаје пуноважан (чл. 900 СС). Апстрактна концепција везује субјективни елемент за објективни (намера ка бесплатности), и указује на јаз између поклона и теретних уговора. И код теретних уговора постоји намера да се постигне нееквиваленција, али у сопствену корист (тежим да купим што јефтиније, да продам што скупље). Модерна доктрина напушта апстрактну концепцију. Субјективни елемент се везује за мотиве, али не за све него за један

²⁴⁰ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 119.

²⁴¹ Саша Никшић, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, стр. 1067.

²⁴² Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 151.

²⁴³ John Dawson, Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, стр. 62; Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 152.

²⁴⁴ Martin A. Hogg, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, стр. 190.

²⁴⁵ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 152.

најважнији који утиче и на ваљаност поклона. Њега је понекад тешко изоловати и то је главна замерка новој концепцији. Поклони се дају и из неморалних и егоцентричних мотива: да би се оштетила сопствена породица или остварила нека корист у будућности. Нема ту правог добротинства, иако постоји бесплатност. Парадоксално, у интересу је правде да се и овакав посао третира као поклон, јер га то чини рањивим.

Француски судови користе предности обе концепције и различито поступају када поклонодавац поклања јер осећа обавезу, ванправну или моралну. У једном случају, Јеховини сведоци су оптужени за утају пореза. Секта је тврдила да прилози нису поклон, јер хришћани имају природну обавезу да буду великодушни и несебични, и да су верници заузврат добили морално задовољење. Суд је закључио да се ипак ради о поклону. Појединачни, конкретни, мотиви нису релевантни (апстрактна концепција). Само би материјала противчинидба секте искључила поклон. Убеђење поклонодавца да испуњава неку моралну обавезу није довољно да се посао не третира као поклон.²⁴⁶ У другом случају, послодавац је предао близу милион франака у чековима због услуга које му је, током живота, пружио запослени. Порезници су захтевали порез на поклон. Суд није разматрао да ли је сума заиста еквивалентна учињеним услугама, објективни елемент је занемарен. Пружене услуге и исплата сматране су чинидбом и противчинидбом што је негирало субјективни елемент.²⁴⁷ Дакле, концепције се флексибилно тумаче у интересу правде, што значи да су оне само средство за постизање правичности, а не саме себи циљ.

По класичним теоријама, испуњење натуралне облигације представља теретни посао. Испуњењем дужник остварује свој интерес да угаси облигацију, без обзира што га она само природно обавезује (нпр. плаћа да би побољшао свој кредитни рејтинг). По новијем гледишту, испуњење натуралне облигације је неутрални акт, спојив са идејом добротинства.²⁴⁸

2.2. Италијанско право

Субјективни елемент је *spirito di liberalità*, законски термин (чл. 769 СС), поклонодавчева намера да бесплатно пренесе право на поклонопримца без обавезе, макар и природне, да то учини. Доктрина оспорава да поклон има каузу као теретни уговори.²⁴⁹ Управо је акаузалност разлог што се инсистира на формалностима. Додатна претпоставка ваљаности уговора о даровању је и његова форма. Наиме, поклонодавац се штити од олаког

²⁴⁶ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 192.

²⁴⁷ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 154.

²⁴⁸ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 59. и 60.

²⁴⁹ Jaakko Husa, *Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle*, стр. 353.

преузимања обавезе прописивањем форме, па форма у одређеном смислу преузима улогу каузе.²⁵⁰ Кауза код поклона не би испуњавала ни једну своју редовну функцију. Сам поклон је кауза. Постоји и супротно мишљење које прихвата каузу, али не и француску теорију о главном мотиву. Мотиви су, према овом схватању, ирелевантни сем код ремунеративног и обичајног поклона. Кауза поклона је жељено обогаћење поклонопримца на рачун поклонодавца, односно увећање туђе имовине без икакве накнаде (тзв. објективна теорија).²⁵¹

Поклону из обичаја недостаје спонтаност. Пошто ту нема добровољности, уистину се не ради о поклону. Класични поклон тиче се само уговарача, уобичајени поклон има дубљи друштвени смисао, он се даје и због трећих лица. Извршење природне обавезе никада није поклон, јер недостаје спонтаност.

У судској пракси кауза поклона има две компоненте: објективну и субјективну. Прва компонента има типичну економско-друштвено функцију, обогаћење поклонопримца тј. осиромашење поклонодавца. Друга компонента је *animus donandi*, разлог бесплатног, добровољног и спонтаног преноса.²⁵² Овако схваћена, кауза поклона обухвата поред субјективног и објективни елемент.

2.3. Немачко право

Као субјективни елемент поклона, BGB захтева споразум (сагласност) између уговарача да је посао бесплатан (BGB § 516 ст. 1).²⁵³ Поклон се не даје, нити се прима против своје воље. Уколико, нпр. лице А пружи услуге бесплатно, а услужени касније обећа да ће их платити, његова исплата није поклон. Поклона нема ни ако преносилац сматра да је посао бесплатан, али прибавилац сматра да дугује накнаду, односно да се она од њега очекује. Немачко уговорно право не познаје каузу као услов настанка уговора па је субјективни елемент поклона сагласност уговарача.²⁵⁴ Мотиви такође нису релевантни. За квалификацију посла свеједно је да ли поклонодавац поступа алтруистично или егоистично (нпр. да би нарушио репутацију обдаренице; да би даропримац упао у неповољнију пореску категорију).²⁵⁵ Испуњење природне обавезе није поклон. BGB не захтева *animus donandi*, вољу да се другом бесплатно добави корист. Зато је у немачком праву поклон и оно што у

²⁵⁰ Саша Никшић, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, стр. 1085.

²⁵¹ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 161.

²⁵² Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 163.

²⁵³ Martin A. Hogg, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, стр. 176.

²⁵⁴ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 167.

²⁵⁵ John Dawson, Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, стр. 137.

другим правним системима није (нпр. гарантовање за туђи дуг).²⁵⁶ Ово решење прихвата и DCFR. У романским системима, ако обавеза поклонодавца нема своју каузу-animus donandi, неће настати поклон, јер не постоји кауза па је уговор неважећи. У германским системима уговор у таквом случају не би био ништав, али ако не постоји субјективни елемент, неће настати уговор о даровању,²⁵⁷ већ неки други посао.

Уобичајени поклон поклонодавац чини због поштовања обичаја, да би сачувао углед и репутацију у одређеном миљеу (нпр. напојница). Изричито је заштићен од опозива (§ 534 BGB).

У литератури се наводе занимљиви примери из праксе немачких судова. Мушкарац је обећао партнерки новчану суму ако ожени другу жену. Суд је утврдио да стране нису уговориле бесплатан посао (поклон), већ да се ради о накнади за женину жртву и њен велики допринос његовом животу.²⁵⁸

2.4. Шпанско право, Common Law и канонска доктрина

У Шпанији субјективни елемент чини и сагласност страна о томе да је посао бесплатан и animus donandi. То је комбинација романског и германског решења. Мотиви се не узимају о обзир.²⁵⁹

Common Law поклон није уговор па сагласност воља није нужна. Субјективни елемент је једноставно намера поклонодавца да поклони.²⁶⁰ Поклон постоји и када нпр. поклонопримац сматра да му је ствар дата на зајам. Субјективни елемент мора бити јасан и недвосмислен. Поклонодавац треба да разуме природу и последице свог чина. Субјективни елемент независан је од поклонодавчевих мотива, он постоји и када је поклон учињен да би се оштетили повериоци, породица или избегао порез.²⁶¹

Субјективни елемент је најпрецизније и најуже одредила канонска доктрина. За поклон је најважније да се пренос права чини из побожних разлога. Субјективни елемент има две компоненте. Шира компонента је намера поклонодавца да унапреди свети рад Цркве и њену мисију. Друга, лична компонента изражава побожност, духовност, идеалистичке вредности и тежњу за добротом.²⁶² Правила канонског права важе само ако је присутан такав субјективни елемент (нпр. поклон је новац за изградњу олтара). У

²⁵⁶ Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, стр. 355.

²⁵⁷ Саша Никшић, *Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву*, стр. 1099.

²⁵⁸ RG 23 Feb 1920, RGZ 98, 176. Извор: Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 193.

²⁵⁹ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 8 и 11.

²⁶⁰ Зато у правима где је поклон уговор субјективни елемент постоји и на страни поклонопримца. Израз „намера даривања“, више алудира на поклонодавца.

²⁶¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 171.

²⁶² Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 86.

дилеми да ли је поклон учињен Цркви или појединцу, важи претпоставка у корист Цркве (супротно се доказује експлицитним доказом, нпр. уз ствар је предата и рођенданска честитка). Оваквом схватању замера се да је недоследно, јер Црква прихвата и поклоне неверника. Овде се јавља асоцијација између способности за поклањање и дефиниције субјективног елемента, али то превазилази оквире нашег рада.

3. Субјективни елемент у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)

Субјективни елемент одређен је као намера поклонодавца „да учини корист“ поклонопримцу (доброчинство). Ова терминологија је подеснија од „намере поклонодавца да обогати поклонопримца“, јер обухвата и поклон објективно безвредне ствари.

Није сваки „поклон“ у корист примаоца. Сасвим је замислива ситуација да неко преноси својину на другог, али без намере да му учини корист. Илустрација: Таблоидни новинар жели да шпијунира филмску звезду. У намери да објави ексклузивне фотографије, сакрије камеру у букет и пошаље га као поклон. Глумица је врло захвална за цвеће. Овде нема намере да се учини корист, па нема ни поклона.²⁶³

Функција субјективног елемента је сужена. Док у неким правним системима *animus donandi* служи да одређене послове стави ван домашаја правила о поклону, DCFR *animus donandi* не прописује као услов постојања поклона. Зато ће неки случајеви, који традиционално не представљају поклон, ипак доћи у домашај правила о поклону. Ради јасноће, два таква случаја су поменута. Сматра се да постоји намера поклонодавца да учини корист поклонопримцу без обзира што поклонодавац: 1) испуњава моралну обавезу; или 2) даје у промотивне сврхе (IV. Н. – 1:203).

1) Субјективни елемент може да постоји паралелно са моралном обавезом. Илустрација: По окончању основних и мастер студија студент жели да настави школовање. Због узраста, више нема право на издржавање од родитеља. Иако његови родитељи осећају само моралну обавезу да помогну детету, намера да се учини корист није одсутна у овој ситуацији. Све што му дају је поклон, јер је тешко бранити став да давање из моралних разлога није поклон.²⁶⁴

2) У многим државама, резонување да „нема бесплатног ручка“ искључује давање у промотивне сврхе из режима поклона. Не ради се ту о дарезљивости, већ о маркетингу. DCFR напушта овакву концепцију, јер стоји на становишту да и код давања у промотивне

²⁶³ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2800.

²⁶⁴ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2824.

сврхе постоји намера поклонодавца да учини корист поклонопримцу (нпр. испред продавнице промотери деле балоне и слаткише, али чињеница да ово давање прате комерцијални мотиви (рекламирање), не потиरे намеру да се учини корист.²⁶⁵

Ако поклонодавац поред намере да учини корист поклонопримцу, реализује и неку другу намеру, посао ипак може бити поклон. Међутим, и та друга намера је правно релевантна, нпр. за ремунеративни поклон важе правила о поклону са одговарајућим адаптацијама: он се не може опозвати због незахвалности. Опозив због осиромашења не може се оспорити тврдњом да је поклон имао другу сврху.

Понекад се један појам лепо разуме преко супротног појма. Супротност субјективном елементу је намера да се штети, неспојива са поклоном. Исто важи и за случајеве којима се манифестује чиста себичност. Тројански коњ је најбољи пример. Исплата недугованог услед заблуде исплатиоца да испуњава неку обавезу није поклон.²⁶⁶ Дакле, зла намера према поклонопримцу искључује поклон, али поклон из зле намере према трећем (нпр. да би се оштетили повериоци или наследници) је могућ.

4. Субјективни елемент у домаћем праву

4.1. Терминологија и поимање субјективног елемента у доктрини и судској пракси

У домаћој литератури субјективни елемент се означава терминима: *animus donandi*, намера даривања, намера дарожљивости. Среће се и појам *contra animus donandi*. Наиме, поклонопримац се редовно, лично или материјално, реваншира поклонодавцу. То чини пре даровања, што се рефлектује и на само даровање, или након даровања да би га на неки начин оправдао.²⁶⁷

Animus donandi домаћи аутори објашњавају као „свест и намеру“, „вољу поклонодавца да умањи своју имовину и повећа поклонопримчеву“, „вољу да не тражи и не прими накнаду“.²⁶⁸ Термини којима се *animus donandi* описује свакако потврђују да се ради о субјективном елементу поклона.

Срећу се две концепције о *animus donandi*. По субјективној концепцији то је некористољубиво, алтруистичко осећање, жеља за добротворењем, да се поклонопримцу

²⁶⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2825.

²⁶⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2825. Последња констатација није новина, о чему сведочи и максима: *Qui sciens solvit indebitum, donandi consilio id videtur fecisse* (Sec. Ulpianus, D. 12,6,1,1). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 432.

²⁶⁷ Никша Шкарица, О даровању, стр. 42. Овај појам Н. Шкарице нису прихватили други аутори.

²⁶⁸ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 614; Мирса Мијачић, Облигационо право, стр. 59; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 50.

учини неко задовољство, заинтересованост да он осети добро. То је чисто, простодушно давање од срца. *Animus donandi* је воља и намера поклонодавца да из просте дарежљивости, а без икакве непосредне користи за себе, увећа имовину поклонопримца на терет своје.²⁶⁹ Приликом оцене да ли постоји поклон, суд треба да истражи мотиве и да констатује поклон само ако нема себичних, егоистичних побуда поклонодавца. По овој концепцији такав мотив искључује поклон. Као пример се може навести поклонодавац који поклони породичну кућу само да би напакостιο члановима породице. Због тога што је мотив освета или мржња, по субјективној концепцији нема поклоне. Међутим, тиме се правди чини медвеђа услуга, јер је поклон рањивији од осталих уговора. По другој, апстрактној концепцији, *animus donandi* је свест, воља и намера поклонодавца да умањи своју, у корист имовине поклонопримца. М. Ђурђевић истиче да је у савременој српској теорији прихваћена апстрактна концепција, растерећена психолошких момената. Мотиви могу бити различити, али не утичу на *animus donandi*.²⁷⁰ На тај начин појам уговора о поклону је проширен, тако што је смањена могућност да због мотива посао „испадне“ из режима који важи за поклон.²⁷¹

М. Ђурђевић, *animus donandi* превасходно везује за добровољност и слободу,²⁷² чије су супротности принуда и правна обавезност. Поклон бива кад ко добровољно другоме што да (§ 561 СГЗ). Давање је добровољно када је спонтано, резултат властите побуђености. Воља поклонодавца изјављена у нужди, због тешког материјалног стања или стања зависности, под утицајем економске или фактичке принуде, нема потребан квалитет (добровољност). Ако је нееквиваленција последица фактичких околности које су задесиле поклонодавца, онда нема поклоне јер нема спонтано формиране воље (када се у нужди ствар прода испод цене или се преплати). Давање није добровољно када је резултат погрешне представе о вредности давања. Давање због испуњења неке правне обавезе није поклон чак и када прималац ничим не узвраћа (код законског издржавања).²⁷³ Добровољност и слобода су атрибути воље нужни и код других уговора, али се код поклоне апострофирају. На њихово постојање треба нарочито обратити пажњу због објективног елемента поклоне, јер

²⁶⁹ Стеван Јакшић, *Облигационо право*, стр. 36. Овде би могао да се препозна општи и ужи тј. правни смисао појма *animus donandi*. Ипак, то нису дефиниције већ више описи цитираног аутора.

²⁷⁰ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 49.

²⁷¹ Ако је посао поклон онда је рањив, односно подложен контроли и „нападима“.

²⁷² Тако и: Јосип Чувардић, *Кауза код добротиних уговора*, стр. 4. Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 80- 81, тврди супротно: Даровање је од Јустинијана уговор, па подразумева сагласност воља, понуду и прихват. Добровољност није специфична само за даровање. Не постоји разлог зашто би се вољи поклонодавца давао такав атрибут. Требало би онда то исто учинити и кад је у питању *animus vendendi*, *animus solvendi*. У класично доба добровољност служи за разликовање даровања од *munus-a*.

²⁷³ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 48.

код теретних уговора он не постоји. Осим тога, уговарачи теретног уговора уживају додатну заштиту због начела једнаке вредности давања.

Нема поклона ако је неко дао оно што се од њега могло тражити тужбом, приговором или извршним захтевом. Тужба се не мора заиста поднети, довољно је да постоји основана могућност за њен успех.²⁷⁴ Једноставније речено, дужник не поклања повериоцу испуњењем дуга. *Animus donandi* је свест поклонодавца да није дужан уступити предмет поклона и намера да упркос томе то учини.²⁷⁵ Плаћање пореза није поклон држави, јер за супротно понашање следи санкција, уосталом то и није грађанскоправни однос.

Изложене теорије не утичу много на судску праксу. Нема одлука из којих се види да је суд применио субјективну или апстрактну концепцију, односно да је у дилеми око субјективног елемента због мотива. Једноставно, суд констатује да без намере даривања нема поклона: Тужилац није туженој и њеном супругу даровао спорну кућу тиме што им је након венчања допустио становање у приземљу своје куће, а касније и на спрату исте куће, јер осим пуке тврдње тужене, ни једним доказом није утврђено даровање.²⁷⁶ Намера даривања се утврђује на основу свих околности случаја. У једној пресуди стоји: „Требало је утврдити да ли је права воља тужиоцевог претходника била да добровољно и бесплатно дарује туженој 350 000 USD добијених продајом његове посебне имовине. Чињеница да је тужена положила на своју штедну књижицу новац нема сама по себи значење даровања, већ би имала то значење да је код претходника тужиоца постојала воља да тај новац дарује туженој. Међутим, из поступка произлази да су брачни односи сад покојног Ј.Р. и тужене били трајно поремећени, да је он тражио од тужене да му новац врати, те да је она, уз његов пристанак, део споменутог новца утрошила за куповину стана, а у уговору је као купац био означен и Ј.Р. Из свега следи да се не ради о даровању, већ да је претходник тужиоца предао својој супрузи поменути спорни износ како би га заједнички трошили.“²⁷⁷

По једном схватању, *animus donandi* се односи пре свега на одлуку поклонодавца да учини поклон,²⁷⁸ по другом, то је воља обојце (појам обухвата и вољу поклонопримца да бесплатно прими поклон).²⁷⁹ Чини се да је судијама ипак пресудна намера поклонодавца. Овај проблем се јавља када једна уговорна страна сматра да је закључен поклон, што друга негира. „Поклонопримчево“ фабриковање поклона често је у пракси. У једном случају

²⁷⁴ Михајло Вуковић, *Обвезно право*, стр. 252.

²⁷⁵ Веселко Шепаровић, *Уговор о даровању*, стр. 1168.

²⁷⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 479/04-2 од 27.04.2005. Извор: <http://www.vsrh.hr>

²⁷⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. X 79/08-2 од 20.05.2009. Извор: <http://www.vsrh.hr>

²⁷⁸ Слободан Перовић, *Облигационо право*, стр. 614.

²⁷⁹ Богдан Лоза, *Облигационо право*, стр. 75; Мирса Мијачић, *Облигациони уговори*, стр. 64; Ђуро Сесса, *Уговор о даровању*, стр. 143; Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 114; Ђорђе Николић, *Облигационо право*, стр. 187.

новац је предат на чување, али прималац жели да га задржи, сматрајући да је поклоњен. Предмет спора је захтев да тужени врати 38 000 DEM предатих на чување. Судови су прихватили тужбени захтев након што су утврдили да је тужени примио од свог оца – тужиоца наведени износ и положио га на своју штедну књижицу. Предајом новца тужилац није даровао сина, „...тим пре што је свој поступак образлагао тврдњом да је новац хтео склонити од поверилаца“. Судови су прихватили исказ тужиоца о разлозима давања новца на чување. „Тврдња тужиоца да је то учинио због бојазни од грађанске одговорности, поред исказа мајке тужиоца, чињенице да је новац положен на штедну књижицу и да није трошен, те непостојање било какве писане исправе о даровању, нису од одлучног значаја. Права воља странака није било даровање. Тужилац је то одлучно порекао, а тужени, осим властитог уверења, није супротно доказао. Чињеница да је новац био положен на банковну књижицу туженог, нема сама по себи значење даровања, како погрешно сматра тужени, јер код тужиоца није постојала воља да дарује“.²⁸⁰

Субјективни елемент може бити посредно изражен. У једној пресуди стоји: „Када носилац станарског права у формалном овлашћењу за закључење уговора о откупу стана пренесе у својину супружнику свој сувласнички удео и супружник откупи стан, остварено је дејство уговора о поклону. Оверена писмена изјава сада покојног Ј.Ј. не представља само овлашћење да његова супруга откупи стан, већ и пренос својине, имајући у виду садржину изјаве. При тумачењу спорних одредби не треба се држати дословно значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговарача и одредбу тако разумети како одговара начелима облигационог права. Покојни Ј.Ј. и тужена остварили су дугогодишњу брачну заједницу, све до његове смрти. У време откупа стана покојни Ј.Ј. је био тешко болестан и о њему се искључиво старала његова супруга, овде тужена. Из брака немају потомке, а покојни Ј.Ј. је знао да ће средства за откуп бити подигнута са штедне књижице сина тужене из претходног брака који им је и раније помагао. У том контексту, није без значаја реченица из оверене изјаве: „По том уговору власник стана постаће моја супруга М.Ј.“. Дакле, ова изјава није само формално овлашћење за закључење уговора о откупу стана, већ и пренос својине путем поклона.“²⁸¹

Интересантне су парнице када поклонодавац оспорава сопствену, ранију, намеру даровања. Суд мора да буде обазрив јер предомишљање поклонодавца не треба уважити, поклон је неопозив. С тим у вези, стоји у једној пресуди: „Поклонодавац не може истицати својинске претензије према предмету поклона у заоставштини поклонопримца. Неосновано

²⁸⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 501/03-2 од 10.08.2005. Извор: <http://www.vsrh.hr>

²⁸¹ Врховни суд Србије, Рев. 3596/2003 од 7.7.2004. Извор: „Paragraf Lex“.

се истиче да је тужилац дао новац за куповину спорне непокретности мајци у намери да сам стекне својину. Да је таква намера постојала, тужилац би оспорио својину коју је његова мајка стекла по основу купопродајног уговора, а он то није учинио. Напротив, његова намера је била да стамбено обезбеди мајку, па пошто је она, у тој намери, стекла својину на спорној кући и право коришћења на парцели, после њене смрти он не може истицати својинске захтеве према њеним наследницима. Он је поклатио мајци, обезбеђујући јој новац за куповину куће од трећег лица, а поклоном се стиче својина као и продајом. Како поклон није опозван, спорна зграда је остала у својини поклонопримца, па стога улази у њену заоставштину. Отуда тужилац може претендовати на њену заоставштину само као наследник.²⁸²

У једној парници суд је константовао *animus donandi*, иако се поклон у исправама не помиње, а оспорава га сам поклонодавац. Тужиоци А и Б су родитељи тужене В. Тужиоци су својим ћеркама поклањали непокретности. Тако су у договору са брачним паром Д, носиоцима станарског права, откупили споран једнособан стан, исплативши цену (20 000 DEM) и плаћајући порез (1 000 DEM). Да би избегли трошкове, тужена и брачни пар Д закључују пред судом поравнање, којем присуствује и отац тужене, тужилац А, према којем предлагачи Д1 и Д2 признају противнику предлагача В својину и државину, по основу продаје, на спорном стану. У конкретном случају између парничних странака није закључен уговор о доживотном издржавању, већ су тужиоци имали искључиву намеру да туженој учине поклон куповином. Судови су одбили као неоснован тужбени захтев да се утврди да су, по основу купопродаје, родитељи власници спорног једнособног стана, односно да се тужена обавезе да им исплати 21 000 DEM.²⁸³ Примери из последња три пасуса показују да је судска пракса релативизовала став да се „субјективни елемент никада не претпоставља, већ мора недвосмислено произилазити из садржине уговора или склопа околности“.²⁸⁴

Извршење природне обавезе доводи до њеног гашења, испунилац даје у намери измирења дуга (*solvendi causa*), не у намери увећања имовине друге стране, те није поклон, због одсуства *animus donandi*.²⁸⁵ Правила ЗОО о неоснованом обогаћењу изједначавају испуњење моралних и друштвених дужности са испуњењем природних обавеза (чл. 213 ЗОО). Међутим, М. Ђурђевић указује да испуњење неких моралних дужности ипак може представљати поклон. Давање на име извршења моралне дужности о којој не постоји општа

²⁸² Врховни суд Србије, Рев. 1550/2002 од 18.4.2002. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2002, стр. 75.

²⁸³ Врховни суд Србије, Рев. 2882/2005 од 29.12.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

²⁸⁴ *Donatio non praesumitur*. Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 136; Слободан Перовић, *Облигационо право*, стр. 614.

²⁸⁵ Слободан Перовић, *Облигационо право*, стр. 607; Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 64.

свест да је императивна (субјективно непринудна морална дужност) може бити поклон јер *animus donandi* није искључен. Такав је нпр. пригодни поклон учињен ради поштовања фактичких, друштвених, конвенционалних обичаја. Давање из обзира према правном обичају, није поклон.²⁸⁶ Ово резонување је у складу са поменутих новинама из DCFR о постојању намере да се учини корист и када поклонодавац осећа моралну обавезу.

Нераздвојивост субјективног од објективног елемента најочигледнија је код поклона са теретом. По једном мишљењу, поклон са теретом није прави поклон ако престација поклонопримца која из терета произилази задовољава поклонодавчев материјални интерес. По супротном мишљењу, треба упоредити вредност терета и вредност поклона. Тек ако вреде једнако или терет вреди више, поклона нема. Отвара се питање објективне или субјективне процене вредности престације.²⁸⁷ Ако се узме у обзир субјективна процена, онда се сам критеријум обесмишљава, јер постаје произвољан и арбитран. Са друге стране, ако објективна процена није могућа, у помоћ прискаче субјективни елемент. Ако постоји *animus donandi*, онда је реч о поклону. *Animus donandi* се схвата шире: као свест и намера поклонодавца да не тражи нити прима вредност која је објективно или субјективно еквивалентна поклону.²⁸⁸

Сложеност цивилистике илуструје изузетак од правила да без намере даривања нема поклона, а све у циљу заштите потрошача. Слање робе односно пружање услуге коју потрошач није наручио, сматра се безусловним поклоном потрошачу, учињеном у сврху оглашавања.²⁸⁹

4.2. Кауза уговора о поклону

Кауза (основ уговора) је појам чувен по нејасности. У класичном римском праву кауза је означавала сам уговор, а не услов за његов настанак. По Ј. Радишићу, основ обавезе – кауза је непосредан, типичан, правни циљ који уговорник постиже преузимањем обавезе према другој страни.²⁹⁰ С тим у вези, поставља се питање шта је кауза поклона, односно шта је циљ, разлог или узрок поклањања. Питање је веома значајно, јер кауза је услов настанка уговора. Ако не постоји или је недопуштена, уговор је ништав (чл. 51 и 52 ЗОО).

²⁸⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 69.

²⁸⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 72.

²⁸⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 73.

²⁸⁹ Чл. 42, Закон о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 73/2010).

²⁹⁰ Због обима рада, предмет ове тезе нису општи појмови из теорије уговорног права. Међу њима, проблем каузе уговора свакако заузима посебно место, па би његово отварање одвело далеко од уговора о поклону. Зато су општи појмови (нпр. пословна способност, предмет, основ, форма) у тези само скицирани, на основу радова водећих домаћих аутора, у мери која омогућава излагање о поклону.

Без обзира на покушаје, у правној мисли није постигнута потребна правна и логичка доследност, убедљивост и затвореност система теорије каузе, посебно код добротних уговора.²⁹¹ Постоји низ супротстављених теорија о каузи поклона. Класично схватање у каузи види циљ коме уговарачи теже. Кауза реалних једнострано обавезујућих уговора је у предаји ствари. Кауза поклона је намера дарожљивости (*animus donandi*), јер је поклонодавац инспирисан неком заслугом поклонопримца. Антикаузалисти сматрају да није могуће одвојити *animus donandi* од мотива поклонодавца. Кауза се меша са сагласношћу, нпр. уколико изостане *animus donandi* уговор је ништав, не због одсуства каузе него због одсуства сагласности. Новије, субјективно схватање каузе у чистом облику подразумева апсорбовање каузе од стране мотива. Објективно схватање каузе нема ништа заједничко са вољом. Уговор о поклону нема каузу, јер се она састоји у економском еквиваленту, односно кауза је у одлуци поклонодавца да не захтева еквивалент.²⁹² С. Перовић не излаже које су практичне последице дефинитивног усвајања неког од приказаних ставова.

Већина домаћих аутора сматра да је кауза поклона *animus donandi*, у наставку су наведени њихови ставови. *Animus donandi* је основ уговора, неопходан да би поклон постојао.²⁹³ *Animus donandi* (намера даривања) је изјављени или показани основ уговора о поклону, а не мотив или лични повод који је определио поклонодавца да буде дарожљив, као што су сујета, обзир на друштвени углед, утицај јавног мњења и слично (Л. Марковић раздваја основ од мотива).²⁹⁴ *Animus donandi*, намера поклонодавца да нешто из своје имовине пренесе без накнаде у имовину поклонопримца, објашњава зашто постоји поклонопримчева обавеза и служи јој као основ.²⁹⁵ *Animus donandi* је исто што и *causa donandi*.²⁹⁶ Уговор о поклону има каузу, а то је намера да се учини добротинство тзв. *animus donandi*, разлог обавезивања поклонодавца.²⁹⁷ Воља или намера да се поклон учини (*animus donandi*) представља каузу уговора о поклону.²⁹⁸ Према изложеном, може се закључити да једино појам „субјективни елемент поклона“ обухвата мишљења различитих аутора, јер они различитим терминима називају исту појаву (основ уговора, намера даривања, *animus donandi*, основ поклонодавчеве обавезе, добротинство, кауза). Једни сматрају да је *animus*

²⁹¹ Јосип Чувардић, Кауза код добротних уговора, стр. 6.

²⁹² Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 324-330. Цитирани аутор приказује ставове страних теоретичара.

²⁹³ Живојин Перић, Карактерне особине уговора о поклону, стр. 161.

²⁹⁴ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 557.

²⁹⁵ Михајло Константиновић, Облигационо право према белешкама са предавања, стр. 33.

²⁹⁶ Никша Шкарица, О даровању, стр. 42.

²⁹⁷ Душко Медић, Даровање према нацрту ЗОО Републике Српске, стр. 510, напомена 9.

²⁹⁸ Јелена Боровац, Ограничења аутономије воље поклонодавца код уговора о поклону, стр. 183.

donandi кауза уговора о поклону (Перић, Марковић, Боровац), а други да је она кауза поклонодавчеве обавезе (Константиновић, Медић).

С тим у вези, интересантан је и став С. Перовића који сматра да се оно што је основ (кауза) обавезе, узима и као основ (кауза) самог уговора. Насупрот томе, С. Никшић разликује каузу уговора и каузу обавезе. Кауза уговора је типична сврха одређеног уговора, одређена објективно. Тако нпр. кауза уговора о продаји је стицање својине, а иста је ситуација и са уговором о даровању.²⁹⁹ Кауза обавезе објашњава зашто је дужник преузео обавезу. *Animus donandi* је кауза обавезе поклонодавца. Ако кауза обавезе поклонодавца није била воља да бесплатно препусти имовинску корист, већ за преузимање обавезе постоји неки други разлог, онда то и није уговор о даровању.³⁰⁰

М. Ђурђевић дефинише каузу обавезе поклонодавца, *animus donandi*, као вољну нееквиваленцију, која је последица намере поклонодавца да нешто из своје имовине пренесе без накнаде у имовину поклонопримца,³⁰¹ чиме каузу обавезе приближава објективном елементу.

Издваја се мишљење да код добродиног правног посла, односно поклоне, поклонодавац хоће негативан имовински ефекат, тј. да му се имовина смањи – и то је овде кауза.³⁰² Међутим, умањење имовине може се постићи много једноставније (напуштањем или уништењем ствари), осим тога оваква кауза је нерационална.

Среће се и став да *animus donandi* не треба никако поистовећивати с каузом, која је код даровања стицање својине или неког другог имовинског права.³⁰³ Због оваквог резоновања корисно је раздвојити каузу обавезе и каузу уговора.

Ј. Чувардић сматра да владајуће схватање о каузи као непосредном циљу правног посла, код уговора о поклону има врло значајне теоретске и практичне слабости.³⁰⁴ Кауза уговора о поклону је озбиљна, савесно и поштено заснована воља, темељена на најширем могућем и дозвољеном спектру унутрашњих мотива, исказана намером поклањања одређене ствари или права одређеном лицу. Она непосредно у себи, истовремено садржи и објект који се поклања, као и субјект коме се поклања.³⁰⁵ Код овог уговора долази до стицаја

²⁹⁹ Саша Никшић, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, стр. 1095. Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 323, износи супротно мишљење: Уговор ствара обавезе које имају своју каузу и та је кауза уствари и кауза уговора.

³⁰⁰ Саша Никшић, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, стр. 1084.

³⁰¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 136.

³⁰² Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, Увод у грађанско право, стр. 85. Аутор вероватно мисли на каузу уговора.

³⁰³ Анте Перкушић, Бланка Иванчић, Уговор о даровању некретнине *de lege lata* и *de lege ferenda* – побијање паулијанским тужбама, насљедноправни и порезноправни аспекти, стр. 912.

³⁰⁴ Јосип Чувардић, Кауза код добродиног уговора, стр. 17.

³⁰⁵ Јосип Чувардић, Кауза код добродиног уговора, стр. 8.

намере, одн. *animusa*, предмета и каузе, и то само на страни поклонодавца.³⁰⁶ Ставови овог аутора толико су радикални, да њихова оцена превазилази предмет ове тезе.

Може се закључити да је домаћа доктрина несагласна у погледу каузе уговора о поклону, вероватно зато што је и сам појам каузе споран и неодређен. ЗОО прописује да свака обавеза мора имати допуштен основ. Основ уговора се не помиње. Имајући у виду ЗОО, кауза поклона је свест и воља (намера) поклонодавца да поклонопримцу бесплатно увећа имовину или му прибави какву другу корист. Ипак, пошто је кауза првенствено теоријски проблем, ЗОО није неприкосновен. Назире се компромис да је кауза обавезе поклонодавца *animus donandi*, а да је кауза уговора о поклону пренос права на поклонопримца. Прва објашњава субјективни, друга објективни елемент.

4.3. Мотиви (побуде) поклонодавца и њихова веза са каузом

4.3.1. Мотиви (побуде) поклонодавца

По конзервативној економској теорији, поклањање не би требало да постоји јер се човек не одриче материјалних ресурса у корист другог. Међутим, људи поклањају чак и незнанцима. Класична правна доктрина превасходно истиче алтруизам као примарни мотив поклонодавца. Модерна доктрина прави разлику између чистог и нечистог алтруизма. Чист алтруизам манифестује поклонодавац чији је интерес у складу са општим, нечисти алтруизам постоји када поклонодавац даје у сопственом интересу.³⁰⁷ Искрени поклонодавац, добри самарићанин, даје оно што је поклонопримцу корисно (нпр. храну; средства за образовање или лечење), а не оно што ће га учинити срећним или што би сам поклонопримац највише волео (нпр. дрогу; спортски ауто; новац за коцку).³⁰⁸ Према томе, поклонодавац чини поклон: 1) за добробит поклонопримца; 2) да би подигао сопствени статус; 3) како би успоставио или побољшао одређени однос.³⁰⁹ Индијска Махабхарата, највећи еп светске књижевности, наводи пет поклонодавчевих мотива: дужност, лични интерес, страх, љубав и сажалење.³¹⁰ Наведене теорије сортиране су по броју истакнутих мотива. Штавише, најчешће се поклон не може објаснити једним мотивом већ постоји коегзистенција, конкуренција и стицај више мотива.

Побољшање репутације је поклонодавчев мотив притајенији од других. У САД, поклон у општекорисне сврхе је заправо прикривена продаја. Одређени универзитет или

³⁰⁶ Јосип Чувардић, Кауза код добротних уговора, стр. 7.

³⁰⁷ Reid Kress Weisbord, Peter DeScioli, *The Effects of Donor Standing on Philanthropy: Insights from the Psychology of Gift-Giving*, стр. 235.

³⁰⁸ Schroeder, JL, *Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts*, стр. 835.

³⁰⁹ Eric Posner, *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*, стр. 567.

³¹⁰ Bradley Ruffle, *Gift giving with emotions*, стр. 401.

слична установа од јавног значаја продаје право на именовање зграде или амфитеатра свом добротинитељу-поклонодавцу, чији се новац приказује као поклон. Да је право на именовање отворено понуђено на аукцији, престиж универзитета би нестао. Анонимни поклони су доста ретки. Анонимни поклони водећим америчким правним факултетима (Harvard Law School, Yale Law School) чине мање од 1% свих донација.³¹¹ Ко поклања губи, ако се то не памти.³¹²

Сумњичавост и скептичност друштвених наука према мотивима поклонодавца оповргавају тзв. биолошке теорије. У животињском царству жртвовање за генетске сроднике, поготову потомство, је редовна појава. Ниже животиње чине то инстинктивно (пчела умире бранећи кошницу), више животиње нагонски (сисари маме предатора на себе штитећи младунце). Жртвовање поклонодавца је, додуше, мање ризично, јер човек као напреднија врста тај природни нагон реализује интелигентно. Спремност на жртву расте са већим генетским подударањем и зато су најчешћи поклони члановима породице, а највреднији су поклони деци. Друга биолошка теорија која демаскира поклањање је симбиоза. Као што трилиони различитих ћелија дају хранљиве материје заједничком организму како би и саме преживеле, тако и поклонодавац давањем поклонопримцу заправо помаже себи. Треће биолошко објашњење поклањања је тзв. скупо сигнализирање. Животиње троше своју енергију и ресурсе на сигнале да би оствариле одређени циљ. Антилопа скаче и када је предатор не јури показујући му да је здрава и да је лов неисплатив и узалудан. Птичја песма, раскошна јазбина или пауново шепурење су краткорочни трошак како би се добила већа награда (партнер). Људи поклањају због сличних мотива.³¹³ Биолошке теорије показују да поклањање није аномалија или инцидент који треба нарочито регулисати или сузбијати, већ једна нормална природна појава.

Познавање мотива има практичан значај. У доступној судској пракси углавном се неки недостатак мотива наводи као разлог за неважност уговора о поклону, тако да су ретке пресуде где суд оцењује мотив као прихватљив. У једној таквој стоји: „Жеља мајке да помогне и стамбено обезбеди своју усвојену ћерку представља дозвољен, моралан и природан мотив. Да је поклон био условљен обећањем или обавезом усвојене ћерке да се одрекне виђања и осећања са природном мајком, такав услов би био неморалан, незаконит, а тиме и непуноважан. Потпуним усвојењем створен је трајни однос родитеља и детета, па

³¹¹ Eric Posner, *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*, стр. 575-577.

³¹² Publicius Syrus (465), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 379.

³¹³ Reid Kress Weisbord, Peter DeScioli, *The Effects of Donor Standing on Philanthropy: Insights from the Psychology of Gift-Giving*, стр. 269-270.

није могао престати због поремећених односа усвојитеља и усвојеника, простом изјавом мајке да више нема ћерку.³¹⁴

На основу мотива суд процењује правну природу односа између уговарача, односно утврђује да је реч о поклону, а не о неком другом уговору. У том смислу, у једном случају суд констатује: „Произилази да је права воља и непосредни мотив тужиоца поклонодавца било управо даровање некретнине, будући да је тужени поклонопримац имао нерешено стамбено питање. Тужиоци нису имали други мотив, с обзиром да су били у то време витални и доброг финансијског стања, те нису очекивали финансијску помоћ од туженог, посебно издржавање или помоћ, већ су тужиоци под старост очекивали, с обзиром да немају деце, да им тужени нећак помогне у случају немоћи или болести. Предметни уговор није имао битне састојке уговора о доживотном уздржавању, нити се ради о уговору о досмртном уздржавању, па будући да је тужени одмах пренео стан на своје име, то је касније њиме могао слободно располагати.“³¹⁵

4.3.2. Веза каузе и мотива

У доктрини се мотив мање или више повезује са каузом, односно један појам се објашњава другим, или се описују заједно. Мотив поклонодавца, тј. вољна побуда или подстицајни разлог даровања, редовно се састоји у унутрашњем осећају извесне захвалности, благонамерности или пажње, што доводи до коначне одлуке да се учини конкретно даровање. Циљ (*causa finalis*) даровања је увећање имовине поклонопримца на рачун имовине поклонодавца, но није искључено и да даровано има само субјективну, не и објективну вредност.³¹⁶

Заступљено је мишљење проф. М. Константиновића да мотив поклонодавца „улази у основ“. Наиме, он сматра да се апстрактно схваћеној намери поклањања (*animus donandi*) нема шта приговорити,³¹⁷ тако да код уговора без накнаде треба ићи и корак даље. Ту треба водити рачуна и о мотивима дужника (поклонодавца), без обзира на сазнања друге стране (поклонопримца). У појам основа треба унети и оне мотиве који су дужника навели да се обавеже.³¹⁸ Кауза схваћена као *animus donandi*, не може бити недопуштена и због тога не може бити разлог због кога би поклон био неважећи. Неважност поклона се цени једино

³¹⁴ Врховни суд Србије, Рев. 508/06 од 4.7.2007. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 76.

³¹⁵ Врховни суд Хрватске, Рев. 554/1999-2 од 06.05.1999. Извор: <http://www.vsrh.hr>

³¹⁶ Б. Визнер, В. Капор, С. Царић, Уговори грађанског и привредног права, стр. 365. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 76.

³¹⁷ Михаило Константиновић, Облигационо право према белешкама са предавања, стр. 36.

³¹⁸ Михаило Константиновић, Облигационо право према белешкама са предавања, стр. 35.

према недопуштености мотива поклонодавца.³¹⁹ Ово резонуваће М. Константиновића свакако је ratio за ст. 3 чл. 53 ЗОО.

С. Перовић сматра да је побудама проширен појам каузе добротиних уговора.³²⁰ О. Антић иде и корак даље, јер сматра да се у добротиним уговорима, кауза исцрпљује на субјективном пољу: побуда-мотив уједно је и кауза уговора.³²¹ Мотив не „улази“ у каузу, нити је „проширује“, него мотив јесте кауза. Низ аутора повлачи знак једнакости између каузе и мотива поклона. Они наводе да је чињење добротинства мотив за закључење уговора, битан за његову ваљаност. То је „унутрашња побуда или мотив која опредељује поклонодавца“.³²² Animus donandi је differentia specifica која уговор о поклону сврстава у добротине и једнострано-обавезне уговоре, то је намера дарожљивости, унутрашња побуда или мотив која боји овај уговор чинећи га тако посебним.³²³ Animus donandi је исто што и кауза али, није само мотив, већ је код поклона и више од мотива.³²⁴ На другом месту, Б. Мораит каже да је чињење добротинства мотив за закључење уговора на страни поклонодавца, и да се кауза своди на трајно отуђење ствари и права тј. стицање својине или другог имовинског права поклонопримца.³²⁵

Схватање о проширењу каузе мотивом присутно је и у судској пракси: „Мотив код уговора о поклону као добротиног правног посла улази у његов основ“,³²⁶ „Код уговора о поклону мотив је непосредни циљ, побуда која наводи поклонодавца на закључење уговора. Мотив је субјективна психолошка појава везана за личност, унутрашња страна поклонодавца. Дакле, мотив је нешто сасвим лично, скривено, посредно, субјективно, и не садржи се у изјави воље. Према томе, мотив код уговора о поклону као добротиног уговора постаје саставни део уговора, добија значај као и основ, и може се рећи да су спојени“.³²⁷

Изложеном резонувању теоретичара и судова се могу ставити одређене замерке:

- 1) Ако се мотив изједначи са основом, онда сва правила ЗОО о основу, код поклона важе и за мотив. Тако се у судској пракси, на основу правила о непостојању основа (чл. 52 ЗОО), јавило и становиште о тзв. „отпадању мотива“, што је врло проблематично, јер се тако отворила веома широка могућност за поништај уговора о поклону.

³¹⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 138.

³²⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 333.

³²¹ Оливер Антић, Кауза, стр. 277; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 138.

³²² Јелена Боровац, Ограничења аутономије воље поклонодавца код уговора о поклону, стр. 183; Душко Медић, Даровање према нацрту ЗОО Републике Српске, стр. 510, напомена 9.

³²³ Снежана Миладиновић, Уговор о поклону по одредбама ЗОО ЦГ, стр. 992.

³²⁴ Бранко Мораит, Облигационо право, стр. 336.

³²⁵ Бранко Мораит, Облигационо право, стр. 332-333.

³²⁶ Врховни суд Србије, Рев. 609/2009 од 26.3.2009. Извор: „Paragraf Lex“.

³²⁷ Врховни суд Србије, Рев. 3132/2005 од 13.4.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

- 2) На теоријском плану важно је раздвојити сличне појмове. На пример: Превара је довођење у заблуду. Међутим, када се уговор поништи због преваре, не каже се да је „проширен појам заблуде“ или да је у конкретном случају превара уједно и заблуда.³²⁸ Ако је ово резонување бесмислено, онда исто важи и за основ и мотив.
- 3) Кауза и мотив имају различите функције. *Animus donandi* као кауза је услов постојања поклона и мерило по коме се поклон разликује од теретних уговора. Улога мотива је другачија. Мотив није битан за постојање (настанак) поклона већ за његова правна дејства (судбину). Ако је мотив недопуштен или је поклонодавац имао погрешну представу о мотиву, није спорно да ли поклон постоји као уговор већ се поставља питање његове важности. За примену правила ЗОО о недопуштеном основу и ништавости због недопуштеног основа, *animus donandi* нема никакав значај. Битно је шта је одлучујући мотив.³²⁹ Када објективно право узме у проверу мотиве за које постоји основана сумња да су недозвољени, уговор је већ настао.³³⁰ По ЗОО, уговор са недопуштеном побудом „не производи дејство“ (ст. 3 чл. 53).
- 4) Ако је већ усвојен апстрактан *animus donandi*, онда не би требало мешати мотив и каузу.
- 5) „Проширење каузе“, „спајање“, „улажење“, односно поистовећивање каузе и мотива би било оправдано да ЗОО не помиње побуду тј. мотив. Међутим, ЗОО има посебне одредбе о побуди. Мотив утиче на пуноважност поклона: 1) ако је недопуштен (чл. 53 ст. 3); и 2) ако је поклонодавац у заблуди о одлучној побуди због које је преузео обавезу (чл. 62). У случају недопуштене побуде уговор је ништав, у случају погрешне представе уговор је рушљив. Пошто ЗОО већ барата побудом, конструкција о улажењу, проширењу и спајању односно поистовећивање каузе и мотива није потребна.

Граница између каузе и мотива код поклона није одсечна. Према савременим теоријама, кауза поклона се не може објаснити другачије него мотивима поклонодавца. Разликују се две каузе. Једна је апстрактна и чисто техничка – кауза облигације, а друга – кауза уговора. Кауза облигације је *animus donandi*, а кауза уговора, покретачка, одређујућа и пресудна је мотив. Не сваки него један одлучујући.³³¹ Супротно, по С. Никшићу, кауза уговора о поклону је стицање својине. Чини се да је овај став преузак, јер предмет поклона није једино ствар. Боље је рећи да је кауза уговора о поклону пренос права.

³²⁸ Додуше, постоји оцена да је превара „квалификована заблуда“.

³²⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 139. и 140.

³³⁰ Јосип Чувардић, Кауза код доброделиних уговора, напомена 14.

³³¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 134.

После анализе изнетих ставова намеће се закључак да око везе између мотива и каузе постоји велика конфузија. Ставови о проширењу каузе мотивом односно о изједначавању каузе и мотива су циркуларни: први појам се објашњава другим и обрнуто. При том, аутори не наводе шта се практично добија њиховим поистовећивањем, или се позивају на *animus donandi* (такође врло апстрактан појам). Нема конкретних предлога да се одредбе ЗОО, који говори о „основу обавезе“ и „недопуштеном мотиву“ измене, тако да је дубље полемисање на ову тему неплодно. Идентичне одредбе садржи и Преднацрт (чл. 50).

4.4. Ништавост поклона због субјективног елемента

4.4.1. Непостојање основа

Основ је битан услов настанка уговора. Свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ (чл. 51 ст. 1 ЗОО). Ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав (чл. 52 ЗОО). Дакле, поклон је ништав ако обавеза поклонодавца нема каузу.

Улогу каузе код поклона оспорио је С. Никшић. По њему, одређивање каузе код једнострано-обавезујућих уговора посебан је проблем. Мишљење да је ту кауза обавезе намера даривања (*animus donandi*) претрпело је озбиљну критику. Ако је *animus donandi* битан састојак уговора, без којег уговор не може ни настати, сувишно је прописати неважност из још једног разлога – непостојања каузе обавезе.³³² Исправније је сматрати да кауза обавезе у случају поклона нема неко веће практично значење. Смисао каузе обавезе код двострано-обавезујућих уговора је повезивање настанка и ваљаности обавезе једне уговорне стране с опстанком обавезе друге уговорне стране. Код уговора о даровању не постоји могућност да ће једна обавеза због неваљаности престати, а друга је надживети.³³³ Осим тога, концепт каузе обавезе споран је код реалних уговора. Наиме, без предаје ствари, нема ни реалног уговора, па је питање ваљаности због непостојања каузе обавезе потпуно ирелевантно.³³⁴ Чини се да је класична улога каузе код једнострано-обавезујућих и реалних уговора избледела, а поклон је кандидат за обе категорије.

Без обзира на поменути теоријску замерку, уговор о поклону без одговарајуће каузе у судској пракси је ништав. У том смислу, у једној пресуди стоји: „Ништав је уговор о поклону коме недостаје основ (кауза), односно намера да се поклонопримцу поклони. Није јасно, нити о томе има навода у првостепеној пресуди, каква је била права воља и намера уговарача. Уколико је дошло до пренова, односно уколико су покојна Н. и тужени П. постигли сагласност да обавезе из уговора о доживотном издржавању престају, а уговором

³³² *Animus donandi* се помиње и као кауза и као битан састојак уговора о поклону.

³³³ То што кауза поклона нема исту улогу као кауза теретног посла не значи да је некорисна.

³³⁴ Саша Никшић, *Кауза обавезе и сродни институти у поредбеном праву*, стр. 1068.

о поклону се обавезала покојна Н. да туженом П. пренесе у својину без накнаде са намером даривања исту ту имовину, онда би уговор о поклону био пуноважан. С друге стране, уколико пренова није било, већ је уговор о поклону закључен само да би се поклонопримац после смрти поклонодавца легитимисао као власник, ради избегавања плаћања разних дажбина, које би иначе морао платити по уговору о доживотном издржавању, како је то иначе тужени П. тврдио током поступка, онда уствари и није било намере на страни покојне Н. да поклони. То онда значи да уговору о поклону недостаје основ (кауза) који се код добротних уговора састоји у намери да се поклонопримцу учини поклон, што је узрок ништавости у смислу чл. 52 ЗОО“.³³⁵

Намера поклонодавца се не претпоставља, већ она мора недвосмислено да произилази из садржине уговора или склопа релевантних околности конкретног случаја.³³⁶ Тако нпр. суд констатује: „Наводи да је Н. поклонио новац на рачуну туженој означавајући је власником нису основани. Тужена и Н. су заједно били власници рачуна и обоје су имали статус поверилаца са правом да самостално располажу улогом. Како Н. није пренео штедни улог искључиво на тужену, јер је и он остао власник улога, не може се сматрати да је поклонио туженој.“³³⁷

И из следећег хипотетичког примера, који даје В. Радовчић, виде се последице непостојања каузе. Једна страна предаје другој новац желећи да је дарује, али уједно с њом уговара да јој тај износ уступи одмах натраг као зајам, што је могуће с обзиром на то да сама предаја преноси својину. Пошто новац није предан с вољом да остане примаочев, даровање није ваљано (нема каузе). Негира се и зајам, јер се они као практични циљеви искључују, па ако су их стране желеле постићи, нису изабрале одговарајући пут. Због тога што новац није уступљен с вољом да трајно остане на располагању примаоцу изостала је и објективна и субјективна компонента даровања,³³⁸ односно поклона нема.

4.4.2. Накнадни „престанак“ основа и мотива

Код теретних уговора основ мора да постоји не само у моменту закључења него и у фази извршења. Отпадањем основа објашњава се престанак уговора када је испуњење обавезе једне уговорне стране постало немогуће (тзв. кондиционална зависност).³³⁹ У новијој судској пракси постоји тенденција да се теорија да основ мора да постоји и након

³³⁵ Окружни суд у Ваљевоу, Гж. 871/2001 од 30.7.2001. Извор: „Paragraf Lex“.

³³⁶ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 396. Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 75.

³³⁷ Врховни суд Србије, Рев. 2969/03 од 1.04.2004, Актуелна судска пракса, стр. 488.

³³⁸ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 71.

³³⁹ Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 126.

фазе закључења, прошири и на уговор о поклону. Ј. Салма сматра да мотив поклона, посебно поклонодавца, није само иницијалан као код других уговора, већ је правно релевантан у континуелности, штавише и након закључења.³⁴⁰ Овакав развој, заједно са раније описаним изједначавањем мотива и каузе, одражава се на судску праксу.

Судови поништавају уговор о поклону када мотив „отпадне“ или „престане“: „Код уговора о поклону мотив је битан елемент, уговор је ништав ако отпадне мотив.“³⁴¹ Поклон представља добротине уговор код кога основ обавезивања поклонодавца чине његове побуде, односно мотив, па уколико он не постоји, или је постојао па је престао да постоји, уговор је ништав. Мотив поклонодавца Ж. је да обезбеди свог супружника, па како је поремећеним односима између странака дошло до престанка брака и развода, тиме су престале и побуде, односно мотив сада покојног Ж. за закључење оваквог уговора“.³⁴² Овакво резонување судова одавно је критиковано.³⁴³

Нарочито су проблематичне одлуке судова у којима се помиње „неостварење побуде“: „Ништав је уговор о поклону због губитка основа, ако је побуда због које је поклон учињен отпала или се није остварила. Тужена и тужилац су били у браку од 1984. Упознали су се преко трећег лица јер је тужилац слеп. У почетку брака странке су живеле заједно. Тужилац је уговором 1993. поконио стан туженој задржавајући за себе право доживотног уживања. Основни мотив и побуда за закључење уговора о поклону код тужиоца је била да му тужена пружа више љубави, пажње и неге јер је као слепо лице био упућен на туђу помоћ. Међутим, убрзо након закључења уговора, тужена је почела да занемарује тужиоца тако што је престала о њему да брине, остављала га је самог по цео дан без основних намирница, занемарујући и његове хигијенске потребе, због чега је током 1999. тужиочева мајка стара 80 година дошла да живи са странкама и да се стара о тужиоцу. Брак је разведен 2004. Побуда за закључење уговора о поклону улази у основ. Када се побуда због које је уговор о поклону закључен не оствари, отпада и основ због чега је он у смислу чл. 52 ЗОО ништав. Побуда је отпала јер тужена са тужиоцем није остала у браку нити се о њему старала и бринула, већ су то чинила друга лица.“³⁴⁴ Чини се да је једноставније било да се овај поклон опозове због развода.

³⁴⁰ Јожеф Салма, О концепту уговора о поклону, стр. 80.

³⁴¹ Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 80-03 од 31.1.2003. Извор: „Paragraf Lex“.

³⁴² Окружни суд у Чачку, Гж. 1342/2006 од 1.11.2006. Извор: „Paragraf Lex“. Чини се да је овде поклон требало опозвати због развода.

³⁴³ Тако нпр. Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 28-29.

³⁴⁴ Врховни суд Србије, Рев. 1147/2005 од 1.12.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

Судови помињу и „изостајање мотива“, због погоршања односа између уговарача: „Побуда због које је тужилац закључио уговор о поклону је да се тужени старају и брину о њему. Није праведно да се побуда поклонодавца занемари, јер га је она и определила да поклони. Стога, побуда улази у основ и када изостане, отпада и сам основ, због чега је уговор у смислу чл. 52 ЗОО ништав;“³⁴⁵ „Како је мотив изостао непружањем неге и помоћи, то је спорни уговор остао без основа, па је ништав у смислу чл. 52 ЗОО. Указивање поклонопримца да се очигледно ради о искључивој и безусловној вољи поклонодавца да учини поклон није основано. Супротно томе, из утврђеног несумњиво произилази да је мотив тужиље да поклони искључиво у обезбеђењу неге и помоћи, имајући у виду да је тужени пре закључења уговора обилазио тужиљу и старао се о њој, и да је тужиља с обзиром на старост и здравствено стање поклонила како би тужени из захвалности и даље пружао наведене услуге.“³⁴⁶ Чини се да се овде ради о незахвалности, а не о „изостајању мотива“. Осим тога, ако су услуге поклонопримца противчинидба, онда ово и није поклон.

Наведене одлуке заснивају се на две конструкције: 1) мотив је основ; 2) мотив мора непрестано да постоји. Овакво резоновање је неприхватљиво. Наиме, код теретних уговора „теорија о континуелности“ је оправдана зато што је основ обавезе једне стране, обавеза друге стране. Међутим, пошто не постоји обавеза поклонопримца, теорија није применљива на поклон по аналогији, осим евентуално на поклон са налогом. ЗОО не помиње неостварење побуде, већ само недопуштену побуду. Поступајући на приказани начин судови заправо дозвољавају опозив због отпадања, неостварења и изостанка мотива, што је супротно принципима специјалне и генералне неопозивости поклона.

Отпадање основа критикују и страни аутори. Родитељ поклања детету у нади да ће се оно старати о њему у старости. Удварач поклања у нади да ће љубав бити узвраћена. Али ако дете занемари родитеља или девојка напусти младића, не можемо закључити да је основ тог поклона пропао. Неисправно је закључити да је основ поклона отпао, ако поклон није остварио оно чему се поклонодавац надао.³⁴⁷

У парницама горе наведеног типа важно је правилно формулисати тужбени захтев. Поклонодавац, односно лице која оспорава уговор о поклону, мора да узме у обзир правило процесног права да се суд креће у границама постављеног захтева. У пракси се догађа да због своје грешке, поклонодавац изгуби спор: Тужиља је тражила поништај уговора о поклону због тога што је разводом брака странака отпао мотив за закључење уговора. Поклоном је тужиља хтела да учврсти брачну заједницу и да се тужени не би осећао као

³⁴⁵ Апелациони суд у Београду, Гж. 2831/10, 22.10.2010. Извор: сајт суда.

³⁴⁶ Врховни суд Србије, Рев. 1265/02 од 2.10. 2002, Актуелна судска пракса (2006), стр. 33.

³⁴⁷ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 45.

улез. Ако је тачно, то би онда водило апсолутној ништавости уговора у смислу чл. 52 ЗОО, јер „ако је основ отпао поклон је ништав будући да побуда улази у основ“. Међутим, тужиља је конститутивном тужбом тражила да суд својом одлуком уговор поништи, а не деклараторном тужбом да суд утврди да је уговор ништав. За разлику од ништавих уговора, побојни (рушљиви, релативно ништави) уговори производе правно дејство као и ваљани, али се из одређених законских разлога могу поништити. Ништав уговор се по природи ствари не може поништити, јер се не поништава нешто што не постоји.³⁴⁸

4.4.3. Недопуштен основ и мотив

Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 51 ст. 2 ЗОО). Поклон са таквим субјективним елементом у судској пракси је ништав.³⁴⁹ Побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност, али уговор без накнаде нема правно дејство чак и кад други уговарач није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговарача (чл. 53 ст. 1 и 3 ЗОО). Код доброчиног посла не штити се поверење примаоца користи, тако да не постоји препрека да он буде поништен због недозвољене побуде и онда када је друга страна савесна. Строже правне последице недозвољене побуде правдају се и принципом да заштита бесплатног стицаоца има слабији интензитет од заштите коју ужива прибавилац који плаћа.³⁵⁰

Поклонодавац не мора навести разлоге који су га руководили да учини поклон,³⁵¹ али њих суд може да истражује. Раније су судови, због недопуштене побуде, поништавали поклон супружнику ради приволе на развод, штитећи право супружника да слободно и равноправно уређују брачне односе. Лакши режим развода елиминисао је овакве парнице.³⁵² Поништаван је и поклон ради заснивања или одржавања конкубината, у циљу заштите породичног морала.³⁵³ Због недопуштеног мотива сада се поништавају поклони учињени само да би поклонодавац остварио нека права по основу прописа о социјалној заштити (социјалну помоћ, дечији додатак).

³⁴⁸ Окружни суд у Ваљевоу, Гж. 1329/2008 од 4.12.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

³⁴⁹ У доктрини се наводе ставови да *animus donandi*, апстрактно схваћен, није противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, односно да кауза схваћена као *animus donandi* не може бити недопуштена. Ако се ови ставови прихвате, онда *animus donandi* нема практичан значај.

³⁵⁰ Дејан Ђурђевић, Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa, стр. 449. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 78. Међутим по ЗОО, недозвољена побуда једнако утиче и на теретне и на доброчине уговоре, једина разлика је што се код теретних тражи да друга страна зна за недопуштену побуду.

³⁵¹ Врховни суд Црне Горе, Рев. 183/84. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 75.

³⁵² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 143.

³⁵³ Михајло Константиновић, Облигационо право према белешкама са предавања, стр. 36. Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 143.

Поклон учињен у намери да се поклонопримац задржи у браку садржи недопуштен мотив: „Тужиља је поклонила туженом да би га задржала у брачној заједници пољуљаној после 20 година. Овакав мотив је противан јавном поретку и добрим обичајима, јер се брачна верност не може обезбедити материјалним добрима. Поклонопримац наводи да је разлог поклона дугогодишњи заједнички живот странака. Ако би се узело да је то, а не куповина верности, побуда за закључење уговора, мотив би опет отпао, јер је заједница живота после закључења уговора престала.“³⁵⁴ Образложење суда је интересно јер поништење због недопушеног мотива иде у прилог поклонодавцу, иако су управо његови мотиви били недопуштени. На неки начин, овај пример је супротан правилу *Nemo auditur propter turpitudinem allegans*.

Недопуштеност мотива цени се према моралним схватањима конкретне средине: „Недопуштена је побуда поклонодавца да учини поклон да би тиме лишио наследства законског наследника и на тај начин га казнио само зато што је закључио брак са припадником друге националности, јер је у супротности са моралним начелима друштва. Овакав поклон не производи дејство и када поклонопримац није знао за недопуштену побуду.“³⁵⁵

У складу са тезом да субјективни елемент поклона постоји и на страни поклонопримца, отвара се хипотетичко питање да ли се уговор у поклону може поништити због неморалног мотива поклонопримца, нпр. поклонопримац прихвати поклон иако зна да то спречава поклонодавца родитеља да издржава дете.

4.4.4. Напомена о последицама ништавости уговора о поклону

Примењују се општа правила о неважности уговора. На ништавост се може позвати, осим уговарача и свако правно заинтересовано лице, као и јавни тужилац. Суд по службеној дужности води рачуна о разлозима ништавости. Поводом захтева поклонопримца за извршење ништавог уговора о поклону суд ће огласити да је уговор ништав и одбити захтев.

Последица неважности је реституција. Предмет поклона се најчешће враћа *in species*. У случају ништавости уговора свака уговорна страна дужна је да врати другој све оно што је примила, а ако то није могуће, или ако се природа поклоњеног противи враћању, даје се одговарајућа новчана накнада, према ценама у време доношења судске одлуке (чл. 104 ЗОО).

³⁵⁴ Врховни суд Србије, Рев. 393/99 од 24.3.1999. Извор: Ђорђе Николић, Практикум за облигационо право, стр. 29.

³⁵⁵ Врховни суд БиХ, Рев. 484/84 од 18.10.1984. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 91.

У изузетним случајевима могуће је одступање од реституције. Ако је поклон ништав зато што је по садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може одбити, у целини или делимично, захтев несавесног поклонодавца за враћање, а може и одлучити да поклонопримац предмет поклона преда општини. Приликом одлучивања суд ће водити рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и о моралним схватањима. Оваква одлука би била прикладна за поклон супротан правилима о релативној неспособности за поклањање (поклон лекару, функционеру). У појединим случајевима треба узети у обзир и интересе трећих лица, нпр. поклон ради заснивања или одржавања конкубината може угрожавати интересе нужних наследника. Они нису заштићени од ових поклона, јер по правилима ЗОН у обрачунску вредност заоставштине улазе само поклони учињени трећим лицима у последњој години живота. Зато би исправнија одлука суда била да поклонопримац поклон врати,³⁵⁶ у заоставштину уместо општини.

5. Поклон у добротворне сврхе

Код овог поклона субјективни елемент је специфичан. То је поклон правном лицу које остварује добротворне или општекорисне циљеве.³⁵⁷ Овде спада и поклон са налогом у општем интересу (за изградњу прихватилишта, азила, дома за старе, болнице, школе), добровољни прилог по јавном позиву, као и поклон за остваривање религиозних циљева.³⁵⁸ Поклон у добротворне сврхе се не чини из афекције према конкретном поклонопримцу, није *intuitu personae*. Плањол и Риперт истичу да је то посебна врста уговора и да зато формалности поклона за њега не важе. Најчешће се закључује као ручни поклон.³⁵⁹ Код поклона у добротворне сврхе посебан је и објективни елемент. На пример, ако је народној кухињи поклоњена храна коју је она одмах дистрибуирала бескућницима, постоји поклон иако нема обогаћења у класичном смислу.³⁶⁰

Код поклонодавца редовно постоји нематеријални (морални) интерес, али он не угрожава добровољност поклона.³⁶¹ Морални интерес се огледа у повећању угледа у одређеној средини. У француској доктрини се развила теорија о моралном еквиваленту, према којој и нематеријална противпрестација искључује *animus donandi*. Када једна страна има вољу да давањем умањи своју и увећа туђу имовину, али тежи да добије моралну

³⁵⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 145.

³⁵⁷ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 604.

³⁵⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 73.

³⁵⁹ Thomas Lemann, *Enforceability of Charitable Pledges*, стр. 6.

³⁶⁰ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 44.

³⁶¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 73.

сатисфакцију, није у питању поклон него теретни посао. Судија мора да се упусти у истраживање мотива, што значи да је прихваћена субјективна концепција *animus donandi*.³⁶² Међутим, ако се у томе претерује поклон би био немогућ, јер нас психологија учи да и најнесебичнији акт пружа учиниоцу сатисфакцију (тзв. хедонистички парадокс). Осим тога, овде не може да се говори о противпрестацији, јер поклонодавчева сатисфакција поклонопримца ништа „не кошта“.

У српској доктрини поклон у добротворне тј. општекорисне сврхе је особено давање где мотив поклонодавца произилази из његовог моралног осећања.³⁶³ Овај поклон се не може опозвати због осиромашења или незахвалности. Он остаје поклон упркос моралном еквиваленту.³⁶⁴

На поклоне у општекорисне сврхе нарочито се са подозрењем гледа у америчкој литератури. Њих као облик пореске евазије користе корпорације злоупотребљавајући фискалне прописе. По подацима америчке пореске службе само 2004. породичне фондације поклониле су у добротворне сврхе 12 милијарди долара. Својевремено, председник Никсон је по том основу остварио порески одбитак од 576 000 долара.³⁶⁵ Поклон акција се чини у повољном тренутку синхронизовано са берзанском коњуктуром да би поклонодавцу био што исплативији.³⁶⁶ Такав поклон није друштвено-користан, јер је штета за друштво евазијом пореза већа него корист која из њега проистиче. Осим тога, пословни људи поклањају добротворним организацијама да би повећали своју репутацију, односно ушли у социјалне кругове који омогућавају уносне пословне односе.³⁶⁷ Мотив оваквог поклањања није алтруизам него себични опортунизам.³⁶⁸

Глава III

САГЛАСНОСТ ВОЉА

Постоје различите концепције о настанку поклона. Традиционални концепт о настанку уговора о поклону полази од става да је сагласност воља уговарача прелиминарног карактера, делује као предуговор, тј. није конститутивна за настапак уговора. Предаја је акт

³⁶² Н. Петерка, стр. 93-100. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 74.

³⁶³ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 607; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 74.

³⁶⁴ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 75

³⁶⁵ David Yermack, *Deductio ad absurdum: CEOs donating their own stock to their own family foundations*, стр. 4.

³⁶⁶ David Yermack, *Deductio ad absurdum: CEOs donating their own stock to their own family foundations*, стр. 3.

³⁶⁷ David Yermack, *Deductio ad absurdum: CEOs donating their own stock to their own family foundations*, стр. 6.

³⁶⁸ David Yermack, *Deductio ad absurdum: CEOs donating their own stock to their own family foundations*, стр. 29-31.

закључења, а не испуњења уговора. Овај реални концепт поклона као да пледира за стварноправно и одустаје од облигационог дејства уговора. Ако се предаја узима као акт закључења, онда је поклон правни и логички нонсенс, правно ништа: он се у тренутку рађања и гаси. Обавеза лојалности остаје као једино могуће дејство реалног поклона. Таква примедба код других (класичних) реалних уговора не стоји, јер код њих остаје обавеза повраћаја примљене ствари, дате на зајам односно послугу.³⁶⁹

Друга концепција о настанку поклона је консенсуалистичка. Поклон је резултат сагласности воља. Сагласност нема предговорни карактер већ је конститутиван елемент уговора, предаја је само извршење постигнутог споразума. Прихваћено обећање поклона је утуживо и извршиво судским путем. У начелу, ова концепција је најзаступљенија. Међутим, не треба занемарити чињеницу да је сама сагласност недовољна, јер се готово увек захтева још неки формални елемент (нпр. писана исправа или предаја).

По трећој концепцији, поклон настаје једностраном вољом, тј. поклонодавчевим обећањем поклонопримцу. Зато поклон и није уговор. Тиме се објашњава атипично деловање мотива. Он је релевантан не само у време закључења него и касније. Мотив није појам законодавца (забрањен субјективни циљ), већ је креиран вољом и квалификацијом поклонодавца.³⁷⁰ Овај концепт се помиње у DCFR, штавише у неким правима је доминантан (Шкотска).

Док се у савременим кодификацијама грађанског права поклон посматра и одређује из угла поклонодавца, као његово добровољно давање, дотле је у Номоканону (Законоправило Светога Саве) поклон наглашено одређен са становишта поклонопримца. Поклонодавчево давање је стављено у други план. То је разумљиво, јер је поклон конципиран тако да настаје у моменту када је ствар предата. У први план је истакнута ситуација после предаје, коју испуњавају дужности поклонопримца на захвалност и узвратну благонаклоност према поклонодавцу. Ово решење вероватно је израз специфичног схватања уговора код словенских народа. Наиме, било је непојмљиво да из сагласности две стране настаје обавеза само за једну. Уговором се обавезују обе стране, њега нема уколико само једна страна нешто даје, а ништа не прима. Зато поклон није био замишљен као уговор, ако обавезује само поклонодавца. Да би постојао уговор о поклону поклонопримац је поклонодавцу дуговао добротинство и благонаклоност.³⁷¹ Асоцијација на „словенски consideration“ свакако је занимљива.

³⁶⁹ Јожеф Салма, О концепту уговора о поклону, стр. 80 - 81.

³⁷⁰ Јожеф Салма, О концепту уговора о поклону, стр. 80 - 81.

³⁷¹ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњовековном праву, стр. 68-89.

У српском праву поклон је уговор без обзира на форму у којој се закључује. Битни елементи уговора о поклону су предмет уговора и намера да се поклон учини. Уговор неће настати док се не постигне сагласност о битним елементима.³⁷² У једној пресуди Врховног суда Србије стоји да је уговор о поклону двострани, једнострано-обавезан правни посао којим се сагласношћу воља врши пренос одређеног права са једног лица на друго без накнаде. Самим тим, постојање намере да се поклон учини (понуда) и сагласност поклонопримца да прими поклон (прихват понуде), јесу минимум код сваког уговора о поклону.³⁷³

1. Понуда и њено дејство

Код двострано-обавезујућих уговора понуда обухвата изјаву понудиоца да хоће да буде и поверилац и дужник сауговорача. Код једнострано-обавезујућих уговора није свеједно са које стране долази иницијатива за закључење. Једностраност обавезивања утиче на унутрашњу садржину понуде. Иницијатива код поклона редовно долази од дужника, будућег поклонодавца. Његова изјава воље је предлог за закључење уговора, као и свака друга понуда, али је карактеристична по обећању једне будуће и то бесплатне чинидбе. Међутим, дешава се да закључење уговора затражи поверилац, будући поклонопримац. Овде понуда опет означава предлог за закључење уговора, али по својој унутрашњој садржини није обећање, него тражење.³⁷⁴ То је чак била пракса у средњевековном праву. Понудилац не обећава ништа, него тражи одређену чинидбу.³⁷⁵ Из овог разлога у нашем праву и генерално континенталном праву, понуда се и дефинише као предлог за закључење уговора, јер су на тај начин обухваћени и случајеви када понуда представља пуко тражење.³⁷⁶ Дакле, специфичност поклона одразила се и на општу дефиницију понуде. Она није обећање, већ предлог за закључење уговора, што обухвата и иницијативу поклонопримца.

Дејство понуде није спорно, она везује понудиоца.³⁷⁷ Исправа коју је потписао само поклонодавац сматра се понудом, и он је њоме везан као и сваки понудилац.³⁷⁸ Поставља се

³⁷² Слободан Перовић, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 870.

³⁷³ Врховни суд Србије, Рев. 2546/2001 од 7.2.2002, Билтен Судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2002, стр. 77.

³⁷⁴ У средњем веку постојао је обичај да онај ко жели да му буде учињен поклон мора да покрене иницијативу, да први упути предлог о томе, било лично, било посредством неког трећег лица, „милосника“. Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњевековном праву, стр. 84.

³⁷⁵ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњевековном праву, стр. 84.

³⁷⁶ Миодраг Орлић, Закључење уговора, стр. 133-138.

³⁷⁷ Уколико није наглашено другачије, мисли се на домаће право.

³⁷⁸ У судској пракси дејство понуде повезује се са формалним захтевима: Писмена даровница којом покојни А.Г. сву своју имовину оставља свом брату није сачињена у форми судског записника. С обзиром да није

питање како делује смрт понудиоца или понуђеног пре закључења уговора о поклону? У српском праву, понуда не губи дејство ако је смрт или неспособност једне стране наступила пре њеног прихватања, изузев ако супротно произлази из намере страна, обичаја или природе посла (чл. 44 ЗОО). С тим у вези, треба имати у виду да се уговор *intuitu personae* гаси смрћу уговорника чија су лична својства била од одлучујућег значаја за његово закључење. Исте правне последице проистичу из губљења правне способности, престанка правног лица и губљења одређених својстава личности.³⁷⁹

У доктрини је заузет став да смрт било које стране спречава закључење поклона. Најзначајнији изузетак од правила да понуда услед смрти не губи дејство представља понуда за уговор *intuitu personae*. Када је страна која је у животу, хтела да закључи уговор само са умрлим, онда јој никако не одговара уговор са наследницима.³⁸⁰ Намера страна се утврђује ценећи да ли је личност понуђеног, односно понудиоца од значаја за одлуку друге стране да уговор закључи. Код поклона постоји одређени мотив који се не може имати према било коме, већ само према извесном лицу. У таквим случајевима смрт понудиоца, односно понуђеног, доводи до гашења понуде.³⁸¹

Супротно, у судској пракси срећу се одлуке да уговор о поклону производи правно дејство иако је прихват понуде учињен после смрти понудиоца. Тако у једној пресуди стоји: „Првостепени суд је утврдио да је власник земљиште путем судски оверене изјаве пренео на туженог. Тужени је пред првостепеним судом признао ову изјаву као уговор о поклону. Суд је закључио да непокретност која је предмет овако закљученог уговора о поклону не представља заоставштину покојног поклонодавца. Наиме, изјава поклонодавца представља понуду, а прихват понуде представља пресуда у којој је тужени изјавио да прихвата поклон. У ревизији се међутим, посебно указује да ова два формална акта не представљају уговор о поклону, јер између уговарача није постојала сагласност воља, с обзиром да је изјава поклонопримца дата након смрти поклонодавца. Врховни суд је закључио да су ови наводи неосновани, јер је, осим изузетака предвиђених чл. 44 ЗОО, без икаквог значаја постојање једне од странака за закључење уговора. У конкретном случају, ни из обичаја, а ни из природе посла, не произилази што друго, а намера странака је очигледно била да се закључи уговор о поклону.“³⁸²

потписана од даропримца, а даровни уговор је двострани правни посао, што значи да настаје спајањем понуде и прихвата, горе наведено писмено има значење понуде (Врховни суд Хрватске, Рев. 2943/1994-2 од 18.12.1997. Извор: <http://www.vsrh.hr>).

³⁷⁹ Душан Николић, *Obligaciones intuitu personae*, стр. 205.

³⁸⁰ Младен Драшкић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 145.

³⁸¹ Јаков Радишић, *Облигационо право*, стр. 97.

³⁸² Врховни суд Србије, 1970/93, Актуелна судска пракса (2006), стр. 28

Имајући у виду неслагање доктрине и судске праксе, ако поклонодавац понудиоца умре пре прихвата понуде, његови наследници су везани понудом. На тај начин поштује се воља преминулог и поклон одлази лицу којем је и био намењен. Са друге стране, ако понуђени умре пре прихвата поклона, чини се да понудиоца поклонодавца не треба везивати понудом. У супротном били би обдарени наследници несудијеног поклонопримца и такво решење би грубо пренебрегло чињеницу да је поклон уговор *intuitu personae*. Ипак, треба имати у виду да нису сви поклони *intuitu personae*.

Занимљиво, поклон је могућ и када је циљ понудиоца сасвим другачији. У Праву потрошача испоручен, а ненаручени производ сматра се поклоном. Иако је трговац имао намеру да прода, његова радња се сматра понудом поклона коју потрошач не мора да одбије. Ћутање потрошача не ствара обавезу да плати. Међутим, онда се отвара питање да ли режим ублажене одговорности поклонодавца важи и за трговца? Правичност налаже негативан одговор.

Ј. Чувардић истиче да је код поклона, за разлику од теретних уговора, примарна и доминантна активност једне стране, односно поклонодавца. Због природе уговора о поклону, његову суштину предодређује искључиво једна воља. Сагласност поклонопримца, је (само) формално потребна да би уговор настао.³⁸³ Чини се да је овакво „рангирање“ у нашем праву сувишно, јер без прихвата понуде нема сагласности, а самим тим ни уговора.

2. Прихват понуде

Двостраност даровања води порекло још из римског права. Прихват дара је *sine qua non* поклона. Чак и када се даровање остварује актима који су по својој правној природи једностранни, као у случају делегације, одрицања, добровољног губитка парнице итд., и ту је неопходан пристанак бенефицијара.³⁸⁴

Принцип да без воље поклонопримца нема поклона важи чак и у правним системима где поклон није уговор. Тамо где јесте, сагласност воља о битним елементима уговора манифестује се прихватом понуде. Форма прихвата варира. У француском праву прихват поклона је више од прихвата обичне понуде, у немачком је то прихват понуде као и сваки други. У *Common Law* прихват поклона је неформалан (детаљније у делу о форми).

Неке законске дефиниције (ABGB, СГЗ, ОИЗЦГ) не наглашавају да поклонопримац прихвата и прима предмет поклона. Присталице оваквог дефинисања сматрају да се то подразумева, јер произилази из правне природе уговора као сагласности воља две стране.

³⁸³ Јосип Чувардић, Кауза код добротних уговора, стр. 6.

³⁸⁴ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 100.

За поклон важе општа правила уговорног права па није потребно посебно нагласити сагласност поклонопримца.³⁸⁵

Немачка доктрина инсистира на прихвату понуде, зато што је поклон уговор, а њега нема без прихвата. Прихват је најчешће истовремен са понудом. Када понуда и прихват нису симултани (*Zuwendung*), важе посебна правила (§ 516 ст. 2 BGB). Поклонодавац може одредити разуман рок за прихват. Ако поклонопримац не одговори у остављеном року, сматра се да је понуду прихватио (фиктивни прихват). Ово је *favor donationis*, јер у општем уговорном режиму понудилац је везан понудом у периоду потребном понуђеном да одговори (§ 145, § 147 ст. 2 BGB), а ћутање се не сматра прихватам (§ 147 BGB). Сагласност воља да је закључен поклон, а не неки други уговор, је важна зато што за њега важи посебан режим. Тако нпр. у једном случају послодавац је након 27 година обавестио радника да му престаје радни однос. У истом документу обећао му је додатну пензију од 100 марака. Међутим, после 18 месеци послодавац је поднео тужбу захтевајући да се уговор огласи ништавим због недостатка форме (обећање поклона је формално). Суд је одбио захтев јер се радник никада није сагласио да је давање бесплатно, тј. поклон.³⁸⁶

У домаћем праву, уговор је манифестација узајамне сагласности воља уговарача, изражена кроз понуду и њен прихват. Без њих нема уговора о поклону. Иако постоји мишљење да поклонопримац мора лично прихватити понуду,³⁸⁷ чини се да је могућ и прихват преко заступника.

Уговор је закључен када се стране сагласе о битним састојцима уговора (чл. 26 ЗОО). Када једно лице преузме ручни поклон, прихватило је и понуду поклонодавца. То је најчешћи случај, али није правило, нпр. можда он ствар узима мислећи да је реч о послузи, и тада нема поклона. Писани поклон је проблематичнији. Ако обе стране потпишу исправу истовремено, тренутак постизања сагласности није споран. Уколико прихват понуде поклона не уследи одмах, примењују се општа правила ЗОО. У погледу времена и места закључења уговора такође. Уговор је закључен када поклонодавац прими изјаву о поклонопримчевом прихвату. Преднацрт регулише када је „поклон пуноважан“ (чл. 661/чл. 510 ст. 1 Скица), али не регулише у ком моменту уговор почиње да производи дејство, односно када се сматра да је уговор закључен, да ли у моменту овере потписа, или у моменту потписивања уговора или у моменту сачињавања писане исправе. По једном мишљењу, тумачењем ЗПН и ЗОСПО, тренутак када почиње дејство уговора је онда када се испуни законом прописана форма, што би значило у моменту овере потписа, али неке

³⁸⁵ Снежана Миладиновић, Уговор о поклону по одредбама ЗОО ЦГ, стр. 988.

³⁸⁶ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 159.

³⁸⁷ Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, стр. 292.

судије сматрају да је уговор закључен од момента сачињавања писаног акта. Ово питање је од велике важности за рачунање рокова у случају рушљивости због мана воље, утврђивања субјективног елемента, накнаде штете,³⁸⁸ опозивања, паулијанског захтева. Зато Преднацрт треба прецизније формулисати.

У наставку је описана парница која илуструје како се потенцијални поклонодавац предомислио, што је и суд подржао образложењем да нема сагласности. Дана 11.06.2010. тужиља је купила сладолед за тужену. Након што је тужена појела сладолед, видела је да су на крајевима дрвеног штапића утиснуте ознаке „1 000 000“ РСД. Тужена је позвала тужиљу и обавестила је да је освојила награду, те се захвалила и том приликом је обећала тужиљи да ће поделити награду са њом. И у наредних неколико дана тужена је то понављала. Организатор наградне игре је наведени износ уплатио на рачун тужене. Она је одбила исплату половине награде. Суд је закључио да нису основани наводи тужиље да је у конкретном случају постојао договор у смислу чл. 26 ЗОО. Наиме, уговор је манифестација узајамне сагласности воље уговорних страна, која има за циљ да створи, промени или укине облигациони однос. У конкретном случају, тужена је обећала да ће награду са тужиљом поделити. Међутим, тако дато обећање не представља обавезујућу једнострану изјаву воље, јер није реч о јавном обећању награде (чл. 229 ЗОО), нити о издавању хартије од вредности (чл. 234 ЗОО). Наведена изјава тужене се не може сматрати изјавом воље у циљу закључења било каквог уговора са тужиљом, а по основу којег би са успехом тужиља захтевала половину награде. Наиме, у конкретном случају не може бити речи о усаглашеним вољама странака, што би довело до уговора, јер дато обећање нема карактер понуде одређене садржине са битним састојцима уговора, те нема говора о закључењу уговора. Тужиља потенцира да се ради о консенсуалном уговору, али је суштинско питање постојање узајамне воље за закључење уговора, односно преузимање обавезе. Изјава о подели награде није правно обавезујућа изјава воље. Уговор настаје тек постизањем сагласности о битним елементима, а уговора нема без споразума. Странке се нису споразумеле, а дато обећање тужене о подели награде је обећање поклона, које само по себи не ствара обавезу, већ може, евентуално, да створи само природну облигацију, која не ужива судску заштиту.³⁸⁹ Суд изјаву тужене није третирао као понуду. Чини се да је једноставније образложење да поклона нема због формалних недостатака.

Страни аутори отварају занимљива питања поводом прихвата између одсутних лица. На пример, лице А пошаље писмо са новцем поклонопримцу, али умре пре пријема. Чији је

³⁸⁸ Радмила Босанац, Нова регулатива у преднацрту Грађанског законика: Уговор о поклону, стр. 58.

³⁸⁹ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 4826/11 од 22.02.2012, Билтен суда, бр. 4/2012, стр. 57.

новац? Ако је поклон закључен, новац припада поклонопримцу, у супротном се враћа у заоставштину. Да ли овде постоји ручни поклон? Како делује прихват за који поклонодавац није ни сазнао? Евентуално противправно пресретање писма са новцем не би требало да буде препрека за настанак уговора. Ко виндицира пресретања?³⁹⁰

3. Сагласност изражена у оставинском поступку

За уговор о поклону карактеристичан је један особен начин његовог закључивања, који долази до изражаја у току оставинског поступка. Српски ЗОН прописује да се одрицање у корист одређеног наследника сматра изјавом о пријему наслеђа уз истовремено уступање наследног дела. По пријему уступљеног дела на односе између уступеоца и пријемника примењују се правила о поклону (чл. 216 ст. 1 и 2). Чл. 50 ЗОН такође прописује да се поклоном сматра и одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника.³⁹¹ Изјава о уступању наследног дела се уноси у записник суда о расправљању заоставштине и има значај понуде. Ако санаследник прихвати понуду (што се такође уноси у записник) настаје уговор о поклону (чл. 39 ЗОО). Према томе, уговор не настаје „по пријему уступљеног дела“, како је непрецизно формулисан текст закона, него прихватањем понуде. Предаја предмета поклона се и не врши на рочишту за расправљање заоставштине, него ће, на основу закљученог уговора о поклону, бити обављена доцније.³⁹² За овако закључен поклон важе општа правила уговорног права. У том смислу се у образложењу једне судске одлуке наводи да наследничка изјава о уступању наследног дела од стране једног наследника „представља понуду за уговор о поклону учињену у корист другог наследника“.³⁹³

Из формулације ст. 2 чл. 216 ЗОН („примењују се правила о поклону“) следи да је одрицање у корист одређеног наследника увек бесплатно, што у пракси није увек случај.³⁹⁴ Када се пријемник обавезао на противчинидбу за уступљени део, у том случају се ради о теретном послу или мешовитом поклону.

Одрицање од наслеђа, као негативна наследничка изјава којом наследник губи наследничко својство *ex tunc*, не може се сматрати поклоном, јер ће његов наследни део

³⁹⁰ Wendell Will, *Beneficiary's Letter Directing Trustee To Transfer Accumulated Income As A Gift*, стр. 113-115.

³⁹¹ Истина, ова одредба служи за израчунавање нужног наследног дела и не треба је узимати као правило уговорног права.

³⁹² Илија Бабић, Здравко Петровић, *Облигационо право - посебни део*, стр. 55, фуснота 140.

³⁹³ Врховни суд Србије, Рев. 804/08 од 03.04.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

³⁹⁴ Сваки наследник може пре деобе свој наследни део, потпуно или делимично, пренети само на санаследника (чл. 231 ЗОН). Уговор о преносу наследног дела оверава судија. Уговор наследника о уступању наследног дела са оним ко није наследник само обавезује наследника да, по извршеној деоби, преда свој део сауговорачу, чиме сауговорач до деобе не добија никакво друго право. Наташа Стојановић, *Наследно право*, стр. 65. Овде се говори „о преносу наследног дела“, без прејудуцирања да ли се ради о поклону или теретном уговору.

бити распоређен према ЗОН-у, без сагласности осталих универзалних сукцесора.³⁹⁵ Пошто нема понуде и прихвата, нема ни уговора о поклону.

4. Одбијање поклона и законска претпоставка прихвата

Прихват поклонодавчеве понуде је редовна појава. Али, дешава се да поклонопримац не прихвати понуду поклонодавца. Поклон је обично у интересу поклонопримца, па се поставља питање из којих разлога га он одбија.

Овим разлозима понајвише се бавила правна филозофија. Поклонопримац не прихвата поклонодавчеву понуду најпре зато што не жели да га поклонодавац поклоном задужи, веже или контролише.³⁹⁶ Тако на пример, дете навикнуто на скупе поклоне радије узврати родитељу поклоном, него послушношћу или школским успехом. Млађи пунолетници одбијају поклон родитеља, јер прихват подрива тежњу за осамостаљењем. Девојка ће одбити скуп поклон удварача ако за озбиљну везу, коју прихват имплицира, није спремна. Поклон се одбија и због услова или друге модификације која поклонопримцу не одговара. Поред тога, поклон мења однос између поклонодавца и поклонопримца. Прихватањем поклона физичко лице губи статус, али ова констатација за поклонопримца правно лице на важи. Прихватањем сваког поклона поклонопримац сигнализира да сам нема довољно. Када једно лице жели да понизи другог, понудиће му милостињу. Зато се често поклон одбија или бар скрива. Лајтмотив у књижевности је покушај поклонопримца да узврати добротвору.³⁹⁷ Уз све то, поклон може и негативно да утиче на обдареног. Поклон ствара афективни терет, што је повод за одбијање. Социолошко-психолошка истраживања показују да захвалност индукује подређеност, па и већи или мањи степен стида. Поклон слаби поклонопримчеву аутономију и самодовољност.³⁹⁸ Присутан је и елемент агресије, поклонодавац често несвесно успоставља доминацију над поклонопримцем. Поклонопримац који не може да узврати налази се у подређеној улози, у сервилном односу захвалности. Ко много даје, жели и да му се много узврати.³⁹⁹

Канонска доктрина лепо описује одбијање поклона. Црква поклон одбија једино из оправданог разлога, како верник не би био ометен у обавези да помаже веру. Поклон се одбија због порекла поклоњене ствари (*quoad modum*), уколико је она неморално стечена,

³⁹⁵ Новак Крстић, О прирачунавању поклона у обрачунску вредност заоставштине, стр. 430.

³⁹⁶ „Поклонићу ти милион долара за 21. рођендан, али те молим да се до тренутка испуњења понашаш као да ништа нисам обећао. Показаћеш слаб карактер ако се промениш“, Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, *napomena* 109.

³⁹⁷ Eric Posner, *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*, стр. 575-577.

³⁹⁸ Hila Keren, *Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement of (Some) Gratuitous Promises*, стр. 57.

³⁹⁹ Martialis (5,59,13), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 440.

нпр. крађом. Поклон се одбија и због његове природе (*quoad substantiam*), нпр. црква не прихвата поклон акција предузећа које производи лекове за абортус.⁴⁰⁰ Наводе се и занимљиви примери: ако је отац љут на сина и жели да га разбаштини поклањајући цркви, уместо да поклон прихвати, свештеник треба да их измири; црква не треба да прихвати брод као поклон јер није бродарска компанија, зашто би на савести носила жртве бродолома.⁴⁰¹

Имајући у виду наведена објашњења и разлоге за одбијање поклона, отвара се питање колико су оправдана законска решења којима се поклонопримчев пристанак претпоставља или олакшава. Наиме, у швајцарском праву у одређеним околностима, изричит непосредан прихват понуде није нужан, већ се узима да је понуђени прихватио понуду ако је изричито не одбије. Ово важи за уговор који доноси понуђеном искључиво корист, укључујући ту и поклон.⁴⁰² Слично, у немачком праву, ако поклонопримац понуду не одбије, сматра се да је поклон прихватио (§ 516 ст. 2 BGB). Будући да је овакво решење у уговорном праву неуобичајено, немачки теоретичари наглашавају да поклон подразумева сагласност воља.⁴⁰³ У црногорском ЗОО ћутање поклонопримца сматра се прихватам понуде (чл. 577 ст. 3). Понуда је учињена у искључивом интересу понуђеног па се пасивно понашање сматра прихватам.⁴⁰⁴ По Преднацрту, ако на писмену понуду поклона понуђени не изјави писмено или усмено у одређеном или законском року да је не прихвата, сматраће се да је понуду прихватио, изузев ако га је понудилац обавестио да ће његово ћутање сматрати одбијањем понуде (чл. 661 ст. 3 / чл. 510 ст. 3 Скица). На овом примеру се види како сазнања из хуманистичких наука могу да помогну законодавцу, указујући на разилажење свакодневног живота и традиционалног полазишта да је поклон увек у поклонопримчевом интересу.

Због бриге да се поклон не наметне, односно да поклонопримац постане мимо или против своје воље власник поклоњене ствари, у страној доктрини предлаже се право поклонопримца да одбије поклон, уместо што се од њега очекује одбијање понуде (такво је решење у шкотском праву).⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 96.

⁴⁰¹ Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 97.

⁴⁰² Eugen Bucher, *Law of Contracts*, стр. 110.

⁴⁰³ Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, стр. 355.

⁴⁰⁴ Снежана Миладиновић, *Уговор о поклону по одредбама ЗОО ЦГ*, стр. 990.

⁴⁰⁵ Martin Hogg, *Promise: The Neglected Obligation In European Private Law*, стр. 476.

5. Неважност уговора о поклону због (не)сагласности

5.1. Неспоразум

Због нееквиваленције, последице неспоразума су код поклона теже него код других уговора. Кад стране верују да су сагласне, а уствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе, уговор не настаје (чл. 63 ЗОО). Уговор је ништав, а не рушљив, мада постоји и таква оцена.⁴⁰⁶ *Error in negoti*, заблуда о природи уговора је тежи недостатак од других битних заблуда, јер уговор без сагласности воља не настаје (нпр. једна страна мисли да закључује поклон, друга уговор о доживотном издржавању; када поклонодавац брзоплето преда поклонопримцу новчаницу од 50, а намеравао је да преда новчаницу од 20, логично је да поклонопримац треба да врати 30).

Неспоразум треба разликовати од мана воље јер је степен неважности већи. Због неспоразума је уговор ништав, а не рушљив, што је важно због рокова и процесне легитимације. У једној пресуди стоји: „Када је тужилца приликом закључења уговора о поклону била у заблуди у погледу предмета уговора, јер је била у уверењу да ће уговором само омогућити туженој увођење телефона, не ради се о рушљивом уговору због битне заблуде у смислу чл. 61 и 62 ЗОО, већ постоји неспоразум о битним условима за настанак уговора, тако да уговор није ни настао, па је тужилца према члану 63 ЗОО, овлашћена да тражи утврђење да је предметни уговор о поклону ништав.“⁴⁰⁷

Препознавање неспоразума важно је и због правилне формулације тужбеног захтева. У једном случају, тужилца тражи да суд поништи уговор о поклону наводећи да је била у битној заблуди, сматрајући да потписује уговор о доживотном издржавању с преносом имовине после смрти, позивајући се на чл. 61 ЗОО. Суд је нашао да се не ради о битној заблуди из чл. 61 због које се уговор поништава конститутивном тужбом већ о неспоразуму из чл. 63 ЗОО: „Парнични суд одлучује у границама постављеног захтева, стога није овлашћен декларативном пресудом утврдити да је уговор ништав“.⁴⁰⁸ Суд је ускратио заштиту поклонодавцу из процесно-формалних разлога. Тужилац може да погрешити у погледу правног основа свог тужбеног захтева (странка не мора да познаје право), али не сме погрешити у формулисању тужбеног захтева. Овде је требало тражити од суда декларативну пресуду („утврђује се да је уговор ништав“).

⁴⁰⁶ Врховни суд Србије, Рев. 3132/2005 од 13.4.2006, Параграфова збирка судске праксе Врховног суда Србије, број 2/2006.

⁴⁰⁷ Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1618/2005 од 21.10.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

⁴⁰⁸ Врховни суд Хрватске, Рев. 620/99 од 17.7. 2002. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 86.

5.2. Фиктиван поклон

Фиктиван поклон је неважећи због непостојања сагласности, она постоји само привидно. Фиктиван уговор постоји када уговарачи дају сагласне изјаве воље усмерене на закључење уговора чије дејство у стварности не желе. Обично се закључују у циљу изигравања законске забране или трећег лица. Фиктивни уговори су ништави, мада има схватања да се ради о непостојећим, односно рушљивом пословима.⁴⁰⁹ У ЗОО, фиктивни и симуловани уговори регулисани су истом одредбом. Привидан уговор нема дејства међу уговорним странама; привидност уговора не може се истицати према трећем савесном лицу (чл. 66). Код фиктивног поклона варљива сагласност поклонодавца и поклонопримца постоји, али они не желе пренос права (објективни елемент), нити је намера даривања истинита (субјективни елемент).

Фиктивни уговор о поклону уговарачи закључују да би земљишно-књижно стање ускладили са стварним стањем. У једној парници суд констатује: „Даровни уговор између туженог и покојног Л.Р. био је фиктиван правни посао, странке нису имале намеру извршити даровање. Воља уговарача није била на то усмерена, већ су странке желеле земљишно-књижно стање ускладити са стварним. Отац и син су сматрали да је тужени власник некретнине, па је уговор о поклону био најповољнији за успоставу жељеног стања.“⁴¹⁰

Фиктивни уговор о поклону уговарачи закључују како би остварили социјалну помоћ, на коју иначе немају право. Фиктивни правни посао, означен као уговор о поклону, закључен у намери да се једној страни обезбеди право на дечији додаток је апсолутно ништав.⁴¹¹ Томе слично, у једној пресуди стоји: „...воља странака да се дарују некретнине уопште није постојала, друготужени није имао вољу да буде обдарен, већ су уговор о даровању само привидно закључили да би смањили површину земљишта и тако стекли услове за добијање дечијег додатка. Таквим изјавама воље странке нису хтеле даровни уговор, иако су га тако назвале, а ни било који други уговор. Према томе, стварно није закључен никакав уговор. Дакле, ради се о апсолутно ништавом послу.“⁴¹²

Фиктивни уговор о поклону уговарачи закључују да би остварили неку корист фразулозним вршењем права, нпр. добили кредит. У том смислу, у једној пресуди стоји: „Из доказа саслушањем странака, прегледом и читањем писама, судови су утврдили да није

⁴⁰⁹ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право, стр. 277.

⁴¹⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 3591/1999-2 од 11.09.2003. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁴¹¹ Врховни суд Србије, Рев. 1962/84. Извор: Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право, стр. 277.

⁴¹² Врховни суд Хрватске, Рев. 1388/1991-2 од 22.10.1991. Извор: <http://www.vsrh.hr>

постојала права воља да мајка дарује зграду ћерки, већ да је уговор састављен како би ћерка остварила право на туристички кредит и издавање куће туристима.⁴¹³ Уговарачи су злоупотребили слободу уговарања, не постоји субјективни елемент, већ је циљ уговарача сасвим другачији.

Фиктивним уговором о поклону изигравају се одређене законске забране, нпр. земљишни максимум.⁴¹⁴ Тим поводом суд образлаже: „Поклонодавац је овлашћен захтевати у односу на поклонопримца утврђење свог власништва на некретнини која је предмет уговора. Странке су склопиле привидан уговор о даровању спорних некретнина, на основу којег је тужена укњижена као земљишно-књижни власник, а странке уистину нису желеле никакав правни посао, већ је то учињено да се тужиоцу не одузме земља изнад земљишног максимума. Тужилац је и даље остао у непрекидном поседу некретнина, у којем се налази од 1947, а тужена се никада није ни понашала као власник. Према чл. 66 ЗОО привидан уговор нема учинка међу уговорним странама, па је на утврђено чињенично стање правилно примењено материјално право када је захтев тужиоца прихваћен, јер на спорним некретнинама његово власништво није никада ни престало.“⁴¹⁵ Овде суд пружа заштиту несавесном поклонодавцу, противно правилу *Nemo auditur...*

Фиктивни поклони често су истовремено неважећи и због недопуштеног мотива. Тако и једном случају суд истиче: „Право на дечији додатак који спомиње ревидент, није никакав доказ фиктивности, већ напротив, мотивација за сачињавање спорног уговора, како су то нижи судови ваљано оценили.“⁴¹⁶ Овај поклон је ништав као привидан, а и због недопуштене побуде. Пример илуструје како понекад постоји „стицај“ узрока неважности.

6. Поклон као једностранни акт

Схватање да се правни однос између поклонопримца и поклонодавца успоставља облигационим уговором није универзално. Глобално посматрано, поклањање се може декомпоновати на правне и фактичке радње. У тренутку Т1 поклонодавац се обавезује да бесплатно пренесе својину на поклонопримца у неком каснијем тренутку Т2, што представља правну радњу Р1. У тренутку Т2 поклонодавац испуњава своје обећање и преноси својину другом правном радњом Р2. У неким правним системима поклон је само Р1, у другим Р1 и Р2 заједно, у трећим је довољан само Р2.⁴¹⁷ Уговор покрива само Р1.

⁴¹³ Врховни суд Хрватске, Рев. 1902/1994-2 од 21.03.1996. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁴¹⁴ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазих, Увод у грађанско право, стр. 360.

⁴¹⁵ Врховни суд Хрватске, Рев. 1583/2001. од 25.10.2001. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁴¹⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 1408/1990-2 од 30.08.1990. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁴¹⁷ Martin A. Hogg, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, стр. 174.

Уговор је правни институт настао због тржишта, па није погодан за поклон. У великој мери обичаји који прате поклањање су у сукобу са правилима уговорног права. Његови основни појмови (облигациони однос, обавеза, сагласност, аутономија воље, преговори) не одговарају поклону као друштвеној појави. Изграђено на комерцијалним односима, уговорно право концепцијски одступа од поклона.⁴¹⁸

У шкотском праву присутно је схватање да је поклон једностранни акт поклонодавца. Тамошњи аутори упорно бране национална решења. У својој есенцији поклон је једностранни акт, инициран вољом поклонодавца. Учење о поклону као уговору је последица неоправданих тежњи да се спречи: 1) прекомерно поклањање; 2) наметање поклона невољном поклонопримцу. Ови контрадикторни аргументи нису довољни да се поклон регулише као уговор. Поклонопримцу једноставно треба дати право да одбије поклон, уместо што му се даје могућност да одбије понуду.⁴¹⁹ Циљ уговора је да се стране обавезу, а поклонопримац се не обавезује. Код ручног поклона нарочито није оправдано да се говори о уговору, јер се ту ни поклонодавац не обавезује. Природи поклона више одговара једностранна изјава воље, зато што је поклон најчешће тренутни пренос, а не обећање будуће чинидбе. Поклон настаје једностраном изјавом воље поклонодавца. То је најтранспарентније и најпоштеније решење које најбоље одсликава његову намеру.⁴²⁰

Када се говори о систематизацији и правној природи поклона најзанимљивија је Шпанија, јер тамо постоје два паралелна система. У Шпанском грађанском законнику поклон је посебан начин стицања, дефинисан као акт којим једно лице бесплатно отуђује ствар у корист другог лица које је прихвата (чл. 608 и 618 SpCC). Поклон се ипак посматра као уговор, јер појам „акт“ обухвата и уговор, а препознаје се и поклонопримчев прихват понуде. Такође, прописано је да, у случају правних празнина, за поклон важе правила уговорног права (чл. 621 SpCC).⁴²¹ Поклон је двострани посао, уговор, сагласност поклонодавца и поклонопримца. Не настаје без прихвата понуде. Својина прелази на поклонопримца након предаје ствари. Облигациони поклон не преноси својину одмах, али обавезује поклонодавца да то учини касније. Добра страна концепције да је поклон акт, а не само уговор, је та што је онда обухваћен и ручни поклон код којег нема обавезивања карактеристичног за уговоре.

Са друге стране, у Каталонском грађанском законнику поклон је регулисан у делу о својини и стварним правима, као „бесплатан акт располагања у корист поклонопримца који

⁴¹⁸ Jaakko Husa, *Gift: The Piece That Does Not fit The Legal Puzzle*, стр. 356.

⁴¹⁹ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 172.

⁴²⁰ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 203.

⁴²¹ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 2-4.

га прихвата за живота поклонодавца“ (чл. 531 ст. 7 ССС). Формално уредан поклон одмах преноси својину. Поклонопримац стиче својину и без предаје, што је услов који важи за стицање по основу уговора. Поклон у каталонском праву није уговор, већ акт аквизиције, начин стицања, једностран посао.⁴²² Поклонодавац и поклонопримац нису уговарачи. Додуше, у дефиницији се помиње прихват, али то није прихват понуде, него изјава која поклон чини неопозивим (чл. 531 ст. 8 ССС). Она није уговорног карактера, већ прихватам поклонопримац искључује могућност опозива.⁴²³

Чак и у правним системима где је системско место поклона неспорно, јављају се одступања. Руски грађански законик поклон уређује у Посебном делу (чл. 572-582) као именовани уговор (укупно их има 24). Али, неке одредбе о поклону су неконзистентне са опредељењем да је поклон уговор. Тако нпр. прописано је да прихват поклонопримца није увек нужан за настанак поклона, иако је прихват понуде услов за настанак уговора (чл. 573 ст. 1 ГКРФ).⁴²⁴

Све до реформе 2009, поклон је у Грађанском законнику Луизијане, следећи СС, био дефинисан као акт, а не као уговор, мада је његова уговорна природа била неспорна. То показује да је савремени законодавац ипак одлучио да поклон третира као уговор. Исти тренд је прихваћен и у DCFR, јер је поклон и ту уређен превасходно као уговор, мада је један члан посвећен управо спорним ситуацијама (IV. Н. – 1:104). Правила DCFR о поклону, сходно се, са одговарајућим адаптацијама, примењују се и на: 1) једностране изјаве воље; 2) тренутне преносе.

1) Правила о поклону се примењују када се поклонодавац бесплатно и са намером да учини корист поклонопримцу једнострано обавезе да ће пренети својину поклонопримцу. Према томе, дозвољен је и поклон као једнострана изјава воље. Прихват прибавиоца није нужан, али је потребно да се испуне услови прописани посебним правилима о једностраној изјави као извору облигације. Формалности поклона се захтевају. Илустрација: Лице А је заборавило да купи рођендански поклон свом најбољем пријатељу. Уместо поклона, он пошаље честитку са обећањем да ће ускоро поклонити вредну енциклопедију. Љут због А-ове заборавности, лице Б не одговори на честитку. Уговора нема јер нема прихвата понуде. Ипак, према DCFR, за однос између лица А и Б важила би правила DCFR о поклону.⁴²⁵ По посебним правилима, поклонопримац има право да одбије поклон изјавом поклонодавцу

⁴²² Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 4.

⁴²³ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 5.

⁴²⁴ Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, стр. 79.

⁴²⁵ Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2812.

без одлагања, а пре изричитог или прећутног пријема ствари. Нико се не може приморати да буде поклонопримац. Право на одбијање важи и за промотивне поклоне.

2) Правила о поклону се примењују и када поклонодавац моментално пренесе својину на поклонопримца предајом ствари. Ручни поклон је уређен као уговор, иако се у доктрини посматра или као посебна врста уговора или му се оспорава уговорна природа. Илустрација: На прослави рођендана лице А донесе енциклопедију и лице Б је прими. Одступања у односу на класичан поклон су следећа: 1) не настаје обавеза поклонодавца да пренесе својину; 2) нема обавезе предаје ствари; 3) ручни поклон је неформалан; 4) не постоји проблем саобразности који се јавља код писаног уговора. И поред овог решења, проблем детерминације ручног поклона остављен је у DCFR као отворено питање.⁴²⁶

Глава IV

СПОСОБНОСТ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ ПОКЛОНА

Способност за закључење уговора о поклону је изазовнија тема него што се чини. Релевантне норме, расуте међу бројним формалним изворима права, су различитог порекла, снаге и обавезности. Способност поклонопримца и поклонодавца није уређена једнообразно и неретко зависи од фактора који код других уговора не утичу на способност уговарања.

За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора (чл. 56 ст. 1 ЗОО). Уговор о поклону који је закључио уговарач без способности је ништав. Способност се процењује према тренутку закључења. То је тренутак потписивања уговора о поклону, односно тренутак предаје ствари код ручног поклона. Уговор не постаје пуноважан када уговарач накнадно стекне способност.

У упоредном праву, способност поклонопримца и поклонодавца уређена је или општим правилима грађанског законика о пословној способности (Немачка) или посебним одредбама о поклону (Француска). Хрватски ЗОО не уређује способност за закључење уговора посебним одредбама о поклону, за разлику од црногорског ЗОО. У Србији се општа правила о пословној способности примењују код уговора о поклону са извесним одступањима, при чему се прави разлика између поклонодавца и поклонопримца. Бројни закони и подзаконски акти такође регулишу способност за закључење уговора о поклону.

⁴²⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2813.

Изразе „способност за даривање“ и „способност за примање дара“ предложио је за означавање уговорне способности поклонодавца односно поклонопримца М. Константиновић у Скици (чл. 511 и чл. 512).

Поводом способности за закључење поклона отварају се бројна питања. Да ли је целисходно да норме о способности да се учини или прими поклон треба да остану у Породичном закону РС или им је место у акту о облигационим односима (решење из Преднацрта)? Какав је положај законског заступника пословно неспособног поклонодавца? Интересантне су ситуације где из самог уговора не настају никакве обавезе за малолетног поклонопримца, али се оне јављају касније (нпр. фискалне обавезе, дужност старања о поклоњеној животињи). Упоредно право познаје и поклон насцитурусу и концептурусу, чак и поклонопримца без правне способности.

1. Пословна способност поклонодавца

1.1. Физичка лица као поклонодавци

У римском праву, *capitis diminutio* услед губитка слободе, држављанства или породичног статуса, значио је губитак правне способности и имовине, чиме је нестајала и способности за поклањање. Пре француске револуције, цивилна смрт чекала је осуђене за тешка кривична дела. Иако је ова казна укинута 1854, њени реликти су се дуго задржали. Осуђени на доживотну робију, као и осуђени који су због природе кривичног дела стављени под старатељство, нису могли да чине или примају поклоне. Суд је могао дозволити изузетак, сем ако је поклонопримац институција у којој се издржава казна или са њом повезано лице. Главне жртве ове забране, супротне начелу индивидуалне одговорности, били су супруга и деца осуђеног, па су (тек) 1994. оне укинуте. У средњевековној Енглеској, сви поклони криминалаца након извршења кривичног дела су сматрани ништавим.⁴²⁷ Цивилна смрт погађала је и замонашена и одређена свештена лица. Аустријски грађански законик познавао је тзв. манастирску смрт. Данас и они могу чинити и примати поклоне, иако су заветовани на сиромаштво. Црква је одвојена од световне државе и лаичког права.

Среће се занимљив пример који илуструје како доктрина понекад пристрасно тумачи норму. Канонско право не признаје ауторитет грађанског права и његова правила о неспособности за поклањање, јер „свако лице има право да помаже цркву“. Штавише, у канонском праву поклон се даје из побожних разлога, при чему и некатолик, нехришћанин, па и некрштено лице може да поклони цркви.⁴²⁸

⁴²⁷ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 226. - 227.

⁴²⁸ Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 98-99.

У правним системима где поклон није систематизован као уговор, већ као правни акт или начин стицања, способност поклонодавца није везана искључиво за пословну способност. У француском праву, поклонодавац мора бити способан за расуђивање (чл. 901 СС). Способност да чине и примају поклоне имају сва лица, осим оних којима је законом та способност одузета (чл. 902 СС). Дакле, сва лица способна за расуђивање могу бити поклонодавци, изузеци су предвиђени законом.⁴²⁹

У америчком праву, лице је способно да поклања ако зна садржај своје имовине и своје блиске сроднике, разуме природу располагања и утицај поклоне на властиту финансијску сигурност у будућности. У судској пракси, оцена способности зависи од свих околности конкретног случаја. Уколико судији поклон изгледа разумно, закључиће да је поклонодавац био способан. Међутим, ако је поклон тешко објаснити због неумерености или избора поклонопримца, способност поклонодавца се доводи у питање.⁴³⁰

У правним системима где је поклон систематизован као именовани облигациони уговор, способност поклонодавца се везује за пословну способност. Од поклонодавца се, с обзиром да располаже својом имовином, захтева потпуна пословна способност.⁴³¹ „Ко има право савршено и неограничено са својим стварима располагати, онај само може поклоне чинити“, (§ 562 СГЗ). Удате жене нису имале способност да поклањају све до реформи грађанских законика тридесетих и четрдесетих година XX века.

У српском позитивном праву, потпуну пословну способност, самим тим и неограничену способност за поклањање, имају пунолетна физичка лица, над којима није продужено родитељско право, нити су стављена под старатељство, као и малолетници који су на основу одобрења суда ступили у брак или постали родитељи, а навршили су 16. годину живота.⁴³² Малолетници који су навршили 15. годину живота могу поклонити своју зараду, односно имовину стечену личним радом.⁴³³ Мишљење да лица без потпуне пословне способности ни уз сагласност законских заступника не могу поклоне чинити,⁴³⁴ не може се прихватити јер постоје две категорије ових лица.

⁴²⁹ Схватање да је потребна посебна способност за закључење поклоне поједини аутори сматрају застарелим, јер је последица искључиво француске традиције и системског спајања поклоне са завештањем. Прописи о прихвату непотребно разрађују ову претпоставку даровања и то с погрешног становишта форме, а не са становишта уговорне природе даровања. Видети: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 128.

⁴³⁰ Видети: Restatement (Third) of Property (Wills and Other Donative Transfers), § 8.1.

⁴³¹ Треба приметити да се потпуна пословна способност захтева и код уговора код којих нема располагања (нпр. остава, послуга).

⁴³² Видети: чл. 11 ст. 2 и 3, Породични закон (Сл. гласник РС, бр. 18/2005 и 72/2011).

⁴³³ Видети: чл. 64 ст. 3 ПЗ.

⁴³⁴ Бранко Мораит, Облигационо право - књига прва, стр. 331.

Пословно неспособна лица (малолетници до 14. године и лица потпуно лишена пословне способности) немају способност за поклањање. Она не могу да чине поклоне чак ни са одобрењем законског заступника,⁴³⁵ односно органа старатељства. Изузетак представљају пригодни поклони мање вредности у односу на вредност њихове имовине, пошто по ПЗ и пословно неспособна лица могу предузимати послове малог значаја.⁴³⁶

Ограничено пословно способна лица (малолетници старији од 14 година и лица делимично лишена пословне способности) поклањају уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно органа старатељства када поклањају непокретне или покретне ствари веће вредности.⁴³⁷ Поред тога, судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности може се дозволити да лице под заштитом закључује уговор о поклону (нпр. наркоману или коцкару може се дозволити поклон члану породице, јер тако не долази до новца за порок).⁴³⁸

У упоредном праву, нееманциповани малолетници не могу поклањати.⁴³⁹ Ова ограничења се првенствено заснивају на принципу да је имовина малолетника бесплатно неутуђива, и нису проста последица неспособности малолетника (поклон је ништав без обзира на одобрење трећег, законски заступник не може да поклања малолетникову имовину).

У француском праву, малолетник нема способност за поклањање. Изузетак је поклон у ишчекивању брака будућем супружнику (*donatio ante-nuptias*), уз дозволу лица чији је пристанак потребан за пуноважност брака. За овај поклон важе правила о поклањању између супружника (чл. 903, 904 и 1095 СС). Пунолетно лице под старатељством може учинити поклон само уз сагласност старатеља (чл. 513 СС).

Уколико поклонодавац у моменту закључења уговора није имао потребну способност уговарања, то је разлог за поништење. С. Перовић сматра да се поништење може захтевати у законом предвиђеном року, од стране поклонодавца и његових наследника.⁴⁴⁰ Ипак, чини се да је овде реч о апсолутно ништавом уговору, који не конвалидира протеклом рока.

⁴³⁵ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 84.

⁴³⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 104; чл. 64 ст. 1 и ст. 2 ПЗ.

⁴³⁷ Чл. 64 ст. 2 и чл. 193 ст. 3 ПЗ.

⁴³⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 104; чл. 147. ст. 1 и 2 ПЗ.

⁴³⁹ У њихово име поклањају њихови законски заступници, али једино уобичајене поклоне (о томе у посебном поднаслову).

⁴⁴⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 611.

1.1.1. Критика Преднацрта

Преднацрт прописује да уговор о поклону може да закључи „само потпуно пословно способан поклонодавац“, (чл. 662 ст. 1 / чл. 511 ст. 1 Скица). Будући да се децидно захтева потпуна пословна способност, поставља се питање да ли ће ова одредба, када ступи на снагу, сузити круг потенцијалних поклонодаваца, сада одређен правилима ПЗ (нпр. да ли ограничено пословно способно лице остаје без могућности да поклања и поред сагласности родитеља односно старатеља?). На потврдан одговор указује чињеница да је поменута рестриктивна формулација изостављена код осталих уговора, нпр. код уговора о продаји нема одредбе: „може да прода само потпуно пословно способан продавац“. Чини се да поменута одредба нефлексибилно сужава круг потенцијалних поклонодаваца, а ако то није био циљ Комисије за израду ГЗ, онда је цела одредба сувишна.

Друга особеност тиче се могућности поништења. По Преднацрту, поклонодавац који у часу закључења уговора из било ког узрока није могао да схвати смисао или домашај свог поступка, може захтевати поништење уговора о поклону у року од годину дана, од дана када га је закључио. Исто право имају и његови наследници (чл. 662 ст. 2-3 / чл. 511 ст. 2-3 Скица). Дакле, будући да је одређен преклузиван рок, овакав поклон конвалидира протеком рока (рушљив је).

Решење је нелогично. У послератном периоду, судови су развили схватање да уговор о поклону не производи дејство уколико га је поклонодавац закључио у стању у коме није био свестан својих поступака. Узрок тог стања могу бити тешке болести (артериосклероза, дијабетес, шлог), али и пролазне околности (упале, повишена температура). Довољно је да поклонодавац није могао правилно да расуђује и доноси пуноважне одлуке.⁴⁴¹

У актуелној судској пракси чак је и теретни уговор апсолутно ништав, ако га је закључило лице које у моменту закључења није било способно да схвати значај правне радње коју предузима, без обзира што није лишено пословне способности и није душевно поремећено, ако није у стању да разумно расуђује због тешко нарушеног здравственог стања, оптерећено је својим годинама живота или тешким болестима или ако постоји изражена брига за сопствено здравље и страх од смрти.⁴⁴² У једној пресуди се наводи: „Тешак облик зависности од алкохолизма чини лице неурачунљивим и неспособним да располаже својом имовином. Правна констатација неспособности формалним решењем, не може се одмах прилагодити стварном стању. Апсолутно је ништав уговор који је закључило

⁴⁴¹ Врховни суд Југославије, Рев. 3556/64, Врховни суд Србије, Рев 3055/98. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 112. и 113.

⁴⁴² Врховни суд Србије, Рев. 371/2006 од 24.5.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

потпуно пословно неспособно лице, иако том лицу формалним решењем пословна способност није одузета.⁴⁴³ Право на истицање ништавости не гаси се протеком времена. Ако су теретни уговори из наведених разлога ништави, нелогично је да поклон, где постоји већа потреба за заштитом јер се имовина умањује бесплатно, конвалидира након годину дана од закључења, како је прописано Преднацртом.

1.1.2. Овлашћење законских заступника да поклањају имовину заступаних

У римском праву турсори су могли да поклањају ствари из малолетникове имовине само за *solemnia munera*, једном годишње за специјалне прилике или празнике.

У француском праву, уз одобрење породичног савета, старатељ пунолетног штићеника може поклањати његовим потомцима и супружнику (чл. 505 СС).

У немачком праву, родитељи не могу да чине поклоне из имовине детета (§ 1641 BGB). Ни старатељ малолетника не може, заступајући штићеника, да чини поклоне (§ 1804 BGB). Изузетак представљају поклони ради испуњења моралних дужности, поштовања обичаја или из пристојности. Забрана важи и за старатеља пунолетног лица, али он заступајући штићеника, може да чини уобичајене поклоне, у складу са жељама штићеника, ако су сразмерни његовом животном стандарду (§ 1908i BGB).

У САД, старатељ поклања у малолетниково име уз дозволу суда. У једном случају малолетник је добио високу одштету за телесну повреду, али се његова смрт, последица повреде, очекивала у блиској будућности. Суд је овластио старатеља да поклони одштету рођацима како би се избегло опорезивање заоставштине.⁴⁴⁴

У српском праву, родитељи имају право и дужност да заступају дете у свим правним пословима изван граница пословне способности детета (законско заступање), као и право и дужност да управљају и располажу имовином детета под условом да се ради о имовини коју оно није стекло радом.⁴⁴⁵ Располагање непокретном имовином и покретном имовином велике вредности родитељи могу предузимати само уз претходну или накнадну сагласност органа старатељства. Главницу имовине детета родитељи употребљавају само за његово издржавање или када то захтева неки други важан интерес детета.⁴⁴⁶ Располагање обухвата и поклањање. У начелу, родитељи могу поклањати имовину детета, уколико је то у његовом интересу. Тај интерес штити орган старатељства, уколико се ради о вреднијим поклонима.

⁴⁴³ Врховни суд Србије, Рев. 3548/98 од 23.12.1998, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2002, стр. 118.

⁴⁴⁴ *Petition of Daly*, 536 N.Y.S.2d 393, 1988.

⁴⁴⁵ Чл. 72 ст. 1 и чл. 74 ПЗ.

⁴⁴⁶ Чл. 193 ПЗ.

Права из главнице дететове имовине родитељи не могу поклањати, јер се тиме не обезбеђује издржавање. Ситуације у којима постоји важан интерес који оправдава поклањање главнице су у реалном животу ретке, али могуће (нпр. поклањање необрађене њиве јер је порез већи од прихода; поклон из захвалности лекару који је дете успешно излечио од тешке болести,⁴⁴⁷ поклон дететовом донору органа).

Старатељ заступа штићеника и располаже његовом имовином под истим условима као родитељ имовином детета, али му је без обзира на врсту и вредност имовине увек потребна претходна сагласност органа старатељства.⁴⁴⁸ Правно релевантни фактори су главница имовине и интерес штићеника. Илустрација: Штићеник је власник пословне зграде. Закупнину од издавања зграде старатељ може поклонити установи која се стара о штићенику јер се ради о цивилном плоду, главница се не умањује. Део пословне зграде може поклонити породици спасиоца који се жртвовао спасавајући штићеника од пожара.

1.2. Правна лица као поклонодавци

1.2.1. Субјекти јавног права

Питање да ли субјекти јавног права (држава, локална самоуправа, јавне агенције, установе) имају способност за поклањање је компликовано, пре свега због преплитања правила јавног и приватног права. Бројни аргументи говоре у прилог ставу да субјектима јавног права треба признати способност за поклањање, али не мањи број аргумената се наводи и против таквог става.

Потврдни одговор се брани следећим аргументима: јавним субјектима поклањање није забрањено; они имају пуну пословну способност; идеја даровања је у складу са сврхом њиховог постојања; наградни поклони заслужним грађанима, уметницима и спортистима који су задужили нацију су неспорни; оваква располагања су мотивисана јавним интересом, нису класичан поклон, па ограничења везана за пословну способност не важе. Контра-аргументи су такође бројни: субјектима јавног права није забрањено ни тестирање, што наравно не значи да имају тестаменталну способност; ко не може да тестира, не може ни да поклања; циљ државе није обогаћење одређеног појединца-поклонопримца; држава не отуђује имовину бесплатно; располагање државном имовином је дозвољено искључиво у складу са општим прописима јавног права, никако на основу појединачних норми из уговора о поклону; *animus donandi* извире једино из индивидуалне воље коју јавни субјекти немају.

⁴⁴⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 106.

⁴⁴⁸ Чл. 137 ст. 1, чл. 140 ст. 2 и 3 ПЗ.

У Србији, јавну својину чини државна својина, покрајинска својина и општинска, односно градска својина. Предмет јавне својине су, између осталог, ствари које користе државни, покрајински и локални органи и организације, установе, јавне агенције, јавна предузећа и друге организације. То су непокретне и покретне ствари и друга имовинска права, која служе за остваривање њихових надлежности. Свако ко одлучује о стварима у јавној својини, ко их користи или њима управља дужан је да поступа као добар домаћин. О располагању стварима у својини Републике Србије, одлучује Влада. О располагању стварима у својини аутономне покрајине односно јединице локалне самоуправе, одлучује орган одређен статутом. Непокретности и покретне ствари се могу отуђити из јавне својине без накнаде, ако постоји интерес за таквим располагањем, као што је отклањање последица елементарних непогода или успостављање добрих односа са другим државама, односно међународним организацијама. Непокретност се може отуђити и у другим случајевима предвиђеним посебним законом, односно актом владе. Акт о отуђењу мора да садржи образложење којим се утврђује постојање разлога за бесплатно отуђење. Уговор закључен супротно овим одредбама је ништав.⁴⁴⁹

Поједини прописи овлашћују државу и њене органе да чине поклоне у нарочитим приликама. Покретна имовина, одузета јер је проистекла из кривичног дела, која не буде продата у року дужем од годину дана, може бити поклоњена у хуманитарне сврхе. Одлуку о томе доноси Влада.⁴⁵⁰ Представницима међународних организација или страних држава, или страном држављанину, могу се на основу одлуке надлежног органа, изузетно, за успомену или у знак међународне сарадње или солидарности, из јавне својине дати пригодни поклони мање вредности домаће производње.⁴⁵¹ Ради одавања друштвеног признања даровитој деци, ученицима и другој омладини, и подстицања њиховог даљег стваралаштва и активности, установљава се награда за даровиту децу. Награда се додељује у виду плакете и поклона.⁴⁵²

У упоредном праву, ако је поклон супротан интерним актима субјекта јавног права, то не утиче на његову пуноважност, већ је основ одговорности појединца због ненаменског трошења средстава.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Пасус је сумарни приказ чл. 2, 3, 6, 7, 12, 19, 27, 31-33 Закона о јавној својини (Сл. гласник РС, бр. 72/2011).

⁴⁵⁰ Чл. 44, Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (Сл. гласник РС, бр. 97/2008).

⁴⁵¹ Чл. 68, Закон о јавној својини.

⁴⁵² Чл. 1, Одлука о установљавању награде за даровиту децу, ученике и омладину (Сл. лист АП Војводине, бр. 6/97).

⁴⁵³ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 232-233.

1.2.2. Предузећа

Предузећа су комерцијална правна лица чији је циљ стицање добити. Конзервативно посматрано, поклањање је контрадикторно њиховом циљу. Међутим, данас поклањање представља посредно профитабилну активност. Модеран маркетинг познаје даровање верних потрошача; новопечени производи се поклањају ради освајања тржишта; запослени се стимулишу поклонима; бесплатни узорци шаљу се пословним партнерима. Велика предузећа спроводе програме друштвено одговорног пословања што подразумева хуманитарне акције, давање за заштиту животне средине и унапређење локалне заједнице. Ова располагања су бесплатна, и у јавном интересу, али неки аутори сматрају да нису поклон, јер недостаје *animus donandi*, а ако би постојао, онда су то послови мимо економског циља због којег је предузеће основано.⁴⁵⁴

У немачкој доктрини доминира став да су оправдана и дозвољена давања у научне, уметничке и културне сврхе, као и помоћ спортским клубовима и жртвама природне катастрофе. Ова давања су ограничена по врсти и вредности трговачким обичајима и финансијским стањем предузећа. У отвореном акционарском друштву (AG) одлуку доноси управни одбор, сагласност акционара није потребна. Директор друштва са ограниченом одговорношћу (GmbH) мора да тражи сагласност власника предузећа.⁴⁵⁵

У Common Law је некада за поклоне предузећа важила *ultra vires* теорија, по којој су правни послови мимо регистроване делатности или оснивачког акта ништави, без обзира на вољу власника. Од 1920. судови су ублажили став према хуманитарним поклонима. Данас се сматра да предузећа поред приватних циљева имају и друштвену одговорност. Пуноважне су донације учињене у добротворне, научне, образовне сврхе или ако доприносе владиној политици. Савремена предузећа функционишу као заједница зависних група: запослени, клијенти, потрошачи, снабдевачи, локална заједница, пословни партнери, државни органи, инвеститори. Дугорочна профитабилност условљена је dobrим односима у заједници, па се на рачун краткорочног профита могу финансирати добротворна давања. Она су умерена понашањем сличних (конкурентских) предузећа, али и фискалним ограничењима.⁴⁵⁶

Ако је основни циљ привредног субјекта стицање што већег профита, не би могло дозволити бестеретно отуђење делова имовине привредног субјекта у корист другог

⁴⁵⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 234.

⁴⁵⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 235.

⁴⁵⁶ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 237. *Principles of Corporate Governance* § 2.01 коментар f.

привредног субјекта или неког физичког или правног лица (институцију или организацију) осим ако се ради о рационалном, осведоченом и очигледном располагању хуманитарног типа на основама социјалне одговорности јавног типа.⁴⁵⁷

О овом питању у нашем праву постоје двосмислене и контрадикторне норме. По ЗОО, правно лице може закључивати уговоре у правном промету у оквиру своје правне способности, а уговор закључен противно овој одредби нема правно дејство (чл. 54). Са друге стране, прописано је да правна лица у заснивању облигационог односа поступају у складу са својим општим актима, али да уговор који је закључен супротно тим актима остаје на снази, ако је друга страна савесна (чл. 22 ЗОО). Закон о привредним друштвима дефинише привредно друштво као правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити. Друштво има претежну делатност, али може обављати и све друге делатности које нису законом забрањене, независно од тога да ли су одређене оснивачким актом, односно статутом. Заступник је дужан да поступа у складу са ограничењима својих овлашћења која су утврђена актима друштва или одлукама надлежних органа друштва, али се она не могу се истицати према трећим лицима.⁴⁵⁸ У литератури се наводи да се за правна лица приватног права прихвата систем специјалне правне и пословне способности, али се уговори закључени мимо обима права која произлазе из циља због кога се правно лице оснива, сматрају важећим уколико је саговорач савестан.⁴⁵⁹ Прецизније, за комерцијална правна лица усвојен је систем опште, а за некомерцијална правна лица, нарочито установе, систем специјалне правне способности.⁴⁶⁰

Према томе, у нашем праву предузећа могу, у начелу, бити поклонодавци. Овај закључак потврђују и прописи који ове поклоне детаљније регулишу. Тако, на пример, послодавац може деци запосленог старости до 15 година живота да обезбеди поклон за Божић и Нову годину у вредности до неопорезивог износа предвиђеног Законом којим се уређује порез на доходак.⁴⁶¹ Исто тако, прописује се да задруга која користи имовину евидентирану као друштвена својина, односно као друштвени капитал, може ту имовину поклањати уз претходну сагласност агенције надлежне за послове приватизације.⁴⁶²

⁴⁵⁷ Јосип Чувардић, Кауза код добротних уговора, стр. 10.

⁴⁵⁸ Чл. 2, 4. и 33, Закон о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 36/2011 и 99/2011).

⁴⁵⁹ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право, стр. 145.

⁴⁶⁰ Ђорђе Николић, Облигационо право, стр. 27.

⁴⁶¹ Чл. 119, Закон о раду (Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009).

⁴⁶² Чл. 49а, Закон о задругама (Сл. лист СРЈ, бр. 41/96 и 12/98 и Сл. гласник РС, бр. 101/2005 и 34/2006).

2. Пословна способност поклонопримца

2.1. Физичка лица као поклонопримци

2.1.1. Способност лица без потпуне пословне способности да самостално закључи уговор

У француском праву малолетници могу бити поклонопримци, али строги прописи о форми фактички ограничавају њихову способност да самостално приме поклон. Поклон нееманципованом малолетнику или пунолетном штићенику мора прихватити заступник. Родитељи или други преци малолетника, и током живота родитеља, иако нису заступници малолетника, могу прихватити поклон у његово име (чл. 935 СС). Овим решењем увећане су шансе да малолетник стекне имовину. Прихватање свог поклона није дозвољено. Заједнички поклон родитеља прихвата се тако што отац прихвата мајчин део и обрнуто.⁴⁶³

По Грађанском закону Швајцарске, малолетници и лица под старатељством не морају имати сагласност законског заступника ако на основу правног посла прибављају чисту корист. Међутим, посебним правилима Законика о облигацијама предвиђено је да пословно неспособно лице може самостално да прими поклон, под условом да је способно за расуђивање. Поклон је неважећи или опозив ако га законски заступник не прихвати или нареди реституцију (чл. 241 CdO).⁴⁶⁴

Домаћи прописи и доктрина о овом питању су се мењали. СГЗ прописује да „примити поклон може сваки, и онај, који иначе сам другог уговора закључити не може“, (§ 563). По црногорском ОИЗ дар могу примити и лица која нису седму годину навршила, јер се узима „без поговора да је њихов законски заступник за њих дар примио па баш да при томе ни био није“, (чл. 480 ст. 3). Способност за пријем се правдала фикцијом да се поклон прима посредством законског заступника.⁴⁶⁵

По предратним прописима, различито су третирана деца испод седам година од деце старије од седам година. За пуноважност поклона учињеног детету до седам година била је увек потребна сагласност законског заступника, док је поклон старијем детету био пуноважан, али је законски заступник, односно старалац имао право интервенције у случају кад је малолетник од примљеног поклона могао имати неку штету, односно ако је за њега настајала обавеза.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Richard Nyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 259.

⁴⁶⁴ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, фуснота 395 и 399.

⁴⁶⁵ Бранко Мораит, Облигационо право - књига прва, стр. 333.

⁴⁶⁶ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 63.

После рата, поред узраста, аутори се везују и за пословну способност. По једном мишљењу, лице потпуно лишено пословне способности не може ни у ком случају самостално закључивати уговор о поклону као поклонопримац, већ то у његово име и за њихов рачун, може чинити његов законски заступник.⁴⁶⁷ По делимично супротном мишљењу, и пословно неспособно лице може примити поклон. Чини се разлика између лица које није ни седам година живота напунило, у чије име поклон прима његов законски заступник и лица преко ове границе које иако није пословно способно, може пуноважно поклон примити. Уколико би поклоном прихватило неку дужност, потребна је сагласност родитеља односно стараоца.⁴⁶⁸

Некадашњи српски Закон о браку и породичним односима пословно неспособним лицима, без обзира на зрелост и способност за расуђивање није признавао право да самостално, као поклонопримци, закључују уговор о поклону. Уместо њих, то су чинили њихови законски заступници.⁴⁶⁹ Изузетак је био могућ само за пунолетна лица делимично лишена пословне способности, ако им је одлуком органа старатељства то посебно дозвољено.

Актуелни српски ПЗ прописује да пословно неспособна лица могу да предузимају послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе и правне послове мањег значаја.⁴⁷⁰ О. Антић сматра да поклон увек подразумева одређена чињења и нечињења поклонопримца те се ова одредба ПЗ не односи на уобичајене поклоне.⁴⁷¹ По њему дакле, пословно неспособни не могу бити поклонопримци. По супротном, традиционалном, у домаћој литератури доминантном гледишту, будући да поклоном (уколико није са теретом), поклонопримац прибавља права, он може бити и пословно неспособан.⁴⁷²

Поставља се питање шта ако, због поклона, ипак настану неке обавезе за поклонопримца (нпр. пореске обавезе; чување поклоњене животиње). Могуће је заузети три различита става. 1) Ове обавезе „не извиру“ из уговора о поклону, он је њихов посредни узрок, те су без значаја. Вредност поклона је свакако већа од терета обавеза. 2) Настанак било каквих обавеза искључује могућност да пословно неспособно лице буде поклонопримац, што произлази из законске формулације ПЗ „прибавља искључиво права“.

⁴⁶⁷ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 84.

⁴⁶⁸ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 611.

⁴⁶⁹ Обрен Станковић, Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву, стр. 1230.

⁴⁷⁰ Чл. 64 ст. 1 ПЗ.

⁴⁷¹ Оливер Антић, Облигационо право, стр. 237, фуснота 658.

⁴⁷² Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 611; Мирса Мијачић, Облигационо право, стр. 62; Марко Ђурђевић, стр. 108.

3) Сваки случај треба ценити посебно, у интересу пословно неспособног поклонопримца. Треба узети у обзир време настанка обавеза: да ли су оне постојале у тренутку закључења уговора о поклону (нпр. поклања се предузеће у дуговима), или су настале знатно касније. Трећи став делује најприхватљивије.

По Преднацрту, „Поклон може да прими и пословно неспособно лице. Законски заступник поклонопримца може изјавом поклонодавцу да раскине уговор о поклону који је закључен без његове дозволе.“⁴⁷³ Према томе, и пословно неспособни могу самостално закључити уговор о поклону, али је његова судбина неизвесна, он „храмље“. Уговор је рушљив, али није одређен рок у којем законски заступник може користити право на раскид. Због правне сигурности, можда, треба одредити преклузиван рок.

У нашем праву, странци су поклонопримци покретних ствари под истим условима као и наши држављани. Страно физичко или правно лице може примити непокретност на поклон под условом реципроцитета и ако му је непокретност неопходна за обављање делатности. Страна физичка лица могу примити на поклон стан под условом реципроцитета. Странци поклањају нашим држављанима као и странцима који могу стицати право својине.⁴⁷⁴

2.1.2. Нерођено дете као поклонопримац

Условни правни субјективитет признаје се зачетом, а још нерођеном детету, под условом да се живо роди (фикција о насцитурусу). У римском праву насцитурус није могао бити поклонопримац зато што је заступање било неразвијено, а поклон је захтевао строгу форму уз присуство обе уговорне стране.

У француском праву, зачето дете може бити поклонопримац, ако се роди живо (чл. 906 СС). Захтева се виталитет, тј. да дете није рођено без виталних органа или са маном због које је неспособно за живот. Могућ је и поклон незачетом детету у два случаја. 1) Чланови породице и трећа лица, могу предбрачним уговором (*ante-nuptias*) поклонити будућим супружницима и нерођеној деци из њиховог брака своју будућу имовину (ради се заправо о њиховој заоставштини). Ако поклонодавац надживи супружника поклонопримца, претпостављени поклонопримци су његова деца (чл. 1082 ст. 2 СС). 2) Родитељи могу поклонити детету под условом да пренесе поклоњено рођеном или нерођеном унуку (чл. 1048 СС). Или ако деце немају, брату или сестри под условом да поклоњено пренесу својој рођеној или нерођеној деци (чл. 1049 СС). Овде се ради о мешовитим уговорима који имају

⁴⁷³ Чл. 663 Преднацрта. Уместо „поклон може да прими“, боље је: „уговор о поклону може да закључи“. Постојеће решење личи на пријем као елемент предаје, што није случај, обзиром на наслов члана: „Способност поклонопримца“.

⁴⁷⁴ Чл. 82, Закон о основама својинско правних односа (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/80 ... Сл. гласник РС, бр. 115/2005).

елементе поклона и уговора о наслеђивању. Поклон насцитурусу дозвољен је у шпанском праву (чл. 627 SpCC), у италијанском и незачетом детету (концептурусу), одређеном преко родитеља (чл. 784 CCI).

И у нашем праву је, заобилазним путем, могућ поклон „непостојећем“ лицу. То се може остварити поклоном са налогом поклонопримцу да део поклона поклони зачетом а нерођеном или чак и незачетом, али одређеном детету,⁴⁷⁵ као и поклоном у корист трећег.⁴⁷⁶ Бенефицијар може бити и лице које није још ни рођено, односно предузеће које није основано.⁴⁷⁷ Додуше, овде „непостојеће“ лице није уговорна страна.

2.2. Поклон неодређеном поклонопримцу и поклонопримац без правне способности

У римском праву, располагање у корист лица које тестатор није могао прецизно да идентификује у моменту састављања тестаментa било је ништаво. По том узору, у савременом праву немогућ је поклон планираном детету и другим субјектима без правне способности (нпр. животињама). Поклон је пуноважан само ако је поклонопримац прецизно одређен. Проблематичне су ситуације када се поклања „сиромашнима“ или када треће лице одређује поклонопримца.

Неодређеност поклонопримца може бити случајна и намерна. Случајна постоји нпр. када поклонодавац намени поклон сиромашнима. Поклон производи дејство ако постоји барем извесна индивидуализација, нпр. сиромашни из одређеног насеља, поклон ученицима конкретне школе. Намерна неодређеност се јавља када поклонодавац делегира трећем лицу да изабере поклонопримца, нпр. поклон једном штићенику сиротишта, по избору васпитача. Овакви поклони су у француском праву неважећи, јер ствар мора у сваком тренутку имати власника, а у овом случају „настаје вакум“. У италијанском праву делегирање права избора поклонопримца је недопуштено. Међутим, ако је поклонодавац одредио физичка или правна лица између којих се бира, или бар категорију потенцијалних поклонопримаца, делегирање је допуштено (чл. 778 CCI).⁴⁷⁸

У америчком Common Law поклањање се често остварује преко института trust. Овај институт није могуће употребити у корист неживих ствари, нпр. неважећи је trust да би се зидни сат, породично наслеђе, одржавао у исправном стању. Међутим, у растућем броју савезних држава дозвољен је trust као поклон кућном љубимцу. Inter vivos pet trust

⁴⁷⁵ Пример преузет од: Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 240.

⁴⁷⁶ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 244.

⁴⁷⁷ Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 144.

⁴⁷⁸ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 252.- 253.

омогућава власнику животиње да одвоји средства намењена љубимцу, после чега са поклоњеним не може слободно да располаже. На тај начин љубимац је обезбеђен ако за живота власник изгуби пословну способност.⁴⁷⁹ У домаћем праву поклон животињи је немогућ, хипотетички је могуће поклонити животињу заједно са имовином под условом (са теретом) да се животиња чува.⁴⁸⁰

2.3. Правна лица као поклонопримци

2.3.1. Француско право

Прописи о способности правних лица да примају поклоне реформисани су 2005. Поклон старачком дому, служби која се стара о општинским социјалним случајевима и друштвено корисној институцији (широк концепт који обухвата различита правна лица) производи дејство ако је одобрен декретом (чл. 910 СС). По одобрењу, поклон прихватају законски заступници правног лица (чл. 937 СС). Поклон фондацији, синдикату, професионалном удружењу и предузећу је пуноважан, ако нема противљења надлежног органа. Приговор, заснован на неспојивости поклоне и статутарног циља поклонопримца, поништава прихват поклоне (Ord. no. 2005-856, 28.7.2005).

Ограничења су првобитно уведена како би се спречила имовина мртве руке и акумулација богатства, нарочито црквеног. Она су у складу са режимом специјалне правне и пословне способности правних лица. Њима се штити поклонопримац од евентуалних поклоне са теретом и спречава се сукоб интереса (нпр. поклон родитеља школи коју похађа његово проблематично дете). Надлежни органи не оспоравају поклон компатибилан са циљем због којег је правно лице основано. На пример: институт може примити поклон опреме, болница возило, оркестар инструменте, школа може примити спортски терен, али не и поклон са религиозним обележјима.

2.3.2. Домаће право

У српском праву нема законске одредбе која непосредно и генерално регулише способност поклонопримаца – правних лица. До одговора се долази имплицитно, прегледом посебних прописа.

Задужбина и фондација стичу имовину од добровољних прилога, поклоне и донација, али је ранијим законом било прописано ограничење да могу примати само

⁴⁷⁹ http://www.warl.org/images/uploads/Pet_Trusts_Fact_Sheet.pdf.

⁴⁸⁰ Ма како чудно звучало, у упоредном праву могуће је директно поклонити и субјекту без правне способности. Тако нпр. у хинду праву могућ је **поклон идолу** у религиозне сврхе (debutter property).

поклоне за остваривање циљева ради којих су основани.⁴⁸¹ Фондови остварују приход из прилога, донација, поклона и помоћи.⁴⁸²

Установа стиче средства за обављање делатности, у складу са Законом и статутом, из донација и поклона. Високошколска установа стиче имовину и средства за обављање своје делатности из донација и поклона. Поклони чине њен сопствени приход. Здравствена установа, односно приватна пракса може стицати средства за рад од поклона.⁴⁸³

Српска Академија наука и уметности располаже поклонима које јој подаре физичка и правна лица. Средства за рад Правосудне Академије обезбеђују се из донација и поклона.⁴⁸⁴ Музеј и библиотека стичу средства за остваривање своје делатности из поклона и донација.⁴⁸⁵

Удружење стиче имовину од добровољних прилога, донација и поклона (у новцу или натури). Физичка и правна лица која дају прилоге и поклоне удружењима могу бити ослобођена одговарајућих пореских обавеза. Спортско удружење стиче средства и остварује приход од прилога, донација и поклона.⁴⁸⁶ Комора, као професионално удружење, стиче средства за рад од поклона и донација, спонзорства у складу са Законом. Средства за оснивање коморе здравствених радника обезбеђују се из донација и поклона.⁴⁸⁷ Из последње одредбе може се закључити да је дозвољен поклон правном лицу у оснивању.

Политички субјекат може примити поклон од физичког или правног лица. Максимална вредност давања на годишњем нивоу, износи највише 20 просечних месечних зарада за физичко и 200 за правно лице.⁴⁸⁸

Држава Србија може бити поклонопримац. Непокретне ствари се могу прибављати у јавну својину бестеретним правним послом-поклоном. Правна и физичка лица поклањају

⁴⁸¹ Чл. 44, Закон о задужбинама и фондацијама (Сл. гласник РС, бр. 88/2010 и 99/2011); чл. 15, Закон о задужбинама, фондацијама и фондовима (Сл. гласник СРС, бр. 59/89 и Сл. гласник РС, бр. 88/2010).

⁴⁸² Чл. 16, Закон о фонду за заштиту животне средине (Сл. гласник РС, бр. 72/2009 и 101/2011); чл. 42, Закон о иновационој делатности (Сл. гласник РС, бр. 110/2005 и 18/2010).

⁴⁸³ Чл. 73, Закон о ученичком и студентском стандарду (Сл. гласник РС, бр. 18/2010); чл. 39, 57 и 60, Закон о високом образовању (Сл. гласник РС, бр. 76/2005, ... 44/2010); чл. 159, Закон о здравственој заштити (Сл. гласник РС, бр. 107/2005, ... 57/2011).

⁴⁸⁴ Чл. 4, Закон о Српској академији наука и уметности (Сл. гласник РС, бр. 18/2010); чл. 22, Закон о правосудној академији (Сл. гласник РС, бр. 104/2009).

⁴⁸⁵ Чл. 6, Закон о оснивању музеја жртава геноцида (Сл. гласник РС, бр. 49/92, ... 101/2005); чл. 26, Закон о библиотечно-информационој делатности (Сл. гласник РС, бр. 52/2011).

⁴⁸⁶ Чл. 36, Закон о удружењима (Сл. гласник РС, бр. 51/2009 и 99/2011); чл. 71, Закон о спорту (Сл. гласник РС, бр. 24/2011 и 99/2011).

⁴⁸⁷ Чл. 14, Закон о дивљачи и ловству (Сл. гласник РС, бр. 18/2010); чл. 41, Закон о ветеринарству (Сл. гласник РС, бр. 91/2005 и 30/2010); чл. 31, Закон о коморама здравствених радника (Сл. гласник РС, бр. 107/2005 и 99/2010).

⁴⁸⁸ Чл. 7, 9 и 10, Закон о финансирању политичких активности (Сл. гласник РС, бр. 43/2011).

држави, јединици територијалне аутономије или јединици локалне самоуправе.⁴⁸⁹ Поклони које приме функционери, и друга лица која у односима са иностранством представљају државу, постају јавна својина Републике Србије.⁴⁹⁰

Поклони (донације) и прилози покровитеља (спонзорства) јавној агенцији и други прилози дати оснивачу, приход су јавне агенције, воде се на посебном подрачуну и користе се за њен развој (нпр. приход Националне службе за запошљавање чине средства од поклона и донација).⁴⁹¹

Из наведених прописа следи да је поклон правном лицу дозвољен без неких посебних ограничења, ако је у складу са циљем правног лица, односно не води ка сукобу интереса. Уочава се да законодавац користи више сродних термина: поклон, добровољни прилог, донација, спонзорство.

3. Релативна неспособност за поклањање

Физичким лицима из одређених категорија је законом забрањено да приме поклон од поклонодавца са којим су у одређеном односу. Овим забранама штити се, пре свега, јавни интерес, али и сам поклонодавац од недозвољеног утицаја поклонопримца. Поједини аутори сматрају да су релативне забране сувишне, јер је опште ограничење слободе уговарања (принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји) довољно.⁴⁹²

3.1. Забране у јавном интересу

Римски магистрати нису смели да приме поклон,⁴⁹³ сем хране и пића у количини потребној за неколико дана. У упоредном праву, поклони званичницима, политичарима, државним службеницима и судијама су забрањени или ограничени по врсти, вредности, прилици, или су условљени сагласношћу трећег лица. Циљ ових мера је сузбијање корупције. Забране су прописане законом или подзаконским актима, нпр. професионалним кодексом.

У Србији, релативно неспособни за примање поклона су функционери, тј. лице изабрано, постављено или именовано на функцију у државном органу, јавном предузећу, установи и другим организацијама чији је оснивач држава, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе као и друга лица које бира Народна скупштина. Функционер не сме да

⁴⁸⁹ Видети нпр: чл. 2, Закон о условима, начину и поступку додељивања пољопривредног земљишта грађанима који желе да живе и раде на територији аутономне покрајине Косово и Метохија (Сл. гласник РС, бр. 43/91); чл. 17, Закон о безбедности саобраћаја на путевима, (Сл. гласник РС, бр. 41/2009, 53/2010 и 101/2011).

⁴⁹⁰ Чл. 29 и 65, Закон о јавној својини.

⁴⁹¹ Чл. 6 и 51, Закон о јавним агенцијама (Сл. гласник РС, бр. 18/2005 и 81/2005); чл. 19, Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (Сл. гласник РС, бр. 36/2009 и 88/2010).

⁴⁹² Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, стр. 90-91.

⁴⁹³ Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 137.

прими поклон у вези с вршењем јавне функције, изузев протоколарног или пригодног поклона, али ни тада ако је у новцу или хартијама од вредности. Поклоном се сматра новац, ствар, право и услуга извршена без одговарајуће накнаде и свака друга корист дата функционеру или повезаном лицу. Функционер, члан удружења, не може да прима поклоне по основу чланства у удружењу. Функционер коме је понуђен поклон који не сме да прими, дужан је да понуду одбије и да саопшти поклонодавцу да поклон, ако га прими, постаје јавна својина. Забрана обухвата и са функционером повезана лица (супружник или ванбрачни партнер, крвни сродник у правој линији, односно у побочној линији закључно са другим степеном сродства, усвојитељ или усвојеник, као и свако друго правно или физичко лице које се може оправдано сматрати интересно повезаним са функционером). Повезано лице може да прими протоколарни, али не и пригодни поклон.⁴⁹⁴

Државни службеник не сме да прими поклон у вези с вршењем својих послова, изузев протоколарног или пригодног поклона мање вредности.⁴⁹⁵ Сукоб интереса државни ревизори и други запослени спречавају и избегавају одбијањем примања поклона за себе или друго лице у вршењу својих дужности.⁴⁹⁶ Полицијски службеник не прима поклоне неспојиве са службеном дужношћу који би могли утицати на његов рад и нарушавати углед полиције и државе.⁴⁹⁷ Тежом повредом радних обавеза и дужности радника Управе за извршење кривичних санкција сматра се и пријем поклона од осуђених и њихових рођака.⁴⁹⁸

Судија и чланови његове породице неће тражити нити примати било какве поклоне, везано за поступање или пропуштање у обављању судијске функције, нити ће судија дозволити да то учини неко од судског особља. Прихватање поклона супротно прописима који регулишу сукоб интереса је дисциплински прекршај.⁴⁹⁹ Постоје и забране за правна лица. Акредитационо тело Србије не сме примати поклоне (донације) од корисника услуга.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ Сумарни приказ чл. 2, 34, 39, 40 и 42, Закона о агенцији за борбу против корупције (Сл. гласник РС, бр. 97/2008 ... 66/2011). „Протоколарни поклон“ је поклон који функционер прими од стране државе, њеног органа или организације, међународне организације или страног правног лица, приликом службене посете или у другим сличним приликама.

⁴⁹⁵ Чл. 25, Закон о државним службеницима (Сл. гласник РС, бр. 79/2005, ... 104/2009); чл. 9, Кодекс понашања државних службеника (Сл. гласник РС, бр. 29/2008).

⁴⁹⁶ Тч. 17, Етички кодекс за државне ревизоре и друге запослене у државној ревизорској институцији (Сл. гласник РС, бр. 44/2009).

⁴⁹⁷ Чл. 19, Кодекс полицијске етике (Сл. гласник РС, бр. 92/2006).

⁴⁹⁸ Чл. 266, Закон о извршењу кривичних санкција (Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011).

⁴⁹⁹ Тч. 4.5, Етички кодекс судија (Сл. гласник РС, бр. 96/2010); чл. 90, Закон о судијама (Сл. гласник РС, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010 и 8/2012 - одлука УС).

⁵⁰⁰ Чл. 13, Закон о акредитацији (Сл. гласник РС, бр. 73/2010).

Наведена ограничења штите јавни интерес. Уговор закључен супротно забрани је противан принудним прописима што узрокује ништавост.⁵⁰¹ Такав уговор може оспорити свако лице, јер сви чланови друштва имају интерес да се корупција смањи.

Јавне и приватне интересе је тешко разграничити. ГКРФ јединственим чланом прописује релативне забране које важе за поклон вреднији од пет минималних зарада. Забрањен је: 1) поклон законског заступника на терет малолетника или пословно неспособног лица; 2) поклон запосленом у медицинској, образовној, социјалној или сличној установи од стране корисника и његових сродника; 3) поклон запосленом у државном органу или локалној самоуправи у вези са његовим радом; 4) поклон између предузећа (чл. 575 ГКРФ).

3.2. Забране у приватном интересу

3.2.1. Римско право

По схватању старог *Ius Civil*-а поклон господара свом робу и обрнуто је немогућ, јер је и сам роб део господарево имовине. Међутим, ако се и пренос државине схвати као поклон, онда је он могућ. Роб не може поклонити трећем лицу, он није субјекат већ објекат у праву.⁵⁰² Поклон туђем робу заправо је поклон његовом господару, па су релевантне забране према њему. Овде романистика илуструје како способност за поклањање зависи од схватања предмета поклона (поклон државине робу је дозвољен).

Поклони између супружника су били забрањени.⁵⁰³ Забрана је врло стара. Уведена је најпре обичајем, а потом и Августовим породичним законодавством, док неки аутори сматрају да је резултат јуриспруденције. У најстаријем *Ius Civil*-у забрана је била излишна, због потчињеног положаја жене. Касније, промене у структури породице омогућиле су поклоне да би се неко приволео на брак или развод. Забрана је правдана различитим аргументима: темељ брака треба да буде само љубав; злоупотребом поклона гори би се обогатио, а бољи пао у сиромаштво; поклони угрожавају стабилност брака. Забрана онемогућује преливање имовине једног супружника другом, на штету поклонодавца и његових наследника.⁵⁰⁴

Услови за примену забране: 1) Постојање законитог брака. Заједница живота није препрека, као ни конкубинат. Релевантна је само званична церемонија. Поклони након

⁵⁰¹ Овакви поклони су ништави и због недопуштеног мотива. У том смислу, прописивање ових забрана у сваком закону посебно је понављање опште одредбе о утицају недопуштеног мотива. О томе је писано у глави о субјектином елементу.

⁵⁰² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 32. и 36.

⁵⁰³ Ulpianus (D. 24,1,1), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 461.

⁵⁰⁴ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 143-150; John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 14.

непуноважног развода су ништави. Поклони на дан венчања имају различиту судбину, зависно од тога да ли су учињени пре или после званичне церемоније. Поклони учињени пре, а испуњени после закључења брака су ништави. 2) Захтева се *locuperatio/depauperatio* (обогаћење/осиромашење). Поклон реализован тиме што један супружник одбије наслеђе или легат *animus donandi*, да би он припао другом супружнику је изузет (нема осиромашења). Ако муж поклони жени новац, а она га искористи да плати његов дуг трећем, поклон је пуноважан јер нема њеног обогаћења.⁵⁰⁵ Ако муж жени чија је кућа изгорела поклони новац, поклон је пуноважан у мери потребној за обнову (нема обогаћења). Мотиви ових поклона не угрожавају здрав брак. Са друге стране, продаја или закуп супружнику испод цене је ништав поклон.⁵⁰⁶ Наведени услови су важни јер илуструју везу између објективног елемента и способности да се поклања.

Забраном су обухваћени супружници и лица под њиховом влашћу. Ово је нужно како би се избегло заобилажење забране (нпр. поклон робу/сину има једнаке ефекте као поклон господару/патерфамилијасу). Тако се спречавала персонална симулација. Постојали су изузеци у циљу заштите интереса оба супружника, деце, општих интереса, религије и морала (ситни поклони, ствари за личну употребу, коришћење супружникових ствари,⁵⁰⁷ поклон да би се сачувао углед супружника, ради обезбеђења гроба, ослобађања роба).⁵⁰⁸

Забрањен поклон је ништав.⁵⁰⁹ Поклонодавац или његов наследник је могао ствар да виндицира, или кондицира ако повраћај није могућ. Ако санкцију нико не тражи, поклон фактички производи ефекте. Додуше не правне, већ поклонопримац има положај држаоца. Забрана је изигравана симуловањем развода, прикривањем *locuperatio/depauperatio*, заодевањем поклона у продају или закуп. Правници су ове послове сматрали поклонима и поништавали их. Симулација је одувек пратила поклон.

При крају класичног периода забрана је ублажена у случају када је поклонодавац до смрти устрајао у вољи да учини поклон. Смрт је најпре представљала почетак рока за одржај, а касније конвалидирала поклон. Овим решењем је спречено да се наследници отимају о поклон. Јустинијан је задржао забрану, и допунио је правилима о форми. За конвалидацију поклона преко 500 солида захтевана је и форма. Поклон конвалидира не од тренутка смрти поклонодавца, него од тренутка када је учињен. Поклон се може потврдити

⁵⁰⁵ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 16.

⁵⁰⁶ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 153-157.

⁵⁰⁷ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 15.

⁵⁰⁸ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 161-163.

⁵⁰⁹ На пример, ако муж поклони жени земљиште, и она на њему подигне кућу, прираштајем она постаје његова. John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 17.

и тестаментом, без обзира на недостатак форме, али онда нема ретроактивног дејства. Занимљиво, Јустинијан је поклоне између њега и царице изузео од забране.⁵¹⁰

У време Константина поклон конкубини је забрањен и мора да се врати, иначе се одузима у корист државне касе. Тиме се чувао хришћански брак.⁵¹¹ Одјек приказаних римских решења задржао се јако дуго у упоредном праву.

3.2.2. Упоредно право

Законодавац је обазрив на поклон неискусног, болесног или лабилног дародаваца. У Француском праву, малолетник не може поклонити старатељу. Након еманципације или по пунолетству, лице не може поклањати некадашњем старатељу док се старатељство формално не оконча и старатељ положи рачуне. Од овог ограничења изузети су старатељи преци малолетника (чл. 907 СС). Пунолетни штићеник не може поклонити старатељу (чл. 909 ст. 2 СС).

Између лекара и пацијента постоји посебан однос поверења, али и неравнотежа моћи која омогућава злоупотребе. Неважећи је поклон лекару, здравственом раднику и фармацеуту учињен током лечења, окончаног смрћу пацијента поклонодавца (чл. 909 СС). Забрана важи ако су кумулативно испуњена три услова (однос лекар-пацијент, време поклоне, смрт услед болести). Од забране су изузети: 1) наградни поклон сразмеран имовинским приликама поклонодавца и пруженим услугама; 2) поклон лекару блиском сроднику до четвртог степена сродства.

Пропис о медицинским радницима сходно важи и за свештена лица (чл. 909 ст. 3 СС). Уместо лечења, овде се ради о последњој исповести и опросту, када је умирући подложен недозвољеном утицају. У доктрини се поставља питање да ли ограничење важи и за надрилекаре и свештенике секти, култова и непризнатих религијских заједница. Поређења ради, у Србији цркве и верске заједнице обезбеђују средства за обављање своје делатности из поклоне и прилога. Штавише, физичка и правна лица која им дају прилоге и поклоне уживају пореске олакшице.⁵¹² Домаће право фаворизује поклоне који су у упоредном праву спорни. Зато на њих треба обратити нарочиту пажњу.

Циљ неких забрана, сада укинутих, била је заштита традиционалног морала. Поклон родитеља ванбрачном детету био је ограничен све до реформе 1972. По позитивном праву, у исправи о поклону изрази „дете“ и „унук“ значе, ако није другачије одређено, како брачне

⁵¹⁰ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 265.

⁵¹¹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 223.

⁵¹² Чл. 26 и 30, Закон о црквама и верским заједницама (Сл. гласник РС, бр. 36/2006).

тако и ванбрачне потомке (чл. 908 ст. 2 СС; Loi no. 72-3, 3.1.1972). Поклони деци из преварних веза и инцеста били су ограничени све до реформе изазване пресудом Европског суда за људска права у случају Мазурек против Француске 2000.⁵¹³

Поклони ванбрачном партнеру, нарочито поклон ожењеног мушкарца конкубини, сузбијани су ради одбране породичних вредности и спречавања поклона „из страсти“. Формални захтеви (нпр. овера потписа) такође су препрека када стране одржавају тајну везу. У 19. веку ванбрачне заједнице су постале честе у свим слојевима друштва. У судској пракси, поклон ради започињања или одржавања ванбрачне везе сматран је неморалним, те је био ништав. Напротив, поклон учињен у циљу окончања ванбрачне везе посматран је као природна облигација (финансијско обезбеђење бивше партнерке) и био је пуноважан.⁵¹⁴ Ова пракса је напуштена 1999. признањем различитих типова породице. Тако је све до 2005. постојала чудна ситуација да је поклон ванбрачном партнеру сигурнији од поклона супружнику који је дискреционо опозив.⁵¹⁵ Сличан развој среће се и у упоредном праву, мада су поклони мотивисани искључиво сексуалним односима ништави. Године у којима су спроведене реформе (1972, 1999, 2000, 2005.) илуструју да се класично уговорно право и даље развија.

У римском праву, *lex Cincia* забрањивао је поклоне клијената судским заступницима. У Француској је судски заступник неспособан да прими поклон заступаног (чл. 909 ст. 2 СС). Забрана у Италији важи и за нотаре, тумаче, сведоке и вештаке. У Немачкој нема забране, адвокат самостално одлучује о прихвату, али је дужан да процени да ли поклон угрожава професионалну независност тј. изазива сукоб интереса.⁵¹⁶ Кодекси адвокатских комора западних земаља препоручују члановима опрез када прихватају поклоне клијената, а понекад се они третирају и као претерана наплата. У нашем праву нема сличних ограничења.

Занимљиво, у Мичигену је студенту спортисти забрањено да прими поклон од навијача, ако је учињен да би се спортиста прикључио одређеном тиму или да би се утицало на његове резултате.⁵¹⁷

Иако су релативне забране општеприхваћене, изложене су и критици. Доктор, старатељ и свештеник понекад улажу много ради добробити стране коју право *argiōi* третира као слабију. Уколико њихово саможртвовање превазилази уобичајене обавезе јавља се дужност реципроцитета, иако су они за своје услуге плаћени. „Слабија страна“

⁵¹³ *Mazurek v. France*, no 34406/97.

⁵¹⁴ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 28.

⁵¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 285.

⁵¹⁶ Чл. 43 ст. 1, 3-4. *Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)*, 1. avg. 1959.

⁵¹⁷ *Student Athletes and the Receipt of Money Act of 1988*, Mich. Stats. Ann. § 600.2968.

жели да се одужи, али пацијент не може лечити лекара. Поклонодавци онда предузимају екстремне мере да би се одужили, у чему им помажу чланови породице (нпр. симулацијом). Такво понашање потврђује „Маусове облигације“ и обавезу реципроцитета.⁵¹⁸ Односи поводом поклона нису једноставни.

3.2.3. DCFR

У националним правима релативне забране поклањања наведене су као *pignus clausus*. Супротно, у DCFR је употребљена генерална клаузула, јер набрајање не може да обухвати све случајеве. Поклонодавац, који зависи од поклонопримца или је рањива страна у односу поверења са поклонопримцем, може раскинути уговор по члану II.–7:207 (Неправично искоришћавање), уколико поклонопримац не докаже да није искористио поклонодавчев положај за своју прекомерну корист или очигледно неправичну предност (IV. Н. – 2:104). Идеја је да се оборивом претпоставком неправичног искоришћавања одврате потенцијални поклонопримци од прихвата поклона у „критичним“ ситуацијама. Ово одвраћање превенира ремунеративне поклоне када не постоји истински разлог за захвалност и награду. Решење подсећа на забрану зеленашких уговора у српском праву, мада се забрана ту односи на двострано-обавезујуће уговоре.

Општа правила уговорног права о забрани неправичног искоришћавања важе и за поклон, са извесним модификацијама. Услови су следећи: 1) Стање зависности или рањивост поклонодавца. Уз остала обележја зеленашког уговора (економске тешкоће, хитне потребе, незнање и неискуство), искоришћавање се не претпоставља; 2) Знање поклонопримца о поклонодавчевом положају; 3) Експлоатација се манифестује као прекомерна корист или неправична предност.

Општа правила модификована су тако да терет доказивања пада на поклонопримца. Илустрација 1: Лице А је власник малог производног предузећа које снабдева велику Компанију, свог јединог купца, полупроизводима. Да би ојачао своју позицију добављача, лице А поклони лицу Б, власнику Компаније, аутомобил. Лице А економски зависи од лица Б те може раскинути поклон по правилима о неправичном искоришћавању уколико Б не докаже да поклоном није остварио прекомерну корист. Илустрација 2: Пацијент болује од депресије и лечи се код психијатра неколико месеци. Током лечења поклони вредну слику доктору. Пацијент је рањива страна у односу поверења. Он може раскинути уговор уколико психијатар не обори претпоставку да постоји искоришћавање.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 315.

⁵¹⁹ Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2834.

3.2.4. Домаће право

Релативне забране присутне су и у домаћим законима и подзаконским актима. Запослени, члан органа привредног субјекта или члан његове породице не сме нудити, давати, стављати у изглед, обећавати или прихватити, поклон веће вредности од другог лица које је у пословном односу са привредним субјектом. Поклоном веће вредности сматра се новац, ствар, право или услуга, као и свака друга корист добијена или извршена без плаћања одговарајуће новчане накнаде, уз накнаду по знатно нижој цени од тржишне или без одговарајуће противчинидбе, а чија вредност прелази једну половину износа просечне месечне нето зараде у Републици Србији. Дозвољено је прихватање и давање поклона мање вредности, осим ако поклон не представља услов за закључење посла или доводи поклонодавца у повољнији положај у односу на конкуренте. Прихватање позива на ручак или сличног позива који представља општеприхваћену пословну праксу и који не може утицати на доношење одлуке, дозвољено је као израз испољавања учтивости према пословним партнерима.⁵²⁰

Након што понуђач објави понуду за преузимање акција, сваком лицу (...), забрањено је да директно или оглашавањем путем средстава јавног информисања врши утицај на акционаре циљног друштва нуђењем или обећањем поклона.⁵²¹

Запосленима у играчници забрањено је да од играча примају напојнице, поклоне, позајмице или друге погодности за себе или другог, као и да новчано помажу играче.⁵²²

Лекар не сме да прима поклоне или друга добра за пропагирање фармацеутских, козметичарских и других производа. Медицинске сестре и здравствени техничари морају одбити сваки поклон који се може протумачити као покушај стицања личних повластица или користи.⁵²³

Поклањање ремети поштену тржишну утакмицу. Обећање, односно давање поклона веће вредности, имовинских или других погодности другим трговцима, како би се даваоцу обезбедила предност у односу на конкуренте је акт нелојалне конкуренције.⁵²⁴

3.2.5. Изигравање забране персоналном симулацијом

Француски СС прописује да је правни посао, закључен да би се изиграла правила о способности за закључење поклона, ништав, када је поклон прикривен двострано-

⁵²⁰ Чл. 44, Кодекс пословне етике (Сл. гласник РС, бр. 1/2006).

⁵²¹ Чл. 19, Закон о преузимању акционарских друштава (Сл. гласник РС, бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011).

⁵²² Чл. 57, Закон о играма на срећу (Сл. гласник РС, бр. 88/2011).

⁵²³ Чл. 14, Кодекс професионалне етике лекарске коморе Србије (Сл. гласник РС, бр. 121/2007); тч. 8.4, Етички кодекс коморе медицинских сестара и здравствених техничара Србије (Сл. гласник РС, бр. 67/2007).

⁵²⁴ Чл. 50, Закон о трговини (Сл. гласник РС, бр. 53/2010).

обавезујућим послом, или постоји персонална симулација. Персонална симулација се претпоставља када је уместо лица без способности, правни посао закључен са његовим родитељем, потомком или супружником, иначе се мора доказати (чл. 911 СС), нпр. ништав је поклон који штићеник чини детету стараоца. Оно што је недозвољено директним путем, недозвољено је и заобилазним. Симуловани двострано-обавезујући посао нарочито је тешко разликовати од поклона са теретом.

У нашем праву слична одредба не постоји, али је домаћи суд у једној пресуди дао сентенцу о персоналној симулацији. Правило о привидности правног посла примењује се и у случају када се у уговору неко лице само привидно појављује као уговорна страна (тзв. подметнуто лице), уместо правог уговарача у чијој имовини треба да се остваре дејства уговора. Пуноважност прикривеног уговора процењује се према општим условима и према томе да ли би се могло узети да је подметнуто лице заступник правог уговарача.⁵²⁵

Глава V

ПРЕДМЕТ ПОКЛОНА

О предмету уговора постоје различита схватања, што отежава излагање о предмету поклона. Водећи аутори истичу да уговор нема предмет, већ да предмет има само облигација која из њега настаје. Ј. Радишић сматра да је чинидба, непосредни предмет облигације, истовремено и посредни предмет уговора. До предмета се долази одговором на питање „на шта је дужник обавезан повериоцу?“.⁵²⁶ ЗОО уређује „предмет обавезе“, прописујући да се састоји у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу (чл. 46). У пракси се редовно ствар отуђена уговором назива предметом уговора. Ипак, строго правно гледано, дужник не дугује ствар него чинидбу поводом те ствари. У литератури се среће став да је „поклон“ ствар која је предмет уговора о поклону.⁵²⁷ Ствар или право која се преноси са поклонодавца на поклонопримца представља конкретизацију обавезе поклонодавца, па се назива предметом уговора, а често само поклон.⁵²⁸ Имајући у виду наведена неподударана доктрине, прописа и праксе, чини се да је за потребе овог рада најприкладнији израз „предмет поклона“.

Изложена полемика о предмету уговора има искључиво теоријски значај и превазилази предмет ове дисертације. С друге стране, много су значајнија практични

⁵²⁵ Окружни суд у Ваљевоу, Гж. 1117/2003 од 11.12.2003. Извор: „Paragraf Lex“.

⁵²⁶ Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 80.

⁵²⁷ Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 26.

⁵²⁸ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 70.

проблеми, пре свега питање какве су поклонодавчеве чинидбе, односно шта он може да поклони; да ли постоји поклон у случају бесплатног чињења (*facere*) или бесплатног уздржавања (*non facere*), што другом лицу доноси економску корист. Судска пракса из ове области је врло разноврсна, нпр. постоји поклон када родитељ отвори рачун у корист свог малолетног детета и положи улог, али чињеница да је једно лице положило на рачун другог одређену суму новца, сама по себи нема значење даровања.

Генерално, предмет поклона су имовинска права. Њихов објекат је ствар, новац или неко друго добро чија се вредност изражава у новцу. Ту спадају стварна права, потраживања која гласе на ствар или новац и имовинска овлашћења аутора и проналазача. Непреносива имовинска права, нпр. право на издржавање или личне службености, и неимовинска (персонална) права не могу се поклањати. Дакле, поклања се преносиво право новчаног карактера. Предмет поклона је ствар или имовинско право уступљено трајно и бесплатно поклонопримцу. То је најчешће постојеће право које прелази са поклонодавца на поклонопримца (поклања се предајом својина, цесијом потраживање), али предмет је и право које настаје самим уговором о поклону (нпр. заснивање службености или потраживања у корист поклонопримца).

Правнике поклон „мучи“ јер је уговорно право имовинско, а њиме се остварују неимовинске, посве другачије потребе. Романтични поклон има примарно сигналну функцију и то треба уважити. Дијамантски веренички прстен је врло очигледан и јасан сигнал и симбол.⁵²⁹ Заправо, што је предмет поклона неекономичнији, то је бољи сигнал. Бунда, 1000 ружа или злато, боље откривају намеру удварача него да изабраници понуди храну за читаву годину, иако је употребна вредност хране већа. Мада свакодневно чисти, жена више цени и накит који неће да носи од усисивача. „Дијаманти су вечни“, не због квалитета материјала, већ као симбол поклонодавчеве љубави.⁵³⁰

Физичко лице поседује личне атрибуте, добра која може понудити другом. Неки атрибути легално се нуде на тржишту уз накнаду (нпр. радна способност). Друге атрибуте титулар може отуђити, али их не може легално наплатити (нпр. сексуалност; телесни орган). Иако отуђиви, они нису прометљиви попут робе, њихово поновчавање је непожељно. Комерцијални сексуални однос сепаратише актере више него што их спаја. Одређена добра и вредности боље се преносе бесплатно, поклоном.⁵³¹ Наведени примери показују да поклон треба сагледавати у ширем културно-социјалном контексту него друге уговоре.

⁵²⁹ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 41.

⁵³⁰ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 42.

⁵³¹ Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 848.

Познавање предмета поклона има практичан значај. На пример, ако једно лице без противнакнаде купи за трећег одређену ствар (уговор у корист трећег), тада предмет поклона није купљена ствар, него сума новца плаћена продавцу на име цене. Уколико постоји разлог за опозив поклона, поклонодавац може тражити да му поклонопримац врати ту суму новца,⁵³² а не ствар. Карактер предмета поклона утиче на трајање уговора. Према Преднацрту, уговор о поклону повремених давања престаје смрћу поклонопримца. У случају смрти поклонодавца, обавезе из уговора прелазе не његове наследнике, изузев ако из уговора не произилази нешто друго (чл. 664 / чл. 513 Скица). Због предмета није поклон: давање залог, јемства или другог средства обезбеђења, пропуштање стицања у корист другог, испуњење натуралне облигације, мада чисто морална дужност може бити мотив поклона.⁵³³

1. Предмет поклона у римском праву

Постоји веза између форме и предмета поклона. А. Маленица лепо приказује како форма условљава предмет. У класичном римском праву, пре Константинове реформе, суштина поклона је у бесплатном увећању имовине, што се остварује на најразличитије начине, не само преносом својине. Свака престација која другом доноси имовинску корист, у одсуству контрапрестације, је потенцијални предмет поклона (пренос другог стварног права, опроштај дуга, преузимање поклонопримчевог дуга).⁵³⁴ Могући су бројни облици поклона, као последица поклонодавчевог понашања. Поклон је чак и уштеда трошкова које би поклонопримац имао, да је сам хтео да постигне исти резултат.

Међутим, од Константина је поклон посао *suī generis* са нарочитом формом која се не среће ни код једног другог посла. Пошто је предаја била *sine qua non* поклона, он је сведен на пренос својине. Сужавање садржине поклона не значи да, после реформе, није могуће поступати на начин који је у класичном периоду квалификован као поклон. На пример, преузимање обавезе *animō donandi* није у начелу обавезивало, јер нема никакве предаје, али поклонодавац је могао своју обавезу извршити. Могао се у сврху поклона извршити пренос потраживања, исплатити туђи дуг, опростити дуг, намерно изгубити спор, закључити продаја *viliore pretio*, али са становишта права то није био поклон већ неки други посао: исплата дуга, цесија итд. То су сада послови и акти подвргнути сопственим правилима, и

⁵³² Врховни суд БиХ, Рев. 60/89 од 21.9.1989, Билтен ВС БиХ 4/89, стр. 108.

⁵³³ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 613.

⁵³⁴ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 92.

нису у режиму поклона.⁵³⁵ Форма диктира предмет, али и предмет поклона форму (нпр. у модерном праву поклон непокретности намеће форму јавне исправе).

2. Предмет поклона у упоредном праву

У савременом праву, поимање предмета поклона у једном правном систему у начелу зависи од законске дефиниције поклона. На пример, ако се поклон дефинише искључиво „као уговор којим једна страна преноси право својине“, онда други начини којима једно лице увећава туђу имовину на терет своје без накнаде, нису уговор о поклону. Догматски посматрано, законска дефиниција поклона увелико одређује шта је његов потенцијални предмет. Ипак, правни живот је значајно ублажио законодавчева ограничења.

2.1. Француско право

Поклон *inter vivos* је акт (посао) којим поклонодавац тренутно и неопозиво отуђује ствар у корист поклонопримца који је прихвата (чл. 894 СС). По самој законској дефиницији, предмет је веома ограничен. Међутим, узимајући у обзир широко схватање појма ствари у који улазе не само телесне ствари већ и права, предмет поклона је фактички проширен. Треба приметити да СС означава поклон као акт, а не као уговор, што је неким ауторима дало повод да оспоре његову уговорну природу.⁵³⁶ Зато је од израза „предмет уговора о поклону“, прикладнији израз „предмет поклона“.

Предмет поклона су преносива имовинска права, најчешће стварна права као и природни и цивилни плодови. Потраживање чија је чинидба давање (*dare*) може да се поклони. Поклоном се сматра: пренос потраживања без накнаде, опрост дуга, одрицање од права, корист бенефицијара из уговора у корист трећег (чл. 1121 СС), признање дуга које прекида рок застарелости; признање до тада непостојећег дуга. Поклон настаје преносом постојећег права, отпустом, одрицањем, конституисањем права, признањем.⁵³⁷

Чињење, нечињење или трпљење нису предмет поклона (нпр. бесплатне услуге, пружање смештаја, исхране, издржавање, бескаматни зајам). Доктрина признаје да оваква корист обогаћује примаоца, међутим, нема осиромашења на другој страни. Правна правила о бесплатном отуђењу формулисана су првенствено да би се спречило вољно или невољно умањење преносиоачеве имовине, нарочито њене главнице. Без осиромашења нема потребе

⁵³⁵ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 226, фуснота 118.

⁵³⁶ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 125.

⁵³⁷ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 187-188.

за заштитом, па се ови случајеви не сматрају поклоном.⁵³⁸ Зато бесплатно чињење није поклон. Овде се види веза између објективног елемента и предмета поклона.

2.2. Немачко право

У француском праву поклон је уско дефинисан, али је пракса предмет поклона проширила. У немачком праву је ситуација обрнута, у духу пандектистичке традиције, BGB даје широку дефиницију поклона. Располагање којим једна страна обогаћује другу страну на терет своје имовине је поклон ако су обе стране сагласне да је располагање бесплатно (§ 516 ст. 1 BGB).⁵³⁹ Да ли је одређени објекат погодан да буде предмет поклона зависи од претходног питања да ли се имовина поклонопримца увећава на рачун поклонодавчеве. Другим речима, захтева се и обогаћење и осиромашење, што указује на значај објективног елемента поклона.

Свако увећање поклонопримчеве активе или умањење његове пасиве потенцијално представља поклон. Предмет поклона су: стварна и облигациона права, опрост дуга, одрицање од права, дозвола да се настави државина ствари, ослобађање дужника поклонодавчевим преузимањем његовог дуга, исплата туђег дуга, куповина ствари на поклонопримчево име, *рacto de non petendo*, напуштање обезбеђења. Увећање мора бити трајно и стварно (нпр. давање новца заступнику или посреднику није поклон). Увећање се процењује објективно, без обзира на мотиве поклонодавца који могу бити и себични, нпр. послодавац оформи фонд за удовице и сирочад радника како би осигурао лојалност запослених.⁵⁴⁰

Када дужник обезбеди свој дуг, то није поклон чак и када је дуг ненаплатив. Ако треће лице да обезбеђење за туђи дуг то може бити поклон. Поклон повериоцу када обезбеђење уђе у његову имовину, уместо ненаплативог дуга. Поклон дужнику ако се трећи одрекне регреса.⁵⁴¹

Широко поимање увећања имовине поклонопримца кориговано је условом умањења. Вредност поклонодавчеве имовине након поклона је смањена, он постаје сиромашнији. Ова концепција искључује из предмета поклона неимовинска права, бесплатно становање, одрицање од наследства, повериочево намерно осујећење услова.⁵⁴²

⁵³⁸ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 58 и 67; Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 189.

⁵³⁹ Алтернативни превод: „Давање којим неко из своје имовине другог обогаћује је поклон ако су обе стране са тим сагласне и ако је давање бесплатно“.

⁵⁴⁰ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 189-190.

⁵⁴¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 190. Постоје и супротна мишљења.

⁵⁴² John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 143.

Код животног осигурања, предмет поклона је збир уплаћених премија, а не осигурана сума исплаћена кориснику-поклонопримцу, јер је само први износ поклонодавчево осиромашење,⁵⁴³ „изашло“ из његове имовине.

Начелно, услуге и бескаматни зајам не сматрају се поклоном. Али, ако пружалац услуге/зајмодавац иначе наплаћује корист коју пружа, онда је предмет поклона заправо опрост накнаде/камате. Савињи је сматрао да је бесплатно становање поклон, јер се простор иначе, може издати. Са друге стране, бескаматни зајам није поклон, јер многи људи не инвестирају новац, већ га држе при руци. У познатом случају Врховни суд Немачке је закључио да очев рад на реновирању синове куће није поклон, зато што: 1) пензионисани отац иначе не може да заснује радни однос; 2) договорено је да услуга буде бесплатна. Пошто дуг није ни настао, није могао бити ни опроштен, те нема поклона.⁵⁴⁴

По слову закона, није поклон, зато што нема осиромашења: 1) корист која припадне једном лицу због пропуштања другог лица (нпр. одбијање понуде коју потом прихвати други; одбијање да се ратификује посао заступника без овлашћења; непозивање на неважност уговора); 2) одрицање унапред од права која није стечено (сазрело); 3) одрицање од наследства или легата (§ 517 BGB).

Оваквим решењима законодавац је настојао да сличне институте грађанског права јасно разграничи. Непожељна су преклапања и правне празнине. Конкретни однос се може подвести под само један именовани уговор. Бесплатно становање је или поклон или неименовани бесплатни закуп, али није и једно и друго истовремено.⁵⁴⁵

2.3. Куриозитети из упоредног права

У ГКРФ је самим правилима о поклону уређена ситуација када је предмет поклона имовина правног лица или ствар у заједничкој својини. Правно лице која управља одређеном имовином може поклањати једино уз сагласност власника. Ограничење се не односи на поклон мање вредности. Ствар у заједничкој својини се поклања само уз сагласност свих заједничара (чл. 576 ГКРФ). Чини се да су ове одредбе вишак, јер је режим отуђења оваквог предмета уређен и посебним прописима.

Према томе да ли се поклања својина или право уже од својине, у муслиманском праву разликују се две врсте поклона: Хиба и Ариа. Ариа је поклон плодуживања и није

⁵⁴³ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 147.

⁵⁴⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 191.

⁵⁴⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 192.

наследив. Поред тога, посебна правила важе за узајамни поклон, поклон са обавезом повраћаја, поклон удела. Сваки од њих има и посебан назив.⁵⁴⁶

У литератури се наводи занимљив пример алеаторности поклона. У општекорисне сврхе поклоњене су акције вредне 7 милиона долара. Након 10 година акције су на берзи скочиле на 400 милиона долара. Пошто је до раста дошло након смрти поклонодавца, он није могао да га претпостави. Да је знао, можда би другачије располагао или наменио поклон.⁵⁴⁷ Вредност предмета поклона је важан фактор у споровима пред судом поводом његовог настанка и престанка. Осим тога, у новијој доктрини са појавило становиште да овакве промене утичу на опстанак поклона јер је у новим околностима он бесмислен или неправичан.⁵⁴⁸

Наведене ставове о предмету поклона из упоредног права треба узети са резервом зато што не постоји једнакост између „поклона“ и „уговора о поклону“. Други појам је много ужи, чак и у оквиру цивилистике. Да би поклон био уговор потребно је да, поред предмета, буду присутни сви остали елементи његовог настанка (способност, сагласност, форма, објективни и субјективни елемент).

3. Предмет поклона у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)

Аналогно романским правним системима, у DCFR се користи термин „Donation“, латинског порекла. Термин „Gift“ из англосаксонског права је одбачен, јер означава и правни посао и предмет поклона. У Преднацрту, глава XXIII насловљена је „Поклон“, а у одредбама се користи и „уговор о поклону“ и „поклон“ (у Скици „Дар“ и „уговор о дару“). Следећи резонување твораца DCFR да треба избећи хомониме за уговор и његов предмет, на српском језику добија се за наслов главе: „Уговор о поклањању“ или једноставније „Поклањање“ (попут „Продаја“, наслов седме главе ЗОО). „Поклон“ би означавао само предмет.

Правила DCFR о поклону превасходно се односе на поклон телесне ствари, што се примењује из дефиниције. Поклон ствари је уговор којим се једна страна, поклонодавац, бесплатно обавезује да пренесе својину другој страни, поклонопримцу, са намером да му учини корист (IV. Н. – 1:101). Уговор о поклону има искључиво облигационо, нема стварноправно дејство. Вероватно зато није дефинисан као „уговор којим поклонодавац

⁵⁴⁶ Tabrez Ahmad, Comparative study of gift under Islamic law and Transfer of Property Act 1882 of India, стр. 4.

⁵⁴⁷ Susan Gary, The Problems With Donor Intent: Interpretation, Enforcement, and Doing The Right Thing, стр. 1010.

⁵⁴⁸ Више у глави: Престанак поклона мимо традиционалних разлога за опозивање.

пренеси својину на поклонопримца“, већ као „уговор којим се поклонодавац обавезује да пренесе...“.

Уговор о поклону карактерише пренос права (својине) и у томе је кључна разлика од сличних бесплатних уговора. Пренос права (својине) је неизоставни циљ поклона.⁵⁴⁹ Он се остварује најчешће предајом, али она није елемент дефиниције, јер је дозвољен и другачији *modus acquirendi*.

Пренос својине раздваја уговор о поклону од послуге. Ипак, и послуга се може сматрати поклоном ако је њено трајање значајно дуже од трајања саме ствари. Теже је одредити правну природу посла када послуга траје толико да је укупна вредност коју је послугопримац добио из посла једнака почетној вредности саме ствари.⁵⁵⁰

Пренос права својине раздваја уговор о поклону и од уговора о бесплатној услузи. Предмет поклона је преносиво право. Бесплатно вршење услуге се не уклапа у такав концепт. Илустрација: Ако власник циркуса, понуди бесплатан улаз на представу лицу Б, које са захвалношћу то прихвати, онда то није поклон, јер нема преноса права.⁵⁵¹ Међутим, потраживање извршења услуге може бити предмет поклона (чињење није предмет поклона, али потраживање које гласи на чињење јесте).⁵⁵² Уговор којим се једна страна обавезује и да изврши бесплатну услугу и да пренесе право (својину) је мешовит.

Услов да се уговором о поклону преноси право (својина), представља препреку да се и отпуст дуга третира као поклон. Ту се ништа се не преноси бившем дужнику. Овај теоријски проблем остао је нерешен у коментару DCFR. Свака бесплатна чинидба која не гласи на *date* се може посматрати као наплатни теретни уговор са моменталним отпустом обавезе да се плати накнада. Ту ипак нема уговора о поклону, јер се не преноси право, осим тога сагласност уговарача тежи неком другачијем циљу.

Будућим стварима и стварима које ће се тек произвести посвећен је посебан члан. Предмет поклона је и ствар која не постоји у тренутку закључења уговора или ствар коју ће поклонодавац тек прибавити (IV. Н. – 1:102). Поклонодавац не мора да буде држалац или власник предмета поклона. Будуће ствари обухватају и ствар која је у тренутку закључења туђа, није поклонодавчева. Онда се јавља претходна обавеза поклонодавца да набави ствар. Илустрација 1: Лице А се обавезе да поклони аутомобил лицу Б. Да би испунио уговор, лице А најпре мора да купи аутомобил од увозника. Илустрација 2: Лице А поклања слику

⁵⁴⁹ Из прегледа упоредног права види се да постоји и поклон без преноса, „креирањем“ права.

⁵⁵⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2802.

⁵⁵¹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2802.

⁵⁵² Martin A. Hogg, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, стр. 201.

коју очекује да наследи. Без обзира што слика још увек није у својини лица А, она је предмет поклона.⁵⁵³ Супротно, у српском праву овакав уговор је ништав (чл. 180 ЗОН).

Уговор којим се једна страна обавезује да изради или произведе ствар и пренесе својину другој страни, сматра се примарно уговором о поклону ако је обавезивање бесплатно и са намером да се учини корист (IV. Н. – 1:102). Уговор са елементима поклона и бесплатне услуге, уз присуство субјективног и објективног елемента, „примарно је поклон“, па се правила о поклону примењују на цео однос. Израз „да изради или произведе“ се тумачи широко, нпр. ту спада и поклон новца преко још увек неотвореног текућег рачуна. Илустрација: Посластичар се обавезе да направи свадбену торту. Ово је поклон ако је главни циљ посластичара пренос својине, а њена израда само предуслов, претходна радња. Међутим, када све састојке торте дају младенци, онда није реч о поклону, већ се ради се о бесплатној услузи (припрема торте је *facere*).⁵⁵⁴

Поред својине, предмет поклона су и друга преносива права, односно побројана добра (IV. Н. – 1:103):

1) Новац, готовина и жирални, којим се врши плаћање. Новац без монетарне функције (музејски експонат, део колекције) се поклања као ствар.

2) Електрична енергија није опредмећена, али се може квантитативно изразити. Други облици енергије (гас, пара, гориво) поклањају се као ствари.

3) Поклон хартије од вредности прате додатне формалности условљене врстом хартије.

4) Потраживања. Предмет потраживања (врста чинидбе) није релевантан. И потраживање које гласи на чињење (*facere*) може се поклонити, јер је преносиво. Додуше, тешко је разграничити такав поклон од бесплатног вршења услуге. Индикатори су следећи: 1) потраживање које се поклања је старије од поклона; 2) поклонодавац није пружалац услуге. Илустрација: Лице А је добило улазницу за представу од лица Б, власника биоскопа. Лице А преда улазницу лицу Ц. Између А и Б нема поклона (јер нема преноса), али између А и Ц постоји поклон (предмет поклона је право да се бесплатно погледа представа).⁵⁵⁵

5) Нетелесна права, укључујући права интелектуалног стваралаштва и друга преносива права.

6) Бесплатно уступање информација и података, укључујући софтвер и базе података. Ово је свакако новина у односу на традиционална решења из грађанских

⁵⁵³ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2806-2807.

⁵⁵⁴ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2808.

⁵⁵⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2811.

законика. Овакав поклон доноси корист поклонопримцу, али „дељењем“ поклонодавац не сиромаша.⁵⁵⁶

Најзад, важно је указати на велико ограничење, правила DCFR не важе за поклон непокретности или права на непокретностима.

4. Предмет поклона у домаћем праву

Излагање о предмету систематизовано је према томе да ли долази до преноса права са поклонодавца на поклонопримца или се даровање остварује на неки други начин, без „прелажења права“. Случајеви из друге категорије су компликованији јер објективни и субјективни елементи поклона ту нису јасно изражени. Посебно је обрађена заједничка имовина супружника као предмет поклона.

По § 561 СГЗ, „Поклон бива кад ко добровољно другоме што да“, што значи да се може поклонити, односно да је предмет поклона, оно што се може предати. Мисли се преваходно на ствар. По Преднацрту, поклоном се преноси својина или неко друго право. Поклон је и када на неки други начин поклонодавац учини какву корист поклонопримцу на терет своје имовине.⁵⁵⁷ Поклон представља и одрицање без накнаде од права које поклонодавац има према поклонопримцу (чл. 660). Према томе, из Преднацрта следи да је предмет поклона својина, неко друго право, корист, али и одрицање. У односу на СГЗ, предмет поклона је проширен.

Л. Марковић наводи да поклон може бити и само прибављање државине или ослобађање својине од ограничења.⁵⁵⁸ Став није прихватљив, државина није грађанско субјективно право. С. Перовић напомиње да је предмет поклона свака ствар у промету и свако имовинско право чија се природа не противи акту преноса или чији пренос није законом забрањен.⁵⁵⁹ Изгледа да нема разлога напомињати да је предмет поклона „ствар или имовинско право“, пошто други случај обухвата први – својина је најважније имовинско право.

4.1. Поклон преносом права (dare)

4.1.1. Поклон својине

Поклоном се најчешће преноси својина са поклонодавца на поклонопримца. Поклон индивидуално одређене, постојеће ствари у државини поклонодавца теоријски није споран,

⁵⁵⁶ Енглески израз је „to share“.

⁵⁵⁷ Нејасно је каква је то „корист“ мимо израза „неко друго право“.

⁵⁵⁸ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 558.

⁵⁵⁹ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 613.

па су у наставку обрађени нешто проблематичнији случајеви, поводом којих у упоредном праву постоје разлике.

4.1.1.1. Будућа ствар и будућа имовина

Појмови „будућа ствар“ и „будућа имовина“ се разликују, мада их поједини аутори поистовећују.⁵⁶⁰ Будућа ствар не постоји у тренутку закључења уговора, њен настанак се очекује до тренутка доспелости обавезе. Прибављање будуће ствари је, по редовном току ствари, извесно. Будућа имовина је шири и неодређенији појам, сличан појму „будуће наследство“ из чл. 180 ЗОН, и односи се на имовину којој се поклонодавац „просто нада“, односно на имовину одредиву тек у будућности (нпр. у тренутку смрти).

У системима где је заштита поклонодавца наглашена, поклон будуће имовине је забрањен. Француски СС посебном одредбом прописује да се могу поклонити само права у имовини поклонодавца, те да је поклон будуће имовине неважећи (чл. 943 СС). Изузетак су предбрачни и поклон супружнику. Што се будуће ствари тиче, постоје опречна мишљења. Са једне стране, по дефиницији поклон захтева моментално и тренутно отуђење, што значи да будућа ствар није предмет поклона, мада генерално може бити предмет чинидбе (чл. 894 и 1130 СС).⁵⁶¹ Осим тога, ако би се дозволио поклон будуће ствари, поклонодавац би могао изиграти принцип неопозивости поклона тако што би избегао њено стицање у будућности. По супротном, владајућем становишту, будућа ствар се може поклонити ако је поклонодавчева својина извесна и сигурна (нпр. природни и цивилни плодови који се основано очекују, стан у изградњи). У немачком праву нема сличних ограничења. У исламском праву се инсистира на предаји ствари што значи да будућа ствар није предмет поклона. И на овом примеру се види како форма поклона ограничава његов предмет.

По хрватском ЗОО, дарују се садашње и будуће ствари, садашња и највише половина будуће имовине. У двојби, предметом даровања сматра се само садашња имовина. Ако се жели даровати само будућа имовина, потребно је то посебно навести у уговору (чл. 480, ст. 1, 2 и 3). Ово је трансплант из § 944 ABGB. Уговор којим се цела будућа имовина поклања, правно важи само до половине ове имовине. То значи да се може поклонити највише половина будућег имања, и до те границе је поклон пуноважан.⁵⁶² Иначе, решење којим се омогућује отуђење будуће имовине је критиковано, јер „нема никакав правни смисао“. Оно погодује лакоумности и може завести поклонодавца у тешке компликације чим се

⁵⁶⁰ Тако нпр: Бранко Мораит, Облигационо право - књига прва, стр. 335; Илија Зиндовић, Облигационо право - посебни део, стр. 74.

⁵⁶¹ Antoni Vaquer, Donation in Spain, стр. 7.

⁵⁶² Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 559.

прилике у будућности измене. Уз то, оно је непотребно јер се свака будућа имовина пре или касније претвара у садашњу, која се неограничено поклања.⁵⁶³

ЗОО дозвољава продају будуће ствари (чл. 458 ст. 3), што се правда тиме да уговор у нашем праву има искључиво облигационо дејство. По аналогiji, будућа ствар се може и поклонити. Преднацрт изричито прописује да је предмет уговора може бити и будућа ствар (чл. 42). Поклон будуће ствари не може никада бити реалан уговор,⁵⁶⁴ с обзиром да је предаја неизводљива. Уговор о поклону будуће ствари је могућ, али путем закључења у писменој форми.⁵⁶⁵ Овде се види утицај предмета на форму. Д. Лазаревић сматра да је писани поклон будуће ствари (нпр. поклања се ствар која још није произведена), уговор под одложним условом. Ако ствар буде произведена уговор је пуноважан, у супротном не производи дејство.⁵⁶⁶ Овакав став супротан је принципу неопозивости поклона, јер након што поклонодавац преузме обавезу, одговоран је за њено неиспуњење.

4.1.1.2. Туђа ствар

Лако је са туђим бити дарежљив.⁵⁶⁷ СГЗ прописује да се са туђом ствари, покретном или непокретном, или на штету трећег, поклон чинити не може. И ако се учини, пада и уништава се (§ 565). ЗОО не уређује поклон, па самим тим ни поклањање туђе ствари, али посебно прописује да продаја туђе ствари обавезује уговараче, као и да купац који није знао или није морао знати да је ствар туђа може, ако се услед тога не може остварити циљ уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете (чл. 460 ЗОО).⁵⁶⁸ У судској пракси ова одредба се аналогно примењује и на поклон.⁵⁶⁹ Сматра се да ће поклонодавац постати власник. Ако се поклонодавац обавезао да прибави ствар од трећег и да је преда

⁵⁶³ Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 251.

⁵⁶⁴ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 612.

⁵⁶⁵ Радимир Ђуровић, Момир Драгишевић, Облигационо право са пословима промета, стр. 243.

⁵⁶⁶ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 120. и 119.

⁵⁶⁷ Gaius (D. 47,2,55,1), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 162.

⁵⁶⁸ Занимљиво, поклон туђе животиње је дозвољен под посебним условима. Наиме, животиња смештена у прихватилиште може се поклонити ако је власник, односно држалац не преузме у одређеном року (чл. 65, Закон о о добробити животиња (Сл. гласник РС, бр. 41/2009)).

⁵⁶⁹ На поклон туђе ствари сходно се примењују правила о продаји. У једној пресуди се наводи: Првотужена је даровала спорне некретнине 1983. уговором у прописаној форми. Право власништва првотужена је стекла 1984. правоснажним решењем надлежног органа управе по основу узурпације. Уговор није ништав зато што је закључен у време када дародавац није био власник спорних некретнина. У овом случају се аналогно примењује правило из чл. 460 ЗОО. Продаја туђе ствари обавезује уговарача, па аналогно томе обавезује и дародавца. Уговор, због саме околности да је отуђена туђа ствар, није ништав. ВС БиХ, Рев. 360/89 од 29.1.1990, Билтен ВС БиХ, бр. 2/90. Извор: Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право – посебни део, стр. 54.

поклонопримцу, настаје уговор о поклону под одложним условом.⁵⁷⁰ Постоји и супротно мишљење, да туђа ствар не може бити предмет поклона.⁵⁷¹

Овде се одсликава утицај предмета на форму. Поклон туђе покретне ствари не може се закључити предајом. Усмена сагласност поклонопримца и поклонодавца о поклону туђе ствари без предаје нема дејство. Ако поклонодавац преда туђу ствар, нема поклона, јер нема објективног елемента.⁵⁷² Предајом се преноси својина, а пошто је поклонодавац нема, не може је ни пренети на поклонопримца, недостаје осиромашење. Када се поклања туђа ствар, закључењем уговора и предајом ствари поклонопримац не стиче својину, јер је ни поклонодавац није имао, нема обогаћења (*Nemo plus iuris...*) Претходни власник може повратити ствар, осим ако је савесни поклонопримац стекне одржајем.⁵⁷³ Када уговарачи знају да је ствар туђа, онда не постоји ни субјективни елемент схваћен као *animus donandi*. Писмени уговор о поклону туђе ствари је могућ. Осиромашење и обогаћење постоји, јер је настао дуг поклонодавца према поклонопримцу, у тренутку закључења. Као и код продаје туђе ствари, ова ситуација се посматра као да је поклонодавац преузео обавезу да прибави ствар. У том смислу се и у образложењу једне судске одлуке наводи да то што је поклонодавац само један од сувласника поклоњене непокретности може да утиче на извршење уговора и остваривање поклонопримчевих права на основу тог уговора, „али та околност не утиче на пуноважност“.⁵⁷⁴

У сваком случају, треће лице не сме бити оштећено оваквим поклоном, јер судска пракса чврсто стоји на становишту да поклон којим је поклонодавац невластник отуђио непокретност другог сувласника, „не значи за сувласника чије су некретнине отуђене губитак сувласничких права“.⁵⁷⁵

У француском праву поклон туђе ствари није могућ. По дефиницији, поклон је тренутни пренос. Ако је ствар туђа и поклонодавац тек треба да је прибави, онда је моментални пренос немогућ. Осим тога, поклон туђе ствари представља забрањени поклон будуће имовине. BGB дозвољава поклон туђе ствари у одредби о одговорности за правне

⁵⁷⁰ Живојин Перић, О уговору о поклону, стр. 248.

⁵⁷¹ Радмила Босанац, Нова регулатива у преднацрту Грађанског законика: Уговор о поклону, стр. 57.

⁵⁷² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 124.

⁵⁷³ Радимир Ђуровић, Момир Драгишевић, Облигационо право са пословима промета, стр. 243.

⁵⁷⁴ Врховни суд Хрватске, Рев. 1516/1991-2, датум недоступан. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁵⁷⁵ Из судске праксе: Посао којим је дародавац невластник (отац) отуђио у своје име некретнине другог сувласника не производи губитак сувласничког права. Извршени пренос 1/2 сувласничког дела на поклонопримца није правноваљана укњижба и стога је одређено брисање уписа и успостава у земљишној књизи стања какво је било пре provedбе даровног уговора. Но, поводом ништавости самог уговора, а из разлога што је даровање учинила особа која није власник па макар то даропримац и знао, нису испуњене законске претпоставке за ништавост. Тај уговор има и даље правни учинак међу уговарачима. Врховни суд Хрватске, Рев 2951/1990. од 10.4.1991; Рев 319/1991. од 6.6.1991. Извор: <http://www.vsrh.hr>

недостатке. Поклонодавац се може обавезати да поклони објекат који „тек треба да прибави“ (§523 ст. 2 BGB).

4.1.1.3. Целокупна имовина

Поклон целокупне имовине свакако је споран. Занимљиво, Пруски Земаљски законик је налагао судији да испита да ли поклонодаваца треба ставити под старатељство уколико чини поклон вреднији од половине своје имовине. У немачком праву је дозвољено отуђити, значи и поклонити, укупну садашњу имовину или њен део (§ 311b ст. 3 BGB). Б. Лоза, следећи § 944 аустријског BGB, сматра да предмет поклона може бити сва садашња имовина.⁵⁷⁶

Супротно, у општој теорији грађанског права се истиче да је имовина као правна целина неотуђива, тј. непреносива за живота титулара. Она није одвојива од њега, нема сопствену и самосталну егзистенцију. Управо зато поклон целокупне имовине није допуштен и третира се, евентуално, као поклон свих имовинских права, односно сингуларна сукцесија, тако да поклонопримац није одговоран за дугове поклонодавца.⁵⁷⁷ И према Б. Лози, када је предмет поклона целокупна имовина, поклонопримац није дужан да измири поклонодавчеве дугове (значи поклон је могућ).⁵⁷⁸

ЗОО дозвољава пренос „имовинске целине“. Лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе. Нема правног дејства према повериоцима одредба уговора којом се искључује или ограничава та одговорност (чл. 452). Ипак, чини се да ова одредба не даје одговор на питање да ли је поклон целокупне имовине дозвољен, и то треба решити *de lege ferenda*.

4.1.1.4. Сувласнички удео, афекциона вредност, штедни улог, хартије од вредности

Предмет поклона је и сувласнички удео. У односу на уговор о поклону сувласници су трећа лица, сувласник је слободан у погледу отуђења свог удела, па евентуално истицање како није свеједно ко ће са њима бити у сувласничког заједници није основано. Још је чл. 27 Закона о рудницима деспота Стефана Лазаревића прописивао да члан рударске дружине,

⁵⁷⁶ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 74; Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1167.

⁵⁷⁷ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазич, Увод у грађанско право, стр. 209.

⁵⁷⁸ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 71.

који је дошао у сукоб са дружином због трошкова експлоатације, може своје делове рудника и поклонити.⁵⁷⁹

Предмет поклона је и ствар афекционе вредности за поклонопримца или за поклонодавца.⁵⁸⁰ Предмет поклона су начелно сви имовински објекти, па и они који се не могу новчано изразити (нпр. драга фотографија, поверљиво писмо, поштанска марка која употпуни колекцију).⁵⁸¹ Афекциона вредност није материјална, па нема ни обogaћења ни осиромашења, али ипак постоји поклон. Несавршеност правне теорије треба толерисати, јер се она и у природним наукама толерише.

Предмет поклона је и жирални новац, односно штедни улог. Судови у неким случајевима чак фаворизују поклон. Полагање штедног улога од стране родитеља у корист малолетног детета, као корисника улога, сматра се пуноважним актом даровања ако се на сигуран начин не докаже да је мотив и воља родитеља управљена на нешто друго. Не може се узети да је поклон без дејства јер малолетно дете, које је у међувремену постало пунолетно, није формално прихватило такво даровање.⁵⁸² Судска пракса развила је бројне ситуације. Ваљано је даровање када је поклонодавац отворио штедну књижицу на име поклонопримца и на њу положио даровани износ, без обзира што се ради о штедном улогу ороченом на одређено време.⁵⁸³ Самим пријемом штедне књижице поклонопримац не постаје власник новца на који се она односи. Књижица „на име“ је легитимациони папир, па је за пренос улога потребна не само њена предаја него и писмена изјава воље поклонодавца о преносу улога. Ако странама нису познати услови за настанак пуноважног поклона улога, онда се тај њихов пропуст не може отклонити.⁵⁸⁴ Околност да је особа која није власник рачуна положила одређену своту новца на банковну штедну књижицу, нема сама по себи значење даровања власнику штедне књижице.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњовековном праву, стр. 83.

⁵⁸⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 612; Снежана Миладиновић, Уговор о поклону по одредбама ЗОО ЦГ, стр. 991.

⁵⁸¹ Стеван Јакшић, Облигационо право, стр. 35.

⁵⁸² Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 111. и 113.

⁵⁸³ Из судске праксе: Утврђено је, на основу писама и изјава тужиоцу, да је сада покојни Ш.М. даровао отварањем штедне књижице на име и у корист тужиоца полагањем 20000 USD. Мотив је школовање сина. Тиме је извршено даровање у законској форми. Стога тврдња да нема даровања, јер није извршена предаја књижице и новца, не стоји. То потврђује и околност да су средства била орочена на 10 година (син је тада био малолетан) и да је Ш.М. задржао право располагања. Пет година касније Ш.М. је на недопуштен начин исту штедну књижицу пренео на своје име, али то нема значење опозива. Врховни суд Хрватске, Рев. 1938/1992 од 15.12.1992. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁵⁸⁴ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 113.

⁵⁸⁵ Из судске праксе: Није спорно да је тужени, отац тужиоца, положио укупно 3000 DEM на штедњу на тужиочево име, да је подизао камате на тај улог, те коначно да је у целисти подигао и главницу, укупно износ од 4422 DEM. Тужилац је тражио да му тужени исплати наведени износ, сматрајући да је главница била његово власништво, а тиме и камате, чиме је тужени неовлашћено располагао. Првостепени суд је утврдио да су девизе које је тужени положио на штедњу биле његове и да он није имао вољу да девизе дарује тужиоцу, а

Предмет поклона су и акције и хартије од вредности.⁵⁸⁶ Предмет поклона може бити и камата без главнице.

4.1.2. Поклон стварног права ужег од својине

Поклон стварног права на туђој или својој ствари ужег од својине, постоји још од римског права. Поклањале су се службености вађења глине и камена, те сађења и убирања плодова. Слични су били поклони где поклонодавац преноси на поклонопримца стварно-правна овлашћења која и сам има на туђој ствари.⁵⁸⁷

Бесплатно становање је такође било поклон. У римском праву прекаријум је бесплатно, у сваком тренутку опозиво коришћење земље и других добара. Прекаријум је поред правне имао и друштвену димензију, подређеност ослобођеника и клијента патрону, јер је изворно само између ових лица био практикован. Код бесплатног становања подређености нема. Богати су својим пријатељима омогућавали бесплатно становање када им је то било потребно. Гестови пријатељства према себи равним људима, који су, такође узвраћали поклонима, нису подразумевали никакву субординацију и зато су сматрани поклоном, а не прекаријумом. Менталитет слободног човека и припадника владајуће класе одредио је, према томе, карактер овог института, а не правна логика.⁵⁸⁸ Правна природа посла не зависи искључиво од његовог дејства, него и од односа између уговарача.

У предратној доктрини среће се став да поклон може имати за предмет обавезу поклонодавца, власника ствари, да поклонопримцу пренесе неку компоненту (атрибут) својине, нпр. овлашћење употребе ствари или прибирања плодова.⁵⁸⁹ Ипак, поклањање атрибута је проблематично. Ако је пренос орочен, нема трајне користи за прибавиоца и он се не може сматрати поклонопримцем. Осим тога, пошто се преноси само једно овлашћење

то је противно тврдњи тужиоца да су оне биле власништво његове баке, законске заступнице. Стога је суд закључио да полагањем девиза на име тужиоца на штедњу оне нису постале његово власништво, па је тужбени захтев одбио. Суд другог степена заузео је супротно стајалиште, тј. да полагање новца на штедњу има значење даровања, па да је тужилац постао власник положене главнице од 3000 DEM, а тиме и камате. Стајалиште суда другог степена није правилно. Сама чињеница полагања новца на име другог нема значење даровања. Чин туженог имао би значење даровања да је постојала воља да новац дарује, што суд није утврдио. Тужилац није доказао да је био власник како главнице тако ни камата, па је тужени тим новцем могао слободно располагати. Врховни суд Хрватске, Рев. 2872/92 од 25.5.1993. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 112.

⁵⁸⁶ Сувласништво на акцији стиче се на основу поклона (чл. 256, Закон о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 36/2011 и 99/2011)). Пренос права из финансијских инструмената врши се на основу писменог уговора о поклону, односно уговора о уступању хартија од вредности без накнаде који је оверио надлежни орган, с тим што овера надлежног органа није неопходна када је Република једна од уговорних страна (чл. 229, Закон о тржишту капитала (Сл. гласник РС, бр. 31/2011)).

⁵⁸⁷ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 94.

⁵⁸⁸ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 103-105. Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 87, напомена 285, сматра да је овде предмет поклона једно стварно право уже од својине и критикује социолошко тумачење Маленице.

⁵⁸⁹ Живојин Перић, Карактерне особине уговора о поклону, стр. 257.

из својине, преносилац остаје власник па нема ни обogaћења/осиромашења. Најзад, због правила *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, када преносилац остане без својине и „поклонопримац“ атрибута остаје без „поклона“, што је супротно принципу неопозивости. Чини се да предмет поклона јесу законом призната стварна права на туђој ствари која делују *erga omnes* (службеност, плодoуживање), али не и поједина, изолована, овлашћења власника (атрибути права својине).

Осим стварних права, предмет поклона су и друга преносива апсолутна имовинска права, нпр. право проналазача, имовинско-правна овлашћења из ауторског права и друга.⁵⁹⁰ Предмет поклона су и природне снаге које служе људским потребама и које се могу имати у власти. У појам ствари улазе и разни облици енергије, па је и она предмет поклона.⁵⁹¹

4.1.3. Поклон потраживања

Имовину не творе само стварна права, него и потраживања. Потраживањем поверилац може располагати у корист трећих лица, у том случају оно постаје предмет промета.⁵⁹² Јављају се: 1) поклон постојећег потраживања и 2) поклон заснивањем потраживања.

Поклон постојећег потраживања остварује се цесијом. Уступање потраживања (цесија) је уговор којим поверилац своје отуђиво потраживање из једног облигационог односа преноси трећем лицу. За пуноважност уговора о уступању потраживања не захтевају се неки посебни услови. То је неформалан уговор, осим ако се за правни посао који чини основ уступања тражи одређена форма, што је случај код поклона. Уступање делује тако што потраживање из имовине цедента прелази у имовину цесионара.

Поставља се питање да ли је бесплатна цесија увек поклон (цедент је поклонодавац, цесионар поклонопримац)? На први поглед, постоји обogaћење цесионара и осиромашење цедента. Међутим пре коначне оцене, треба сагледати комплетан однос између учесника, ширу слику. На пример, бесплатна цесија је можда цесија уместо испуњења. У том случају није поклон, јер нема ни субјективног ни објективног елемента. Код уступања без накнаде, цедент не одговара ни за постојање, ни за наплативост потраживања. Када је уступљено непостојеће или ненаплативо потраживање нема објективног елемента, па ни поклона.

Други облик поклона потраживања је поклон заснивањем потраживања (*obligare*). У класичном римском праву поклон којим се установљава потраживање у корист

⁵⁹⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 613.

⁵⁹¹ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1167; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 111; Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 250.

⁵⁹² Располагање потраживањем путем пребијања и опроштаја дуга тиче се само повериоца и дужника, те зато потраживање тиме још не постаје предмет промета. Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 374.

поклонопримца чињен је најчешће стипулацијом. Стипулација је апстрактни посао па се њоме реализовао и поклон. Најчешће су биле стипулације на *dare*, али је обавеза могла бити и *facere*. Данас се потраживање у корист повериоца-поклонопримца заснива поклоном у писаној форми. Ако поклонодавац може поклонити новчаницу од 1000 динара, не постоји разлог да се спречи уговор којим ће се обавезати да то учини касније. Штавише, у системима где уговор има искључиво облигационо дејство, сваки уговор о поклону, осим ручног поклона, је поклон заснивањем потраживања.

Осигурање туђег потраживања као предмет поклона је проблематично. Давање обезбеђења за туђи дуг није поклон. Пре реализације обезбеђења нема никаквог преноса. После реализације обезбеђења, поверилац није обogaћен јер је добио оно што потражује. Долази до законске суброгације. Кад обавезу испуни лице које има неки правни интерес, на њега прелази по самом закону у часу испуњења повериочево потраживање са свим споредним правима (чл. 300 ЗОО). На јемца који је намирио повериочево потраживање прелази то потраживање са свим споредним правима (чл. 1003 ЗОО). Давалац обезбеђења није осиромашен јер сада има потраживање према дужнику.

4.2. Поклон без преноса права (*facere, non facere, praestare*)

4.2.1. Отпуштање дуга

У класичним римском праву, када поверилац ослободи *animus donandi* дужника неке обавезе, постоји поклон *in liberando*. Он се чини путем *actum de non petendo* само у случају ослобођења обавезе из *negotium bona fidei*, јер у другим случајевима неформални споразум о опросту није био ефикасан. Акцептилацијом се гасио сваки дуг, како из цивилне тако и из деликтне облигације. Предмет ових поклона је опроштај целог дуга или смањење обавезе (нпр. опроштај камате). Постоји поклон и када се дуг опрашта у судском поступку.⁵⁹³

Отпуштање дуга као начин престанка облигације настаје тако што поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњење и што се дужник са тим сагласи (чл. 344 ЗОО). Отпуштање дуга се у литератури редовно посматра као поклон.⁵⁹⁴ По ЗОН, поклоном се сматра, између осталог и отпуштање дуга (чл. 50). Постављају се питања: да ли је отпуштање дуга исто што и уговор о поклону, шта се добија усвајањем овог става, шта је ту предмет поклона. Ово питање је остало отворено и у DCFR.

Отпуштање дуга и уговор о поклону су слични по томе што је за отпуст потребна сагласност дужника, као што је за уговор потребан прихват понуде, нпр. нема отпуста ако

⁵⁹³ Више о томе: Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 98. и 99.

⁵⁹⁴ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 59.

поверилац сам уништи обвезницу дужника. Међутим, сагласност дужника се тражи због поштовања његове личности, а не као манифестација *animus donandi* (јер он можда сматра да је дуг угашен или да није ни настао). Друга сличност је што постоји обогаћење односно осиромашење, додуше не опипљиво и директно, него је дужнику умањена пасива, а повериоцу актива.

Разлике између отпуста и уговора о поклону су значајније. Отпуст је начин гашења, уговор о поклону је извор облигације. Код опроста дуга нема обавезе поклонодавца, а без обавезе нема уговора. У доктрини се спомиње „уговор о опроштају“, али законски термин је „споразум“ којим се дуг опрашта, а није сваки споразум уговор. Поклон је формалан, док је споразум о отпусту неформалан чак и кад је посао из кога је обавеза настала формалан (чл. 344 ст. 2 ЗОО). У литератури се нарочито истиче да делимично отпуштање дуга, колективни опрост, опрост у оквиру уговорне компензације или у оквиру поравнања нису поклон.⁵⁹⁵ Поверилац не опрашта увек дуг *animus donandi*, већ и у властитом интересу (нпр. да би му дужник испунио неку другу обавезу).⁵⁹⁶ Опраштање дуга може бити и нека врста накнаде дужнику за корист коју је учинио повериоцу.⁵⁹⁷ Поменута одредба ЗОН, служи за израчунавање нужног дела, али то не значи да треба изједначити отпуст дуга са уговором о поклону. У системима где поклон има ширу концепцију, то је можда оправдано. У нашем праву, где је поклон именовани уговор, нема таквих разлога. Поклон је опозив, а опозив отпуштања је тешко замислив.

4.2.2. Испуњење туђег дуга

Споразумно испуњење туђег дуга је потенцијални предмет поклона. Туђи дуг испуњава треће лице на основу споразума са повериоцем или са дужником и тада долази до вољне персоналне суброгације, ако су се тако споразумели (чл. 299 ЗОО). Исплата туђег дуга се може вршити и по основу налога (мандата), када мандатар има право на регрес. Међутим, замислива је ситуација да треће лице постигне споразум са повериоцем или дужником о испуњењу, али без договора о суброгацији. На пример: једно лице купи ствар, а цену продавацу, на основу уговора са купцем, исплати треће лице. Исплатом је намирен продавац, а купац није дужан испуниоцу износ цене јер такав договор није постигнут. У овој ситуацији, испуњење није поклон продавацу, он добија противчинидбу. Поклон купцу је или исплаћена сума новца или продата ствар. У првом случају ради се о индиректном

⁵⁹⁵ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 128.

⁵⁹⁶ Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 357.

⁵⁹⁷ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, стр. 701. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 127.

поклону испуњењем туђег дуга. Њега треба разликовати од ситуације када се једном лицу поклања новац којим оно лично прибавља неку ствар (то је директан поклон).⁵⁹⁸

Испуњење туђег дуга без воље дужника није поклон. Када туђи дуг испуни лице које има правни интерес да се дуг угаси (противник побијања, залогодавац, јемац), долази до законске персоналне суброгације (чл. 300 ЗОО). Будући да поверилац добија од трећег оно што потражује, а да дужник сада дугује испуниоцу, поклона нема. Туђи дуг се може платити и као пословодство без налога, или пак у заблуди да је у питању сопствени дуг, кад се кондикцијом захтева повраћај.⁵⁹⁹ Дато у заблуди може се захтевати назад, једино дато са знањем да се не дугује је поклон.⁶⁰⁰ Исплата туђег дуга је поклон ако је учињена *animus donandi – solutio donationis causa*. Никоме се не може наметнути поклон против његове воље. То важи и за исплату туђег дуга с циљем поклона, а да дужник о томе не зна.⁶⁰¹

Објашњење М. Вуковића да „пословодство без налога нема карактер даровања јер том односу недостаје облик уговора“,⁶⁰² је циркуларна логичка грешка.

4.2.3. Преузимање дуга

Преузимање дуга врши се уговором између дужника и преузимаоца, уз пристанак повериоца (чл. 446 ст. 1 ЗОО). Посматра се као поклон преузимаоца дужнику.⁶⁰³ Предмет поклона је корист коју дужник прибавља ослобађањем од дуга. У томе се огледа његово обogaћење. Осиромашење је смањење преузимаоачеве имовине. Поклонодавац је нови, а поклонопримац стари дужник.

Међутим, пре овакве оцене треба сагледати укупност односа између дужника и преузимаоца, као и његов материјални положај у тренутку преузимања. Можда је он преузео дуг зато што је дужников дужник по неком другом основу. Онда се не може говорити о поклону, јер нема добровољности. Осим тога, ако је преузималац презадужен, а поверилац то није знао нити је морао знати, пређашњи дужник није ослобођен обавезе, те нема његовог обogaћења (видети чл. 448 ст. 2 ЗОО).

Дакле, пре квалификације, потребно је прикупити додатне информације. У том покушају, уместо решења отвара се још тежи проблем. Колико широко и дубоко треба анализирати однос између два субјекта да би се дошло до дефинитивног закључка? Многи поклони би изгубили свој идентитет ако посматрамо укупност односа између поклонодавца

⁵⁹⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 130.

⁵⁹⁹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 100.

⁶⁰⁰ Sec. Ulpianus (D. 12,6,1,1), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 432.

⁶⁰¹ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 556.

⁶⁰² Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 250.

⁶⁰³ Д. Аранђеловић, Основи облигационог права с нарочитим освртом на ГЗ Краљевине Србије, стр. 128; С. Јакшић, стр. 425; Ж. Ђурђевић, В. Станковић, стр. 625. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 131.

и поклонопримца или ширу ситуацију. Ако одређени посао није поклон „на први поглед“, колико погледа је довољно? Исто важи и за бесплатну цесију. Проблем се додатно компликује када је преузет дуг који гласи на чињење или нечињење, а не на dare. Чини се да је једноставније и сигурније искључити преузимање дуга из предмета поклона.

4.2.4. Бесплатан рад

У римском класичном праву, бесплатна обрада земље је поклон. Власници поседа су понекада били принуђени дуго да одсуствују. Ако би суседи, као незвани вршиоци туђег посла, предузимали радње на њиховом имању (поправка куће, обрада земље) без захтева да им се накнаде трошкови, настајао је поклон.⁶⁰⁴

У позитивном праву рад је, неспорно, предмет разних уговора (ортакљук,⁶⁰⁵ уговор о делу, уговор о раду), али је код поклона савремена доктрина подељена. По једном мишљењу, предмет поклона не може бити обавеза која гласи на чињење или нечињење.⁶⁰⁶ Чињењем или нечињењем једно лице не умањује своју имовину, без обзира што радња, трпљење или уздржавање имају тржишну вредност и представљају материјалну корист за другог.⁶⁰⁷ Сматра се да у овом случају нема осиромашења. Рад није предмет поклона, јер би то значило одступање од објективног елемента који захтева не само увећање, већ и повезано умањење имовине.⁶⁰⁸ Не ради се о поклону у правом смислу речи, већ о неименованом уговору који се третира аналогно уговору о поклону.⁶⁰⁹ У социјалистичком праву, рад је првенствено израз личности, а не имовински објекат.⁶¹⁰

По супротном становишту, поклон се може учинити и обављањем неке физичке или интелектуалне радње која увећава имовину поклонопримца, под условом да се ту не ради о неком другом именованом уговору, нпр. послузи, остави или пуномоћству.⁶¹¹ Поклон се састоји у предузимању радње која увећава вредност ствари, односно уштеђивању неке издатка које би он иначе имао.⁶¹² Рад је предмет поклона, јер се тако другоме поклања мерљива корист.⁶¹³ Поклон не претпоставља увек смањење имовине поклонодавца и

⁶⁰⁴ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 105.

⁶⁰⁵ Из римског права остала је максима: Не може се ради поклона закључити уговор о ортакљуку (Ulpianus, D. 17,2,5,2). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 136.

⁶⁰⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 131.

⁶⁰⁷ Живојин Перић, Карактерне особине уговора о поклону, стр. 254-256.

⁶⁰⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 132.

⁶⁰⁹ Стеван Јакшић, Облигационо право, стр. 36.

⁶¹⁰ Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 980.

⁶¹¹ Борислав Благојевић, Грађанско-правни уговори облигационог права, стр. 85; Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 614; Љубиша Милошевић, Облигационо право, стр. 85; Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 64.

⁶¹² Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 558.

⁶¹³ Бранко Мораит, Облигационо право - књига прва, стр. 336.

повећање имовине поклонопримца, јер се он богати и искоришћавањем физичког или интелектуалног рада поклонодавца.⁶¹⁴ Везивање поклона за пренос стварних права је реликт прошлости, јер је у модерном друштву главни извор богатства рад.⁶¹⁵

С. Перовић из објективног елемента поклона уклања компоненту осиромашења како би и бесплатан рад приказао као његов предмет. Предмет поклона је и фактички рад поклонодавца на основу намере дарезљивости. Да би рад био предмет поклона он мора непосредно и трајно да увећа имовину поклонопримца. Рад као бесплатно чување туђе ствари или обављање правног посла за другог није поклон, јер произашла корист није непосредна и трајна. Поклон постоји када поклонодавац на било који начин учини какву дозвољену имовинску корист на коју није обавезан, а која непосредно увећава имовину поклонопримца.⁶¹⁶

Судовима је ближе гледиште да је рад предмет поклона. Тако се у старијој литератури наводи да су честе парнице где суд треба да одлучи да ли рад уложен у кућу за становање од стране блиских сродника супружника представља предмет поклона. Рад обављен бесплатно, као помоћ за обезбеђење смештаја, узима се да је поклон. У једној парници суд истиче: „Што се материјала тиче, треба утврдити да ли је тужиљин отац ову вредност поклонио ћерки или супружницима заједно. У првом случају та вредност по престанку брака улази у део тужиље, у другом се дели на два равна дела.“⁶¹⁷ Новија судска пракса је задржала исти курс. На пример, нема стицања без основа када је тужилац, у намери да помогне својој ћерки, у циљу побољшања услова становања младих супружника, дао одређени материјал и учинио радове на претварању терасе у кухињу без икакве накнаде, већ се то може сматрати поклоном младом брачном пару. Тужилац и тужени су заједно дали материјал и рад младима, без накнаде, и то је њихов поклон, а не прелаз имовине тужиоца у имовину тужених.⁶¹⁸ У другој пресуди се каже: „Рад и средства која је уложио отац тужиље, представљају његов поклон учињен ћерки.“⁶¹⁹ Када сродници оба супружника бесплатним радом учествују у подизању куће за становање супружника, њихова помоћ представља поклон, супружницима учињен заједнички, уколико се нешто друго не докаже.⁶²⁰ У наведеним случајевима суд је одлучивао о стицању без основа, тако да став да

⁶¹⁴ Борислав Благојевић, Облигациони уговори, стр. 72; Момчило Курдулија, Поклон учињен брачним друговима од стране блиских сродника, стр. 51.

⁶¹⁵ John Dawson, Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, стр. 58, напомена 10.

⁶¹⁶ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 613-614.

⁶¹⁷ Момчило Курдулија, Поклон учињен брачним друговима од стране блиских сродника, стр. 51

⁶¹⁸ Окружни суд у Новом Саду, Гж. 2450/2003 од 29.10.2003. Извор: „Paragraf Lex“.

⁶¹⁹ Врховни касациони суд, Рев. 385/2010(4) од 30.6.2010. Извор: „Paragraf Lex“.

⁶²⁰ Савезни Врховни суд, Гзз. 10/57 од 22.2.1957. Извор: „Paragraf Lex“.

судска пракса апсолутно прихвата рад као предмет поклона, треба узети са резервом. Мада, поједини аутори су сигурни да судови бесплатан рад третирају као даровање.⁶²¹

Догматски посматрано, одговор на питање да ли је рад предмет поклона зависи од законске дефиниције поклона. Решења су разнолика. Из СГЗ и АВГВ произилази негативан одговор. Међутим, ОИЗЦГ признаје рад, односно искоришћавање радне способности као предмет поклона („дар бива кад радиш туђ посао који се обично плаћа“, чл. 899). Због тога, право је питање каква треба да буде законска дефиниција, односно да ли је сврсисходно третирати бесплатан рад као поклон. Шта је важније: интегритет објективног елемента поклона (и обogaћење и осиромашење) или потреба да се и рад призна као предмет поклона?

Заслужује пажњу теза да се не поклања рад, него имовински ефекат рада. Рад који неко уложи нпр. у подизање куће, редовно се плаћа. Имовински ефекат рада стране су и имале на уму при закључењу уговора.⁶²² И заиста, шире посматрано, главни извор имовине просечног поклонодавца је његов рад. Имовина је резултат, ефекат рада. Да ли поклонодавац лично ради на дететовој кући, или платом коју је зарадио на другом месту плаћа мајсторе, у суштини је исто. Ову другу ситуацију, када поклонодавац преда новац детету да плати радове или их сам плати, нико не оспорава као поклон.

Отвара се питање форме поклона рада, односно, да ли је по свршетку радова иста ситуација као када се „ручни поклон“ преда поклонопримцу? По једном мишљењу, постоји предаја у реалној форми јер се вредност рада остварила, рад је опредмећен („налази се у кући поклонопримца“).⁶²³

4.2.5. Одрицање и пропуштање као поклон

Да би одбијање наслеђа било поклон у римском праву,⁶²⁴ наследник, односно легатар, мора да поступа *animo donandi*, зато што се наслеђе и легат одбијају и са намером да припадну супституту, а да то ипак не буде поклон, већ нпр. мираз.⁶²⁵ Субјективни елемент, воља за даровањем, састоји се у одрицању, објективни елемент у стицању права на наследство.⁶²⁶

Поклон се, по мишљењу класичних римских правника, остварује и простим уздржавањем, пропуштањем радње на коју је поклонодавац иначе овлашћен, неподизањем

⁶²¹ Никша Шкарица, О даровању, стр. 41.

⁶²² Момчило Курдулија, Поклон учињен брачним друговима од стране блиских сродника, стр. 52.

⁶²³ Момчило Курдулија, Поклон учињен брачним друговима од стране блиских сродника, стр. 54.

⁶²⁴ Одбијање наслеђа у корист санаследника у савременом праву обрађено је у делу „Сагласност воља“.

⁶²⁵ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 106.

⁶²⁶ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 94.

тужбе или приговора, нпр. неподизање виндикације омогућава узукапирање поклонодавчеве ствари.⁶²⁷ Ко не узима своју ствар од другога, чини му поклон.⁶²⁸

Обогаћење се догађа и посредним путем, нпр. намерним губљењем парнице да би друга странка добила спор. И овде се тражи сагласност или пристанак поклонопримца.⁶²⁹ Ипак, чини се да ова сагласност није исто што и поклонопримчев прихват понуде, тако да овај став треба узети са резервом.

Није поклон одрицање од неког права пре него што је прибављено, одрицање заложног повериоца од права залоге, одрицање од спорног права, наслеђа, одрицање које представља једнострану изјаву, а не сагласност воља. У овим случајевима није реч о поклону или због тога што нема сагласности воља и намере да се поклон учини или није ваљан предмет.⁶³⁰ Пренос мора да одговара основном захтеву – увећању односно умањењу имовине на основу намере дарежљивости. Дереликција нема карактер даровања, па ни онда кад други напуштену ствар присвоји. Присвајање напуштене ствари је посебан начин стицања.⁶³¹

Овде наведени случајеви,⁶³² укључујући и бесплатан рад, се данас могу сматрати поклоном у најширем смислу, али нису предмет уговора о поклону јер нема преноса или настанка грађанског субјективног права, а опозивање је проблематично.

5. Утицај предмета поклона на пуноважност уговора

Поклон је ништав ако је предмет уговора недопуштен, немогућ, неодређен или неодредив. Одређеност предмета код уговора о поклону је нарочито важна јер показује да је поклонодавац потпуно разумео последице поклањања. То је важно, јер он не располаже заштитом коју има уговарач теретног уговора по основу начела еквиваленције.

Недопуштен је предмет противан јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима. Ништав је поклон ствари ван промета (нпр. добра од општег интереса; друге ствари чији је промет забрањен). На физичком делу појединог стана, као и на једној соби у вишесобном стану не може се стећи својина даровањем, јер наведене ствари нису у промету.⁶³³ Модерни примери за ствари ван промета су нуклеарни материјали, делови тела и опасан отпад. Ништав је поклон наследства коме се поклонодавац нада (чл. 180 ЗОН). Забрањено је оглашавање ради придобијања купца производа или корисника услуге

⁶²⁷ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 106-107.

⁶²⁸ Ulpianus (D. 24,1,5,9), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 119.

⁶²⁹ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 558.

⁶³⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 603.

⁶³¹ Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 249.

⁶³² Мисли се на поднаслов „Поклон без преноса права“.

⁶³³ Врховни суд Хрватске, Рев. 548/2000-2, датум недоступан. Извор: <http://www.vsrh.hr>

обећањем имовинске користи или погодности (тј. обећањем поклона) чија је вредност знатно већа од уобичајене вредности поклона (чл. 52, Закон о оглашавању).

Поклон са немогућим предметом је такође ништав. У том смислу, у једној пресуди се истиче: „У време склапања даровног уговора земљишно-књижно стање није било у складу с фактичним стањем, јер спорна кућа није постојала, обзиром да је непосредно након рата изгорела тако да су остали само зидови који су срушени још 1970. Будући да у време склапања даровног уговора, на који се тужила позива као основ стицања својине, кућа није постојала, судови су основано закључили да предмет даровања није могла бити непостојећа ствар и да се ради о апсолутно ништавом уговору па тужитељица није могла стећи својину.“⁶³⁴

5.1. Неспоразум о предмету

Кад стране верују да су сагласне, а заправо међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о предмету обавезе, уговор не настаје (чл. 63 ЗОО). Уговор о поклону не настаје ако постоји неспоразум о предмету поклона. Неспоразум се огледа у томе што уговарачи имају различите представе о поклону и његовој вредности. Често је узрок неспоразума психичко стање поклонодавца (старост, болест, алкохолизам) или постоји недозвољени притисак поклонопримца. У пракси се неспоразум преплиће са манама воље, што се види из следећих случајева.

Погрешна представа поклонодавца о предмету обавезе доводи до неспоразума у погледу нужних услова за настанак уговора, па његово присуство даје право заинтересованом лицу да тужбом за утврђење тражи од суда констатацију да такав уговор није ни настао. У једном случају, спорним уговором о поклону овереним од стране суда тужилац је као сувласник $\frac{2}{3}$ делова куће и корисник воћњака и њиве, описане непокретности поконио туженом и то „ $\frac{1}{6}$ свог сувласничког дела“. Овим уговором тужени је, поред дотадашњег права на спорним некретнинама ($\frac{1}{3}$ дела), стекао још $\frac{1}{6}$ од $\frac{2}{3}$ дела тужиоца. Уговор о поклону је закључен у кући туженог. Уговор је сачинио адвокат поклонопримца. Тужилац је уговор потписао, али примерак није добио и није знао тачан садржај уговора, па је дошло до тога да је предмет уговора $\frac{1}{2}$ удела куће, иако он то није намеравао. Тужилац је алкохоличар, о садржају уговора нису обавештени ни мајка странака као плодуживалац, а ни остали чланови породице тужиоца, који су за садржину уговора сазнали тек након што је он ангажовао адвоката. Тужилац захтева да се утврди да је уговор о поклону ништав „због заблуде о предмету обавезе“. Суд сматра да је захтев основан:

⁶³⁴ Врховни суд Хрватске, Рев. 902/2000, датум недоступан. Извор: <http://www.vsrh.hr>

„Пошто је предмет обавезе нужан услов сагласности, то заблуда о предмету спречава настанак уговора. Право на подизање тужбе за утврђивање ништавости се не гаси, јер заблуда, препрека, која доводи до неспоразума, чини уговор непостојећим, за разлику од битне заблуде (чл. 61 и 62) која чини уговор рушљивим (чл. 111 до 117 ЗОО). Из утврђеног произлази да је тужилац приликом закључења уговора о поклону био у заблуди у погледу предмета уговора, јер је био уверен да ће закљученим уговором регулисати питање коришћења баште, а не куће. Како у конкретном случају постоји неспоразум о битном услову за настанак уговора, уговор није ни настао, па је тужилац овлашћен да тужбом у смислу чл. 63 ЗОО, тражи утврђење да је уговор о поклону ништав“.⁶³⁵ Суд своју одлуку образлаже најпре „заблудом о предмету“, а касније прелази на неспоразум.

Мане воље (заблуда, превара) које су узрок рушљивости, треба разликовати од недостатка воље у случају неспоразума због којег уговор не настаје. Неадекватна терминологија маскира ову разлику што је непожељно јер су правне последице другачије (нпр. ништав уговор не конвалидира). У једној пресуди се наводи: „Када је тужиља приликом закључења уговора о поклону била у заблуди у погледу предмета уговора, јер је била у уверењу да ће закљученим уговором само омогућити туженој увођење телефона, не ради се о рушљивом уговору због битне заблуде у смислу чл. 61 и 62 ЗОО, већ постоји неспоразум о битним условима за настанак уговора, тако да уговор није ни настао па је тужиља, према чл. 63 ЗОО, овлашћена да тражи да се утврди да је уговор о поклону ништав. Тужена је преварила тужиљу да закључи уговор о поклону, представљајући јој да треба да потпише документ о сагласности за увођење телефона. Првостепени суд није правилно применио материјално право када је нашао да се ради о рушљивом уговору о поклону, који је тужиља закључила у заблуди да закључује уговор о увођењу телефона у стан, те да је прошао рок из чл. 117 ст. 1 ЗОО за поништај рушљивог уговора. Према чл. 63 и чл. 26 ЗОО, уговор је закључен кад се стране сагласе о битним састојцима уговора, тако да настаје тек ако се постигне сагласност о предмету обавезе, природи и основу уговора. Када је заблуда о предмету обавезе довела до неспоразума у погледу услова за настанак уговора, заинтересовано лице може да тражи утврђење да такав уговор није ни настао. Право на подизање ове тужбе се не гаси, јер „заблуде, препреке, које су довеле до неспоразума, чине уговор непостојећим, за разлику од битне заблуде (чл. 61 и 62 ЗОО) која чине уговор рушљивим (чл. 111 до 117 ЗОО)“.⁶³⁶ Овде је суд поменуо и заблуду и превару, да би на крају констатовао да због неспоразума уговор није ни настао.

⁶³⁵ Врховни суд Србије, Рев. 1880/2003 и Гзз. 138/2003 од 8.10.2003, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2004, стр. 58.

⁶³⁶ Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1618/2005 од 21.10.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

У обе наведене парнице суд је пружио појачану заштиту поклонодавцу. У првом случају поклонодавац је у заблуди због старости и алкохолизма, у другом је поклонодавац преварен. У оба случаја предмет поклона је вреднији него што је он стварно желео. Ипак, суд није уговоре третирао као рушљиве, већ као ништаве позивајући се на одредбу ЗОО о неспоразуму (чл. 63).

5.2. Вредност поклона

Материјална вредност предмета поклона је правно релевантна. У класичном римском праву Цинцијев закон важио је само за поклоне *ultra modum*; касније су само поклони вреднији од 500 солида били формални.⁶³⁷ Сачувана је максима да се убрани плодови од поклоњене ствари не урачунавају у вредност поклона. Али, „ако не поклањам земљиште, већ само убране плодове, онда се они урачунавају“.⁶³⁸ Модус прописује и ОИЗЦГ.⁶³⁹ Дар који прелази одређену вредност (500 перпера) мора бити „писмено утврђен и судом потврђен“, јер иначе „неће имати никакве законске снаге“, (чл. 485).

У савременом праву, према вредности предмета, поклони се деле на уобичајене, поклоне мале вредности, прекомерне и поклоне за које важи општи режим. Помињу се и пригодни и протоколарни поклон. Уобичајени поклон се даје у одређеним ситуацијама (рођење, крштење, венчање, годишњица, дипломирање), његова вредност треба да је прикладна прилици и сразмерна имовинском стању поклонодавца. У једном занимљивом случају француски суд је огрлицу од шест милиона франака третирао као уобичајени поклон.⁶⁴⁰ Уобичајени поклон као и поклон мале вредности је искључен из општег режима даровања (нпр. неформалан је и неопозив). Тиме се спречавају ситне парнице и омогућава несметан рад хуманитарних организација када сакупљању бројне мале донације. Правници су нарочито опрезни код прекомерних поклона.

Примена одређених правила зависи од вредности предмета поклона. Тако нпр. политички субјекат може примити поклон максималне вредности на годишњем нивоу од највише 20 просечних месечних зарада од физичког и 200 од правног лица.⁶⁴¹ По Кодексу пословне етике поклоном веће вредности сматра се новац, ствар, право или услуга чија вредност прелази једну половину износа просечне месечне нето зараде у РС, и такав је

⁶³⁷ 2,27 кг злата, више од тридесет робова, 1 солид = 4.48 г злата. John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 24.

⁶³⁸ Pomp. 33 ad Sab. 50. (D. 39,5,9,1), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 205.

⁶³⁹ Модус у значењу: вредносни праг.

⁶⁴⁰ Richard Nyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 184.

⁶⁴¹ Чл. 10, Закон о финансирању политичких активности (Сл. гласник РС, бр. 43/2011).

забрањен као подмићивање.⁶⁴² Куриозитет руског права је да форма поклона зависи, између осталог, од модуса вредности пет минималних зарада (ГКРФ 574).

Адекватност поклона процењује се према његовом предмету. По стандардним економским теоријама новац је идеалан поклон, јер је трошак поклонодавца једнак поклонопримчевој користи. Међутим, у пракси је он редак. Штавише, новац је у неким ситуацијама бизаран и увредљив, нпр. поклон веренику; гостољубивом домаћину; пословном партнеру. Фаворизовање искључиво објективног момента промашиће поенту.⁶⁴³ Поклоњена ствар има додатну, афекциону, сентименталну цену. Предмет поклона, поред материјалне вредности, има тотемистички карактер. На пример, купцу се не замера ако купљену ствар одмах отуђи. Напротив, поклонопримац који сместа отуђи поклоњену ствар, третирајући је као купљену, вређа поклонодавца.⁶⁴⁴

6. Заједничка имовина супружника као предмет поклона

Породичну имовину не треба тако затворити да се не може отворити добротинству, нити је тако отворити да буде приступачна многима. Мериу треба одредити према могућностима (Цицерон).

У неким правним системима поклањање права из заједничке имовине је регулисано посебно, а у другим се примењују општа правила (породичног права) о њеном отуђењу. СС садржи посебан члан о поклону из заједничке имовине. Сваки супружник самостално управља и располаже заједничком имовином, али одговара другом супружнику за предузете послове (чл. 1421 СС). Међутим, заједничка имовина се поклања уз сагласност другог супружника (чл. 1422 СС). И ВGB садржи посебан члан о поклањању заједничке имовине. Објекте из заједничке имовине супружник поклања само уз претходну или накнадну сагласност другог супружника. Изузетак је поклон из обзирности, пристојности или због моралне дужности (§ 1425 ВGB).

Породични закон на генералан начин уређује располагање заједничком имовином, не издвајајући поклон. Заједничком имовином супружници управљају и располажу заједнички и споразумно; сматра се да послове редовног управљања супружник увек предузима уз сагласност другог супружника; супружник не може располагати својим уделом у заједничкој имовини, нити га може оптеретити правним послом међу живима (чл. 174).

⁶⁴² Чл. 44, Кодекс пословне етике (Сл. гласник РС, бр. 1/2006).

⁶⁴³ Jeroen van de Ven, *The Economics of the Gift*, стр. 3.

⁶⁴⁴ Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, стр. 844.

Поклањање као вид отуђења превазилази редовно управљање па је сагласност другог супружника нужна када је предмет поклона право из заједничке имовине. У том смислу се у једној пресуди наводи: „У поступку није утврђено да ли је тужена М.К. учинила поклон заједничким ћеркама уз знање и прећутну сагласност тужиоца, њиховог оца, или без његовог знања и сагласности, од чега зависи и оцена да ли се ради о дозвољеном или недозвољеном располагању спорним станом као њиховом заједничком брачном тековином. Од тога даље зависи одлука о тужбеном захтеву за утврђење тужиоцевог сувласничког дела на стану који је правилно постављен према туженој М.К. као супрузи и учеснику у стицању имовине у брачној заједници и према њиховим кћеркама као поклонопримцима и новим стицаоцима.“⁶⁴⁵

Није нужен писмени споразум о сагласности за поклањање права из заједничке имовине, већ је довољан и усмени пристанак. Ако се супружник није успротивио поклону, сагласност се претпоставља. Прећутна сагласност другог супружника произилази из конкретних околности, нпр. за живота свог супружника поклон није оспоравао; живео је у поклоњеној кући са поклонопримцем; били су у добрим односима; прихватио је улагања поклонопримца; поклонопримац је имао своју собу; супружник му је припремао храну. Поклон је ништав, само у случају да такве сагласности нема.⁶⁴⁶

Када један супружник у време трајања брачне заједнице поклања заједничку имовину, а други супружник за такво располагање зна и томе се не успротиви, сматра се да је он својим понашањем дао сагласност. У једном случају, уговор између покојног Д. и његовог сина О. сачињен је у кући у којој су живели покојни Д. и његова супруга тужиља Г. За живота покојни Д. је стално изражавао жељу да преко сина О. и његових мушких потомака „продужи лозу“. Пошто је стан на спрату поклонио својој ћерки, по оцени првостепеног суда он је на тај начин обезбедио и сина и ћерку, а такође и себе и супругу јер су њих двоје задржали право доживотног плодоуживања на приземљу. Посебно имајући у виду да се ради о блиским сродницима, да је уговор оверен управо у кући у којој су странке

⁶⁴⁵ Погрешно означање правног основа није разлог за одбијање тужбеног захтева, ако из утврђених чињеница произилази основаност захтева по неком другом правном основу. Из образложења: Према чл. 187 ст. 4 ЗПП, суд поступа по тужби и када тужилац није навео правни основ захтева, а ако је тужилац навео правни основ, суд није везан за њега. Суд одлучује на основу изведених доказа и утврђених чињеница на којима је захтев заснован, а које су битне за доношење одлуке, подводећи чињенице под одговарајућу норму материјалног права. За мериторно одлучивање о тужбеном захтеву нема значаја што тужилац није истовремено поставио и тужбени захтев за поништај уговора о поклону закљученог између тужених, којим је његова супруга располагала заједничком брачном имовином у корист кћерки странака. Тај захтев, који се тиче пуноважности уговора о поклону као исправе на основу које је извршена укњижба својине у корист тужених кћерки, је значајан само за одлучивање о захтеву тужиоца за упис његовог сувласничког права у јавне књиге. Врховни суд Србије, Рев. 2846/2007 од 2.10.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

⁶⁴⁶ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 110.

живеле, да је поступак за расправљање заоставштине покојног Д. покренут тек 1995. иако је он умро 1993, произилази да је тужиља знала или морала знати за располагање свог супруга њиховом заједничком имовином и да се томе није успротивила.⁶⁴⁷ У другом случају, суд истиче да околност да тужиља у уговору није наведена као дародавац, односно да није своју вољу за даровање писмено изразила, није одлучна јер према усвојеној судској пракси супружник који се прећутно сложио са располагањем заједничком имовином од стране другог супружника (тужиља је управо тако поступила) не може такво располагање побијати. Тужиља је знала за даровање и знала је да је предмет даровања заједничка брачна имовина, а томе се није противила, што значи да је то одобрила.⁶⁴⁸ Овде се види како предмет поклона (заједничка имовина супружника) утиче на слободу уговарања (нежна је сагласност супружника).

Предмет поклона не може бити удео супружника у брачној имовини. Супружник може своју посебну имовину слободно отуђити поклоном.⁶⁴⁹

Глава VI

ФОРМА ПОКЛОНА

За формални правни посао, форма представља битан елемент његовог настанка и пуноважности. Пошто је поклон био и остао формалан посао, овој теми посвећена је посебна глава. Прописивање нарочите форме поклона резултат је хетерогених разлога и правда се, али и оспорава, различитим аргументима. Форма поклона је кроз историју еволуирала што је утицало на његов предмет и омогућило да поклон има облигационо дејство, односно постане уговор. Врло рано су се јавили бројни изузеци од општих правила и та сложеност се примећује и у модерном праву.

У страног литератури приказани су разноврсни начини да се формалности поклона заобиђу (ручни, прикривени и индиректни поклон). Иновативно, DCFR од форме изузима тзв. пословни поклон, као и јавну објаву поклона. У Common Law форма поклона је преваходно судијски инструмент за остваривање правичности, а не законодавчев „хир“. Дискусију око санкције формалних недостатака и путеве којима је правни живот ублажио строги законски режим карактеришу бројне недоумице и сукоби теоретичара. Јединствени формални захтеви изазивају полемике и на неуобичајеним местима. Тако нпр. код ручног

⁶⁴⁷ Окружни суд у Краљеву, Гж. 8/2006 од 14.6.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

⁶⁴⁸ Врховни суд Хрватске, Рев. 2297/1991-2 од 11.02.1992. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁶⁴⁹ Милан Почуча, Посебна имовина супружника, стр. 449.

поклона, предаја поклона *constitutum possessorium*, према мишљењу аустријских правника, не долази у обзир, јер би то допринело споровима и злоупотребама. Немачко право, међутим, признаје и овај вид фиктивне предаје.⁶⁵⁰

У домаћем праву, поводом форме поклона, присутни су проблеми на три плана. На плану доктрине постоји несагласност о класификацији уговора према форми, што се одражава и на поклон. Поред тога, спорно је о којој врсти форме је реч (доказна или конститутивна). Извршење усменог уговора о поклону неки аутори виде као нов уговор, други као конвалидацију или конверзију. На плану законодавства постоји замршени однос различитих прописа зато што на форму поклона утичу СГЗ, АВГВ, ЗОО, ЗПН али и нови Закон о јавном бележничтву. Предаја се јавља и као елемент форме и као начин испуњења поклонодавчеве обавезе. На плану судске праксе истакнути су бројни практични проблеми и велика неуједначеност почев од питања ко потписује уговор до конвалидације усменог поклона непокретности.

1. Оправданост форме поклона

Формализам поклона је велико одступање од принципа консенсуализма. Док уговорно право, начелно, тежи деформализацији, поклон је остао формалан. Правила о форми су јако сложена и бројна, постоје многи изузеци и посебни случајеви. Поставља се питање из којих разлога је поклон формалан.

Форма поклона превасходно штити приватни интерес. Заштита поклонодавца од сопствене импулсивности,⁶⁵¹ погрешне интерпретације његове воље и спољног притиска је неизоставна. Емоције ометају поклонодавца да схвати последице поклањања. Форма отежава превару, заблуду и претњу. Присуство нотара онемогућава недозвољени притисак. Поклонодавчева одлука не сме бити лакомислена и брзоплета, већ добро промишљена, пажљиво размотрена и исправно одвагана. Поклонодавац треба да буде потпуно свестан шта чини.⁶⁵²

Спорно је да ли форма штити и поклонопримца. Свакако, она му олакшава доказивање поклона. Међутим, санкција због формалног недостатка је у супротности са тим циљем. Поништење поклона поклонопримцу никако не помаже. Према томе, траг о поклону несумњиво користи поклонопримцу, али га, ипак, строга форма много чешће погађа.

Формом се бране јавни интереси. Једноставније доказивање смањује број и трајање парница, побољшава процесну економију. Форма штити наследнике поклонодавца, а тиме

⁶⁵⁰ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 560.

⁶⁵¹ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 29, напомена 11.

⁶⁵² Живојин Перић, Облигационо (тражбено) право, стр. 20.

и породицу, основну ћелију друштва. Формални уговори „фиксирају“ уговорне одредбе што је нарочито важно код поклона где спорови углавном настају након смрти поклонодавца.

Осим наведених функција које оправдавају њено постојање, у прилог форме наводе се и следећи аргументи: без форме поклонопримац би могао лако да фабрикује обавезу поклонодавца и победи на суду;⁶⁵³ формалности омогућују најпре да уговарачи знају шта раде, а затим и да суд зна шта су радили; то је ритуал који упозорава поклонодавца.⁶⁵⁴ Занимљив је „помирљив“ аргумент по којем су формалности поклона оправдане и корисне саме по себи, чим су се тако дуго одржале.⁶⁵⁵

Оправданост формализма се, међутим, и веома снажно оспорава. Форма прописана као битна претпоставка неког института увек је препрека његовом ширењу. Предрасуда да поклонодавци не схватају последице поклањања, није доказана. Општи режим уговорног права нуди друге инструменте којима се мане воље адекватно санирају. Што се парничења тиче, многе парнице воде се баш око формалних ствари. Зашто законодавац традиционално поклонодавце и поклонопримце третира као непромишљене, несмотрене и безобзирне? Можда је ништавост због формалног недостатка претерана санкција. Форма је сувишна у доба новца и хартија од вредности, за њу не постоји истинско оправдање. То је намерна препрека законодавца како би се поклони проредили. Форма само одсликава фобију од поклона, „опасног“ и за поклонодавца и за његову породицу. Законодавцу је чудно што поклонодавац без накнаде отуђује муком стечено. Форма поклона је апсурд који показује дисоцијацију права од историјског искуства.⁶⁵⁶ Теретни послови стварају вишак вредности те њихови уговарачи заслужују заштиту помоћу форме. Поклон, једностранни пренос, само прерасподељује богатство и као такав није вредан правне заштите.⁶⁵⁷

Живот и пракса уче да строжим формама облигационих уговора треба прилазити с доста опреза и такву форму треба захтевати само где то заиста налажу интереси уговарача или друштва. У супротном, настају велике компликације и тешкоће у пракси јер живот иде у једном смеру, а прописи у другом па судови често изналазе разна решења *praeter* па чак и *contra legem*.⁶⁵⁸ Постоје бројни други начини да се униште породица и наследници па их право не брани.

⁶⁵³ Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, стр. 4.

⁶⁵⁴ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 160.

⁶⁵⁵ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 164.

⁶⁵⁶ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law* стр. 372.

⁶⁵⁷ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 156.

⁶⁵⁸ Веселко Шепаровић, *Уговор о даровању*, стр. 1166.

Бихејвиористичка истраживања показују да у теретним пословима физичка лица поступају и емотивно и нерационално као и код поклона, па то није основ за њихово разликовање. Комерцијалне одлуке такође се доносе под утицајем емоција као што су страх, кривица, понос. И само добро расположење утиче на одлуку потрошача, као што утиче на дарожљивост. Импулсна куповина је нерационална, финансијски уништава породицу, социјално је неприхватљива. Она је много чешћа него импулсно поклањање, али је и даље неформална.⁶⁵⁹ Чак се и аутомобили и куће купују напрасито. Емоције нису прихватљив изговор за издвајање поклона од других уговора, као што то чине традиционалисти.⁶⁶⁰

Стереотип да поклонопримац поклања на мах, без калкулације и одговарајућег промишљања, је неодржив. Са друге стране, парадоксално је да аукцијска продаја обавезује као и продаја којој су претходили дуготрајни преговори.⁶⁶¹

Прави циљ форме је да сузбије и ограничи поклањање. Она није прописана како би се заштитила воља поклонодавца него да би се она поразила. Поклонодавца формалности ограничавају и одбијају, нарочито публицитет. Истински *ratio* форме је заштита нужних наследника.⁶⁶²

Формалност поклона оправдава се неутемељеном претпоставком да су уговарачи бесплатног посла непоуздани и склони превари. Резоновање по којем је човек сумњив када поклања, а поштен када тргује је наопако у темељу.⁶⁶³

Поклон уистину није једнострано-обавезујући како га право описује и нема потребе за посебним формалностима. Тржишна размена није важнија од бесплатне размене, а роба није једино богатство. Поклон је размена мимо тржишта, и то не само робе него и неких другачијих вредности.⁶⁶⁴

Ј. Барон критикује сваки аргумент којим се брани форма:

1) Присталице формализма истичу да церемонија и ритуал указују поклонодавцу на значај његове радње, ако се упушта у све то, сигурно зна шта ради,⁶⁶⁵ човек олако даје усмена обећања; предаја ствари упозорава поклонодавца; можда му је нејасно шта жели, али сигурно разуме када преда ствар. Међутим, из овог аргумента формалиста следи да су поклонодавци непромишљени и немарни. Без спољне провере, њихова одлука је исхитрена и неразмотрена. Такво закључивање је погрешно.⁶⁶⁶

⁶⁵⁹ Robert Prentice, *Law & Gratuitous Promises*, стр. 35.

⁶⁶⁰ Robert Prentice, *Law & Gratuitous Promises*, стр. 37-40.

⁶⁶¹ Andrew Kul, *Reconsidering Gratuitous Promises*, стр. 54.

⁶⁶² Andrew Kul, *Reconsidering Gratuitous Promises*, стр. 59.

⁶⁶³ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 157.

⁶⁶⁴ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 158.

⁶⁶⁵ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 168.

⁶⁶⁶ Jane Baron, *Gifts, Bargains and Form*, стр. 170.

2) Присталице формализма истичу да форма има доказну функцију што је нарочито важно јер до спорова долази након смрти поклонодавца; форма казује шта је он рекао, шта је мислио. Међутим, из овог аргумента следи неколико погрешних закључака: људи су двосмислени у својим делима и речима, заборавни, непрецизни и потенцијално непоштени; објективни доказ је нужан јер се поклонопримцу не може веровати; он је себичан и лажно ће сведочити да би што више приграбио.⁶⁶⁷

3) Укореењено је мишљење да предаја чини поклон видљивим и конкретним. Испада да је намера поклонодавца, у одсуству телесних доказа, суду неразумљива.⁶⁶⁸

4) Формалисти истичу ритуалну и доказну функцију форме. Ј. Барон закључује да су и ови аргументи формалиста контрадикторни. Из ритуалне функције произилази да су људи склони наглом, непромишљеном даровању. Истовремено, из доказне функције следи да су себични и грабежљиви, када су поклонопримци. Људи су другачији од слике коју формалисти приказују.⁶⁶⁹

2. Историјат форме поклона

2.1. Римско право

У класичном периоду ручни поклон остваривао се манципацијом, а обећање поклона стипулацијом („Обећаваш ли да ћеш ми дати своју краву бесплатно? Обећавам“).⁶⁷⁰

Формалност поклона увео је Константин. Он је укинуо Цинцијев закон и 316. на нов начин регулисао поклон. Поклонодавац једном изјављену вољу није могао мењати. За ваљан поклон требало је испунити три формална услова: писмена исправа о поклону, регистрација и предаја поклоњене ствари у присуству посебно сазваних сведока.⁶⁷¹ Константинова реформа правдана је многобројним споровима, погрешним пресудама и збрком у законодавству. Уз то, јако су је подстицали и поклањање од невластника, опасност од изнуђивања и прикривање поклона ради избегавања пореза.⁶⁷²

Сваки услов имао је своју, посебну функцију. Исправа о поклону решавала је проблем препознавања поклона и утврђивања његовог предмета. Она, међутим, није решавала проблем компликованих парница јер се могла сачинити, а да предаја не уследи. Зато је Константин прописао да поклона нема без предаје покретне ствари, односно

⁶⁶⁷ Jane Baron, Gifts, Bargains and Form, стр. 170.

⁶⁶⁸ Jane Baron, Gifts, Bargains and Form, стр. 171-172.

⁶⁶⁹ Jane Baron, Gifts, Bargains and Form, стр. 173.

⁶⁷⁰ Martin A. Hogg, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, стр. 177-180.

⁶⁷¹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 197.

⁶⁷² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 203.

увођења поклонопримца у посед непокретности.⁶⁷³ Поклон је само оно што постаје својина поклонопримчева.⁶⁷⁴ Код поклона дела имовине није се захтевала предаја сваке ствари посебно, већ је практикована симболична традиција. Ипак, предаја се могла избећи задржавањем плодоуживања на поклоњеној ствари. Присуство сведока онемогућавало је отимање. Исправа о поклону полагана је у архив и бележена у регистар из фискалних разлога, али и ради поклонопримчеве сигурности.

Предвиђени су изузеци од форме. Поклон родитеља детету био је перфектан без икаквих формалности (консенсуалан), али је убрзо и његова ваљаност условљена регистрацијом. Поклон цркви био је и остао неформалан.⁶⁷⁵

Увођење форме имало је дубље последице. Од Константина је поклон посао *sui generis* са формом која се не среће ни код једног другог правног посла. Пошто је предаја била *sine qua non* поклона, он је сведен на пренос својине. Бесплатност и воља да се учини поклон, присутни су и након реформе, али се посебно не истичу јер је разграничење од других послова сада јасно.⁶⁷⁶ Поклон је уоквирен строгим формом и тачно утврђеном садржином, тако да се не може уговорати обавеза поклонопримца. Исправа у којој је пренос својине био условљен његовом противчињидбом није се могла регистровати као поклон. Форма недвосмислено показује и вољу странака да закључују поклон, а не неки други посао.⁶⁷⁷

Константинов посткласични поклон је уговор којим поклонодавац у законом прописаној форми бесплатно преноси на поклонопримца својину одређене ствари, с циљем да му на свој терет увећа имовину. Класични поклон је могао бити обучен у апстрактни или теретни посао, могао се састојати у предузимању или пропуштању неке радње, а сада је сведен на пренос својине.⁶⁷⁸

Јустинијановом реформом 529. формални остају поклони изнад 500 солида. Поклон код кога нису поштоване формалности до 500 солида је ваљан, а преко тог износа је ништав. Решење је лако спроводиво код дељивих ствари. Ако је поклоњена недељива ствар, поклонопримац је имао право откупа и против воље поклонодавца, чак и кад је део који откупљује вреднији. Када је поклоњена годишња рента, рента у свакој години сматра се

⁶⁷³ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 204. и 205.

⁶⁷⁴ Роторопиус (D. 39,5,9,3), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 136.

⁶⁷⁵ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 215-218.

⁶⁷⁶ Чини се да прописивање формалности умањује практичан значај субјективног и објективног елемента.

⁶⁷⁷ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 226.

⁶⁷⁸ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 227. Критика дефиниције: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 107. напомена 346.

посебним поклоном.⁶⁷⁹ Ослобођени су форме поклони цркви, цару, цареви поклони другом, поклони заповедника војницима за храброст. Неформални су поклони ради отклањања последица елементарне непогоде (земљотрес, пожар), али се морају употребити наменски.⁶⁸⁰

Јустинијан је код свих поклона укинуо обавезну предају у тренутку закључења уговора што је имало две последице: 1) уговором о поклону се могла уговорити обавеза (облигационо дејство); 2) поклон до 500 солида могао се закључити у форми стипулације; Осим тога, признао је обавезујућу снагу једностраном неформалном обећању поклона до 500 солида.⁶⁸¹ Према томе, решење из DCFR о поклону као једностраном акту није новина.

Еволуција поклона илуструје како се доктринарна дефиниција посла мења зависно од његове форме. Јустинијанов поклон је уговор којим поклонодавац, у зависности од вредности поклона, у законом прописаној форми или неформално, бесплатно преноси или се обавезује да пренесе на поклонопримца својину одређене ствари, с циљем да му на свој терет увећа имовину.⁶⁸² Поред дефиниције, промењене су и карактеристике поклона: он је и формалан и неформалан; поклон до 500 солида је консенсуалан; предаја ствари није услов пуноважности без обзира да ли се поклон чини неформално или у писменој форми, већ је *modus acquirendi*.

Јустинијан даје поклонопримцу *condictio ex lege*, да би поклонодавца присилио на предају поклона.⁶⁸³ Утуживу обавезу ствара неформални споразум о поклону до 500 солида, а преко тог износа писмена исправа. Јустинијанов изузетно благонаклон став према поклону, институту на који су Римљани кроз највећи део историје гледали са подозрењем, био је последица утицаја хришћанске цркве.⁶⁸⁴ То илуструје тзв. ванправне утицаје на поклон, и можда указује зашто је поклон остао формалан до данас.

Рани средњи век обележило је непостојање институција где би се поклон могао регистровати. Ипак, уважавање писане исправе је омогућило да поклон буде принудно извршив, односно да има облигационо дејство.⁶⁸⁵ Касније долази до развоја нотарске делатности, по правилима византијског права. Феудалци су форму видели као инструмент

⁶⁷⁹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 247-25.

⁶⁸⁰ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 262.

⁶⁸¹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 252-254. Супротно: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 45.

⁶⁸² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 269.

⁶⁸³ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 270.

⁶⁸⁴ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 275-279. Критика овог мишљења: Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 50-51.

⁶⁸⁵ John Dawson, Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, стр. 22.

за ограничавање даровања цркви. Историја права показује да се прописима о поклону могу остварити различити друштвено-политички циљеви.

2.2. Српско средњеveковно право

У Законоправилу није споменута ни писана исправа, ни јавна регистрација поклона. Ипак, за настанак поклона захтеване су формалности. Наиме, усмена сагласност уговарача изгледа да није производила правна дејства без предаје предмета поклона. Предаја ствари је преносила својину, била је *modus acquirendi*, али је истовремено представљала и чин закључења уговора. Поклонопримац није власник ако ствар није примио до момената смрти поклонодавца. Другим речима, ствар је морала бити уручена поклонопримцу у часу сагласности, или бар за живота друге стране. Није било довољно да ствар изађе из државине поклонодавца, него да се успостави државина поклонопримца. Стога изгледа да је стварна предаја (*traditio vera*), имала карактер битног (конститутивног) формалног услова за настанак уговора.⁶⁸⁶

Т. Тарановски наводи бројне случајеве поклона црквама и манастирима од стране владара и властелина. Исправу о поклону, „милосну књигу“ или „записаније“, сачињавао је владар. Писмено је садржавало изјаве оба уговарача. Текст изјаве даропримца претходио је делу текста у коме је садржана изјава дародавца, што је за данашња схватања неубичајено. Такав изглед исправе о дару диктирао је обичај по коме је поклонопримац морао да покрене иницијативу, да први упуту предлог о томе, било лично, било посредством трећег лица, „милосника“.⁶⁸⁷ Писана исправа о дару служила је као доказ о постојању уговора и новостеченом поклонопримчевом праву својине. Због тога је предавана поклонопримцу на чување. Предаја предмета поклона, односно „издава“, била је такође формална. Обављана је у присуству органа власти: кефалија, градских старешина, кнезова или жупана.⁶⁸⁸

Другу врсту поклона чинили су припадници неповлашћеног сталежа, који су свакако били преобладајућа већина у ондашњем друштву, али су њихове материјалне могућности за поклањање биле неупоредиво мање у односу на припаднике богатијих слојева. Уговори којима се поклањала непокретност су састављени у писаној форми, али су лишени осталих строгих формалних захтева. Њих је састављао номик, у присуству три или пет сведока и уговарача.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњеveковном праву, стр. 70.

⁶⁸⁷ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњеveковном праву, стр. 84.

⁶⁸⁸ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњеveковном праву, стр. 84.

⁶⁸⁹ Марко Ђурђевић, Зоран Мирковић, Правила о поклону у српском средњеveковном праву, стр. 85.

3. Форма поклона у упоредном праву

Сви грађански законици захтевају одређену форму поклона, али се међусобно разликују по њеној сложености, односно по броју елемената и укључених субјеката, последицама формалних недостатака и могућностима да се они „излече“. У скоро свим континенталним правима ручни поклон је неформалан, као и поклон мале вредности.⁶⁹⁰

3.1. Немачко право

Немачко право је пример минималног формализма уговора о поклону. Под утицајем грађанске буржоазије, немачки законодавац није имао циљеве као француски (контрола расипања и концентрације богатства), и отуда релаксирана форма. Поред тога, нотарска делатност није била развијена као у Француској.⁶⁹¹ Понудом поклона се сматра сваки поступак који омогућава пренос имовине са поклонодавца на поклонопримца и њена форма зависи од предмета поклона. То што је правни посао поклон, не повлачи, *per se*, неку посебну форму (нпр. када се поклања кућа, посао је формалан зато што се ради о промету непокретности, а не зато што се ради о поклону).

Немачки систем деривативног стицања захтева два споразума. Први, облигациони, садржи сагласност о бесплатности и представља основ располагања (тзв. посао обавезивања, *schuldrechtlicher Vertrag*, уређен § 516 BGB). Други, стварно-правни, преноси стварно или облигационо право (посао располагања, *dinglicher Vertrag*, уређен § 873 ст. 1 и § 929 BGB). Пренос својине почива искључиво на другом споразуму, који је реалан јер захтева предају ствари, односно упис у земљишне књиге.⁶⁹²

Пошто BGB не садржи посебна правила о форми понуде поклона, она има различите облике: конституисање новог права у корист поклонопримца, пренос постојећег права на њега, пропуштање или предузимање неке правне радње. Важе општа правила о стицању стварних и облигационих права. Правила о форми уговора о поклону не треба мешати са правилима стицања, али их је тешко раздвојити. Овде су наведена јер фактички утичу на поклон.

Поклон непокретности подразумева јавнобележнички акт пред нотаром или одговарајућим органом, у присуству оба уговарача и регистрацију у земљишним књигама (§ 873 ст. 1; § 925 ст. 1 BGB). Депоновање исправе се не захтева. Без нотарске исправе, споразум није обавезујући до момента регистрације (§ 873 ст. 2 BGB).

⁶⁹⁰ Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, стр. 89-90.

⁶⁹¹ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 130. и 135.

⁶⁹² Јаков Радишић, *Облигационо право*, стр. 141.

За тренутни поклон покретне ствари довољни су споразум и предаја (§ 929 BGB). Начелно, поклонодавац мора остати без државине. Потраживање се поклања уступањем (§ 398 BGB). Бесплатно се може отпустити дуг (§ 397 ст. 1 BGB) или преузети туђи дуг (§ 414 BGB). Уступање потраживања или отпуштање дуга морају одмах произвести дејство. Формалности важе само за обећање поклона (класични облигациони уговор).

Поклон без преноса права је такође неформалан. Поклонодавац може намерно допустити застаревање потраживања или напустити обезбеђење. Бесплатно зидање куће на туђем земљишту такође је поклон без преноса права (а да ли је уговор о поклону, посебно је питање). До осиромашења/обогаћења долази у тренутку када по правилима стварног права о прираштају власник земљишта стекне својину.⁶⁹³

Немачка доктрина разликује ручни поклон (Handschenkung) и обећање поклона (Versprechensschenkung), иако се ови термини не користе у BGB. Ручни поклон је неформалан.⁶⁹⁴ BGB тражи изузетно форму (јавнобележнички акт) само у случајевима обећања поклона, као и када је даровање учињено путем обећања или признања дуга чије се дејство одлаже за будућност. Јавнобележничка исправа садржи обавезу поклонодавца, споредне обавезе и терете за поклонопримца. Формални недостатак отклања се испуњењем (§ 518 BGB). У случајевима где је извршењем даровања створена коначна ситуација, довољан је неформални споразум.⁶⁹⁵

У немачком праву инсистира се на прихвату понуде, зато што је поклон уговор, а њега нема без прихвата. Нотаризација се односи на изјаву поклонодавца, али по специјалним прописима о промету непокретности, нотаризује се и поклонопримчев прихват. Могућ је и конклюдентни прихват (присуство поклонопримца у нотаријату, обављање формалности).⁶⁹⁶

3.2. Француско право

3.2.1. Форма понуде поклона

Француско уговорно право је консенсуално. Форма се захтева само за четири уговора, укључујући поклон. Ради се о солемнитатној форми у чијем је одсуству уговор ништав. Поклон се закључује у облику јавнобележничког акта. Оригинал исправе депонује се код нотара (чл. 931 СС). Он је дужан да прочита исправу наглас у присуству

⁶⁹³ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 362

⁶⁹⁴ Manfred Pieck, A Study of the Significant Aspects of German Contract Law, стр. 141-142.

⁶⁹⁵ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 124.

⁶⁹⁶ Martin Hogg, Promise: The Neglected Obligation In European Private Law, стр. 476.

поклонодавца. Исправу потписују поклонодавац и нотар. Традиционално, нотар има улогу представника државе, породичног и правног саветника.⁶⁹⁷

Конститутивна форма значи да недостатак ма ког елемента повлачи ништавост поклоне (*forma dat esse rei*). Накнадно исправљање недостатка (нпр. каснијим потписивањем исправе) не оснажује поклон.⁶⁹⁸ Пошто се формом штити и јавни интерес, уговарачи не могу мењати формални режим. Толерише се једино нотарев пропуст забележбе да је исправу прочитао наглас.

Услед формалног недостатка ништавост је апсолутна док је поклонодавац жив, и на њу се могу позвати сва заинтересована лица, укључујући поклонодавца. Преклузивни рок је 30 година. Поклон се не може оснажити. Предаја не лечи недостатак и не важи као ручни поклон. Поклонодавац остаје власник ствари, може је тражити назад или њоме располагати. Ратификацијом или извршењем поклоне, након смрти поклонодавца, наследници се одричу права на поништење због формалног недостатка (чл. 1340 СС).⁶⁹⁹

Покретне ствари обавезно се пописују у инвентару, на анексу или у самој исправи о поклону. Инвентар потписују оба уговарача (чл. 948 СС). Инвентар садржи процену вредности сваке ствари понаособ. Пописују се и збирне ствари (нпр. колекција, библиотека) и поклоњена права. Без и мимо инвентара поклон је апсолутно ништав до поклонодавчеве смрти. Након смрти, поклон могу оспорити само наследници.⁷⁰⁰ Ово решење показује да се формом највише бране њихови интереси.

У француској доктрини истичу се бројне предности формализма: форма јавне исправе онемогућава предомишљање поклонодавца; депоновање онемогућава да стране уништењем исправе обеснаже поклон; нотарев поучавање странака спречава уговарање недопуштених клаузула; јавнобележнички акт је неспоран доказ; исправа олакшава израчунавање вредности заоставштине; инвентар спречава поклонодавца да уместо обећаних, преда ствари мање вредности и тако макар парцијално опозове поклон; он је такође користан у случају опозива и побијања.⁷⁰¹ Занимљиво, противници формализма иронично кажу да је законодавац пропустио да пропише да церемонију закључења поклоне треба започети и завршити молитвом.⁷⁰²

⁶⁹⁷ Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, стр. 13.

⁶⁹⁸ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 191.

⁶⁹⁹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 370.

⁷⁰⁰ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 373.

⁷⁰¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 374.

⁷⁰² John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 69.

3.2.2. Форма прихвата поклона

Прихват је услов пуноважности поклона (чл. 894 и 932 СС). Симултани прихват изјављен нотару се бележи у исправи о поклону. За накнадни прихват захтева се јавнобележничка исправа, чији оригинал остаје нотару (чл. 932 СС). Глуво или слепо лице које зна да пише прихвата поклон лично или преко заступника. За неписменог, прихват чини специјални заступник (чл. 936 СС). Правило важи само за поклон у писменој форми. Остале поклоне прихвата самостално. Уколико прихват није у прописаној форми, поклон је ништав. Изузетак је поклон поводом закључења брака (*ante-nuptias*). Иако се и он мора прихватити, дозвољен је прећутни прихват, а поклон се не може оспоравати због недостатка прихвата (чл. 1087 СС). Ручни, индиректни и прикривени поклони су неформални и у погледу прихвата. Прихват је нарочито значајан код ручног поклона где су постизање сагласности и предаја истовремени.

Прихват је дозвољен док су обе уговорне стране у животу. Прихват се мора одиграти док је поклонодавац способан за поклањање и пре евентуалног опозива понуде. У случају губитка способности или смрти поклонопримца његови наследници не могу прихватити поклон.

Прихват је непосредан и изричит (чл. 932 ст. 1 СС). Нема прећутног прихвата или прихвата конклюдентном радњом. Само присуство поклонопримца без потписа, или потпис без присуства нису довољни за испуњење овог услова.⁷⁰³

Захтева се нотификација. Поклон делује према поклонодавцу од дана када је обавештен (сазнао) о прихвату (чл. 932 ст. 2 СС). Уколико је поклон прихваћен одмах, обавештење није потребно.

Време закључења поклона је спорно. Француски аутори истичу да моменат закључења није исти за оба уговарача, што белгијски сматрају бесмисленим. За поклонопримца, поклон је закључен прихватом, за поклонодавца по нотификацији. Поклонопримчева смрт или неспособност након прихвата не спречава нотификацију, али смрт или неспособност поклонодавца пре нотификације спречава закључење. Поклонодавчево располагање пре нотификације (нпр. оптерећење ствари залогом) је пуноважно. Располагање поклонопримца пре нотификације обеснажује се опозивом понуде, у супротном је пуноважно.⁷⁰⁴ Нотификација је додатна мера заштите поклонодавца. До сазнања о прихвату он се још увек може предомислити.

⁷⁰³ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 31, напомена 30.

⁷⁰⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 486.

Обављањем формалности прописаних за понуду и прихват, поклон је закључен и долази до преноса права са поклонодавца на поклонопримца (транслативно дејство). Предаја није нужна као елемент форме (чл. 938 СС). Поклон ствари која се може оптеретити хипотеком захтева упис у јавне књиге. Уписује се исправа о поклону, прихват и нотификација (чл. 939 СС). На пропуст у регистрацији могу се позивати сва заинтересована лица сем лица одговорних за пропуст (чл. 941 СС). Да би поклон деловао према трећим лицима потребно је обезбедити публицитет. Пренос непокретности уписује се у јавне књиге, за покретне ствари тражи се предаја (чл. 1141 СС).

3.2.3. Изузеци јачи од закона

Правна пракса, подржана судским одлукама и доктрином, изградила је путеве за успешно заобилажење строгог формализама, наметнутог СС-ом. Ради се о ручном, прикривеном и индиректном поклону.⁷⁰⁵ Терминима саобраћаја, ручни поклон је ефикасна обилазница, а прикривени поклон широки булевар преко СС.⁷⁰⁶ Ове алтернативе представљају уважавање друштвених обичаја и показују њихову снагу. Одступања од законског режима су тако велика да се готово сваки поклон може учинити неформално. Она су прихваћена и у другим романским правним системима.⁷⁰⁷ Противник поклона није право у целини, него само легислатура.

3.2.3.1. Ручни поклон

Пуноважни поклон покретне ствари закључује се њеном предајом. Не захтева се писана исправа. Пренос државине мора бити стваран, *traditio brevi manu* је ефективан, *constitutum possessorium* није. Иако ручни поклон није предвиђен СС, он је неспоран. Предмет ручног поклона су телесне покретне ствари, али не и регистроване ствари попут аутомобила, чамаца и авиона. Предмет ручног поклона су и хартије од вредности на доносиоца и чекови. Бесплатни вирмански пренос новца сматра се ручним поклоном (додуше у књигама банке постоји писани траг). Поједине од наведених случајева доктрина оспорава.⁷⁰⁸

Плодоуживање је предмет ручног поклона ако је државина праћена обичним писменим споразумом (*pacte adjoint*). Тако, нпр. плодоуживање суме новца може бити

⁷⁰⁵ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 191.

⁷⁰⁶ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 70.

⁷⁰⁷ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 33.

⁷⁰⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 376-377.

предмет поклона, с тим да главница остаје поклонодавчева. Овде предаја завара, јер није јасно да ли се поклања својина, „атрибут својине“ или неко стварно право на туђој ствари.⁷⁰⁹

Предаја чека се издваја. У немачком праву, предаја чека је поклон тек од тренутка када банка исплати новац поклонопримцу. У француском праву, сама предаја чека сматра се ручним поклоном ако постоји покриће на рачуну. Уколико је чек попуњен и гласи на поклонопримца, али није предат, поклона нема.⁷¹⁰

Због максиме *En fait de meubles, la possession vaut titre*, поклонопримац је у лагодном положају, терет доказивања да поклон није учињен пада на оног ко поклон оспорава.

Тешко је пронаћи оправдање за неформалност ручног поклона, имајући у виду строгост СС. Као једно прихватљиво резонување издваја се следеће. Код теретних уговора до преноса државине најчешће долази одмах по закључењу. Пренос државине сведочи да је уговор жељен и исправан; у случају евентуалног спора уговарачи су живи. Насупрот томе, поклонодавац непокретности најчешће задржава плодуживање, та државина доводи у заблуду њега самог, али и трећа лица (наследнике, повериоце) да значајне имовинске промене нема. До спора редовно долази након смрти поклонодавца па је доказивање отежано. Зато се, када је предмет поклона непокретност, ипак инсистира на писаној форми. Она обезбеђује публицитет и правну сигурност, иначе би поклон био скоро невидљив. Оваквих проблема код ручног поклона нема јер поклонодавац губи државину одмах. Ако постоје неки недостаци (нпр. мане воље), спор је свеж, има времена за њихово отклањање. Ручни поклон је очигледан свима па нема потребе за формалностима.⁷¹¹

Предаја поклона, као највидљивији елемент форме, има доказну функцију, она потврђује поклонодавчеву вољу. Предаја је *prima facie* доказ поклона. Она постоји због поклонодавца и треба је схватити у његовом интересу. Предаја упозорава поклонодавца да се опрашта од ствари. Поклонопримчева државина је индиција да говори истину.⁷¹²

Ручни поклон као аутономна ванзаконска паралелна институција је резултат обичаја.⁷¹³ И да није признат у правној пракси, не би се могао сузбити. Он сведочи о неприлагођености строгог законског режима реалном животу.

⁷⁰⁹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 377.

⁷¹⁰ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 378.

⁷¹¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 381.

⁷¹² Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 367.

⁷¹³ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 73.

3.2.3.2. Прикривени поклон

Симуловани (привидни) посао постоји када стране закључују правни посао чије дејство не желе, прикривајући посао чије дејство заиста желе (дисимуловани, прикривени). Поклон се најчешће прикрива теретним уговором – продајом. Цена се не исплаћује или се враћа „купцу“ тј. поклонопримцу. Прикривеним поклоном заобилази се форма, али остали услови постојања поклона морају бити испуњени (способност за поклањање, предмет поклона).⁷¹⁴

Прикривање поклона није новина савременог права. У римском праву, продаја са споразумом да се цена не плати је била без дејства. Међутим, пошто продавац тужбом није могао да захтева цену, посао је фактички деловао као поклон, након предаје ствари „купцу“ тј. поклонопримцу.

Циљ форме је превенција преваре, па је парадоксално што се симулација толерише само ако је прикривање вешто изведено, потпуно и тешко уочљиво. Симуловани посао мора бити у форми која је за њега прописана. *Animus donadi* је присутан, али је вешто скривен. На однос између уговарача примењују се правила о поклону, не правила о симулованом послу (нема одговорности за недостатке, важе правила о опозиву и колацији). Често долази до спорова где продавац-поклонодавац жели да опозове поклон или да наплати цену. Терет доказивања је на страни која оспорава симулацију, тј. тврди да се заправо ради о поклону.⁷¹⁵

Доктрина оспорава прикривени поклон, јер се он противи основним принципима грађанског права,⁷¹⁶ то је „бизарна француска измишљотина“.⁷¹⁷ Уз то, њиме се заобилазе прописи о способности уговарача и расположивом делу заоставштине, а олакшава пореску евазију. Прикривени уговор треба толерисати једино ако није супротан општем интересу. Прикривање нема оправдање јер форма поклона штити и јавни интерес. Потајни поклони увек су сумњиви.⁷¹⁸ Са друге стране, чују се и аргументи који подржавају прикривени поклон. Он одговара уговарачима јер пружа приватност. Прикривени поклон противан једино правилима о форми је користан, док је сам формализам неоправдан. Симулација је дозвољена уколико не вређа права трећих. Оно што је дозвољено директним, дозвољено је и заобилазним путем. Прикривени поклон је тријумф аутономије воље над непотребним формализмом.⁷¹⁹

⁷¹⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 384-385.

⁷¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 385.

⁷¹⁶ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 192.

⁷¹⁷ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 74.

⁷¹⁸ *Dona clandestina sunt semper suspicious.* Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 135.

⁷¹⁹ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 75. и напомена 19.

Поклон се најлакше прикрива продајом са „номиналном“ ценом.⁷²⁰ У старијим парницама ови уговори су поништавани. Цена мора да буде озбиљна и стварна, а номинална (фиктивна) цена то није. Осим тога, симулација мора да буде вешта и скривена, а продаја са номиналном ценом је очигледно поклон. Међутим, данас је продаја са номиналном ценом призната. Цена мора да буде стварна (озбиљна) и еквивалентна код праве продаје, а фактички однос између уговарача заправо није продаја. Уствари, ради се о поклону код којег је цена небитна, тако да може бити фиктивна.⁷²¹ Поклон се прикрива и куповином на име трећег.

3.2.3.3. Индиректни (посредни) поклон

Поклон је индиректан ако је остварен неформалним, независним, пуноважним правним послом. Термин „индиректан“ се користи у самом СС (чл. 843 и 1099). Код класичног поклона постоји директна веза између обогаћења и осиромашења, код индиректног је веза посредна. На пример: Поклонопримцу је потребна помоћ да плати дуг; ако чланови породице дају новац дужнику и он лично исплати дугове, поклон је директан; ако они сами плате повериоцу, поклон је индиректан. Код индиректног поклона нема симулације. За посао важе сва правила као за поклон,⁷²² сем формалности, нпр. пуноважан је ако је реализован за поклонодавчевог живота.⁷²³

У индиректне поклоне сврставају се, најпре, послови који су по природи бесплатни: 1) уговор у корист трећег (чл. 1121 СС); 2) животно осигурање као поклон бенефицијару (чл. 1973 ст. 2 СС); 3) отпуштање дуга издавањем фиктивне признанице; 4) одрицање од права у корист одређеног лица, ако се право гаси, тзв. абдикативно одрицање (нпр. одрицање од службености је индиректан поклон власнику послужног добра). Ако се право преноси одрицањем (трансферно одрицање), нема индиректног поклона. У једном случају, аутор се одрекао хонорара у корист филмског студија – суд је третирао посао као директан и поништио га због формалног недостатка;⁷²⁴ 5) измирење туђег дуга без суброгације/регреса (чл. 1236 СС).

Редовно теретни посао, модификован у бесплатни посао је, такође, индиректни поклон. Међутим, ако је *animus donandi* очигледан, захтева се форма. Овде спадају:

⁷²⁰ Цитирани аутор користи термин „номинална цена“, у значењу „цена истакнута у уговору“.

⁷²¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 388-390.

⁷²² John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 60.

⁷²³ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 399.

⁷²⁴ John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 59, напомена 14; Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 396.

апстрактно признање дуга; обезбеђење туђег дуга без права на регрес; продаја са умањеном или прекомерном ценом (без симулације, цена је заиста исплаћена).⁷²⁵

Оправдање за индиректне поклоне налази се у чињеници да их препознаје и помиње СС (чл. 843-колација; чл. 1121-уговор у корист трећег; чл. 1973-животно осигурање). Институт којим се реализује прикривени поклон је супституција за форму. Дискусија око правне природе поменутих поклона и даље су актуелне. Код индиректног поклона постоји субјективни и објективни елемент, то је поклон у најширем смислу речи, али остаје спорно да ли је уговор о поклону.

3.3. Италијанско право

Врхунац формализма уговора о поклону среће се у италијанском праву. Захтева се замршен јавнобележнички акт. Нотар чита исправу наглас, свака изјава уговарача се бележи, нотар упозорава поклонодавца на последице, поклонодавац се потписује у присуству два сведока чији су потписи такође неопходни. Форма има упозоравајућу, доказну и „усмеравајућу функцију“.⁷²⁶ Једино јавнобележничка исправа има доказну снагу, осим ако је изгубљена без поклонопримчеве кривице. Исправе које су састављали јавни бележници имале су међу доказима најјачу снагу још од доба цара Јустинијана. Поклон хартије од вредности подразумева додатне формалности за пренос хартије. Формалности су обавезне и за прикривени поклон (симулација не супституише форму као у Француској). Нема општег изузетка ни за ручни поклон.⁷²⁷

Поклонопримчев прихват мора бити у јавнобележничкој форми, било да је симултан или каснији. Без нотификације уговор није закључен. Смрт било које уговорне стране као и неспособност поклонодавца пре нотификације, онемогућава закључење. Опозивање понуде пре нотификације је пуноважно. Ово решење одступа од општих правила уговорног права: да се једнострано обавезујући уговор сматра се закљученим ако понуда није одбијена, односно да је понуда за закључење таквог уговора неопозива од тренутка када понуђени за њу сазна.⁷²⁸

Изостанак било ког елемента форме узрокује ништавост. Ништав поклон могу оснажити наследници, ако га изврше, а недостатак им је познат (чл. 799 ССІ). Поклонодавац не може поправити формални недостатак. Он мора поновити поклон у пуној форми, уговор

⁷²⁵ Опширније: Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 397.

⁷²⁶ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 40. Форма усмерава поступке поклонодавца и учвршћује разумна очекивања поклонопримца.

⁷²⁷ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 40, напомена 62; Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 364. и 365.

⁷²⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 488.

делује *ex nunc*. Овако строг формализам оправдава се ставом да поклонодавац треба добро да размисли пре поклањања. Форма превенира будуће спорове.

Поклоњене покретне ствари се пописују или у самом уговору или у пратећој исправи коју потписују уговарачи и нотар истовремено са уговором. Уписује се, такође, и процењена вредност ствари. Покретним стварима сматрају се и новац и хартије од вредности. Поклон непописане ствари је неважећи. Решење штити повериоце и наследнике и усмерава пажњу поклонодавца на сваку ствар понаособ.⁷²⁹

Поклон мале вредности, уобичајени и индиректни поклон су неформални. Поклон мале вредности је после предаје пуноважан. Захтева се права предаја или *traditio brevi manu*. Символична предаја и *constitutum possessorium* нису довољни. Обогаћење и осиромашење морају бити стварни. Поклон је уобичајен ако је обичај испоштован и у погледу односа између уговарача и у погледу вредности поклоњеног. Пуноважан је без формалности, након испуњења.⁷³⁰

Индиректни поклони су атипични бесплатни правни послови *animus donandi*. Имају облик посла чија примарна сврха није поклањање.⁷³¹ Неформални су, али подлежу урачунавању (колацији), и опозиву поклона због незахвалности и због рођења детета. У индиректне поклоне сврставају се сејање, сађење, грађење на туђем земљишту, одрицање од права, отпуст дуга, испуњење туђе обавезе, судско признање непостојећег дуга, намерно губљење парнице, допуштање застаре, уговор у корист трећег, *negotium mixtum cum donatione*, куповина на име трећег. Преузимање дуга који поклонопримац дугује трећем је директан поклон, што повлачи одговарајућу форму.⁷³²

3.4. Аустријско, швајцарско и руско право

Аустријски BGB захтева писмену форму за поклон учињен без предаје ствари. На основу пуког усменог уговора о поклону, закљученог без стварне предаје, поклонопримац не стиче право на захтев. Он се заснива на писменој исправи (§ 943 ABGB).

У швајцарском праву, пуноважно је само писмено обећање поклона (чл. 243 CdO). Обећање поклона непокретности или неког стварног права на непокретности пуноважно је ако је у облику јавне исправе. Посао је дефинитивно завршен тек уписом у земљишне књиге (чл. 243 у вези са 242 ст. 2 и 3 CdO).⁷³³ Решења су већ описана у домаћој литератури.⁷³⁴

⁷²⁹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 365-366.

⁷³⁰ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 366.

⁷³¹ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 11.

⁷³² John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 77, напомена 25; Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 368.

⁷³³ Eugen Bucher, *Law of Contracts*, стр. 108.

⁷³⁴ Илија Бабић, Здравко Петровић, *Облигационо право - посебни део*, стр. 57, напомена 149.

По ГКРФ: 1) Пуноважан је усмени ручни поклон покретне ствари. Признаје се права предаја из руке у руку, симболична предаја (нпр. кључа) и предаја хартије којом се преноси инкорпорирано право. 2) Уговор о поклону покретне ствари закључује се у писаној форми када је: поклонодавац правно лице и поклон је вреднији од пет минималних зарада, или када уговор садржи обећање поклона које ће се испунити у будућности. 3) Поклон непокретности се уписује у јавне књиге (ГКРФ 574). Куриозитет руског права је да форма поклона зависи, између осталог, од врсте поклонодавца (правно лице) и модуса (пет минималних зарада).

3.5. Предаја поклоњене ствари у америчком праву

Амерички судови експлоатишу поимање предаје како би постигли резултат који сматрају правичним. Тако је формални елемент постао судијски инструмент за подржавање исправних, односно поништавање проблематичних поклона.⁷³⁵

3.5.1. Форма као средство за постизање правичности

Од предаје не треба правити фетиш, што се види из следећег случаја. Поклонодавац је на јавној церемонији обећао библиотеци-поклонопримцу, врло вредну збирку показујући попис књига и рукописа. Поклонодавац је умро пре предаје, егзекутор заоставштине одбио је да преда поклон. Суд је пресудио да је позивање на формални недостатак поражавајуће за правду ако је сврха форме испуњена на други начин. Сврха форме испуњена је јавним објављивањем листе поклоњених ствари, па права предаја није неопходна јер је поклонодавчева воља неспорна.⁷³⁶ У другом случају, отац је купио лутријски листић и на његовој полеђини написао ћеркино име. Ћерки није рекао за листић и чувао га је са својом документацијом. Поменути листић освојио је премију. Отац је рекао ћерци за добитак, али је задржао новац ради „паметног улагања”. Након очеве смрти, ћерка је тужила наследнике тражећи из заоставштине премију са каматом. Суд је закључио да су исписивање ћеркиног имена, очева изјава да ће новац чувати и уложити за ћерку и јавно признање да је новац њен, довољни да се поклон сматра предатим. Није доказано да је отац икада стварно предао листић или да је она имала контролу над новцем. Суд је прешао преко формалног недостатка, физичке предаје, зато што је поклонодавчева воља била неспорна.⁷³⁷

⁷³⁵ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 358.

⁷³⁶ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 374.

⁷³⁷ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 377.

Предаја је више оруђе у рукама суда него конститутивни елемент форме. Поклонодавац је за венчање поклонио ћерки и зету спортски аутомобил. Ћерка је изабрала аутомобил у ауто-салону. Цена је плаћена чеком поклонодавчевог предузећа па је аутомобил био осигуран полисом предузећа. На венчању је аутомобил предат младенцима. Враћајући се са меденог месеца, младожења је изгубио контролу и слетео са пута. Тешко повређен младожења тужио је осигуравача за материјалну и нематеријалну штету. Осигуравач је одбио исплату сматрајући да, после поклона, случај није покривен полисом будући да аутомобил више не припада предузећу. Суд је пресудио да је поклон неважећи јер је власнички лист (*certificate of title*) и даље гласио на поклонодавчево предузеће и тиме повређеном омогућио да се наплати од осигурања. Постојала је права и то јавна предаја. Аутомобил је купљен искључиво као свадбени поклон, али је ипак суд поступио на начин којим је избегнут неправичан исход.⁷³⁸

Форма је средство, а не циљ.⁷³⁹ Воља поклонодавца битнија је од формалних захтева, важније је шта је он хтео, него да ли је ствар предао.⁷⁴⁰ Инсистирање на правој предаји може да порази *animus donandi*. Са друге стране, флексибилно схватање форме, односно предаје, повећава судске трошкове, јер суд мора да изводи различите доказе како би утврдио праву намеру поклонодавца.⁷⁴¹ У модерној судској пракси предаја није конститутивни елемент форме, него само доказ у служби поклонодавчеве воље. Судови користе формални услов предаје да би спровели вољу поклонодавца, али и остварили циљ који сматрају правичним. То је скупље за друштво, али и корисније.⁷⁴²

3.5.2. Конструктивна предаја

У римском праву је било незамисливо поклонити без предаје, односно да предмет поклона остане у државини поклонодавца. Данас су, међутим, учестале ситуације када је воља поклонодавца јасна, али из различитих разлога до предаје није дошло. Примери су свакодневни: предат је, уместо поклоњене ствари, кључ од сефа у којем се она налази; ствар

⁷³⁸ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 383.

⁷³⁹ Занимљиво, још је у Институцијама (2.7.2) записано да *inter-vivos* поклон треба поштовати ако је поклонодавац јасно изразио своју вољу писано, али и неписано. John Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, стр. 23. Уздизање форме на место услова постојања поклона је резултат деловања оних који су хтели да га сузбију.

⁷⁴⁰ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 387.

⁷⁴¹ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 389-390.

⁷⁴² Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 391.

је већ у државини поклонопримца; отац поклонодавац задржи државину за малолетног поклонопримца. Концепт конструктивне предаје је у оваквим ситуацијама користан, јер схватање предаје није једнообразно у свим гранама права. Разумевање елемената форме има и практичан значај. На пример: Желим да ти поклоним вино из мог подрума. Да ли је уговор закључен предајом кључа, или тек када однесеш вино?

Предаја симбола одређене ствари не може се изједначити са предајом саме ствари (узорак персијског тепиха или његова фотографија нису тепих). Симболична предаја разликује се од конструктивне предаје јер нема „трансфера контроле“. Конструктивна предаја омогућава приступ и контролу и признаје се као права предаја.⁷⁴³ Тако нпр. предаја кључа (од сефа, аутомобила, просторије где је ствар) која поклонопримцу омогућава и државину и контролу, делује као *traditio vera*. Међутим, ако је предат кључ од сефа у којем су хартије од вредности по наредби, нема ручног поклона јер поклонодавац без индосамента нема контролу над хартијама, иако има државину.⁷⁴⁴

Предаја кључа супституише предају закључане ствари.⁷⁴⁵ Посебно се разматра ситуација када поклонодавац задржи дупликат кључа. По једном мишљењу не захтева се ексклузивна поклонопримчева контрола, по супротном је она нужна.⁷⁴⁶ Уколико поклонодавац тајно и намерно задржи дупликат кључа, то због принципа *venire contra factum propriam* не би смело да угрози правни положај поклонопримца.

Најтежи теоријски проблем је конструктивна предаја нетелесне ствари (права). Поставља се питање да ли ту постоји ручни поклон. Када је право уписано у хартију од вредности на доносиоца ситуација је најсличнија ручном поклону.⁷⁴⁷ Са друге стране, предаја штедне књижице није довољна за поклон депозита. Исплата улога је могућа и без показивања књижице, што значи да контрола није прешла са поклонодавца на поклонопримца.⁷⁴⁸

Поклони код којих се, традиционално, не захтева предаја у америчком праву су следећи: 1) предмет поклона је гломазна ствар, прашак или течност (за кабасту или тешку ствар довољна је симболична или конструктивна предаја); 2) када поклонодавац задржи ствар као поклонопримчев притежалац, држалац без својине; 3) када поклонодавац сместа поврати државину; 4) ствар је од раније у државини поклонопримца; 5) поклонодавац и

⁷⁴³ Barlow, *Gift Inter Vivos of A Chose In Possession By Delivery of A Key*, стр. 395.

⁷⁴⁴ Barlow, *Gift Inter Vivos of A Chose In Possession By Delivery of A Key*, стр. 398.

⁷⁴⁵ Paul Bruton, *The Requirement of Delivery as Applied to Gifts of Choses in Action*, стр. 840.

⁷⁴⁶ Barlow, *Gift Inter Vivos of A Chose In Possession By Delivery of A Key*, стр. 402.

⁷⁴⁷ Wendell Will, *Beneficiary's Letter Directing Trustee To Transfer Accumulated Income As A Gift*, стр. 113-115.

⁷⁴⁸ Paul Bruton, *The Requirement of Delivery as Applied to Gifts of Choses in Action*, стр. 860.

поклонопримац су и пре и после поклона судржаоци; б) ствар је остављена на место којем поклонопримац може да приступи.⁷⁴⁹

4. Форма поклона у Нацрту заједничког референтног оквира (DCFR)

4.1. Писана форма

У начелу, поклон је у писаној форми. Уговор о поклону је пуноважан ако се поклонодавац обавезао у писаном облику, на трајном медијуму са потписом поклонодавца. Електронски потпис прихватљив је под посебним условима (IV. Н. – 2:101).

Домашај форме је ограничен, уговор о поклону је „парцијално“ формалан. Формалности важе само за обавезивање поклонодавца, прихват поклона је неформалан. Форма обухвата главну поклонодавчеву обавезу, њено прецизирање и све пратеће обавезе карактеристичне за конкретни поклон. Због саобразности, формалан је и опис предмета поклона.⁷⁵⁰

Елементи форме су текст, трајни медијум и потпис поклонодавца. Текст је изражен алфабетским или другим разумљивим карактерима што омогућава читање и чување информација из текста, као и репродукцију у телесном, опипљивом облику. Рукопис се не захтева, е-mail је довољан. Трајни медијум (носач) је сваки материјал који похрањује информацију, омогућава приступ информацији, као и њену будућу репродукцију (нпр. хард-диск на којем је е-mail је прихватљив, а није прихватљив прилог на Интернет форуму).⁷⁵¹ Својеручни потпис и квалификовани електронски потпис поклонодавца су прихватљиви, обичан електронски потпис није. Илустрација: Ујак пошаље е-mail сестрићу са обећањем да ће му поклонити скије за рођендан. У овом случају, ујаково обећање није правно обавезујуће, нема поклона, зато што е-mail није потписан ни својеручно ни квалификованим електронским потписом.⁷⁵² Писана исправа, папирни документ, се не захтева. Основно начело DCFR је прихватање технолошких достигнућа. Обавезивање поклонодавца не мора да буде материјализовано, тј. одштампано на папиру. Ово свакако треба размотрити за Преднацрт.

Примарна функција форме је заштита поклонодавца од брзоплетог обавезивања. Међутим, не треба занемарити ни фискални циљ, због којег се у неким државама прописује

⁷⁴⁹ Chad McGowan, *Special Delivery: Does The Postman Haveto Ring At All-The Current State of The Delivery Requirement For Valid Gifts*, стр. 369.

⁷⁵⁰ То је од значаја за престанак због несаобразности.

⁷⁵¹ Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2827.

⁷⁵² Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2827.

обавеза нотара да пријави поклон пореској служби. Иначе, државе чланице немају опцију да поопштре формалности (нпр. прописивањем јавнобележничког записа).⁷⁵³ Око овог решења се водила озбиљна полемика, али је оно задржано.⁷⁵⁴

Форма мешовитог уговора и поклона са налогом је у DCFR посебно уређена. Клаузуле којима се уговор удаљава од „чистог поклона“ су неформалне. Исти је случај и са клаузулама о терету поклонопримца. Када поклон није потпуно бесплатан, судија може да одржи цео уговор на снази иако бесплатна компонента има формални недостатак (ст. 2 (IV.Н. – 1:202)), што није у складу са општим правилима о делимичној ништавости. Наиме, ако се уговор делимично поништи, остатак остаје на снази само ако је одржив без поништеног дела (II. – 1:108). Ни DCFR није без контрадикција.

4.2. Изузеци од писане форме

Посебним чланом предвиђени су случајеви када се одступа од прописане форме, јер је потреба да се штити поклонодавац смањена. Ту спадају: ручни поклон, тзв. пословни поклон и јавно обавезивање поклонодавца (IV. Н. – 2:102).

Најважнији изузетак је ручни поклон. Уговор о поклону је неформалан у случају моменталне предаје ствари поклонопримцу, без обзира да ли се предајом уједно преноси и својина. Приликом предаје поклонодавац одмах схвата последице своје радње. У том случају праг самоинхибиције је виши него када се поклон само обећава, па се последице губитка не опажају тренутно. Поједини аутори говоре о супституцији: форма прописана законом замењена је реалном формом.

Предају треба схватити као пренос државине са поклонодавца на поклонопримца. Са правом предајом су изједначени акти који испуњавају упозоравајућу функцију форме (нпр. предаја коносмана, складишнице, товарног листа). Илустрација: Бродарско предузеће, А, превози аутомобил лица Б. Након укрцавања возила, А преда коносман лицу Б. Током транспорта, Б поклони ауто лицу Ц предајући му коносман. Предаја коносмана изједначена је са физичком предајом.⁷⁵⁵ Исто важи ако је предмет поклона већ у државини поклонопримца, нпр. по основу послуге.

„Голи“ споразум о преносу својине није довољан, иако је он можда довољан за стицање својине. Такав споразум не упозорава поклонодавца нити спречава брзоплетост. Штавише, омогућио би уговарачима заобилажење формалности. Илустрација: Лице А

⁷⁵³ У нацртима српског законодавства усвојено је супротно решење.

⁷⁵⁴ У коментару DCFR нису дати аргументи.

⁷⁵⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2829.

усмено обећа да ће поклонити виолину лицу Б. Стране се договоре да А задржи виолину, али да својина прелази на Б одмах. Овде нема поклона, јер нема ни предаје ни еквивалентног акта.⁷⁵⁶

Конвалидација накнадном предајом није могућа. Члан 2:102 не предвиђа лечење формалног недостатка доцнијом предајом, већ у том случају постоји нов ручни поклон. Илустрација: Ујак усмено обећа да ће поклонити бицикл сестрићу, што он одмах прихвати. Пет дана касније ујак преда бицикл сестрићу. Овде постоје два посла: први је неважећи због формалног недостатка, други је пуноважан ручни поклон.⁷⁵⁷ Конвалидација није прихватљива јер у том случају поклонодавац носи ризик погрешног уверења да је претходно обавезивање пуноважно. Понуђено решење (предаја је елемент новог уговора, а не конвалидација старог) боље манифестује субјективни елемент, намеру поклонодавца да предаја има правни учинак. Илустрација: Ујак преда бицикл сестрићу само зато што погрешно верује да је везан обећањем учињеним пет дана раније. Таква предаја није ручни поклон него исплата недугованог. Ујак може тражити бицикл назад по правилима о стицању без основа.⁷⁵⁸

Други изузетак од писане форме је тзв. пословни поклон. Поклон у оквиру вршења делатности је неформалан, јер поклонодавца не треба штитити, нпр. трговац поклони потрошачу из комерцијалних разлога. Поклони између самих предузећа су такође неформални. Илустрација: Произвођач кафе понуди апарате за кафу Универзитету. Форма се не захтева, поклонодавац очекује профит од будуће продаје кафе. Када власник предузећа поклања као приватно лице поклон је формалан (нпр. рођендански поклон рођаку).⁷⁵⁹

Трећи изузетак представља новину. Пуноважно је неформално обавезивање поклонодавца објављено преко радија, телевизије или штампе, уколико није прекомерно у конкретним околностима. Јавна објава поклона важи за обећање физичког лица. Ratio legis овог изузетка је оригиналан: лична сатисфакција коју доноси публицитет је врло слична противнакнади па нема легитимног разлога да се поклонодавац штити. Јавна објава је функционални еквивалент писаној форми. Средство објављивања су традиционална гласила, дистрибуција текста изјаве поклонодавца преко Интернета није довољна. Вредност поклона мора бити умерена. Илустрација: Гост у ТВ емисији о заштити природе на националној фреквенцији обећа да ће поклонити 100 евра организацији за заштиту медведа.

⁷⁵⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2829.

⁷⁵⁷ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2830.

⁷⁵⁸ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2830.

⁷⁵⁹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2831.

Иако усмена, изјава обавезује, јер је емитована на телевизији и није прекомерна.⁷⁶⁰ Решење је резултат тзв. хуманистичког приступа модерној цивилистици.

5. Форма поклона у домаћем праву

5.1. Доктринарни спор око врсте форме

Поводом тумачења одредби о форми уговора о поклону у домаћој литератури води се спор о врсти форме. „Из даровне погодбе, учињене само усмено без праве предаје дароване ствари, даропримац не задобива никакво тужбено право. Ово право треба да је на писменој исправи основано“ (ABGB 943). Пратећи изворник, СГЗ прописује: „Ко поклон само усмено учини, а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати, да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон судским путем тражити.“ (§ 564). Без писане исправе, поклонопримац не може приморати поклонодавца да уговор изврши. Ако постоји само усмена сагласност и *animus donandi*, такав правни однос, зато што није у прописаној форми, представља само једну природну, натуралну облигацију.⁷⁶¹ Цитиране одредбе изазвале су веома озбиљну поделу доктрине, јер једни аутори сматрају да се ради о доказној, док други стоје на становишту да је у питању конститутивна форма.

Аутори који сматрају да је реч о доказној форми наводе аргументе који се незнатно разликују, а у наставку су наведени јер илуструју резонување појединих домаћих писаца. Писмена форма и предаја ствари су потребни *ad probationem*, ради доказивања постојања уговора, а нису услов његове важности. Предаја покретних ствари у посед тражи се ради доказивања воље уговорника. Предаја нема утицај на дејство уговора о поклону.⁷⁶² Када уговор није нотарски обрађен, предмет поклона није предат поклонопримцу, а стране су се усмено договориле о његовом постојању, и тада се ради о ваљаном уговору. Иначе, овај уговор се не би могао посматрати као предуговор, јер за предуговор важи форма одређена за главни уговор.⁷⁶³ Да би се поклон доказао потребно је да је закључен у писменој форми или да одмах уследи предаја предмета поклона. Форма је *ad probationem*, а не *ad solemnitatem*. Уколико је поклон закључен усмено без предаје, поклон је ваљан, али није принудан. У том случају настаје природна облигација.⁷⁶⁴ Ради се о форми *ad probationem*,

⁷⁶⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2832.

⁷⁶¹ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 81-82. Упада у очи „слаба“ обавезност таквог уговора, пошто поклонопримац не ужива судску заштиту

⁷⁶² Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 26.

⁷⁶³ Душко Медић, Даровање према нацрту ЗОО Републике Српске, стр. 512.

⁷⁶⁴ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 70.

писмена форма је услов утуживости.⁷⁶⁵ Став да се ради о форми *ad solemnitatem* не би се могао прихватити као генерално правило, јер је у супротности са чл. 26 ЗОО који прописује да је уговор закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима. Пре се може прихватити став да уговор постоји (тј. да писмена форма није услов настанка уговора), али је усмено обећање поклона, без предаје, натурална неутужива облигација.⁷⁶⁶ Уговор о даровању је формалан. Да би се његово постојање могло доказати потребно је да буде нотарски обрађен или да одмах уследи предаја поклона (када је предмет покретна или непокретна ствар). Према томе, предвиђена је форма *ad probationem*, она није услов његове важности. Уколико је предмет поклона некретнина, за његову пуноважност су битне одредбе ЗПН и ту се ради о форми *ad solemnitatem*.⁷⁶⁷

По супротном становишту, ради се о конститутивној форми.⁷⁶⁸ Аутори наводе следеће ставове. Ради се о солемнитатној форми, уколико се поклон не закључује као реалан уговор (тј. предајом ствари). За његово закључење и пуноважност потребна је писмена форма, с тим што се уговор може доказивати уобичајеним доказним средствима.⁷⁶⁹ Форма уговора о поклону је битан услов његове пуноважности. Мишљење да се уговор о поклону може закључити у усменом облику, осим кад за предмет има непокретност (З. Пишкулић и Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Геца Кон, Београд, 1924, стр. 151), односно да се може закључити консенсуално (М. Вуковић, *Обвезно право*, Загреб, 1964, стр. 249.) није прихватљиво и поред начела консенсуализма израженог у чл. 28 ЗОО.⁷⁷⁰ Квалификавање форме уговора о поклону као *ad probationem* је анахронизам, јер наше право познаје само солемнитатну форму.⁷⁷¹ На први поглед могло би се закључити да се ради о доказној форми. Међутим, доказна форма није предвиђена ЗОО, те треба претпоставити да се ради о конститутивној форми.⁷⁷²

Чини се да горњу полемику треба узети са резервом. Конститутивна форма (*ad solemnitatem*) је услов пуноважности уговора, јер без ње уговор не настаје, али СГЗ нема одредбу по којој би усмени поклон био ништав. Напротив, он је ипак извор облигације,

⁷⁶⁵ Абедин Бикић, *Облигационо право*, стр. 68.

⁷⁶⁶ Илија Зиндовић, *Облигационо право - посебни део*, стр. 70.

⁷⁶⁷ Душко Медић, *Даровање према нацрту ЗОО Републике Српске*, стр. 512. и 513. Овим ставом аутор противречи сам себи.

⁷⁶⁸ Тако нпр: Борислав Благојевић, *Грађанско-правни облигациони уговори*, стр. 80.

⁷⁶⁹ Мирса Мијачић, *Облигациони уговори*, стр. 61.

⁷⁷⁰ Илија Бабић, Здравко Петровић, *Облигационо право - посебни део*, стр. 57.

⁷⁷¹ Бранко Мораит, *Облигационо право - књига прва*, стр. 334. Нама се чини се да овај став није сасвим тачан. ЗОО познаје „прописану форму“ (битну, конститутивну). „Солемнизација“ се везује за званичну оверу потписа, нпр. за јемство се захтева писмена форма, али не и солемнизација.

⁷⁷² Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 147. „Уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази што друго.“ (чл. 70 ст. 1 ЗОО).

додуше неутуживе. Са друге стране, доказна форма *ad probationem* је форма предвиђена као једино доказно средство постојања уговора, јер се у случају спора уговор се не може доказивати другим средствима.⁷⁷³ У модерној судској пракси се поклон доказује различитим средствима.⁷⁷⁴ Пошто СГЗ не прописује ни доказну ни конститутивну форму поклона, аутори се опредељују опозицијом (резоновање „ако није доказна, сигурно је онда конститутивна“ и обрнуто). Одредбу СГЗ није могуће исправно тумачити у систему ЗОО који доказну форму не познаје. Слична забуна се јавља и поводом питања да ли је ручни поклон реалан уговор.

Конфузију о форми поклона у домаћем праву уносе и необични ставови појединих аутора. По усамљеном мишљењу, након ступања на снагу ЗОО, поклон је у нашем праву неформалан. Наводно, пошто је уговор о поклону неименован од стране ЗОО, сви односи и спорови који из њега произађу решаваће се усвојеним методама тумачења. За неименоване уговоре посебан значај има чл. 25 ЗОО који је начелног карактера. Према њему, одредбе ЗОО које се односе на уговоре, примењиваће се на све врсте уговора. Пошто су и неименовани уговори врста уговора, то се и на њих односе правила ЗОО о уговорима. Стога, навођење бивших правних правила не треба више узимати као путоказ за судску праксу, већ само за уговорну праксу, јер се односа из уговора о поклону пракса не може одрећи. Отуда, што се форме тиче, треба узети да је уговор неформалан, јер закон није прописао обавезну форму за настанак утуживе облигације из уговора о поклону”.⁷⁷⁵ Наведено мишљење је неприхватљиво.

⁷⁷³ Ђорђе Николић, Облигационо право, стр. 39.

⁷⁷⁴ У ситуацији када је оригинал уговора о поклону недоступан, примењује се Закон о ванпарничном поступку, чл. 195-210. Из судске праксе: „Поклонодавац је поклонио некретнину једном сину. Поклонодавац је умро, син није у могућности да пронађе оригинал уговора. Син је поднео предлог за доношење решења које замењује оригинал уговора о поклону, при чему није означио противника предлагача. Првостепени суд је донео решење којим је утврђено постојање и садржина уговора о поклону и којим је у целисти замењен оригинал. Ово решење је постало правноснажно 2003. Друга два сина поклонодавца су 2010. поднели молбу у којој наводе да су решењем о наслеђивању за наследнике иза покојног поклонодавца оглашени поклонопримац, у овом поступку предлагач, и њих двојица, али да они нису били обавештени о поступку вођеном ради доношења решења којим се замењује оригинал уговора о поклону. Предложили су да им суд достави то решење, како би могли да захтевају понављање поступка. По мишљењу вишег суда, првостепени суд у ванпарничном поступку није надлежан да доноси решење које замењује оригинал уговора о поклону, нити је такав поступак предвиђен законом. Уколико је оригинал уговора о поклону изгубљен, суд може да донесе решење о поништењу те исправе, које у свему производи правно дејство као и та исправа. У поступку за поништење исправе, на којој се непосредно заснива неко материјално право и чије је поседовање нужно за остваривање тога права, суд може прогласити да је изгубила своју важност ако је изгубљена, украдена, изгорела, или на било који други начин нестала или уништена. Сва права која је предлагач имао, на основу поништењог уговора о поклону, моћи ће да остварује и на основу правноснажног решења којим се уговор поништава. Поступак за поништавање исправе је двостраначки. Обзиром да је поклонодавац, као један од издаваоца исправе, умро, првостепени суд је морао да позове његове законске наследнике да се изјасне да ли је уговор о поклону био закључен и да ли постоје сметње за спровођење поступка“. Виши суд у Суботици, Гж. 121/2012 од 14.3.2012. Извор: „Paragraf Lex“.

⁷⁷⁵ Бранко Мораит, Облигационо право - књига прва, стр. 330.

Среће се и тврдња да „облик испољавања сагласности странака (мисли се на уговор о поклону) није посебно одређена, иста може бити изречена на било који начин – изричито, конклюдентном радњом и сл. Изузетак је поклон непокретности“.⁷⁷⁶ Чини се да је овакво изражавање спорно, јер је „облик испољавања сагласности“ управо форма.

У литератури постоји и став да се уговор о поклону може закључити и у усменом облику, изузев када је предмет поклоне непокретност, тј. да се поклон може закључити консенсуално.⁷⁷⁷

Нажалост, проблем форме уговора о поклону у домаћем праву већи је од теоријске полемике, што се види из следећег хипотетичког примера. Лице А усмено обећа Б да ће му поклонити књигу. После извесног времена, Б га је подсетио на преузету обавезу. А не жели да преда књигу, али бојећи се тужбе, ипак то учини. Касније сазнаје да није морао предати књигу и жели је назад. Да ли ће успети са својим захтевом? Ако се прихвати становиште о доказној форми, самим обећањем и прихватам закључен је неопозив уговор о поклону. Предајом књиге А извршава своју уговорну обавезу (натуралну облигацију) и не може успешно захтевати повраћај.⁷⁷⁸ Међутим, ако се прихвати становиште да је писана форма конститутивног карактера, уговор није ни закључен. А основано тражи књигу назад, јер Б нема *iustus titulus*. Мада, уколико се предаја посматра као конвалидација извршењем или као нов ручни поклон, добија се супротан резултат – ствар остаје поклонопримцу.

Занимљиво решење из ОИЗЦГ предвиђа супституцију форме давањем залог. „Ко само наустике обећа какав дар, а не преда га, нити обећање писмено утврди или залогом обезбеди, он се неће моћи судом нагнати да изврши што је обећао, па баш да је друга страна најправилнијим начином обећање прихватила“ (чл. 484). Неки аутори у томе виде претварање природне облигације у утуживу.⁷⁷⁹ Истина, у реалном правном промету тешко је замислива ситуација да поклонодавац даје залогу.

5.2. Писана форма

ЗОО користи термин „писмена“, ЗПН „писана“ форма. Термину „писмени“ одговара антоним „неписмени“, а термину „писани“ одговара „неписани“, па је стога адекватнији израз „писана форма“,⁷⁸⁰ мада су језички оба исправна.

Најпре се поставља питање које циљеве уговарачи остварују одабиром ове форме. Уговорена писана форма има одређене практичне погодности у односу на ручни поклон. 1)

⁷⁷⁶ Илија Зиндовић, Облигационо право - посебни део, стр. 64. Аутор на стр. 70. каже да је уговор формалан.

⁷⁷⁷ Илија Зиндовић, Облигационо право - посебни део, стр. 71.

⁷⁷⁸ Абедин Бикић, Облигационо право, стр. 62. и 69.

⁷⁷⁹ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 57.

⁷⁸⁰ Радмила Босанац, Нова регулатива у преднацрту Грађанског законика: Уговор о поклону, стр. 58.

Можда је поклонодавац тренутно неликвидан па му обећање поклона више одговара од тренутног осиромашења. 2) Можда жели да утиче на поклонопримчево понашање, нпр. родитељ обећањем купује пажњу свог детета. 3) Трећа погодност је поклон сувласничког удела, када ручни поклон није могућ (нпр. мајка поклања половину свог накита ћерци, али жели да остане држалац). Писани поклон даје поклонодавцу све повластице, али одлаже бол који изазива предаја поклона. Ови аргументи су важни јер показују да писани поклон није увек законодавчев хир, него је у одређеним случајевима жељено, па и једино решење.

Писана форма уговора о поклону прописана је правним правилом. Само са писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити (§ 564 СГЗ). Без писмене исправе, поклонопримац не може приморати поклонодавца да уговор изврши. Правило из СГЗ остало је и данас на снази,⁷⁸¹ и важи за све поклоне. Релевантне су и одредбе ЗОО, Закона о промету непокретности и Закона о јавном бележничтву. По Преднацрту, уговор о поклону је пуноважан ако је закључен у писменој форми, а у случају непокретне ствари и оверен од стране надлежног органа (чл. 661 / чл. 510 Скица). Овде је јасно реч о конститутивној форми.

Писана форма уговора о поклону има две варијанте. Захтева се обична писана форма за покретне ствари, форма јавне исправе за непокретности.⁷⁸²

5.2.1. Обична писана форма

У овој форми закључује се уговор о поклону покретне ствари или права. Форма се састоји из писмене редакције уговора на одређеној исправи написане руком или другим средством, која је својеручно потписана од уговорних страна које се обавезују.⁷⁸³ Елементи форме су текст изјаве и потписи, с тим што текст изјаве не мора бити садржан у једној јединственој исправи (чл. 72 ст. 4 ЗОО). Текст уговора обухвата значење страна, битне састојке уговора и евентуално, субјективно битне елементе. ЗОО захтева да исправу потпише лице које се њоме обавезује (чл. 72 ст. 2), дакле поклонодавац. У том смислу, у једној пресуди се наводи: „Како је код располагања без накнаде довољно да се на исправу о располагању потпише само поклонодавац, то је довољан минимум форме“.⁷⁸⁴ Везивање писмене форме за папирну исправу је, у савременим условима, превазиђено.

⁷⁸¹ Правна правила из параграфа 541, 542, 564 одговарају правној сигурности у промету па је њихова примена допуштена. Савезни Врховни суд, Рев. 1350/59 од 22.3.1959, Збирка судских одлука, књ. 5, св.1, 1960. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 147.

⁷⁸² Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 58.

⁷⁸³ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 342.

⁷⁸⁴ Општински суд у Жагубици, П. 168/93; Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1247/95. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 46.

Формалности важе превасходно за поклонодавчеву понуду. Када поклонодавац потпише исправу, уговор још не постоји. Да би уговор настао, нужан је и прихват обдареног. СГЗ не тражи никакву нарочиту форму за прихват понуде, јер поклонопримац поклоном само добија,⁷⁸⁵ па С. Перовић уговор о поклону назива „једнострано формалним“.⁷⁸⁶ Међутим, то не значи да је прихват непотребан.⁷⁸⁷ Изјава поклонопримца ослобођена је захтева форме. Он понуду прихвата непосредном (изричитом) изјавом, усмено или писмено, или посредном изјавом (конклюдентном радњом), као што је нпр. пријем предмета поклона.⁷⁸⁸ Отвара се питање како у последњем случају разликовати да ли је поклон „ручни“ или у писаној форми. Ако прихватимо став о „једнострано формалном поклону“, одговор зависи од тога како се поклонодавац обавезао, а без утицаја је како је поклонодавац прихватио понуду.

Супротно С. Перовићу, Б. Лоза сматра да писана изјава воље само једног уговарача није довољна, јер је уговор сагласност воља. Писани уговор о поклону је „двострано формални уговор“.⁷⁸⁹ И. Бабић и З. Петровић заступају исти став. Одредбе чл. 67-73 ЗОО говоре о закључењу уговора у одговарајућој форми. Форма важи и за понуду и за прихват понуде (чл. 38. ЗОО) „пошто питање форме није посебно регулисано чл. 26-45 о постизању сагласности воља“.⁷⁹⁰ Забуну ствара и одредба ЗОО да прихват понуде треба да буде учињен у истој форми која се захтева за уговор чије се закључење предлаже (чл. 38 ст. 2). Ако је понуда формална, онда је и прихват такав. Чини се да не треба инсистирати на потпису поклонопримца, јер он може потписати уговор било када и приказати суду да је то учинио благовремено.

По Преднацрту, понуду поклона је могуће прихватити и ћутањем. Ако на писмену понуду поклона понуђени не изјави писмено или усмено у одређеном или законском року да је не прихвата, сматраће се да је понуду прихватио, изузев ако га је понудилац обавестио да ће његово ћутање сматрати одбијањем понуде (ПН чл. 661 ст. 3 / Скица чл. 510 ст. 3). Ово је одступање од правила ЗОО да ћутање понуђеног не значи прихватање понуде (чл. 42), које је вероватно инспирисано сличном одредбом BGB.

Уместо потписа, поклонодавац може ставити отисак прста. У том смислу у једној пресуди се наводи: „Стављање отиска прста на уговор о поклону, који је оверен пред судом, уместо потписивања уговора, обзиром да је поклонодавац био писмен, не представља

⁷⁸⁵ Живојин Перић, Облигационо (тражбено) право, Специјални део, стр. 21.

⁷⁸⁶ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 271

⁷⁸⁷ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 46.

⁷⁸⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 150.

⁷⁸⁹ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 70.

⁷⁹⁰ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 58.

недостатак који утиче на пуноважност, сагласно чл. 6 Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа. У време овере уговора поклонодавац је био способан да слободно изрази своју вољу, знао је да чита и пише, али је слабо видео и чуо, иако није био ни глув ни слеп. У време закључења уговора, с обзиром на старост (95) и здравствено стање, лежао је у кревету, а службено лице је у присуству поклонодавца, поклонопримца и сведока, прочитао уговор о поклону на који је поклонодавац ставио отисак десног кажипрста.⁷⁹¹ Пошто је у оваквим ситуацијама могућност злоупотребе велика, у неким правима се предвиђају посебна правила за хендикепиране поклонодавце (нпр. француском праву).

5.2.2. Санкција формалног недостатка и конвалидација

Уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство, уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази што друго (чл. 70 ЗОО). Ако није закључен у прописаној форми, уговор није аутоматски без дејства, већ треба испитати циљ због кога је форма прописана. Од тог испитивања зависи и да ли уговор делује или је неважећи. Сврха форме утврђује се на основу смисла законске одредбе којом се налаже испуњење обавезне форме. Циљ форме не тражи се само у конкретној одредби, већ у целини прописа у којем је одредба садржана, а некад и у комплексу више прописа из одређене области.⁷⁹²

Ако је основна функција форме заштита поклонодавца, онда би санкција требало да буде рушљивост, будући да су погођени приватни интереси. На формални недостатак могао би да се позове првенствено поклонодавац, суд о рушљивости не води рачуна по службеној дужности. Међутим, случајеви рушљивости су прописани ЗОО (чл. 111), те је изван њих сваки неважећи уговор ништав.⁷⁹³ Осим тога, чини се да законска формулација „нема правно дејство“ у чл. 70 алудира на ништаве уговоре, зато што рушљиви ипак делују до поништења. Поклон који није закључен у писаној форми је ништав (суд води рачуна о томе по службеној дужности, уговор могу да нападају сва лица са правним интересом).

Уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра се пуноважним иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго (чл. 73 ЗОО). Накнадна предаја покретне ствари, предмета поклона се

⁷⁹¹ Врховни суд Србије, Рев. 1949/2005 од 3.11.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

⁷⁹² Јожеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 40.

⁷⁹³ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 151.

може посматрати као конвалидација.⁷⁹⁴ Ако је усмени уговор о поклону доцније извршен и ствар је предата поклонопримцу, поклонодавац не може успешно захтевати враћање ствари ни уз тврдњу да је то била неутужива облигација (видети чл. 213 ЗОО).⁷⁹⁵ По супротном мишљењу, накнадном предајом предмета поклона, долази до закључења новог уговора.⁷⁹⁶ Нови уговор се закључује предајом.⁷⁹⁷ Нема повратног дејства, сматра се да је уговор закључен тек када је фактички испуњен.⁷⁹⁸ На том курсу је и DCFR. Питање је значајно због рачунања рокова.

С Никшић сматра да је могућност конвалидације уговора о даровању, који није закључен у прописаној форми, проблематична из два разлога. Пре свега, реални уговор без предаје ствари не настаје. Ако уговор није настао, тада не може бити неваљан, а без неваљаности нема ни примене правила о конвалидацији. Ако бисмо ипак, закључили да се конвалидација односи и на ситуације у којима уговор није ни настао, могућност конвалидације спорна је због другог разлога. Наиме, циљ форме је упозоравање поклонодавца на правне последице даровања. Зато је спорно да уговор о даровању који није закључен у прописаном облику, а испуњен је у целости или претежном делу, конвалидира. Наиме, из циља због којег је форма прописана не произлази могућност конвалидације. Када поклонодавац на основу таквог ништавог уговора о даровању ипак преда имовинску корист обдаренику, тада би се акт испуњења можда могао третирати као ново реално даровање. То представља конверзију из консенсуалног у реално даровање.⁷⁹⁹ Чини се да је резонување о конверзији која обухвата „ново реално даровање“ ипак натегнуто, јер се заснива на премиси да је поклон реалан уговор. Осим тога, предаја ствари је сасвим конкретно упозорење за поклонодавца.

5.2.3. Форма јавне исправе – поклон непокретности

Уговор о поклону непокретности закључује се у форми јавне исправе. Ову форму, поред писане редакције уговора, карактерише интервенција органа јавне власти.

У смислу Закона о промету непокретности,⁸⁰⁰ промет непокретности јесте пренос својине са или без накнаде (чл. 2). Уговор о промету непокретности закључује се у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Надлежан је јавни бележник на чијем

⁷⁹⁴ Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, Увод у грађанско право, стр. 297; Ђорђе Николић, Облигационо право, стр. 41.

⁷⁹⁵ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 59.

⁷⁹⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 152.

⁷⁹⁷ Фингира се да су се стране поново сагласиле о закључењу уговора, што обично није случај.

⁷⁹⁸ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 559.

⁷⁹⁹ Саша Никшић, Утјецај разлога на преузимање обвезе на ваљаност правних послова, стр. 1827.

⁸⁰⁰ Закон о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015).

се подручју налази непокретност која је предмет уговора. Уговор који није закључен на прописани начин, не производи правно дејство (чл. 4). Исправа о поклону садржи идентитет страна, јасну идентификацију непокретности, изјаву да поклонодавац без накнаде уступа у својину предмет поклона поклонопримцу и да су стране сагласно, свесно и добровољно потписале овакав споразум.⁸⁰¹

По слову закона и ставу доктрине, нужен је и потпис поклонопримца непокретности. У неким парницама суд га изричито захтева. Тако је у једном спору суд одбио захтев за конвалидацију, са образложењем: „У ситуацији када је отац сачинио писмено названо уговор о поклону по коме је спорну непокретност поклонио сину, а на писмену се налази само потпис поклонодавца и једног сведока, а не и потпис поклонопримца, исправа није оверена, син није ушао у посед, тада нису остварени услови за конвалидацију сходно чл. 4 ЗПН.“⁸⁰² Међутим, судска пракса је неуједначена, па је некад довољна конклюдентна радња, уместо потписа. Тако у другој, додуше старој и спорној пресуди, суд истиче: „Када поклонодавац у исправи наведе да поклонопримац може поклоњене непокретности пренети на своје име, па поклонопримац на основу те исправе затражи упис својине у јавне књиге, у том случају се сматра да је поклонопримац прихватио поклон, јер није потребно да се прихват даровања учини у некој другој форми.“⁸⁰³

На основу ништавог, усменог уговора о поклону непокретности, не може се стећи својина одмах, али се отвара могућност стицања ванредним одржајем. За ванредни одржај захтева се савесна државина и рок од 20 година. Савесна државина постоји када држалац не зна, нити може знати да ствар коју држи није његова. Она је израз држаочевог оправданог уверења да су испуњени сви услови за стицање својине. Државина је незаконита (усмени поклон непокретности је ништав), али држалац је у оправданој заблуди о тој чињеници.⁸⁰⁴ У једној пресуди се наводи: „Усмени уговор о поклону је одмах реализован и тужиља се налази у државини поклоњеног земљишта од 1967. Тужиља је стекла услове за упис права својине по основу уговора о поклону чији је недостатак конвалидиран потпуном реализацијом уговора, а осим тога постала је власник и по основу одржаја, с обзиром да се као савесни држалац налази у непрекидној и несметаној државини дуже од 20 година.“⁸⁰⁵

⁸⁰¹ Жеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 38.

⁸⁰² Окружни суд у Чачку, Гж. 1943/07 од 10.01.2007. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 47.

⁸⁰³ Врховни суд Србије, Гж. 1939/64. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 47.

⁸⁰⁴ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, Стварно право, стр. 106; Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1090/94 од 8.12.1994. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 51.

⁸⁰⁵ Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1092/94 од 6.9.1994. Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 52.

Чини се да је први аргумент суда (конвалидација) неисправан, други (одржај) илуструје дејство усменог поклона непокретности.

ЗПН превенира вишеструку продају, али не и вишеструко поклањање. Ако бележник на основу извршеног увида у посебну евиденцију, утврди да су у суду већ оверени потписи на уговору о промету исте непокретности, (...), а продавац је исто лице, дужан је да о томе упозори уговорнике. Ако се уговорнициprotиве уношењу упозорења, јавни бележник одбија да предузме тражену службену радњу (чл. 4б ЗПН). *De lege ferenda*, уместо речи „продавац“, реч „преносилац“, би проширила домашај одредбе.

Хрватски аутори форму уговора о поклону непокретности допуњују елементима које прописује земљишно-књижно право. Да би се на основу уговора о даровању (*titulus acquirendi*) пренела својина на обдареника, потребан је упис у земљишну књигу (*modus acquirendi*). Утолико уговор садржајем и обликом мора одговарати и правилима земљишно-књижног права, тј. као табуларна или земљишно-књижна исправа, мора задовољавати претпоставке за укњижбу. Опште претпоставке ваљаности табуларне исправе одређује Закон о земљишним књигама: уговор је састављен у облику прописаном за његову ваљаност, видљив је правни основ стицања, уговор нема очите недостатке који доводе у сумњу његову веродостојност, уколико се уговор састоји од више листова они морају бити тако спојени да се не може уметнути ни један лист, поклонодавац и обдареник су тако наведени да не постоји опасност да се замене с другим особама, наведени су место, дан, месец и година закључења. Посебне претпоставке које уговор о даровању као табуларна исправа треба да испуни су следеће: на приватној исправи оверена је истинитост потписа, а ако је уговор потписан по пуномоћнику онда је оверен његов, а на пуномоћју потпис властодавца; уговор садржи тачну ознаку земљишта и изричиту и безусловну изјаву поклонодавца да пристаје на укњижбу (*clausula intabulandi*). Суд не може допустити упис у земљишне књиге на основу уговора који не задовољава барем опште претпоставке за упис. За укњижбу обдарениковог власништва, уговор мора да испуни и све посебне претпоставке, у супротном допуштена је само предбележба.⁸⁰⁶ Сви побројани елементи не утичу на пуноважност поклона, али имају практичан значај.

Уколико уговор о даровању некретнине нема особине табуларне исправе потребне за укњижбу права власништва, поклонодавац није испунио своју обавезу, па је обдареник овлашћен путем суда захтевати да му поклонодавац изда табуларну исправу способну за земљишно-књижни пренос. То треба строго разликовати од ваљаности уопште, јер је

⁸⁰⁶ Анте Перкушић, Бланка Иванчић, Уговор о даровању некретнине *de lege lata* и *de lege ferenda* - побијање паулијанским тужбама, насљедноправни и порезноправни аспекти, стр. 913-914.

могуће да нешто није подобно за provedбу у земљишној књизи, а да је ипак правно ваљано.⁸⁰⁷ Ипак, из изнетих ставова хрватских аутора види се како различити прописи фактички утичу на форму уговора о поклону.

5.2.3.1. Судска конвалидација

До недавно је у недостатку судске овере потписа на уговору о поклону непокретности, била могућа нека врста конвалидације. Стари ЗПН предвиђа санирање непотпуне писане форме.⁸⁰⁸ Суд може да призна правно дејство уговора о промету непокретности који је закључен у писаном облику, на коме потписи уговарача нису оверени од стране суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис (чл. 4 ст. 3 ЗПН). Судска конвалидација је факултативна („суд може да призна правно дејство“), мада није арбитарна, јер ако су испуњени законски услови конвалидације, суд мора да потврди пуноважно дејство уговора.⁸⁰⁹

У недавној пракси се отворило питање да ли је поклон у писаном облику, у форми службеног записника, са овером потписа уговарача од стране Комисије службе за катастар, пуноважан и да ли представља ваљани основ за упис својине поклонопримца, уколико је претходно у целини извршен. Такви уговори су масовно закључивани од 1991. и на основу њих је уписивано право својине у јавне књиге. Републички Геодетски завод је 1996. наложио прекид такве праксе са образложењем да је за пуноважност уговора о поклону, према посебним законским прописима, поред писменог састава неопходна судска овера потписа, што у конкретним записницима није био случај. Надзорни орган наложио је брисање уписа права својине поклонопримца и уместо њега упис правног претходника, поклонодавца. Грађани су изненада остали без уписаног права својине, будући да је укњижба заснована на ништавом правном послу. Њиховим уговорима је недостајала судска овера потписа, што захтева ЗПН. У овим случајевима, са становишта предратних правних правила, форма је испуњена јер су поклони писмено константовани и потписани. Потписи уговарача нису оверени судски, већ су уговори потписани у присуству Комисије пред којом су изјаве дате.⁸¹⁰ Надзорни орган није имао у виду одредбу ЗПН о санацији недостатка

⁸⁰⁷ Анте Перкушић, Бланка Иванчић, Уговор о даровању некретнине *de lege lata* и *de lege ferenda* - побијање паулијанским тужбама, насљедноправни и порезноправни аспекти, стр. 930.

⁸⁰⁸ Закон о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 42/98 и 111/2009).

⁸⁰⁹ Јожеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 39.

⁸¹⁰ Јожеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 38.

судске овере. Формулација ЗПН указује да пуноважност оваквих уговора коначно утврђује суд, а не управни орган. Назив писмене исправе „Записник“, не би требало да смета (*falsa demonstratio non nocet*). Исправа садржи све елементе уговора о поклону, може се сматрати поклоном, упркос другачијем називу или другој сврси којој служи.⁸¹¹ Са друге стране, ваља приметити да у приложеним уговорима недостаје клаузула интабуланди, било као засебна исправа, било као изјава поклонодавца забележена у самом уговору о поклону.⁸¹²

Ј. Салма сматра да су за стицање својине на непокретности потребни: 1) ваљан правни основ; 2) предаја као законит улазак стицаоца у посед; 3) клаузула интабуланди; 4) упис у јавне књиге конститутивног карактера.⁸¹³ Ако је уговор испуњен, тако што је непокретност предата поклонопримцу, ако су испуњене фискалне обавезе (решење о ослобађању или доказ да је порез плаћен), ако је дата уредна интабулациона изјава, упис својине поклонопримца је пуноважан.⁸¹⁴ У описаним случајевима није требало брисати упис права поклонопримца и реупис права поклонодавца упркос изостанку судске овере. Тек у случају да се уговор о поклону успешно оспори пред судом, због недостатка у форми или сличних разлога, долази до тога.⁸¹⁵ Ипак, чини се да је због јасноће важно разликовати и раздвојити формалне услове за пуноважност уговора од услова за стицање непокретности.

Да би дошло до судске конвалидације, уговор треба да је „испуњен у целини или претежном делу“. Испуњење уговора о промету непокретности значи увођење прибавиоца у посед. Проблем се може појавити у случају кад је поклонодавац, и после увођења поклонопримца у посед, такође остао у поседу непокретности. Када су у време учињеног и прихваћеног поклона уговарачи живели у заједници и заједнички користили непокретност, испуњен је услов праве предаје.⁸¹⁶ У том смислу у једној пресуди се наводи: „У време извршеног даровања, поклонодавац (мајка тужитељице и бака туженог поклонопримца) живела је у заједничком домаћинству с парничним странкама. Тужени је обрађивао предметну некретнину за живота поклонодавца. Чињеница да су и остали чланови породичне заједнице помагали туженом у обради спорне некретнине, нема посебан значај за оцену правне ваљаности уговора о даровању, јер се у конкретном случају ради о поклону

⁸¹¹ Жеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 38.

⁸¹² Жеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 37.

⁸¹³ Жеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 37.

⁸¹⁴ Жеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 38.

⁸¹⁵ Жеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 42.

⁸¹⁶ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 50.

између особа које су живеле у породичној заједници, па је поклонопримац заједно с осталим члановима заједнице користио предмет даровања. На тај начин испуњен је услов праве предаје дароване некретнине.⁸¹⁷

Клаузула којом се тврди да је дошло до праве предаје (да би се избегли трошкови нотаризације) иако то не одговара истини, представља забрањену симулацију. Ако уговарач накнадно то покуша искористити, долази до сукоба са правилом *venire contra factum proprium*, али и заштићеним интересима трећих који су се поуздали у оно што стоји у уговору.⁸¹⁸ У том смислу у једној пресуди стоји: „Предају поседа према позитивној судској пракси не доказују одредбе уговора уколико доиста није дошло до фактичне предаје поседа. Права предаја треба да је извршена одмах или у неком краћем разумном року. Ако је поклонодавац, по закључењу поклона, издао ствар у закуп трећем лицу, то доказује да предаје није било.“⁸¹⁹

Испуњеност услова за конвалидацију процењује суд, што није увек једноставно. Поставља се питање да ли је уговор о поклону испуњен када је непокретност предата или тек када се поклонопримац упише у земљишну књигу уместо поклонодавца, или су нужни и предаја и упис. Својина се стиче уписом у земљишну књигу. За упис је потребна клаузула интабуланди. То је формална, једнострана изјава преносиоца упућена надлежном органу који води евиденцију да нема правних сметњи за пренос права и допуштење да се пренос саобразно *iustus titulus*-у изврши.⁸²⁰ Уговор је извршен када дужник испуни своју обавезу. Обавеза поклонодавца је да изда клаузулу интабуланди, јер је то предуслов својине поклонопримца. Строго правно гледано, самом предајом непокретности уговор још није испуњен. Реални правни саобраћај захтева, ипак, флексибилније тумачење.

5.3. Улога јавног бележника

Првобитно је Законом о јавном бележничтву прописано је да „обећање поклона и уговор о поклону за случај смрти“ имају облик јавнобележничког записа, као и поклон непокретности (чл. 82 ст. 8).⁸²¹ Јавно бележничтво је служба од јавног поверења. Јавни бележник је правни стручњак, који на основу јавних овлашћења прихвата од странака изјаве воље и даје им потребну форму и о томе издаје јавну исправу, чува оригинале и друге

⁸¹⁷ Жупанијски суд у Вараждину, Гж.188/07-2 од 3.11.2007. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁸¹⁸ Бланка Иванчић-Качер, Уговор о даровању, уздржавању и орташтву - гдје им је место?, стр. 354.

⁸¹⁹ Врховни суд Хрватске, Рев. 58/1996-2 од 15.3.2000. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁸²⁰ Јожеф Салма, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом службе за катастар непокретности у форми записника, стр. 36.

⁸²¹ Закон о јавном бележничтву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013).

поверене документе, издаје преписе, јавно потврђује правне чињенице, саветује странке (чл. 2).

Јавнобележнички запис је врста јавнобележничке исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници (чл. 6). Применом ове форме олакшава се доказивање и тумачење уговора. Законом је прописан облик јавнобележничке исправе, уређени су стандарди формата и средства сачињавања исправе, као и технички детаљи: празна места и означавање бројева, речи и знакови изван текста, исправке и допуне, означавање и повезивање страница (чл. 63-67). Јавни бележник чува списе и исправе које је сачинио, преузео од странака, које му је поверила Комора или које је преузео од претходника (чл. 100). Ова решења повећавају правну сигурност.

Јавнобележнички запис садржи (између осталог): 1) име и презиме бележника, изјаву да поступа у својству јавног бележника и ознаку његовог седишта; 2) име, презиме и податке о странкама, заступницима, пуномоћницима; (...); 5) текст садржине уговора; 6) означавање прилога, као што су пуномоћја, изводи из матичних књига, катастра непокретности, земљишних и других јавних књига; 7) датум и место састављања записа; 8) изјаву да су странке и други учесници поучени о садржини и последицама правног посла, као и да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене; 9) потписе странака, законских и других заступника; 10) потпис јавног бележника, печат и штампил (чл. 84).⁸²² Пре бележника, у његовом присуству, исправу потписују странке (чл. 68). Овако бројни елементи форме вероватно ће отклонити поједине недоумице које су се до сада јављале у пракси око потписивања уговора о поклону. Међутим, решење је супротно коментару DCFR где је поклон у форми јавнобележничког записа критикован.

Санкција за формални пропуст је строга. Јавнобележнички запис који не садржи прописане елементе нема својство, нити правно дејство јавне исправе. Уколико нису закључени у форми јавнобележничког записа обећање поклона, поклон за случај смрти и поклон непокретности немају правно дејство (чл. 82 ст. 4 старог Закона о јавном бележништву).

Израз „обећање поклона“ дуго није коришћен у српском законодавству, мада је Закон о оглашавању изузетак.⁸²³ Пре другог светског рата, помиње се у прописима и литератури „уговор о даровању без праве предаје“ који означава сагласност поклонодавца

⁸²² Изостављене су тачке без значаја код поклона.

⁸²³ Обећање поклона у огласној поруци употребом речи „бесплатно“, „плати један, узми два“, „два за један“ и сл. дозвољено је само ако се производ или услуга нуди по важећој цени понудиоца за тај производ или услугу (чл. 52, Закон о оглашавању (Сл. гласник РС, бр. 79/2005)).

и поклонопримца за којом непосредно не следи предаја поклона,⁸²⁴ тј. даровање без предаје које је тек обећање дара.⁸²⁵ У швајцарском праву, обећање поклона је уговор који ствара облигацију за поклонодавца да уступи без накнаде неко добро из своје имовине поклонопримцу. За разлику од ручног поклона, он се не извршава у истом моменту када су уговарачи постигли сагласност.⁸²⁶ Чини се да је формулација домаћег законодавца последица лошег превођења непознатог изворника. Термину „обећање поклона“ могу се ставити одређене примедбе. Сваки уговор је неко обећање, обавезивање. И код продаје се често разликује тренутак закључења од тренутка предаје ствари купцу, али о „обећању продаје“ нема говора. Законодавац је вероватно имао у виду уговор о поклону покретне ствари (што је уједно и предлог *de lege ferenda*). Осим тога, овај термин асоцира на поклон као једнострану изјаву воље, што одговара нпр. шкотском, али не и српском правном систему.

Решења из првобитног Закона о јавном бележништву нису била комплементарна са ЗОО, ЗПН и Преднацртом. Изменама Закона о јавном бележништву 2015,⁸²⁷ улога јавног бележника је промењена. Поклон се у закону посебно не помиње. Не захтева се јавнобележнички запис, већ бележник врши солемнизацију. Уговор о промету непокретности (значи и поклон) се солемнизује клаузулом о потврђивању и она је услов његове пуноважности (чл. 93). Солемнизационом клаузулом јавни бележник потврђује да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне изјавиле да та исправа у свему и потпуно одговара њиховој вољи и да су је својеручно потписале. Законом су тачно прописани елементи клаузуле као и технички услови за исправу (одштампана на хартији, одговарајућих маргина, неоштећена, непреправљана (чл. 93г)). Јавни бележник испитује да ли странке имају потребну правну и пословну способност и да ли су овлашћене да предузму правни посао (чл. 93д). Он објашњава странкама смисао правног посла, указује на његове последице и испитује да ли је правни посао дозвољен (чл. 93ђ). Иста форма важи и за поклон којим се заснива службеност (чл. 93, ст. 3).

Најсвежији позитивни прописи од утицаја на форму уговора о поклону су више пута мењани. Почетна идеја да уговор о поклону буде у форми јавнобележничког записа је напуштена више због штрајка адвоката него због правих аргумената. Будућност ће показати шта доноси солемнизација поклона.

⁸²⁴ Андра Ђорђевић, стр. 159. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 154.

⁸²⁵ Иво Милић, За утврђење и озакоњење значења праве предаје, стр. 427. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 154.

⁸²⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 155.

⁸²⁷ Закон о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011, ..., 121/2014 и 6/2015).

5.4. Критика Преднацрта

По Преднацрту, уговор о поклону је пуноважан ако је закључен у писменој форми, а у случају непокретне ствари и оверен од стране надлежног органа (чл. 661 ст. 1 / чл. 510 ст. 1 Скица). Обзиром да ЗПН регулише форму уговора којим се поклања непокретност, можда је овде требало само указати да је форма прописана специјалним законом. Одредба Преднацрта је непрецизна, јер се не оверава уговор већ потписи уговарача.⁸²⁸ Слично, хрватски аутори критикују одредбу ХЗОО, да уговор о даровању некретнине мора бити у писаном облику, као сувишну због прописа земљишно-књижног права.⁸²⁹

Преднацрт прописује: „Кад се поклон чини уговором у корист трећег, прихватање поклонопримца не мора да буде у писменој форми“, (чл. 661 ст. 4 / чл. 510 ст. 4 Скица). *Argumentum a contrario*, мимо овог изузетка прихват мора да буде писан, што је неусклађено са претходним ставом 3 да се ћутање сматра прихватом. Требало би најпре прописати форму прихвата у начелу, а онда регулисати ситуацију из става 4 као изузетак.

Спорна је и формулација да „Поклон за учињене услуге не мора да буде закључен у писменој форми, уколико не прелази знатно вредност учињених услуга“ (чл. 661 ст. 5 / чл. 510 ст. 5 Скица). Пре свега, реченица садржи две негације па је неразумљива. Овај поклон се даје за извршену услугу која има тржишну вредност. Треба га разликовати од наградног поклона (где је услуга процењива) и поклона из захвалности (где је услуга новчано непроцењива). Да би давање за извршену услугу било поклон, не сме постојати ни правна ни природна, ни обичајна обавеза поклонодавца.⁸³⁰ Пошто овај поклон није ни наградни, ни поклон из захвалности, ни напојница (она је уобичајена) поставља се питање на какав поклон се ова одредба односи.

Недостаје одредба: „Поклони мале вредности ослобођени су форме“. *De lege ferenda*, форму поклона у општекорисне тј. добротворне сврхе треба релаксирати.

5.5. Закључење уговора предајом ствари

5.5.1. Неусаглашена класификација

Најпре треба приметити да у домаћој доктрини постоји неслагање о класификацији уговора. С. Перовић реалне уговоре види као подврсту формалних уговора и сматра да реалним уговорима не треба супротстављати консенсуалне.⁸³¹ По начину испољавања

⁸²⁸ Радмила Босанац, *Нова регулатива у преднацрту Грађанског законика: Уговор о поклону*, стр. 58.

⁸²⁹ Бланка Иванчић-Качер, *Уговор о даровању, уздржавању и орташтву - гдје им је место?*, стр. 353

⁸³⁰ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 157.

⁸³¹ Слободан Перовић, *Облигационо право*, стр. 195.

форме постоји писмена, форма јавне исправе и реална форма.⁸³² Код реалних уговора предаја има конститутивно дејство, закључење се састоји од два акта: предуговора (сагласности воља) и предаје којом се извршава предуговор и закључује главни уговор.⁸³³ Супротно, Ј. Радишић реалне уговоре супротставља консенсуалним, реални нису подврста формалних уговора.⁸³⁴

Вероватно на линији овог раздвајања постоје различите класификације уговора о поклону према форми. По једном становишту, уговор о даровању настаје или као консенсуалан или као реалан.⁸³⁵ Консенсуалан поклон настаје сагласношћу воља, за закључење је довољно само обећање; реални поклон закључује се самом предајом ствари, потребно је давање.⁸³⁶ Код реалног даровања акт извршења следи одмах након акта закључења, те се у начелу не тражи одређена форма. Наиме, реални дар настаје уз истовремену предају ствари или права, те без предаје нема уговора. Напротив, код консенсуалног даровања (без праве предаје ствари), акт извршења уговора је одвојен од акта закључења уговора, па закон предвиђа обавезну форму.⁸³⁷ По другом становишту, класификација уговора о поклону је нешто другачија. Поклон може бити закључен кроз две паралелне истовредносне форме: писмену и реалну.⁸³⁸ Форма је писмена или реална.⁸³⁹ Среће се и трећа подела на поклон са предајом и поклон без предаје. О поклону без предаје се говори када се поклон само обећа, а не уследи предаја поклоњене ствари (акт закључења временски је одвојен од акта извршења). Овакав поклон мора бити у писаној форми.⁸⁴⁰ Ако се прихвати Радишићева класификација консенсуалан/реалан, односно формалан/неформалан, онда следи да је писани поклон консенсуалан и формалан, а ручни поклон реалан, усмен и неформалан. Тешко је истраживати форму поклона када кључне поделе у домаћем праву нису усаглашене.

С. Никшић сматра да, уколико се прихвати стајалиште да су реални уговори врста формалних уговора, при чему се форма састоји управо у предаји ствари, следи да реални уговор без предаје има формални недостатак. Реални уговор неће ни настати без предаје, па стога не може конвалидирати. Конвалидира само неваљани уговор у погледу којег су

⁸³² Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 357.

⁸³³ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 358.

⁸³⁴ Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 123.

⁸³⁵ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1163.

⁸³⁶ Михајло Вуковић, Обвезно право, стр. 249; Ђуро Сесса, Уговор о даровању, стр. 143.

⁸³⁷ Јелена Чувелјак, Уговор о даровању, стр. 4.

⁸³⁸ Борислав Благојевић, Посебни део облигационог права, стр. 339. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 159.

⁸³⁹ Слободан Перовић, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 869; Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 610.

⁸⁴⁰ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1164.

испуњене посебне претпоставке. Следи да институт конвалидације није предвиђен за ситуацију када посао уопште није настао.⁸⁴¹ Дакле, ако се поклон сврста у реалне уговоре, могућност његове конвалидације отпада.

У свакодневном животу, поклон редовно подразумева предају. Овај обичај је врло стар. Предратни аутори су сагласни да се уговор о поклону може закључити предајом, иако СГЗ такву могућност не помиње.⁸⁴² Ако је поклонодавац ствар предао поклонопримцу, уговор је пуноважан иако је усмен.⁸⁴³ Довољно је да је предмет поклона предат поклонопримцу и да се он са поклоном сагласио. Да ли је давању претходио усмени споразум или обичан писмени споразум или се споразум огледа баш у предаји, мање је важно.⁸⁴⁴ У судској пракси и литератури, послератној и савременој, овај став је био и остао прихваћен. Уговор о поклону који није закључен у прописаном писменом облику важи само под условом да је стварно извршена предаја поклоњене ствари.⁸⁴⁵ По Преднацрту, уговор о поклону покретне ствари, који није закључен у писменој форми, пуноважан је ако је ствар предата поклонопримцу (чл. 661 ст. 2 / чл. 510. ст. 2 Скица).

Предаја је помињана као начин конвалидације, али се код ручног поклона посматра као елемент форме. Отвара се питање да ли је поклон реалан уговор.⁸⁴⁶ Реални уговори су реликт римског права. Реална форма огледа се у предаји ствари која има конститутивно дејство, јер је неопходан услов за настанак уговора. Чини се да је проблематично уговор о поклону прогласити реалним. Традиционално, он не припада кругу класичних реалних уговора (зајам, остава, послуга и залога). Осим тога, код реалних уговора редовно постоји обавеза да се предата ствар врати. Поклон искључује обавезу враћања па зато не може бити конструисан као реалан уговор.⁸⁴⁷ Уговор о поклону није реалан, јер предаја није услов за његово постојање.⁸⁴⁸

По супротном мишљењу, специфичност реалних уговора није у обавези враћања него у реалном чину предаје. Ако се прихвати да је бит ових уговора предаја, онда би поклон могао да се уклопи у концепцију по којој су у римском праву настајали реални уговори. Са

⁸⁴¹ Саша Никшић, Утјецај разлога на преузимање обвезе на ваљаност правних послова, стр. 1827.

⁸⁴² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 158. наводи следеће ауторе: Л. Марковић; И. Матијевић; М. Вакањац; И. Милић.

⁸⁴³ Живојин Перић, Облигационо (тражбено право), стр. 20.

⁸⁴⁴ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 559.

⁸⁴⁵ Савезни Врховни суд Гз. 33/57 од 10.5.1957. Збирка судских одлука, 1957, књ. 2, св. 2. стр. 365. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 158.

⁸⁴⁶ Неки страни аутори сматрају да јесте. Тако нпр: James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 33.

⁸⁴⁷ Обрен Станковић, Реални уговори у СГЗ, његовом изворнику у упоредноправно, стр. 279. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 160.

⁸⁴⁸ Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 26.

том оградом, поклон у српском праву је реалан уговор.⁸⁴⁹ Међутим, предаја се јавља и код продаје и закупа, па их ипак, не проглашавамо реалним уговорима.

Компромисно решење је став да је се поклон може закључити у „реалној форми“, али због те могућности не треба уговор прогласити реалним. Поклон закључен предајом је заправо изузетак од правила – писаног поклона, а не нека посебна форма.

5.5.2. Пренос државине, вид предаје

Предајом се закључује уговор о поклону покретне ствари, за непокретности важи посебан режим. Предаја представља довођење поклонопримца у фактички однос са предметом поклона. Она се посматра уже него код продаје, јер мора да испуни два услова: успостављање државине поклонопримца и престанак државине поклонодавца.⁸⁵⁰

На теоријском плану разликују се две предаје. Предају као елемент форме ручног поклона треба разликовати од предаје којом се испуњава обавеза поклонодавца из консенсуалног (писаног) уговора о поклону.⁸⁵¹ У првом случају предаја се врши само ефективним уручењем, а у другом на више начина.⁸⁵² Б. Благојевић уочава да се ове две предаје најчешће поклапају, тако да једна конзумира другу. Предаја ствари поклонопримцу, на име извршења уговора о поклону у циљу преноса својине, делује према свим трећим лицима.⁸⁵³

Различити видови предаје немају једнако дејство. *Traditio vera* је стварна, физичка, права предаја, материјални акт који поклонопримцу омогућава државину. Предаја поклонодавчевом налогопримцу ради предаје поклонопримцу није стварна предаја, али поклонопримчевом налогопримцу или заступнику јесте.

Traditio brevi manu, предаја „кратком руком“, је вид фиктивне предаје. Предмет поклона се већ налази у државини поклонопримца, али по неком другом основу (нпр: Једно лице држи ствар као оставопримац или послугопримац, па му власник ствар на основу усменог споразума поклони; такав поклон је формално исправан).

Constitutum possessorium је вид фиктивне предаје где преносилац задржава ствар по основу права ужег од својине. Оваква предаја није довољна за закључење поклона.⁸⁵⁴ Супротно мишљење заступа В. Вуличевић у свом чланку о интересантном случају. Првостепени суд је саслушавањем сведока утврдио да је покојни А за живота поконио

⁸⁴⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 161. и 162.

⁸⁵⁰ О томе постоји и максима: Поклонодавчева државина не престаје док не почне државина поклонопримца. Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 136.

⁸⁵¹ Момчило Курдулија, Поклон учињен брачним друговима од стране блиских сродника, стр. 54.

⁸⁵² Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 65.

⁸⁵³ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 81.

⁸⁵⁴ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1164; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 49.

вредну слику своје синовцу Б и да је слика остала и даље на чувању код А и његове жене Ж. Суд је усвојио тужбени захтев поклонопримца да се слика изузме из заоставштине покојне Ж и припадне њему. Другостепени суд је преиначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев као неоснован из следећих разлога: усмени уговор о поклону има правну важност само ако је дародавац после закљученог уговора фактички предао поклоњену ствар поклонопримцу. Фактичка односно физичка предаја постоји тек кад се ствар налази у државини поклонопримца. Б је у току поступка сам признао да није становао у истом стану са поклонодавцем и да је слику однео тек после смрти покојне Ж.⁸⁵⁵ В. Вуличевећ сматра да је првостепена одлука исправна, а да је другостепени суд начинио више грешака. Погрешно је становиште да уговор о поклону не постоји ако покретна ствар није предата поклонопримцу. Не постоји законска одредба која прописује то правило, а теорија стоји на становишту да је предаја ствари потребна ради доказа поклона (*ad probationem*), а не ради постојања самог уговора о поклону који је консенсуалан, а не реалан уговор. Погрешно је и становиште да предаје није било јер постоји *constitutum possessorium*, ствар је само фактички остала на чувању код поклонодавца и касније његове жене. Другостепени суд није водио рачуна о последицама своје пресуде јер ће вредна уметничка слика, уместо поклонопримцу, нашем држављану, припасти туженом странцу.⁸⁵⁶ Последњи аргумент свакако није прихватљив и наведен је као занимљивост.

Симболична предаја (*traditio symbolica*) је предаја знака или исправе која замењује ствар, односно омогућава државину. Предаја знака није исто што и предаја ствари потребна за закључење ручног поклона, све док поклонодавац има фактичку власт.⁸⁵⁷ Са друге стране, следећи теорију конструктивне предаје, предаја јединог кључа аутомобила би била довољна. Ако предмет поклона није у државини поклонодавца чини се да је симболична предаја прихватљива.

Cessio vindicationis је фиктивна предаја када се ствар налази код трећег лица. Прихватљива је ако испуњава упозоравајућу функцију, нпр. релевантан је однос трећег са поклонопримцем и поклонодавцем, односно коме је он „ближи“. Потребно је обавестити треће лице, да му се не би погоршао положај.

Услов да државина поклонодавца мора потпуно престати, треба схватити широко из најмање два разлога. Прво, поклоњену ствар уговарачи могу користити и заједно, нпр. отац поклони аутомобил сину, па га користе као судржаоци. Када је уговор о поклону закључен

⁸⁵⁵ Војислав Вуличевећ, О поклону, стр. 27.

⁸⁵⁶ Војислав Вуличевећ, О поклону, стр. 28.

⁸⁵⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 165.

између уговарача које живе заједно и заједнички користе предмет уговора (нпр. аутомобил), сматра се да је предаја извршена ако је у тренутку закључења уговора постојао такав начин живота из кога несумњиво произилази и заједничко коришћење поклоњене ствари.⁸⁵⁸

Друго, ефективност предаје зависи од прихваћене концепције државине. Субјективни појам државине подразумева, поред фактичке власти и психолошки елемент да се ствар држи као своја, тзв. власнички менталитет. Међутим, у ЗОСПО је прихваћен објективни појам државине која може бити непосредна (такву имају закупац, плодуживалац) и посредна (закуподавац, власник). Државину немају само лица која фактичку власт врше под непосредним надзором другог и по његовим упутствима, притежаоци (нпр. запослени).⁸⁵⁹ Дакле, по објективној концепцији, довољно је да поклонодавац остане без посредне државине, али може остати у непосредној државини. У швајцарском праву, прихваћена је објективна концепција државине, и можда из тог разлога, поклон се тамо може закључити сваком предајом, укључујући и *constitutum possessorium*. Поклонодавац остаје непосредни држалац, поклонопримац постаје посредни. Овакво резонување одсликава сложеност Грађанског права, нарочито када се укрштају уговорно и стварно право.

У домаћој судској пракси среће се и ручни поклон права ужег од права својине. Уговор о поклону плодуживања је пуноважно закључен и у усменом облику, под условом да је извршен у целости. Наиме, између својине и плодуживања нема идентитета, даровање плодуживања не води стицању непокретности, односно не мења се власник, те нема промета у смислу ЗПН.⁸⁶⁰ Плодуживање настаје на основу усмене сагласности воља, јер не постоји законски пропис који предвиђа писмену форму за конституисање плодуживања.⁸⁶¹ Ручни поклон плодуживања захтева предају објекта плодуживања поклонопримцу.

Значај предаје долази до изражаја и код вишеструког поклањања. Када је иста ствар дарована двојци, она припада ономе коме је предата, и нема разлике да ли је предата ономе коме је раније или касније обећана.⁸⁶²

Однос писаног и ручног поклона у упоредном праву варира. У швајцарској доктрини поклон у писаној форми (обећање поклона) и ручни поклон (закључује се предајом) јесу две

⁸⁵⁸ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 111.

⁸⁵⁹ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, Стварно право, стр. 30. и 31.

⁸⁶⁰ Виши суд у Новом Саду, Гж. 1344/89. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 52.

⁸⁶¹ Врховни суд Србије, Рев. 1621/98 од 15.4.1998. Извор: „Paragraf Lex“.

⁸⁶² *Cum unius rei in duos donatio confertur, potior est ille cui res tradita est: Nec interest posterior quis an prior acciperit* (Paulus 5,11,4). Драгомис Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 114. Вишеструко отуђење спада у дејство поклона, па није предмет тезе.

форме подједнаког ранга. Према швајцарском Законику о облигацијама ручни поклон (покретне ствари) се врши предајом ствари од стране поклонодавца поклонопримцу (чл. 242 CdO). Са реалном формом изједначено је пуноважно обећање поклона. Обећање поклона покретне ствари пуноважно је ако је писмено (чл. 243 CdO).⁸⁶³ Форме нису у односу правила и изузетка, већ свака има свој домен.⁸⁶⁴ Ако ствар није могуће предати, писана форма је једина солуција. У Преднацрту и Скици прихваћен је концепт француског права, где је писана форма правило, а ручни поклон изузетак. Међутим, француски СС уопште не помиње ручни поклон, већ је он тамо резултат праксе.

5.5.3. Критика ручног поклона

Још у римском праву форма поклона одражавала се на његово облигационо, односно стварно-правно дејство. Из Константиновог поклона не настаје облигација. Писмена исправа и регистрација не стварају никакву обавезу за поклонодавца, јер сами за себе не чине никакав посао. Поклон настаје тек предајом, али је он тада већ реализован, па опет не ствара обавезу. Зато што по основу поклона не настаје облигација, поклонопримцу није дата ни посебна тужба. Поклон родитеља детету и поклон цркви су неформални или се захтева само регистрација, али ни из њих не настаје облигација, јер се сматра да директно преносе својину на поклонопримца којем стоји на располагању виндикација. Пошто није облигација, односно у неким случајевима директно преноси својину, поклон није био контракт него посао *sui generis*. Зато у систематизацији није добио место међу контрактима.⁸⁶⁵ Тек је Јустинијан прописао да сама исправа о поклону установљава за поклонодавца обавезу предаје. Дајући обавезујућу снагу писаној исправи и укидајући обавезу предаје поклона у моменту закључења, Јустинијан је отворио врата поклону са облигационим дејством.⁸⁶⁶

Имајући у виду поменућу еволуцију, ручном поклону се замера да није уговор. Обавеза поклонодавца да пренесе право на поклонопримца јавља се само код поклона закљученог сагласношћу формално изражених воља (писаног поклона). Моментом предаје ручни поклон је и закључен и извршен. Постоји сагласност воља, само је она једновремено спојена са актом давања. Сам физички акт давања може се састојати и у нечему што није правни посао, нпр. спајање ствари у корист поклонопримца, или поништај исправе о дугу.⁸⁶⁷ Ручни поклон нема уобичајено уговорно дејство, из њега не извире облигација.

⁸⁶³ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 57, напомена 149.

⁸⁶⁴ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 167.

⁸⁶⁵ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 228.

⁸⁶⁶ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 251.

⁸⁶⁷ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 555.

Друга критика тиче се везе између реалних уговора и позитивних прописа. ЗОО напушта концепцију реалних уговора, пропагирајући начело консенсуализма (чл. 28). Ако је уговор о поклону закључен усмено, а ствар није одмах него касније предата, он на такав начин не постаје реалан (формалан). Према учењу о реалним уговорима такав, усмени споразум уговарача је предуговор који се извршава закључењем реалног уговора (предајом ствари). Предуговор обавезује стране да доцније закључе главни уговор. Ако страна одбије, закључење уговора наложиће јој суд, тако да је сувишно сматрати усмени уговор о поклону без предаје ствари природном облигацијом. Усмени уговор о поклону, ако ствар није предата поклонопримцу, нема својство предуговора. Међутим, да би усмени споразум о поклону имао својства предуговора он би морао бити сачињен у форми писане исправе. Прописи о форми коначног уговора важе и за предуговор.⁸⁶⁸ Цитирани аутори теорију о реалним уговорима заговарају у систему ЗОО који реалне уговоре не познаје, што резултира натегнутим објашњењем. Нејасно је и како би „усмени споразум (...) морао бити сачињен у форми писане исправе.“

Трећа критика оспорава реалну форму генерално. Критичари истичу: у новијој литератури се оправдано критикује реална форма као анахронизам; консензус је довољан за облигационо дејство уговора; реална форма погодује лакомисленом, афекционом и брзоплетом обавезивању поклонодавца; реална форма није облик закључења уговора о поклону већ начин његовог извршења којим се убрзава правни промет, а занемарују интереси странака; с практичне тачке гледишта, нема опстојности.⁸⁶⁹

Четврто, код реалних послова нема преузимања обавезе, а на примерима из упоредног права види се, да се више штити субјекат приликом преузимања обавезе, него код реалних послова. Тако нпр. за реално даровање довољна је предаја ствари, за разлику од консенсуалног даровања где је прописана строжа форма. Наравно, то доводи до нелогичних резултата у пракси, јер се у облику реалног даровања може даровати и врло вредна ствар, па ту нема никакве заштите од непромишљености, а с друге стране правило о форми консенсуалног даровања примењује се и на сасвим безвредне ствари.⁸⁷⁰

Пето, обећањем поклона поклонодавац осигурава пажњу и наклоност поклонопримца све до испуњења, а ручни поклон нема тај капацитет.

⁸⁶⁸ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 59.

⁸⁶⁹ Бранко Морант, Облигационо право - књига прва, стр. 334; Душко Медић, Даровање према нацрту ЗОО Републике Српске, стр. 513; Енес Бикић, Алаудин Бркић: Материјалне и процесно правне последице недостатка форме уговора у правном промету некретнина, стр. 151.

⁸⁷⁰ Саша Никшић, Утјецај разлога на преузимање обавезе на ваљаност правних послова, стр. 1827.

Поменуте критике треба узети са резервом. Са правног гледишта битно је постојање сагласности,⁸⁷¹ а она није спорна. „Практичност“ ручног поклона је очигледна. Осим тога, из њега не настаје облигација па се и не може говорити о брзоплетом или непромишљеном обавезивању поклонодавца. Ручни поклон признат је у упоредном праву као користан институт. Он није извор облигације, али служи као *iustus titulus*.

5.6. Конвалидација усменог поклона предајом непокретности

У хрватском праву предаја некретнине отклања недостатак писане форме. Ако је усмени уговор о даровању некретнине реализован, пракса прихвата и такав пренос. Уговор о даровању некретнине у усменом облику ваљан је уколико је испуњен.⁸⁷² Тако се у једној пресуди наводи: „Претходница тужиоца је уступила без накнаде земљиште за изградњу улице, дакле даровала спорно земљиште усменим уговором. Према правном правилу из § 943 ABGB, има правни учинак и усмени уговор о даровању када је учињена права предаја дароване ствари.“⁸⁷³ Слично решење среће се и у другој пресуди: „У случају предаје некретнине у посед поклонопримцу, сматра се ваљаним и усмени уговор. Наиме, према § 943 ABGB, за уговор о даровању без праве предаје ствари прописана је писана исправа, док је усмено даровање ваљано уз обављену предају.“⁸⁷⁴

У хрватској литератури постављено је питање какво дејство има укњижба поклонопримца, ако уговор о поклону непокретности није закључен у писаној форми (форми судског записника) и некретнина није предата у посед поклонопримцу? У старијој пракси је заузет став да и земљишно-књижни пренос представља праву предају, па у том случају није потребно да уговор буде у форми судског записника. С друге стране, ВСХ је у једној одлуци из 1971. закључио: Иако уговор о поклону садржи клаузулу интабуланди и констатацију да поклонодавац даном потписа уговора уводи поклонопримца у посед некретнине, иако је спроведена укњижба тог уговора, он ипак није ваљан ако није стварно извршена предаја некретнине или ако није закључен у форми судског записника (дакле тражи се предаја иако постоји писана исправа). Одлука ВСХ из 1984. каже супротно: „Кад је уговор о поклону сачињен у писменом облику и проведен у земљишној књизи, за његову ваљаност није одлучно да ли је извршена предаја некретнине у посед.“⁸⁷⁵ У новијој судској пракси, уговор о даровању некретнине који није у писаном облику, а извршена је права

⁸⁷¹ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 555.

⁸⁷² Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1164, наводи пресуде Врховног суда Југославије из 1966. и Хрватске из 1976; Јелена Чувељак, Уговор о даровању, стр. 7-8.

⁸⁷³ Врховни суд Хрватске, Рев. 2650/00-2. од 30.10.2003. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁸⁷⁴ Жупанијски суд у Вуковару Гж. 188/07-2. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁸⁷⁵ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1165.

предаја некретнине, производи правни учинак иако није склопљен у облику јавнобележничког акта или солемнизиране приватне исправе.⁸⁷⁶

У БиХ се срећу слични проблеми, „усмени уговор о поклону некретнине ни по ранијем Закону о промету земљишта и зграда није производио правни учинак, али се могао конвалидирати предајом поклона, што није могуће по садашњем Закону о промету непокретности“.⁸⁷⁷ Овакву праксу наводе и српски аутори: „Наши судови стајали су на становишту да је пуноважан и усмени уговор о поклону, уколико је поклонодавац некретнину предао поклонопримцу“⁸⁷⁸; „Уговор о поклону непокретности, закључен у усменој форми, производи дејство када није тражено утврђивање његове ништавости (није поништен нити раскинут за живота поклонодавца), а треће лице из њега не може извучити неко право за себе“.⁸⁷⁹ Овакво поступање је тешко разумети, нарочито у Србији. Још од Закона о промету земљишта и зграда из 1954. уговор о промету непокретности је писмен, од 1971. судска овера је нов, додатни услов пуноважности.⁸⁸⁰

Наведена пракса изложена је критици. Присталице схватања да се уговор о поклону непокретности може закључити у реалној форми не објашњавају на основу чега ће се поклонопримац уписати као власник у земљишним књигама. Мишљење да је уговор о поклону пуноважан када је земљиште фактички предато поклонопримцу, јер је уговор закључен у реалној форми, је оспорено, баш као и став Б. Благојевића да је за стицање власништва довољно да земљиште буде предато путем уписа у земљишне књиге. И у време када је ово мишљење истакнуто, право својине се стицало укњижбом, на основу одговарајућег писаног уговора или одлуке суда (правно правило из Закона о земљишним књигама из 1930.). Стога се неосновано тврди да код уговора о поклону постоји „конкуренција писмене и реалне форме“,⁸⁸¹ (мисли се на став С. Перовића, стр. 77). Овде се нећемо опредељивати за одређену страну, дискусију наводимо као парадигму стања домаће цивилистике, па и јуриспруденције.

Најзад, среће се и одлука да је „усмено извршен уговор о поклону непокретности ништаван уговор који не производи правно дејство, те као ни други уговори о промету непокретности склопљени у усменој форми после 17. јануара 1975. не може конвалидирати

⁸⁷⁶ Анте Перкушић, Бланка Иванчић, Уговор о даровању некретнине *de lege lata* и *de lege ferenda* - побијање паулијанским тужбама, наслеђноправни и порезноправни аспекти, стр. 909.

⁸⁷⁷ Врховни суд БиХ, Рев 367/86 од 21. 5. 1987, Билтен Врховног суда БиХ, бр. 2/87, стр. 3.

⁸⁷⁸ Врховни суд Војводине, Рев. 44/79 од 17.5.1979. Извор: Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 61.

⁸⁷⁹ Врховни касациони суд, Рев. 385/2010(4) од 30.6.2010, Параграфова збирка судске праксе Врховног касационог суда, бр. 3/2010.

⁸⁸⁰ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 50.

⁸⁸¹ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 60.

применом чл. 73 ЗОО⁸⁸². Све поменуте одлуке показују да је судска пракса око уговора о поклону била и остала врло неуједначена и проблематична.

⁸⁸² Врховни суд Србије, Рев. 1037/89 од 30.04.1990. Извор: Енес Бикић, Алаудин Бркић: Материјалне и процесноправне последице недостатка форме уговора у правном промету некретнина, стр. 152.

Део трећи

ПРЕСТАНАК ПОКЛОНА

Римско наслеђе показује да је режим престанка поклона одувек био доста сложенији у односу на друге послове. И у модерном праву, правила о престанку поклона одступају од правила која важе за теретне уговоре. Док код њих гравитира начело једнаке вредности узајамних давања, престанак поклона повезан је са његовим специфичним особинама, понајвише субјективним и објективним елементом. Тако нпр. неизвршење обавезе је разлог за раскид теретног уговора, али не и незахвалност што је разлог за престанак поклона. Међутим, нови законодавни пројекти (DCFR) у великој мери одступају од традиционалних узуса (нпр. предвиђена је поклонопримчева доцња).

Постављају се следећа питања: да ли прихватити „опозив поклона“, или је исправније говорити о раскиду (узимајући у обзир да је опозива само једнострана изјава воље, а не уговор као двострани посао); постоји ли „право на опозив“ (попут потрошачког права на покајање), или је то преображајна моћ; каква је разлика између опозива и поништаја; како груписати разлоге за опозив? Осим тога, генерализацију отежавају неопозиви поклони (уобичајени, наградни, поклон у добротворне сврхе).

Уговор о поклону најчешће престаје на основу посебних правила скројених специјално за поклон (нпр. због незахвалности, осиромашења, престанка брака). Поред тога, уговор о поклону престаје и на основу општих правила уговорног права када постоје мане воље, значајно се промене околности или је уговорено право на једнострану раскид. Међутим, и у тим случајевима постоје специфичности које поклон издвајају од осталих уговора. На пример, мане воље га јаче погађају, једнострану раскид није последица неиспуњења него уговорена могућност, побијање је лакше. Те специфичности престанка су последица атипичних елемената потребних за настанак поклона, у првом реду објективног и субјективног елемента. Тако нпр. пошто је поклон бесплатан, поклонопримац не може да тражи отклањање недостатка пре него што раскине уговор; везаност субјективног елемента за емоције објашњава престанак поклона због развода и рођења детета.⁸⁸³

⁸⁸³ Мада другачије изгледа, у дисертацији је више текста посвећено престанку него настанку поклона. Наиме, у оквиру сваке главе о настанку уговора о поклону, постоји и један поднаслов који се односи на престанак. За објективни елемент то је симулација; за субјективни – ништавост због непостојећег, неистинитог или недопуштеног основа и мотива; код сагласности воља – неспоразум и фиктивни поклон; код способности – ништавост због неспособности и релативних забрана; код предмета – неспоразум; у глави VI – ништавост због формалних недостатака.

Глава I

ПРИНЦИПИ НЕОПОЗИВОСТИ ПОКЛОНА

Уговор је закон за стране. Након закључења, он се не може опозвати самовољом једног уговарача. Међутим, ова ноторна карактеристика свих уговора код поклона је нешто сложенија. У савременој доктрини неопозивост поклона се описује преко два принципа. Општи принцип неопозивости, у начелу, важи за све уговоре. Уговор престаје једностраном вољом једне стране само у законом одређеним случајевима. Тако нпр. поклон је опозив због незахвалности, осиромашења, у романским системима и због рођења детета. Common Law поклон из ових разлога није опозив, после реализације много је сигурнији. Специјални принцип неопозивости тиче се пуноважности поклона. Поклон је неважећи ако поклонодавац задржи право да опозове поклон у целини или делимично. Заправо, то је једна врста ограничења слободе уговарања. Општи и специјални принцип неопозивости нису међусобно повезани, али се традиционално обрађују на једном месту.

1. Општи принцип неопозивости

Неопозивост се често јавља у модерним дефиницијама даровања, па и у неким грађанским законима. У њих је доспела другим каналима, а не као последица директног утицаја римског права. У класичном периоду, све док је постојала процесна могућност да поклонодавац избегне извршење поклона, он је био опозив (*donatio imperfecta*). Тек по престанку те могућности постајао је *non-revocare*. Зато неопозивост није била конститутивни елемент поклона. Штавише, *Ulpianus* је сматрао да је правично и природно да поклонопримац користи добротинство само докле поклонодавац то хоће, а он може променити мишљење. Опозивост се у класичном праву односи на *donatio imperfecta* и разликује се од опозивости у Константиновом и Јустинијановом систему, која се односи на *donatio perfecta*, тј. на законом предвиђену могућност да се искључиво због тачно одређених разлога укину учинци перфектног даровања.⁸⁸⁴ А. Маленица сматра да су реализовани поклони били неопозиви. Изузетно, може се опозвати поклон патрона ослобођенику, због његовог подређеног положаја који се огледао у низу обавеза (нпр. исказивање поштовања поздрављањем, пратњом када патрон иде у град). Ослобођеник није могао да тужи патрона или да сведочи против њега, био је дужан да издржава осиромашеног патрона и његову

⁸⁸⁴ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 100.

децу.⁸⁸⁵ Овде се назире зачеци модерних разлога за опозив и идеја да је мимо њих поклон дефинитиван и коначан.

У романистици се неопозивост истиче како би се даровање разликовало од неких сличних института, и односи се на психолошки моменат. Код даровања постоји воља да се ствар никада више не тражи назад, код прекаријума се у свако доба може тражити назад, код послуге се ствар даје само на употребу, остајући послугодавчева.⁸⁸⁶

У српском средњовековном праву поклон цркви био је у принципу неопозив, што се види из Хиландарског типика (1198): „Јер што је једанпут Богу даровано, не узима се“.⁸⁸⁷ Друкчија је била правна природа властеоских баштина, о чему сведоче Душанов законик и повеље. За разлику од црквених, имања дарована властели нису била безусловно поклоњена. Властела је дужна да се одазове на војни позив владара и да плаћа порез. Баштина се одузима у случају невере (издаје), или тачније отказивања вазалне заклетве, а ни за једно друго кривично дело.⁸⁸⁸ Правила о престанку поклона била су у служби очувања поретка. Некадашња издаја данас се јавља као незахвалност.

Општи принцип неопозивости је неспорно прихваћен у савременом домаћем праву. Поклон је уговор, а уговор се једнострано раскида само у законом предвиђеним случајевима (нпр. због неиспуњења обавезе; промењених околности). Додуше, код неких дуготрајних уговора дозвољен је и једнострани раскид (нпр. код закупа). Поклоном се статуира једно право у корист поклонопримца те би било потпуно илузорно кад би поклонодавац могао кад год би хтео, по свом нахођењу, поклон опозвати.⁸⁸⁹ Према АВГВ, поклон је неопозив (§ 946). Следећи изворник, СГЗ прописује да „ко једанпут поклон учини, не може више натраг узети, осим особитих случајева“, (§ 566). Неопозивост поклона је присутна у скоро свим правним системима, па и тамо где поклон није уговор. Субјективни елемент поклона је присутан и на страни поклонопримца, те га не може самоиницијативно разорити поклонодавац.

Занимљиво, неопозивост поклона није универзална. У муслиманском праву поклон је опозив и након предаје. Изузеци су: поклон супружнику и сроднику до одређеног степена; поклон у добротворне или религиозне сврхе; након смрти поклонопримца; када је предмет поклона отуђен трећем лицу, изгубљен или уништен; када је поклоњена ствар

⁸⁸⁵ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 231.

⁸⁸⁶ Ulpianus (D. 43,26,1,2), Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 398; Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 82.

⁸⁸⁷ Срђан Шаркић, Поклон у средњовековном српском праву, стр. 11.

⁸⁸⁸ Срђан Шаркић, Поклон у средњовековном српском праву, стр. 12.

⁸⁸⁹ Коста Месаровић, Опозивање поклона од стране поклонодавца, стр. 48.

добила на вредности без обзира на узрок или је постала непрепознатљива (нпр. жито је прерађено у брашно); када поклонодавац прими неку противчинидбу од поклонопримца. Мимо ових случајева, поклон је опозив по дискрецији поклонодавца, додуше преко суда, мада поједине школе дозвољавају и вансудски опозив.⁸⁹⁰

2. Специјални принцип неопозивости

2.1. Француско право

Специјална неопозивост исказана је правилом „Није дозвољено поклонити, а задржати“, које није само обична максима. Принцип „*doner et retenir...*“, потиче из обичајног права, првобитно искључује даровање без ефективне предаје ствари, па и даровање где поклонодавац задржава плодуживање, те се тражи дефинитивно одвајање од поклоњене ствари. Касније се схвата као забрана задржавања права располагања у корист поклонодавца.⁸⁹¹ Проблеми настају јер је у неким ситуацијама принцип нарушен, иако поклонодавац није изричито задржао право на опозив.

Схватање о специјалној неопозивости постепено је еволуирало. Принцип потиче из древне праксе да је за закључење поклона неопходна предаја. Средњевековни правници су задржали правило у циљу заштите наследника. Поклон је пуноважан само ако је поклонодавац спреман за живота да се растане од поклоњеног. У почетку је максима „*doner et retenir...*“ важила само за закључење поклона,⁸⁹² али се касније њен смисао променио из два разлога. Прво, ширење консенсуалистичких теорија потиснуло је формализам. Уместо праве предаје, прихвата се и обична потврда у исправи о поклону да се трансфер државине одиграо. Друго, пошто је овакав развој олакшавао поклањање, у циљу успостављања равнотеже у обичајном праву се јавило ново тумачење максиме. Поклонодавца треба одвратити и уплашити на други начин: онемогућавањем да уговори право на једнострану, дискрециони опозив поклона. Уговор са таквом клаузулом је неважећи, било да се право на опозив даје директно или индиректно. Зато је нпр. неважећи поклон права које поклонодавац још није стекао (поклон будуће имовине). Пропуштањем стицања, поклонодавац индиректно опозива поклон. Неважећи је и поклон где се поклонопримац обавезује да плати трошкове или дугове поклонодавца, осим постојећих у тренутку закључења. У супротном, поклонодавац би могао задуживањем фактички да опозове поклон.⁸⁹³

⁸⁹⁰ Tabrez Ahmad, Comparative study of gift under Islamic law and Transfer of Property Act 1882 of India, стр. 14.

⁸⁹¹ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 117. и 118.

⁸⁹² Порекло се узима за римску максиму истог значења: *Dans et retinens, nihil dat*. Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 118.

⁸⁹³ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 501.

Аргументи у корист принципа специјалне неопозивости су бројни. Решење се уклапа у традиционалну заштиту наследника; поклон са опцијом опозива суштински је тестамент; специјални принцип обесхрабрује поклонодавца, он ће двапут промислити пре поклањања; без принципа угрожена је правна сигурност, нарочито права трећих лица; поклонодавац би могао да уцеђује поклонопримца, да направи од њега слугу. Постоји и супротно мишљење да је овај принцип превазиђен, јер постоје друга средства заштите поменутих лица.⁸⁹⁴

По позитивном праву, пуноважни поклон не сме садржати клаузулу која дозвољава поклонодавцу да опозове или смањи поклон. Предомишљање није дозвољено.⁸⁹⁵ Поклонопримац стиче својину закључењем поклона, предаја ствари није нужна (чл. 938 СС). Као власник, поклонопримац је суверен чак и према поклонодавцу. По дефиницији, поклон је акт којим поклонодавац неопозиво преноси право на поклонопримца (чл. 894 СС). Специјални принцип неопозивости важи за све поклоне, осим за прописане изузетке.

Француски СС наводи ситуације којима се принцип нарушава и због којих је поклон неважећи: 1) Поклањање будуће имовине је забрањено (чл. 943 СС). Пропуштањем стицања поклонодавац фактички опозива поклон. Ако је са постојећом, поклоњена и будућа имовина, важи правило о делимичној ништавости. 2) Поклон са условом који зависи од поклонодавчеве воље (потестативни услов) је забрањен (чл. 944 СС). Такав услов изазива неважност уговора (нпр. одложни: „поклонићу, ако се преселим“; раскидни – поклон запосленом под условом да остане у служби поклонодавца до пензије). Иначе, у општем уговорном режиму недопуштен услов се третира као непостојећи, не квариће цео уговор (чл. 900 СС). 3) Поклонопримац може преузети постојеће дугове поклонодавца (чл. 945 СС). Будући дугови подлежу сложенијим правилима. Ако је будући дуг одређен, поклон је ваљан (нпр. трошкови сахране). Ако је износ будућег дуга неодређен, поклон је неважећи. 4) Поклон је неважећи уколико поклонодавац задржи право да поклоњеним располаже. Ствари обухваћене оваквим поклоном припашће поклонодавчевим наследницима (чл. 946 СС). Ова правила су значајна јер у домаћем праву нема сличних.

Специјални принцип неопозивости не спречава задржавање плодуживања у корист поклонодавца (чл. 949 СС). Дозвољена је и клаузула да се поклон враћа уколико поклонопримац умре пре поклонодавца или у случају претходне смрти поклонопримца и његових потомака (чл. 951 СС).

Ограничења проистекла из специјалног принципа неопозивости не важе за поклон супружнику (чл. 947 СС). Све до 2005. ти поклони су били опозиви. По позитивном праву,

⁸⁹⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 503.

⁸⁹⁵ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 31, напомена 27.

поклон будуће имовине супружнику је опозив (током брака), док је поклон постојеће имовине неопозив, сем у законом предвиђеним случајевима (чл. 1096 СС). Принцип не важи ни за поклон *ante-nuptias*, било да га чини супружник или треће лице (чл. 1086 СС).

2.2. Упоредно право

У односу на француско, у упоредном праву доминира супротно гледиште. Иако власник, поклонопримац може бити мање или више ограничен. Упркос италијанској изреци: „Поклонити, па тражити назад је горе од крађе“, у савременом тамошњем праву специјална неопозивост није есенцијална карактеристика којој је место у дефиницији поклона. Штавише, сматра се да је заштита поклонодавца принципом неопозивости *contradictio in adjecto*.

У шпанском праву нема посебног правила о специјалној неопозивости, нити се концепт назире из дефиниције поклона. Поклонодавац може задржати право располагања над делом или целином предмета поклона (чл. 639 *SpCC*, чл. 531 ст. 20 *ССС*), што је одступање од старог обичајног правила „*donner et retenir ne vaut*“. Поклонопримац је обдарен чак и када је његово обogaћење само привремено. Пошто је поклонопримац власник ствари, овакво решење је тешко објаснити. Наводно, поклонодавац задржава овлашћење да располаже уместо поклонопримца. Када поклонодавац искористи своје право, поклонопримчева својина престаје. Тако се због поклона прекрајају основни постулати Грађанског права. Задржавање располагања је искључиво поклонодавчево право и непреносиво је. Оно може бити условљено сагласношћу трећег лица или неком објективном околношћу (нпр. осиромашењем поклонодавца).⁸⁹⁶ Куриозитет је и поклон са реверзионом клаузулом у корист поклонодавца или трећег лица (чл. 641 *SpCC*). До реверзије долази по испуњењу услова или по протеку рока. Ако је реверзија уговорена у корист поклонодавца, тек након његове смрти поклонопримац постаје коначни и потпуни власник. Треће лице, бенефицијар реверзије, сматра се такође поклонопримцем, а његов прихват се претпоставља. Код реверзионог поклона поклонопримац има положај сличан фидуцијарном наследнику.⁸⁹⁷

Па старогерманском схватању, даровање увек обавезује поклонопримца на неку противчинидбу, услугу, признање и захвалност. Изостанак таквог понашања или поклонопримчева смрт отварају могућност опозива. Дозвољено је поклонопримчево право на поклоњеном земљишту ограничити тако да буде ненаследиво или неотуђиво. Осим тога,

⁸⁹⁶ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 20-21.

⁸⁹⁷ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 19-20.

поклон је опозив и све док поклонодавац не прими од поклонопримца тзв. *launegild*, симболичну или привидну противчинидбу.⁸⁹⁸ Правила се разлика у јачини основа код наплатних уговора и поклона. Поклонодавац не напушта потпуно своје право, опстанак поклона условљен је његовом личном жељом. Поклонопримац је дужан да врати ствар ако његово право на поклон ма из којег разлога отпадне, нпр. ако је његово држање у нескладу са односом према добротинцу.⁸⁹⁹

У савременом немачком праву специјална неопозивост није обележје поклона. Поклонодавац може задржати право да опозове поклон у свако доба по својој дискрецији.⁹⁰⁰ И у енглеском праву је дозвољено уговорити поклонодавчево право на опозив. Овакав приступ слаби уговорну природу поклона.

2.3. Домаће право

У домаћој литератури, специјална неопозивост означава се као неопозивост вишег, другог степена. Поставља се питање да ли је дозвољено уговорити право поклонодавца да једнострано уговор опозове (раскине). ОИЗЦГ то дозвољава, „дар који је једном законито учињен, а тим нико против Закона оштећен, не може се више натраг искати, осим ако је шта друго изречно углављено“, (чл. 487).

Доктрина је подељена. По једном становишту, предратна правила дозвољавају да поклонодавац уговори право на једнострану раскид, позивајући се на одређене услове или произвољно, пре или после извршења уговора. Законски разлози опозива су додатна заштита, ако је поклонодавац пропустио да резервише право да поклон опозове.⁹⁰¹ Може се уговорити опозив из разлога наведеног у уговору, односно предвидети повраћај без икаквог разлога.⁹⁰² По супротном становишту, клаузула која даје поклонодавцу неограничену слободу да опозове поклон значила би да он тим уговором није везан. Она не одговара уговорној природи поклона и занемарује разлику између тестаментa – једностраног опозивог посла и уговора као двостраног посла. У присуству такве одредбе уговор свакако не би могао да важи. Судови се о овом питању нису директно изјаснили, мада су заузели став да се опозив заснива само на разлозима предвиђеним законом.⁹⁰³ Слобода уговарања

⁸⁹⁸ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 116-117.

⁸⁹⁹ Лазар Марковић, Облигационо право, стр. 556.

⁹⁰⁰ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 511

⁹⁰¹ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 76; Богдан Лоза, Опозив уговора због неблагодарности поклонопримца, стр. 625.

⁹⁰² Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 29

⁹⁰³ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 101. и 102.

ограничена је принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. Свакако је неуобичајено уговарати опцију дискреционог опозива.

Уговор о поклону у којем је поклонопримац ограничен у располагању тако да након његове смрти поклон припадне особама које је одредио поклонодавац среће се у пракси. Судови не прихватају ваљаност таквих ограничења.⁹⁰⁴ Одредба уговора којом поклонодавац ограничава поклонопримца да имовину сачува и остави својим законским наследницима нема дејство као ни фидеикомисарна супституција одређена тестаментом.⁹⁰⁵ У једној пресуди стоји: „Субјективна очекивања поклонодавца о томе како ће поклонопримац располагати поклоњеном ствари и да ће поклон допринети учвршћењу брачне заједнице између њега и тужене, не улазе у побуде закљученог уговора, те околност да је брак разведен и да је тужена након развода располагала поклоњеном ствари, не чини уговор ништавим.“⁹⁰⁶

Повраћај поклоне у случају смрти поклонопримца пре смрти поклонодавца не треба мешати са принципом неопозивости. У нашој пракси ретко се уговара повраћај поклоне поклонодавцу уколико поклонопримац умре пре њега, иако је таква клаузула пуноважна. У пракси долази до парница поклонодавца против поклонопримчевих наследника. По правилу, поклон је закључен између родитеља и детета, па дете (поклонопримац) умре пре родитеља. Законски наследници поклонопримца (супружник и његова деца) су у лошим односима са поклонодавцем па он поведе спор са циљем да поклон опозове, позивајући се на осиромашење или незахвалност. По правилу, оваквим захтевима се не удовољава јер су прави узрок опозива нарушени односи након смрти поклонопримца.⁹⁰⁷

Преднацрт не садржи одредбу која принцип специјалне неопозивости изричито прокламује, али се такав закључак може извући индиректно, тумачењем чл. 679: „Пуноважна је одредба уговора о повраћају поклоне поклонодавцу ако поклонопримац умре пре њега“ (чл. 521 Скица). Једно тумачење је да, осим тог случаја, уговарање права на повраћај поклоне нема правну важност.⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1169

⁹⁰⁵ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1170. Аутор наводи више судских одлука из 1960. и 1959.

⁹⁰⁶ Апелациони суд у Београду, Гж. 3854/2012 од 28.5.2014. Извор: „Paragraf Lex“.

⁹⁰⁷ Јелена Боровац, Ограничења аутономије воље поклонодавца код уговора о поклону, стр. 191.

⁹⁰⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 102.

Глава II

ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПРЕСТАНКУ УГОВОРА О ПОКЛОНУ

Упоредно право веома је разнолико поводом престанка поклона. Класификација начина престанка поклона још је у римском праву била конфузна. До опозива поклона долази вољом поклонодавца, али он може престати и независно од поклонодавчеве воље поништењем. У оба случаја коришћен је термин *revocare*. Поклон је поништаван ако је учињен ради евазије пореза, изигравања поверилаца и ако доводи до оштећења нужних наследника.⁹⁰⁹ Данас су ово углавном разлози за побијање.

Савремена номотехника примењена у регулисању разлога за престанак поклона у упоредном праву веома је хетерогена. Тако нпр. уносећи неопозивост као конститутивни елемент дефиниције, СС случајеве опозива третира као изузетке од принципа неопозивости. Предвиђа само три разлога за опозивање: неиспуњење терета од стране поклонопримца (*donatio sub modo*), незахвалност и накнадно рођење детета поклонодавца. ABGB посебном одредбом утврђује да је поклон неопозив, али такође предвиђа изузетке, којих има шест: оскудица, незахвалност, повреда обавезе издржавања, повреда нужног наследног дела, оштећење поверилаца и накнадно рођење детета поклонодавца.⁹¹⁰ Престанак долази у обзир не само због заштите поклонодавчевих интереса, већ и ради заштите трећих лица. BGB садржи норме о незахвалности, не одређујући прецизније такво понашање и постављајући услов да незахвалност буде „груба.“ Релевантно је и осиромашење поклонодавца, односно његова немогућност да издржава себе или сроднике. Опозив се реализује према прописима о стицању без основа. И неиспуњење налога је разлог за враћање поклона по правилима реституционог права, док је заштита нужних наследника регулисана нормама наследног права. Релевантна су и правила породичног законодавства, када дође до престанка брака.

Без обзира на номотехнику, континентално право је ненаклоњено поклону превасходно због нужног наслеђивања.⁹¹¹ У Common Law разлози за опозивање уопште нису кодификовани. Због поменутих дивергенција, на овом месту приказана су правила DCFR која обједињују континентална упоредно-правна решења, али и доносе одређене новине. Појединачни разлози за опозивање обрађени су касније.

⁹⁰⁹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 241.

⁹¹⁰ Весна Радовчић, Правна проблематика и развитак института даровања, стр. 126.

⁹¹¹ Ronny Jenkins, Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church, стр. 79-80.

1. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)

Последње поглавље у делу „X“ о поклону насловљено је „Опозив од стране поклонодавца“. Састоји се два одељка: Одељак 1: Уопште о опозиву (принцип неопозивости и изузеци; остваривање и домаћај права на опозив; дејство опозива; рокови); и Одељак 2: Разлози за опозив (незахвалност; осиромашење; резидуално право). Најпре је прокламован општи принцип неопозивости генералном клаузулом. Уговор о поклону се опозива искључиво: 1) под условима (у случајевима) одређеним уговором; или 2) из разлога прописаних законом (IV. Н. – 4:101). Чини се, из првог става, да специјална неопозивост није прихваћена.

Опозивање поклона је посебан вид престанка уговора. Опозивањем се напада уговор као правни акт, не захтева се повраћај ствари. То долази касније, јер је отпао правни основ, па се примењују правила о неоснованом обогаћењу. Право на опозив може да коегзистира са правом на раскид, нпр. поклонопримац не испуни обавезу да прихвати поклоњену ствар што поклонодавцу даје право на раскид и истовремено поклонодавац осиромаша што је разлог за опозив.

Правна природа престанка поклона са теретом је спорна. У неким правним системима неиспуњење терета представља посебан, кодификован разлог за опозив. Са друге стране, неиспуњење терета се може сматрати неиспуњењем поклонопримчеве обавезе што даје право на раскид због неизвршења обавезе по општим правилима уговорног права.⁹¹² У систему DCFR, поклонодавац ће радије изабрати раскид због неиспуњења, јер у том случају поклонопримац није заштићен тзв. приговором осиромашења, као приликом опозивања (IV.Н. – 4:103).⁹¹³

Поклонодавац има право на опозив и под условима (у случају) одређеним уговором. Илустрација: Пензионер се служи бициклом па је поклатио аутомобил унуку. Уговорено је да поклонодавац може опозвати поклон, ако му аутомобил затреба. Изненада, пензионер поломи кук и захтева повраћај аутомобила, јер је ангажовао возача да га вози. Опозивање је пуноважно.⁹¹⁴ Право на једнострани раскид није сужено само на случај када поклонодавац изричито задржи право да поклон опозове, оно се може и прећутно уговорити, ако су обе стране сагласне. Чини се да ипак треба прихватити принцип

⁹¹² У том смислу домаћи суд закључује: „Уколико је уговор о поклону закључен са налогом, теретом или уз обавезе тужених, долази у обзир примена чл. 124-132 ЗОО, о условима за раскид уговора због неиспуњења. Ако је посебан однос између уговорних страна био заснован и на очекивањима поклонодавца да поклонопримци изврше какву обавезу, изостанак остварења таквог очекивања може бити разлог за раскид уговора“. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3049/2013 од 13.3.2014. Извор: „Paragraf Lex“.

⁹¹³ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2860. О приговору осиромашења више у наставку.

⁹¹⁴ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2861.

специјалне неопозивости, са одређеним ограничењима, нпр. поклонодавац може једнострано раскинути уговор из разлога тачно утврђених уговором. Непримерено је оставити поклонодавцу потпуну дискрецију.

1.1. Остваривање, домашај и дејство опозивања

Занимљиво је да DCFR прво садржи одредбе о реализацији опозива, па тек после о разлозима за опозив.⁹¹⁵ 1) Поклонодавац опозива поклон једностраном изјавом воље поклонопримцу (нотификацијом). 2) Изјава о делимичном опозиву делује као потпуни опозив ако, узимајући све околности случаја, нема смисла уговор парцијално одржати на снази (IV. Н. – 4:102). Изјава поклонодавца има преображајно дејство. Уговорне обавезе се гасе и настаје дужност да се предмет поклона врати. Поклон се не поништава, као нпр. код заблуде.

Услови нотификације нису ригорозни. Нотификација се даје непосредно поклонопримцу. Посредни опозив (конклюдентном радњом, ћутањем) је без дејства. Не захтева се писана форма, усмено обавештење је довољно уколико је примерено околностима конкретне случаја. Илустрација: Ујак је поклонио сестрићу акције. Односи су захладили и ескалирали међусобном тучом. Тешко повређен, ујак током лечења из болнице позове сестрића мобилним телефоном и саопшти да опозива поклон због незахвалности. Оваква нотификација је пуноважна.⁹¹⁶

Домашај опозива је потпун или делимичан. По правилу, опозивање делује на цео уговор, циљ је успостава пре-уговорног стања. Евентуално, поклонопримац има право на накнаду штете због поуздања у своје стицање и тзв. приговор осиромашења (о томе касније). Могућност делимичног опозива расте ако је предмет поклона дељива ствар или новац, док је готово искључена када се ради о индивидуално одређеној ствари. Илустрација: Поклонодавац је учинио пуно поклона својој деци, сматрајући да неће добити још неко дете. Ипак, у 70-ој години сазна да његова жена очекује бебу. Поклонодавац нема довољно имовине да обдари најмлађе дете као претходну децу па делимично опозове поклоне како би сва деца била равноправна. У овом случају делимични опозив је, узимајући у обзир околности, прикладан. Дозвољено је и парцијално опозивање само једног поклона.⁹¹⁷

Опозив делује и на неиспуњене обавезе и на испуњени поклон. Неиспуњене обавезе поклонодавца се гасе. У случају делимичног опозива, престаје сразмерни део обавезе. У

⁹¹⁵ У Преднацрту, редослед је другачији. Најпре је прописана незахвалност као разлог за опозив, потом форма и дејство опозивања, па тек онда осиромашење као посебан разлог.

⁹¹⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2861.

⁹¹⁷ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2862.

техничком смислу, нема ретроактивног дејства нити према уговарачима нити према трећим лицима, гасе се само обавезе *pro futuro*. Из коментара DCFR није јасно како „нема ретроактивног дејства“ ако се успоставља пре-уговорно стање.

Поклонопримац је дужан да врати предмет поклона поклонодавцу по правилима о неоснованом обогаћењу. Међутим, класична реституциона правила трпе одговарајуће адаптације. Оне су нужне, јер је пре опозива уговор о поклону био ваљан правни основ стицања, обогаћење поклонопримца на рачун поклонодавца није се одиграло без оправдања. Зато посебна одредба у чл. IV. Н. – 4:103 упућује на правила о стицању без основа. Дејство опозивања није ретроспективно већ проспективно, његов резултат је једна нова обавеза да се примљено врати. Обим поклонопримчеве обавезе зависи од околности случаја. На пример, нема потребе да се од поклонопримца увек захтева да надокнади убране плодове. Код класичног стицања без основа ситуација је другачија, обогаћени није ни требало да их убере. Штавише, поклонопримац је са пуним правом уживао у поклону и његовим плодовима до тренутка нотификације. Зато поклонопримац није дужан да врати плодове ако је био савестан приликом убирања. Илустрација: Поклоњено је крдо стоке. Поклон је опозван због осиромашења. Младунци рођени пре нотификације се не враћају поклонодавцу.⁹¹⁸

У начелу, поклон се враћа *in species*. Поклонопримац може исплатити новчану накнаду у вредности поклона, ако је повраћај ствари скопчан са прекомерним тешкоћама или трошковима. Поклонодавац дугује новчану накнаду и ако је располагао предметом поклона.

У оправданим случајевима поклонопримац има тзв. приговор осиромашења. Поклонодавац користи приговор осиромашења по правилу VII. – 6:101 (*Disenrichment*) које систематски уопште није у глави о поклону. Приговором се штити легитимно поклонопримчево поуздање у коначност стицања по основу уговора о поклону. Осим у случају незахвалности, поклонопримац није скривио опозив, узроци опозива су објективни и спољни. Зато је оправдано одговарајуће умањење његове обавезе да поклоњено врати. Илустрација: Поклоњеним новцем поклонопримац је купио кућу за становање. Поклон је опозван због осиромашења. Поклонопримац је приморан да прода кућу, али због кризе тржишта продаје са губитком. Обавеза реституције се умањује за губитак.⁹¹⁹ Приговор осиромашења је успешан ако је, услед ослањања на поклон, поклонопримац поступио на

⁹¹⁸ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2864.

⁹¹⁹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2865.

своју штету. Илустрација: Поклонопримац је дао послодавцу отказ и уписао факултет рачунајући на приходе од поклона. Остао је без плате, што се не би десило да није обдарен.

Незахвални поклонопримац, у складу је са начелом савесности и поштења, нема право на приговор осиромашења. Оповив због незахвалности, по последицама „подсећа“ на раскид теретног уговора због неиспуњења.

1.2. Рокови

Решење је иновативно. 1) Право на опозив престаје ако нотификација није дата у примереном року, узимајући у обзир све околности случаја. 2) Рок тече од тренутка када је поклонодавац сазнао или је могао да сазна чињенице релевантне за опозив (IV. Н. – 4:104).

Рок није одређен фиксно, већ се примењује правни стандард. Да ли је поклонодавац искористио своје право благовремено одлучује суд узимајући у обзир различите факторе. Илустрација: Поклонодавац стар 70 година неочекивано добије дете и жели да опозове поклон користећи резидуално право на опозив. Нотификација две године по рођењу детета није благовремена.⁹²⁰

Релевантно је и актуелно и конструктивно сазнање. Рок тече од тренутка када је поклонодавац стварно сазнао или је уз просечну пажњу био у прилици да сазна чињенице битне за опозив. Правило о року треба тумачити тако да се заштити поклонопримчево поуздање у коначност свог стицања. Такође, нужно је обуздати каприциозног поклонодавца. Чини се да правило о „каучук“ роковима није препоручљиво за домаће правосуђе.

Продужење и обнова рока нису предвиђени. Не примењују се ни правила о застоју и прекиду, јер овде није реч о застари. Ипак, изузетни случајеви налажу флексибилно тумачење правила о роковима. Илустрација 1: У случају из претходне илустрације стари отац је киднапован и држан као талац две године. Рок за опозив није истекао (постоји несавладива препрека, као код застоја рока застарелости). Илустрација 2: Ујак поклони сестрићу новац ради куповине куће. Ујак осиромаша и жели да опозове поклон. Сестрић је спреман да плаћа издржавање о чему преговарају 6 месеци. Рок се продужава за период колико су трајали преговори. Илустрација 3: Поклонодавац убрзо након рођења детета изненада умре од срчаног удара. Право на опозив не преклудира пре истека једне године од тренутка када то право могу користити наследници.⁹²¹ И овде правила о поклону роне

⁹²⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2865. Резидуално право описано је у посебној глави.

⁹²¹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2866.

класичне постулате Грађанског права јер се овако схваћени рокови не могу се сврстати ни у застарне ни у преклузивне.

2. Несугласице домаће доктрине

У домаћој литератури срећу се најразличитије, неретко супротстављене, класификације и систематизације начина и разлога за престанак поклона. По једној, уговор о поклону престаје опозивом и побијањем. Ако је иницијатор престанка уговорна страна (углавном поклонодавац) реч је о опозиву, ако поклон напада треће лице реч је о побијању. Трећи жели отклањање дејства поклона према себи, његова изјава нема карактер раскида или поништења уговора у потпуности. Раскид може тражити само један од сауговорача.⁹²² Уместо термина „побијање“, у употреби је израз „повраћај поклона“, што је неприкладно јер он означава последицу престанка уговора о поклону која је иста и код опозива и код побијања. Са опозивом се срећемо код неблагодарности, осиромашења, престанка брака и раскида веридбе. Побијање поклона постоји код повреде нужног дела, неиспуњења обавезе издржавања, оштећења повериоца. За опозив није карактеристичан материјални елемент (који је код побијања примаран), већ чињеница да су у односу између уговорача наступиле извесне околности личне природе.⁹²³ Чини се да је ова оцена делимично тачна, зато што је и код осиромашења важан „материјални елемент“.

Израз „опозив поклона“ је оспорен. По једном становишту, законску формулацију: „Даровање се може порећи“ (§ 567 СГЗ; § 948 ABGB⁹²⁴) треба тумачити, у складу са правилима уговорног права, једино као право на раскид уговора о поклону. Не може се говорити о „опозиву“, јер из одредаба ЗОО, произилази да се опозив односи „на једнострану изјаву и могућ је само док је адресат није прихватио“.⁹²⁵ Код уговора о поклону опозив није правно могућ јер је уговор склопљен када поклонодавац прими изјаву поклонопримца да прихвата поклон (чл. 31 ст. 1 ЗОО). Појам „порицање даровања“ треба тумачити као раскид уговора о поклону.⁹²⁶

Са друге стране, опозивање поклона разликује се од опозива једностране изјаве воље (понуде, јавног обећања награде, завештања) или стипулантовог опозива уговора у корист трећег. Опозив поклона је укидање дејства која је поклон већ створио, из разлога насталих после закључења и зато га треба посматрати као посебну врсту раскида. Опозив поклона је

⁹²² Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 79.

⁹²³ Драган Костић, Опозив и повраћај поклона, стр. 26.

⁹²⁴ Изводи ABGB према: Ијачић Славо, Уговори о поклону, стр. 23.

⁹²⁵ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 180; Врховни суд Хрватске, Рев. 126/02 од 2.6.2004. Извор: <http://www.vsrh.hr>

⁹²⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 126/02 од 2.6.2004. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 180.

ретроактивни раскид извршеног уговора о поклону на основу законом предвиђених разлога, самим наступањем тих разлога *ipso facto* или одлуком суда.⁹²⁷ Међутим, и став да је опозивање вид раскида је оспорен. Наводно, овде није исправно говорити о раскиду, јер се раскида само неизвршен уговор, а овде се ради у уговору који је у потпуности извршен те се тражи поништај и реституција.⁹²⁸ Осим тога, опозив поклона није идентичан са општим институтом раскида уговора. Раскид је институт код уговора са трајним извршењем, нпр. због доцње, неправилног извршења. Раскид се, по правилу, не појављује код уговора са тренутним извршењем, а поготову не након што је уговор испуњен. Опозив поклона подразумева дејства типична за раскид, али након испуњења. Мотив је битна компонента допуштености опозива, а код раскида није релевантан.⁹²⁹ Поред тога, могућ је и опозив нереализованог поклона, када обавеза поклонодавца престаје.

Треба разликовати опозив и поништење поклона. Изјава о опозиву по својој правној природи није поништење уговора. Поништење долази у обзир само у случају постојања правно релевантних недостатака у моменту закључења уговора, а код опозива се ради о чињеницама искрслим по закључењу па и извршењу уговора.⁹³⁰ Овакав став није универзалан. По нешто другачијем мишљењу, код неблагодарности и престанка брака отпада основ поклона и долази до престанка самог правног посла, те уговор о поклону престаје да постоји као перфектан правни посао. Повраћај ради задовољења нужног дела или ради заштите поверилаца не проузрокује рушење уговора о поклону, већ се одражава у имовинској маси поклонопримца и поклонодавца. Уколико у државини поклонопримца остане део поклона, тај део је и даље пуноважан поклон.⁹³¹

Правна природа саме изјаве о опозиву је такође спорна. Већина теоретичара сматра да се изјавом поклонодавца раскида уговор о поклону, изјава о опозиву је једнострано раскидање уговора, било у целости било делимично.⁹³² Мањина мисли да изјава о опозиву има за учинак поништење. По трећем мишљењу, не ради се ни о једностраној изјави воље која уговор раскида ни о изјави која доводи до поништења. По својој правној природи изјава о опозиву најближа је преображајним правима. За поклонопримца настају последице које

⁹²⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 223.

⁹²⁸ Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 29.

⁹²⁹ Јожеф Салма, О концепту уговора о поклону, стр. 80. Ј. Салма помиње закључење мада вероватно мисли на испуњење, јер се уговор и не раскида пре закључења.

⁹³⁰ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 79; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 177.

⁹³¹ Драган Костић, Опозив и повраћај поклона, стр. 25.

⁹³² Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 79.

мора трпети, долази до промене или престанка дотадашњег односа.⁹³³ Овај став делује оправдано.

Поред горе наведених полемика, генерални закључак компликују одређени поклони у посебном режиму, као нпр. неопозиви поклони: уобичајени пригодни поклон, наградни, поклон из захвалности, поклон друштвеној заједници или правном лицу, поклон у добротворне и општекорисне сврхе.⁹³⁴ Због наведених дилема, у наставку излагања начини и разлози престанка уговора у поклону нису груписани.

Као компромис, могућа је следећа подела. Начини престанка уговора о поклону деле се на две групе. Разлози који се тичу уговорних страна су: 1) разлози посебно прописани законом за поклон (незахвалност, оскудица, рођење детета, резидуално право, престанак брака); 2) престанак по правилима општег уговорног режима (мане воље, споразумни и једностранни раскид). Другу групу чине разлози који се тичу трећег лица: 1) паулијанска тужба – повреда права повериоца; 2) повреда права на издржавање; 3) повреда нужног дела.

Глава III

НЕЗАХВАЛНОСТ ПОКЛОНОПРИМЦА

Незахвалност поклонопримца према поклонодавцу као разлог за опозивање поклона уобличила се још у римском праву, најпре као обичај а касније и као прописано правило. Овај разлог, задржан са великим варијацијама и у савременом упоредном праву, правда се оспорава шароликим аргументима.

Опозив због незахвалности не може се сагледати мимо социјалног контекста и захвалности као психолошког појма. У клановском друштву, захвалност није играла нарочиту улогу. Напротив, у старогерманском обичајном праву поклонопримац је задржавао поклон једино ако постоји нека врста реципроцитета или противуслуге поклонодавцу, макар моралне природе. Данас међутим, захвалност игра важну улогу у друштвеним односима. Незахвалност нарушава социјалну економију поклањања. Задатак модерног права је да уреди ситуацију која настаје након повреде ванправних узуса о поклону и подразумеваној благодарности.⁹³⁵

Захвалност као емоција је донедавно била непроучена и занемарена, што се често објашњава разликом између захвалности и елементарних емоција као што су страх, бес или

⁹³³ Тања Тумбри, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, стр. 435. Ауторка цитира: В. Вуличевић: О поклону, Адвокатура, 2/1984, стр. 63 и 64.

⁹³⁴ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 67.

⁹³⁵ Richard Nyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 515.

срећа. Захвалност се сврстава у тзв. моралне емоције вишег нивоа које укључују и друштвени и когнитивни процес. Захвалност се јавља када једно лице учини нешто корисно другом, које заузврат постаје захвално и мотивисано да изрази ту захвалност, речима или делом.⁹³⁶ У ванправном смислу, захвалност је унутрашње расположење једног лица које се сазнаје из његовог понашања, изражавање признања за учињено добро. Незахвалник се не обазире добротинство. У праву се незахвалност схвата уже.⁹³⁷ Обавеза лојалности према поклонодавцу није ни у једном грађанском закону експлицитно предвиђена. Међутим, она је имплицитно садржана у одредбама о опозиву због незахвалности где је прецизирана на негативан начин у смислу нечињења („рађење о глави“ и слично). Лојалност не би смела да значи сталну власт и контролу над понашањем поклонопримца. Дужност лојалности није правна него морална дужност и не може се сматрати облигационим дејством уговора о поклону.⁹³⁸

Бројне теорије оправдавају опозив поклона због незахвалности. По теорији приватне казне, поклонодавца треба заштити од поклонопримца и када нису испуњени услови за накнаду штете. Недостојност за наслеђивање је сличан институт. Због незахвалности су се изменили односи наклоности између уговарача, те је оправдано признати правну релевантност самог кајања поклонодавца.⁹³⁹

Теорија о санкцији везује се за повреду поклонопримчеве моралне дужности. Ова дужност је негативна па има посредну праву санкцију – одузимање поклона. Акт незахвалности изазива револт и жељу за санкцијом. Поклонопримац није достојан да задржи поклон. Уколико је његов акт истовремено и кривично дело или прекршај, као друштвена реакција долазе у обзир и додатне санкције, али оне нису довољне да задовоље унутрашње расположење дародавца.⁹⁴⁰

Теорија о раскидном услову објашњава опозив због незахвалности истом идејом којом се објашњава раскид узајамног уговора због неиспуњења (подразумева се раскидни услов да ће једна страна испунити своју обавезу једино ако друга изврши своју). Дужност захвалности налаже поклонопримцу одређено уздржавање. Повреда те дужности повлачи опозив. Међутим, неблагодарност је специфичан разлог за опозив, заснован не на прећутном, већ на изричито законом прописаном услову.⁹⁴¹ Ова теорија је делимично

⁹³⁶ Hila Keren, *Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement of (Some) Gratuitous Promises*, стр. 54.

⁹³⁷ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 236.

⁹³⁸ Јожеф Салма, *О концепту уговора о поклону*, стр. 82. О. Антић заступа супротно мишљење.

⁹³⁹ Радомир Ђуrowић, Момир Драгишевић, *Облигационо право са пословима промета*, стр. 245.

⁹⁴⁰ Богдан Лоза, *Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца*, стр. 634.

⁹⁴¹ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 235.

оспорена. Не би се могло прихватити схватање о условно закљученом уговору о поклону, где уговором или законом предвиђена чињеница делује као раскидни услов. Код наступања раскидног услова, уговор аутоматски престаје, није потребна интервенција ниједног уговарача. Међутим, акт незахвалности само даје право поклонодавцу на опозив, тј. да својом интервенцијом уговор уништи и стекне могућност на повраћај предмета поклона. Само наступање предвиђених чињеница аутоматски не уништава поклон. Уколико поклонодавац не интервенише уговор остаје на снази, а поклон код поклонопримца.⁹⁴²

Теорију о каузи у српској доктрини заступа О. Антић. Поклонодавац се одриче еквивалентности, али поклонопримца на одређено понашање обавезује норма (сваки правни посао је правна норма чију диспозицију чини кауза без које нема ни санкције). Поклонодавац антиципира понашање поклонопримца. За разлику од теретних уговора где се кауза гаси испуњењем, код добротних уговора, долази до изражаја специфичан облик дистрибутивне правде, па поклонодавац од поклонопримца очекује одређену захвалност.⁹⁴³ Он дугује благодарност испољену и у позитивном и негативном виду. У позитивном виду се испољава када поклонодавац доспе у оскудицу, јер је тада поклонопримац дужан да му пружи издржавање, иначе поклонодавац може да раскине поклон и тражи повраћај (попут уговарача из узајамног уговора). У негативном виду, благодарност се манифестује у уздржавању од аката против поклонодавца (кривичног дела, насилничког или некултурног понашања).⁹⁴⁴ Поклонопримац је дужник, а његов дуг није безначајан зато што спада у трајне облигације, он је дужник до краја живота: поклонопримац мора бити благодаран.⁹⁴⁵ Међутим, повезивање незахвалности са дефектом каузе је оспорено, јер је по правилу, кауза релевантна до момента закључења или најкасније до испуњења уговора.⁹⁴⁶ Додуше, постоји теорија о продуженом, континуираном дејству каузе код добротних послова. Теорија о каузи је занимљива јер обухвата и осиромашење (позитиван вид благодарности) и незахвалност (негативан вид).

С. Перовић заступа супротно становиште у односу на О. Антића. Делује да поклонопримац има обавезу према поклонодавцу јер се мора уздржати од радњи које се квалификују као незахвалност. Ипак, из тог разлога поклон није двострано-обавезујући уговор. Обавеза захвалности је више морална него правна. Поред тога, није свака незахвалност довољна за опозив, већ само груба. Обавеза поклонопримца да не делује против „живота, тела, части, слободе и имања“ је општа обавеза произашла из основних

⁹⁴² Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 79.

⁹⁴³ Оливер Антић, Кауза, стр. 847.

⁹⁴⁴ Оливер Антић, Кауза, стр. 853-854.

⁹⁴⁵ Оливер Антић, Кауза, стр. 855.

⁹⁴⁶ Richard Nyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 516.

начела правног поретка, а не само обавеза која извире из уговора о поклону. Такво чињење је иначе забрањено па уздржавање није пуноважна обавеза поклонопримца. Према томе, основно обележје поклоне је настанак обавезе само за поклонодавца, то је једнострано-обавезујући уговор. Одступања постоје код поклоне са теретом и налогом, узајамног и мешовитог поклоне, али она нису таква да претварају уговор у двострано-обавезујућ и теретан.⁹⁴⁷

Француска доктрина захвалност поклонопримца не посматра као услов опстанка поклоне. Оповиз због незахвалности је санкција за тежак прекршај моралне обавезе. Пошто је поклон обогаћење, санкција је имовинска. То је цивилна, грађанска санкција прописана законом. Само суд је квалификован да процени акт поклонопримца и његове последице. Једино овакво решење је оправдано јер је поклон у принципу коначан, опозивање је изузетак. На тај начин се штити поклонопримац од злонамерног поклонодавца који због преомишљања жели да поврати поклон.⁹⁴⁸

Италијански аутори одбацују и казнену концепцију и теорију о имплицитном споразуму (такав постоји нпр. код гаранције за недостатке која важи и када није уговорена). Морални обзир налажу да поклонопримац који је деловао прекорно врати поклон. У таквим околностима право се клања етици. Оповиз због незахвалности је *sui generis* захтев (тужба) за заштиту неимовинског интереса. Имовински ефекат је само пратећа, секундарна последица.

У немачком праву оповиз због незахвалности је у вези са неоснованим обогаћењем, прецизније, ради се о правном основу који је доцније отпао (§ 530 ст. 2; § 818 ст. 3 BGB; *wegfall der geschäftsgrundlage*). Друштвене норме и правичност налажу поштовање и пијетет према поклонодавцу. Незахвални поклонопримац се неоправдано обогатио и мора да врати поклон.⁹⁴⁹

Идеје о незахвалности нису универзалне. Common Law прописима није предвиђен оповиз због незахвалности или осиромашења. Поклонодавац мора пажљиво да бира поклонопримца, јер трпи негативне последице лошег избора. Тамошњи теоретичари предлажу реформу која би омогућила оповиз у случају озбиљне незахвалности, али такво парничење захтева задирање у личну сферу од чега Common Law судови традиционално зазиру. Са друге стране, већ постоје институти који спречавају извлачење користи из противправног понашања (нпр. када корисник животног осигурања убије осигурано лице нема право на осигурану суму). Континентално право има врло разрађен нормативни

⁹⁴⁷ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 615.

⁹⁴⁸ Robert Bischoff, Procedural Aspects Regarding The Revocation Action of The Donation, стр. 5

⁹⁴⁹ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 517.

систем против незахвалног поклонопримца. Узрок ове разлике је различита рецепција римског наслеђа. Европско право је према поклону сумњичаво више него англосаксонско и то је прави разлог зашто је опозивање кодификовано.

Поводом незахвалности се јављају бројна питања, али се истичу: утицај кривичне одговорности; опозивање поклона супоклонопримцима од којих је само један испољио велику незахвалност; активна и пасивна легитимација; незахвалност нечињењем; дејство опозива када је поклон отуђен; дужина рокова, имајући у виду разлике упоредног и ентропију домаћег права. Да ли је релевантна само незахвалност испољена према поклонодавцу лично, или и према њему блиским лицима? По једном гледишту, уговор се раскида судским, по супротном вансудским путем. Шта учинити када поклонопримац напусти школовање, ода се криминалу, наркоманији, проституцији или се самоповреди?

1. Римско право

У класичном периоду поклон не обавезује на захвалност, што је записано максимама.⁹⁵⁰ Само се од непријатеља захтева повраћај. Поклон се не чини из интереса, треба знати племенито дати и племенито изгубити.

Касније се јављају идеје о опозиву због незахвалности. Најпре је пракса заобилазним путем омогућила опозив поклона детету, опозивањем еманципације ако се дете према оцу надмено и сурово понаша, супротно човечности. Потом је формулисано правило да се поклон опозива ако се дете понело без поштовања. Право мајке на опозив било је најпре окрњено. Она је опозивала поклон до половине његове вредности, нема враћања ако је поклоњена ствар потрошена, уништена, замењена или отуђена. Мајка није могла тражити повраћај од поклонопримчевих наследника. Ова ограничења за оца нису важила. Накнадно су родитељи изједначени.⁹⁵¹

Оправданост опозива оцењује суд, што је онемогућавало злоупотребе. Оправдани разлози за опозив су: прећутно оспоравање статуса мајке, напад на њену част, увреда, батинање оца. Опозив због незахвалности у класичном периоду није постао опште правило, већ је могућ само када је поклонопримац потомак поклонодавца (опозивају родитељи, дедови, прадедови).

Тек је Јустинијан опозив због незахвалности прогласио општим институтом. Тужба не прелази на наследнике нити се може подићи против наследника поклонопримца. Док се раније поклон опозивао због увреде или теже повреде, сада се опозива због сваке радње

⁹⁵⁰ Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 380.

⁹⁵¹ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 236-237.

недостојне лицу које дугује захвалност, било да је уперена против личности поклонодавца, његове имовине или неког другог интереса.⁹⁵² Ремунерациони поклон је изузет због хришћанског учења о моралној обавези на захвалност, пошто се њиме узвраћа добротинство. Занимљиво, не може се опозвати ни поклон цару, јер се он не може оптужити за незахвалност. Са становишта правне историје, опозив због незахвалности представља круну доследно спроведене идеје да безобзирност треба санкционисати, вероватно под утицајем цркве.⁹⁵³

2. Појам незахвалности поклонопримца

2.1. Упоредно право

Незахвалност је најчешћи кодификовани разлог за опозив, према неким изворима и најстарији. У појединим грађанским законима побројани су случајеви незахвалности (романски круг), у другим је суду остављена већа слобода (германски круг).

2.1.1. Романски круг

У француском СС примењен је систем енумерације. Поклон се опозива због незахвалности у три ексклузивна случаја (чл. 955 СС):

1) Напад на живот поклонодавца, тзв. рађење о глави. Ради се о покушају убиства који не мора бити успешан. Захтева се умишљај. Опозив не зависи од кривичне одговорности. У пракси, опозив из овог разлога изузетно је редак.⁹⁵⁴

2) Озбиљна незахвалност обухвата злостављање, кривичноправни деликт, повреду угледа или части поклонодавца. То је намерно деловање поклонопримца против поклонодавчеве личности или његове имовине. Акт злостављања не мора да има обележја кривичног дела, али је округан.

Од околности случаја зависи да ли је кривично дело квалификовано за опозив па је судска пракса шаролика. Ако постоји озбиљан ранији конфликт између уговарача чак и крађа поклонодавчевих драгоцености (накита) није довољна за опозив. У једној парници суд је узео у обзир велику несразмеру између украденог и много вреднијег поклона. Понекад је и ограничење слободе поклонодавца недовољно. У недавном случају поклонопримац је са другом децом провалио у стан оца поклонодавца и држао га везаног. Суд је размотрио историју породичних сукоба и одбио опозив.⁹⁵⁵

⁹⁵² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 258.

⁹⁵³ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 259.

⁹⁵⁴ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 518.

⁹⁵⁵ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 519.

Клевета и увреда подразумевају озбиљну, намерну повреду угледа и части поклонодавца. Релевантни су само акти за време поклонодавчевог живота, не и постхумне повреде.⁹⁵⁶ Као пример се наводи случај када је син без основа покренуо поступак за одузимање очеве пословне способности.⁹⁵⁷

Спорно је да ли брачно неверство спада у ову групу разлога. По једном мишљењу, пошто неверство више није „аутоматски“ повод за развод, није ни разлог довољан за опозив. По супротном мишљењу, будући да су поклони између супружника сада неопозиви, треба дозволити опозив због озбиљне повреде брачних дужности.

3) Ускраћивање издржавања. Предуслов опозива је истинска потреба за издржавањем поклонодавца. Блиски сродници су иначе дужни да се међусобно издржавају. Једино правно средство против поклонопримца који није рођак па нема законску обавезу издржавања је опозив. Неоправдано ускраћивање издржавања је облик незахвалности. Нема опозива ако је сам поклонопримац у оскудици. Он спречава опозив понудом издржавања. Приликом оцене те понуде, суд узима у обзир материјално стање обе стране. Обавеза поклонопримца ограничена је вредношћу поклоне. Нема опозива ако је предмет поклоне пропао, али нема ни поштеде поклонопримца расипника. Поклонопримац није приоритетни дужник. Издржавање се од њега захтева тек ако су тужбе против трећих лица која дугују издржавање (сродника) неуспешне или неизвршиве. По супротном мишљењу, поклонопримац је дужник првог реда. По трећем мишљењу, суд треба по основу правичности да одлучи о редоследу. Доминира став да је свако поклонопримчево одбијање довољно за опозив, чак и када се поклонодавац није држао реда.⁹⁵⁸

У италијанском праву користи се систем енумерације. Прва четири разлога за опозив прописана су сходном применом правила наследног права: 1) намерно убиство или покушај убиства поклонодавца, његовог супружника, предка или потомка; 2) кривично дело са смртним исходом лица из поменутог круга (нпр. помоћ у самоубиству); 3) лажна оптужба за тешко кривично дело против лица из поменутог круга; 4) лажно сведочење против лица из поменутог круга. Осим наведених, правила о поклону предвиђају још и следеће разлоге: 5) озбиљно огрешење према поклонодавцу; 6) наносење штете његовој имовини преваром; 7) неоправдано ускраћивање издржавања. Ради се о околностима које су наступиле након реализације уговора. Ако су оне постојале још раније, онда постоји основ да се поклон поништи због заблуде о квалитету личности поклонопримца.

⁹⁵⁶ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 519.

⁹⁵⁷ Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, стр. 15.

⁹⁵⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 520.

„Озбиљно огрешење“ као разлог за опозив даје суду знатна дискрециона овлашћења. Опозив не зависи од кривичне одговорности. Огрешење је озбиљно само ако је поклонопримчев напад намеран и манифестује јасну антипатију према поклонодавцу (нпр. називање погрдним именима, претња смрћу, избацивање родитеља из поклоњене куће). Тежина повреде се процењује према поклонодавчевом имовном стању и другим околностима случаја. Занемарљива штета или ризик који није материјализован, остварен, нису довољни. Нема опозива ако поклонопримац напусти школовање, ода се криминалу, наркоманији, проституцији или се самоповреди. Релевантне су и повреде поклонодавчевог персоналног интегритета, части и угледа. Због преваре, муж може опозвати поклон жени, али не и њен отац, иако га је осрамила. Постхумна повреда поклонодавчевог угледа је спорна.⁹⁵⁹ У судској пракси, ситуација након развода изједначава се са случајевима незахвалности, јер концепт незахвалности обухвата и разлоге за развод. Чињеница да је супруга више година варала супруга у њиховом заједничком стану се посматра као акт незахвалности.⁹⁶⁰

Ускраћивање издржавања је посебан разлог. Прихватањем поклона, поклонопримац се обавезује да у случају потребе, издржава поклонодавца (чл. 437 ССИ). Ако не испуни своју обавезу, поклонодавац може да тужи за издржавање. Поклонопримчева обавеза ограничена је вредношћу поклона (чл. 438 ССИ). Ако је издржавање уговорено као терет (*donatio sub modo*) ССИ дозвољава раскид и реституцију. У доктрини се ова два случаја не објашњавају теоријама о незахвалности, већ теоријом раскидног услова. „Прави“ опозив због незахвалности постоји када блиски сродник поклонопримац, дужник издржавања по правилима породичног права, ускрати издржавање.⁹⁶¹

2.1.2. Германски круг

У швајцарском Законику о облигацијама незахвалност није изричито поменута, али су набројана два типична случаја незахвалности: 1) тешко кривично дело поклонопримца према поклонодавцу или њему блиском лицу; 2) теже огрешење о законске дужности према поклонодавцу и његовој породици (чл. 249 CdO).⁹⁶²

Поклон се, у аустријском праву, опозива ако је поклонопримац крив за грубу незахвалност према поклонодавцу. Груба незахвалност подразумева: повреду тела, части, слободе или имовине која има обележја кривичног дела које се гони по службеној дужности или на захтев жртве (§ 948 ABGB). Наследник има право на опозив ако поклонодавац није

⁹⁵⁹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 522.

⁹⁶⁰ Ramona Moldovan, *Aspects Regarding The Revocable Character of The Donation Between Spouses*, стр. 3-4.

⁹⁶¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 523.

⁹⁶² Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 233.

опростио незахвалност, а у имовини постоји још нешто од поклона, у натури или у новцу. Тужба се може поднети и против поклонопримчевог наследника (§ 949 ABGB).

У немачком праву кодификовани разлози за опозив су велика незахвалност и осиромашење. Творци BGB одустали су од принципа енумерације, јер је он истовремено и сувише широк и сувише узак: наступање побројаног разлога понекад не заслужује опозив, морају се узети у обзир све околности конкретног случаја; истовремено, ниједно набрајање не може да предвиди све акте који заслужују санкцију.⁹⁶³

Поклон се опозива због грубе незахвалности према поклонодавцу или његовом блиском сроднику (§ 530 ст. 1 BGB). Прихватам поклона настаје обавеза поштовања и захвалности. Премда су ови „дугови неутуживи“, оправдан је опозив када поклонопримчево понашање значајно одступи од захтева морала. Објективно посматрано, акт незахвалности је озбиљан, али не мора бити противправан. Из субјективног угла, треба се запитати да ли поклонопримац заслужује поклон. Процена незахвалности је фактичке природе, зависи од околности случаја, односа између страна и оцењује се у светлу постојећих услова и важећег морала, па је променљива категорија по месту и времену.⁹⁶⁴

Гипка законска норма се различито тумачи те литература обилује примерима из судске праксе: покушај убиства, nanoшење телесне повреде, теже кривично дело, ускраћивање издржавања, неморалан живот, лажно оптуживање, неверство, злонамеран покушај одузимања пословне способности, сведочење против супружника упркос праву на имунитет. Незахвалност се повезује се са разлозима за недостојност и искључење из наслеђа.⁹⁶⁵ Образложење пресуде је детаљно: „Прељуба поклонопримца тежа је од поклонодавчевих увреда и представља велику незахвалност“; „Супруг обдаренице је ударио ташту, увредио родитеље поклонодавце, насилно их избацио из куће и оставио на киши. Постоји велика незахвалност јер се обдарена ћерка није потрудила да раздвоји сукобљене стране, смири супруга, извини се или покуша помирење“; „Поклонопримац је незахвалан јер је потврдио лажне оптужбе супруге да родитељи-поклонодавци подводе унуку.“⁹⁶⁶ У једном занимљивом случају син поклонопримац је отворио конкурентско предузеће очевом предузећу. Суд је тај акт оценио као незахвалност и опозвао поклон који се састојао од акција у очевом предузећу.⁹⁶⁷

⁹⁶³ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 525.

⁹⁶⁴ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 525.

⁹⁶⁵ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 526.

⁹⁶⁶ Melvin A. Eisenberg, Donative Promises, стр. 14.

⁹⁶⁷ BGH Az. X ZR 167/99 од 4.12.2001. Извор: <http://www.gruner-siegel-partner.de/content/?p=1201>.

Незахвалност се тиче моралне одговорности, право првенствено интервенише када је незахвално понашање уперено против поклонодавца. Огрешење о поклонодавчеве сроднике је релевантно само када се тиме истовремено крши и дужност према поклонодавцу. Ако је нека од уговорних страна правно лице, опозив због незахвалности не долази у обзир, али постоји и супротно мишљење.⁹⁶⁸ Понашање поклонопримца цени се узимајући у обзир све околности. Његове оштре речи можда су последица провокације. Она се процењује и са аспекта субјективне перцепције поклонопримца (из образложења пресуде: „Ошамарила сам поклонодавца јер је клеветао мог брата”; „Увредио сам јер је клеветао моју ћерку”).⁹⁶⁹

По ГКРФ, поклон се опозива јер је поклонопримац покушао да убије поклонодавца или члана његове породице или је намерно нанео поклонодавцу телесну повреду (чл. 578 ст. 1 ГКРФ). Жртва незахвалности је сам поклонодавац или његов блиски сродник. У случају намерног усмрћења поклонодавца право на судски опозив прелази на његове наследнике. Специфично је занимљиво решење да поклонодавац има право да судским путем опозове поклон ако поклонопримац поступа са поклоњеном ствари, која има нематеријалну вредност за поклонодавца, тако да јој прети непоправљива штета (чл. 578 ст. 2 ГКРФ). Власник ствари је слободан њоме да располаже правно (отуђењем), и материјално, тако што ће је утрошити или чак уништити. Међутим, овде је својина поклонопримца ограничена, јер се штите одређени неимовински интереси (нпр. право поклонодавца уметника на интегритет његовог дела које је предмет поклона). Компромисно решење је право поклонодавца да захтева да се поклон користи на одређени начин (судским налогом).⁹⁷⁰

2.2. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)

Незахвалност је кодификовани разлог за опозив, уговор о поклону је опозив због велике незахвалности тј. намерног, озбиљног акта против поклонодавца (IV. Н. – 4:201). Овакво решење уважава поклонодавчев алтруизам, истовремено превентивно делује на поклонопримца. Постоји само морална, али не и правна обавеза захвалности, јер је такву немогуће формулисати. Конкретни поклонопримчев акт је разлог за опозив ако: 1) представља велику незахвалност; 2) резултат је намере. Акт не мора да представља кривично дело.⁹⁷¹

⁹⁶⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 526.

⁹⁶⁹ Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, стр. 16.

⁹⁷⁰ Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, стр. 94-95.

⁹⁷¹ Martin A. Hogg, *Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law*, стр. 202.

Појам „велика незахвалност“ је намерно остављен недефинисан, суд има значајну дискрецију. Велика незахвалност постоји када нпр. поклонопримац покуша да убије поклонодавца, не успе, али га тешко повреди. Акт против поклонодавца не мора да буде насилан. На пример: Поклонопримац напише ласцивну биографију о поклонодавцу. Велика незахвалност овде није очигледна. Ипак, да их поклонопримац није објавио, тајне поклонодавца остале би сачуване. Озбиљна незахвалност може се починити и саопштавањем истинитих информација.⁹⁷² Ово је пример како акт који није противправан (објављивање истине), представља незахвалност.

Акт незахвалности је намеран, непажња није довољна чак и када проузрокује тешке последице. Ради се о злој намери. У изузетним случајевима противправан намеран акт је добронамеран. Илустрација: Неизлечиво болестан поклонодавац упорно, месецима моли поклонопримца да искључи апарате за одржавање живота. Тешка срца, поклонопримац пристане. Иако је реч је о привилегованом убиству, ипак акт није учињен из зле намере, нема опозива.⁹⁷³

Занимљиво је да правила о опозиву због незахвалности нису императивна. Њихова примена може се искључити унапред, вољом уговарача. Решење је, чини се, контрадикторно духу и циљу правила.

2.3. Домаће право

Још је Матија Властар прокламовао да је сваки учињени поклон потпун (савршен) и да се може опозвати само у случају незахвалности поклонопримца. Незахвалан је онај који дигне „неправедне руке“ на поклонодавца, вређа га или делује против његовог живота, који смицилицама проузрокује велику штету поклонодавцу или ако неке споразуме, писмено или усмено придодате уз поклон, а које је прихватио, не буде хтео да испуни. Такве радње се морају доказати на суду да би се поклон опозвао.⁹⁷⁴ Незахвалност је, дакле, јако широко одређена па обухвата и неиспуњење налога.

Модерна одредба о незахвалности поклонопримца је сведена копија ABGB-а. Поклон се може порећи ако обдарени велику неблагодарност спрема дародавца покаже, наносећи вред његовом животу, телу, части, и нарушавајући његову слободу и имање (§ 567 ст. 2 СГЗ). Домаћи правници су наведену одредбу лепо разрадили ослањајући се на стране изворе.

⁹⁷² Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2868.

⁹⁷³ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2868.

⁹⁷⁴ Срђан Шаркић, Поклон у средњовековном српском праву, стр. 9-10.

2.3.1. Незахвалност и кривична одговорност

За разлику од изворника, СГЗ не захтева да поступак поклонопримца има обележја кривичног дела. Послератна судска пракса примењивала је одредбу из СГЗ као правно правило, не упуштајући се у утврђивање да ли постоје кривичноправни елементи. Велики утицај имао је Савезни закон о наслеђивању из 1955. који је уређивао уговор о уступању и расподели имовине за живота, прописујући опозив због незахвалности потомка. Приликом процене да ли се ради о грубој незахвалности, судови су се окренули одредби о узроцима за искључење нужних наследника из права на нужни део: теже огрешење према оставиоцу повредом законске или моралне обавезе и умишљајно теже кривично дело према оставиоцу, његовом супружнику, детету или родитељу. Ово правило аналогно је примењивано на опозив поклона због незахвалности.⁹⁷⁵

Касније се судска пракса променила. Кривично дело утврђено кривичном пресудом типичан је случај незахвалности, али поклон се опозива и без кривичне одговорности. Груба неблагодарност не састоји се искључиво у радњама које повлаче кривичну одговорност поклонопримца. То је фактичко питање и зависи од конкретног случаја, ценећи правила морала и добре обичаје.⁹⁷⁶ Поклонодавац може опозвати поклон и када радња поклонопримца нема обележја кривичног дела, уколико је она израз његове грубе незахвалности према поклонодавцу, а вредносно мерило се заснива на одговарајућем правном стандарду, на ономе што се најчешће дешава у једној средини, према уобичајеном и редовном току ствари.⁹⁷⁷ И поред веће правне сигурности коју доноси решење да опозив зависи од кривичне одговорности поклонопримца, изгледа да се пре може бранити теза да је довољно установити грубу незахвалност, без обзира да ли је она истовремено кривично дело или не.⁹⁷⁸

Везивање опозива за кривичну пресуду је спорно. Нарочито ако је наступила застарелост кривичног гоњења па се кривична пресуда не може издејствовати. Становиште да само кривично дело доводи до опозива, појам незахвалности јако сужава и своди га на случајеве окончане у кривичном поступку. Решење није препоручљиво ни због процесне економије. Пропуштањем рока за подизање кривичне тужбе, поклонодавац би био преклудирани и у парничном поступку.⁹⁷⁹

⁹⁷⁵ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 238.

⁹⁷⁶ Врховни суд Југославије, Рев. 179/73; Врховни суд Србије, Рев. 4219/97 од 17.11.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 338.

⁹⁷⁷ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 8637/2010 од 2.9.2010. Извор: „Paragraf Lex“.

⁹⁷⁸ Блажа Марковић, Опозивање поклона, стр. 45; Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 620.

⁹⁷⁹ Споменка Билић, Опозивање поклона због незахвалности, стр. 1138.

Штавише, неки судови сматрају да за опозив није довољно да се изрекне кривична санкција, односно да поклонопримац буде кривично осуђен, него и да се утврди да је кривично дело квалификовано да разумно оправдава опозив.⁹⁸⁰ Лакше кривично дело (нпр. увреда) није увек довољно за опозив поклона, а са друге стране он се може захтевати и онда када обдарени није извршио кривично дело, ако се из његовог целокупног понашања закључује да је показао грубу незахвалност, при чему се цене сви међусобни односи уговарача.⁹⁸¹

Ипак, кривичноправни аспект није безначајан. Кривична пресуда против обдареног има увек правно дејство у домену опозива поклона, без обзира да ли је време за које је казна била условљена протекло или не.⁹⁸² Парнични суд је везан одлуком кривичног, али то не значи да је везан и у погледу одлуке о опозиву. Кривична осуда не гарантује опозив, нити ослобађајућа кривична пресуда значи, аутоматски, да ће поклонопримац избећи опозив. Ко није крив у кривичном, ипак може бити крив у грађанском смислу.

2.3.2. Оцена степена незахвалности (велика незахвалност)

Степен незахвалности (груба, очигледна, велика) је правни стандард који у различитим правима има променљиву квантитативну димензију, он активира поклонодавчево право да тражи повраћај датог, јер је дао, а поклонопримац своју обавезу захвалности није испунио.⁹⁸³ Међутим, није сваки пропуст, одступање од друштвених обзира, довољно. Потребно је да незахвалност носи посебан анимозитет. Свака неблагодарност, морална грешка поклонопримца према поклонодавцу, не представља разлог за опозив, већ та неблагодарност мора да буде „велика“, односно „груба“.⁹⁸⁴

Незахвалност није статична категорија јасно омеђених граница. Овај еластичан појам обухвата различита понашања у различитим временима и срединама. Судији треба препустити одлуку према конкретним приликама и околностима.⁹⁸⁵ Схватање незахвалности је динамично, оно се мења у зависности од низа услова и општег прогреса (нпр. тешка клевета преко друштвене мреже на Интернету доскора није била замислива).

⁹⁸⁰ Тања Тумбри, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, стр. 426.

⁹⁸¹ Врховни суд Словеније, Пж. 712/66 од 20.10.1966. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 240; Јелена Чувељак, Уговор о даровању (2006), стр. 14.

⁹⁸² Врховни суд Србије – одељење у Новом Саду. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 240.

⁹⁸³ Оливер Антић, Кауза, стр. 854.

⁹⁸⁴ Врховни суд Србије, Рев. 2764/2005 од 7.12.2006; Врховни суд Србије, Рев. 3183/2005 од 20.4.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

⁹⁸⁵ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 237.

Приликом оцене акта незахвалности узима се у обзир и нешто стабилнији етички критеријум.⁹⁸⁶

Према Ж. Перићу, велика неблагодарност садржи два елемента: 1) испољена је кривичним делом према поклонодавцу или наношењем штете његовој имовини; 2) постоји грађанскоправни или кривичноправни умишљај. Нехатне повреде, макар и тешке (нпр. нехатно убиство) нису разлог за опозив.⁹⁸⁷ Овај став данас није прихватљив јер је опозив независан од кривичне одговорности.

Б. Лоза, тумачећи ABGB, такође истиче два елемента. Објективни елемент је незахвално понашање супротно друштвено-моралним захтевима. Поклонопримац треба да се понаша коректно и исправно, па и благонаклоно. Незахвалан је не само када почини кривично дело према поклонодавцу, него и када поступа са циљем да повреди његову личност или имовину. Последица не мора да буде штета по поклонодавца, јер опозив не зависи од испуњености услова за грађанскоправну одговорност. Субјективни елемент је поклонопримчева „зла намера“.⁹⁸⁸ У послератној судској пракси од првенственог значаја је субјективни елемент, тј. међусобни однос између уговарача. Да ли је тај однос произвео негативне последице по личност и имовину поклонодавца секундарно је. Извршење кривичног дела, чак и намерно, не мора бити разлог за опозив (нпр. лака увреда), а некада груба неблагодарност постоји и без кривичног дела.⁹⁸⁹ Схватање Б. Лозе је шире, незахвалност се може испољити и уздржавањем од чињења. Осим тога, незахвалност постоји иако су штетне последице, премда обухваћене намером поклонопримца, изостале.⁹⁹⁰ Овај став више одговара савременом праву.

Велика, груба незахвалност одређује се према „аршину и схватањима друштвене средине уговарача“.⁹⁹¹ Цене се следеће околности: владање поклонопримца и његов утицај на касније односе са поклонодавцем; раније држање оба уговарача и њихово уобичајено опхођење; да ли се ради о усамљеном случају или хроничном поремећају, да ли је присутна жеља да се однос поправи,⁹⁹² да ли је поклонодавац испровоцирао поклонопримца. У једној пресуди стоји: „У понашању тужиље (поклонопримца) према брату није било зле намере, држала се увек по страни кад би је грдио и псовао, а изазвана његовим понашањем увреде

⁹⁸⁶ Врховни суд БиХ, Рев. 358/90 од 23.5.1991; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 196.

⁹⁸⁷ Живојин Перић, Облигационо (грађанско) право, стр. 25.

⁹⁸⁸ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 634; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 237.

⁹⁸⁹ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 632.

⁹⁹⁰ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 238.

⁹⁹¹ Врховни суд Србије, Рев. 2764/05 од 7.12.2006. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 338.

⁹⁹² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 244.

је понекад само враћала.⁹⁹³ Субјективни доживљај поклонодавца да је поклонопримац изневерио његова очекивања, није релевантна чињеница.⁹⁹⁴ Важан је и однос уговарача мимо поклона, да ли је реч о сродницима, пријатељима. У том смислу, у једној пресуди се наводи: „Треба имати у виду да су сложени односи између родитеља и деце, осим правним нормама, регулисани и моралним нормама и обичајима.“⁹⁹⁵ У таквој ситуацији праг после којег треба дозволити опозивање се снижава.

2.3.3. Степен кривице и покушај

Поставља се питање потребног степена кривице поклонопримца, као и питање да ли акт незахвалности који није произвео штетне последице треба узети у обзир (покушај)? ABGB не узима у обзир степен кривице поклонопримца па је и непажња релевантна када се за њу одговара. По једном мишљењу, свако кривично дело је довољно без обзира да ли је „успело“ или остало у покушају. По супротном мишљењу, ако није дошло до повреде личности или имовине, поклонопримац незахвалност није ни осетио.⁹⁹⁶ Не треба испитивати свест поклонопримца, тј. његов субјективни осећај да предузетим поступком изражава незахвалност. У противном, поклонопримац би могао да неутралише захтев за опозив тврдећи да није желео да буде незахвалан, односно да тога није био свестан.⁹⁹⁷

По СГЗ, релевантна су само лична дела поклонопримца учињена према личности поклонодавца. Покушај није довољан, јер нису наступиле штетне последице, а законом се управо оне траже.⁹⁹⁸ Захтева се намера, акт је долозан. Уколико је до повреде дошло нехатно, нема велике неблагодарности. Ко је непажљив, није и злонамеран. Поклонопримац мора бити урачунљив, јер о намерном поступању нема говора код неурачунљивих особа.⁹⁹⁹

У ОИЗЦГ, ради се о акту извршеном намерно, долозно. Није важно да ли је последица наступила, сам факат намерног поступања (покушај) је довољан (чл. 487 и 488). Последица може наступити и од нехатне радње па чак и случаја.¹⁰⁰⁰ Б. Лоза сматра да су између ABGB, СГЗ и ОИЗЦГ одредбе последњег најприкладније, нису сувише круте, еластичне су и директивне што омогућава суду да се прилагоди стварним потребама средине у којој делује.¹⁰⁰¹

⁹⁹³ Врховни суд Србије, Рев. 318/99, без датума. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 189.

⁹⁹⁴ Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2. 434/2010 од 26.3.2010. Извор: „Paragraf Lex“.

⁹⁹⁵ Врховни суд Србије, Рев. 235/02 од 3.09.2003, Актуелна судска пракса, стр. 501.

⁹⁹⁶ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 628.

⁹⁹⁷ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 629.

⁹⁹⁸ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 630.

⁹⁹⁹ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 630.

¹⁰⁰⁰ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 631.

¹⁰⁰¹ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 634.

Нужно је да поступак поклонопримца буде намеран, јер само такав изражава негативно унутрашње расположење према поклонодавцу. Непажљив поступак, макар и повредио поклонодавца, није груба незахвалност. Недостаје хтење и воља да се напакости, учини зло. И добронамерни поклонопримац може бити непажљив.¹⁰⁰² Поклонопримац не сме бити изазван од поклонодавца или у афекту. Афекту не претходи негативно унутрашње расположење (сентимент), нема унапред припремљеног дела. Поклонопримац је деловао моментално, без могућности за размишљање.¹⁰⁰³ И покушај манифестује жељу да се напакости. Сам резултат најчешће зависи од бројних других околности. Изостанак последице не анулира злу намеру. За опозив је довољан покушај поклонопримца да повреди добро поклонодавца.¹⁰⁰⁴

2.3.4. Нечињење као груба незахвалност

Груба незахвалност је најчешће позитивна радња тј. неко чињење. Међутим, повреда дужности помагања такође је разлог за опозив поклона. У начелу, поклонопримац није дужан да помаже поклонодавцу. Међутим, у ситуацији када поклонопримац ускрати одређено чињење поклонодавцу, судови препознају грубу незахвалност. У том смислу, један суд констатује: „Поклонодавац, стар и болестан, није могао да набави потребне лекове у земљи због несташице. Његов син, поклонопримац, је живео у иностранству и с обзиром на своје имовно стање лако је могао да набави лек. Међу чињеницама утврђеним у спору није постојала ниједна која би се подвела под правила о опозиву због неблагодарности“. Поклонопримац није повредио оца, није нарушио његову слободу и имање и због тога првостепени и другостепени суд нису дозволили опозив. Врховни суд је донео супротну одлуку – лишавање болесног и старог оца лекова у стању несташице изазване ембаргом је тешко огрешење према животу и телу поклонодавца.¹⁰⁰⁵

У каснијим одлукама овај став је још јасније изражен: „Изостајање радњи којима би поклонопримац помогао тужиоцу и његовој супрузи представља грубу незахвалност, имајући у виду старост (90 година) и здравствено стање поклонодавца.“¹⁰⁰⁶ Груба незахвалност постоји и када даропримац престане бринути о поклонодавцу и пружати му нужну помоћ која се у таквим околностима очекује од деце према родитељима.¹⁰⁰⁷ Када поклонопримац не посећује поклонодавца приликом боравка у болници, нити се интересује

¹⁰⁰² Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 634.

¹⁰⁰³ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 635.

¹⁰⁰⁴ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 186.

¹⁰⁰⁵ Врховни суд Србије, Рев. 4637/95 од 24.10.1994. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 345.

¹⁰⁰⁶ Врховни суд Србије, Рев. 535/04 од 1.12.2004. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 243.

¹⁰⁰⁷ Тања Тумбри, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, стр. 427.

за здравље свога оца, тиме грубо вређа поклонодавчево осећање и ствара осећај напуштености и одбацивања.¹⁰⁰⁸

Други облик нечињења као разлог за опозив је повреда дужности заштите. Незахвалност постоји и када поклонопримац не заштити поклонодавца од трећег лица, нпр. када се ставља на страну супруга који вређа, физички напада и угрожава живот поклонодавца.¹⁰⁰⁹ У другој парници суд је одбио опозив, јер је поклонопримац заштитио поклонодавца: „Поклон се не опозива само зато што је поклонодавца и његову супругу вређала супруга поклонопримца и претила им, утолико пре што је поклонопримац предузео потребне мере заштите у корист поклонодавца, што је као син у обавези према свом оцу када су у питању кажњиве радње његове супруге.“¹⁰¹⁰

2.3.5. Велика незахвалност у судској пракси

Велика неблагодарност је правно, а не чињенично питање,¹⁰¹¹ али је ипак корисно груписати фактичке поступке које судови оцењују као такве. Велика незахвалност изазива кајање поклонопримца што је уговор закључио, он бива потпуно понижен и увређен. Грубу незахвалност представља:

- Подношење тужбе ради утврђења својине и испражњења зграде противно споразуму са поклонодавцем;¹⁰¹²
- Вређање на јавном месту и претње;
- Погрдне речи које муж упућује жени;
- Ничим изазван физички напад на поклонодавца уз касније претње и увреде;¹⁰¹³
- Недолазак на сахрану поклонодавца сродника, нпр. оце или мајке;¹⁰¹⁴
- „Поклонопримац је вређао и тукао мајку и сместио је у шталу“;¹⁰¹⁵
- „Поклонопримац је променио браву и тражио иселење поклонодавца“;
- Континуиране увреде и клевете на рачун обдаренице, да се бави проституцијом и да је до имовине дошла на незаконит начин, чак убиством, чине грубу незахвалност. Ово поготово када се има на уму да тужилац такве грубе повреде износи ширем кругу људи па и самој деци странака. Тужениково понашање ескалирало је више година након

¹⁰⁰⁸ Врховни суд Србије, Гзз. 117/04. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 189.

¹⁰⁰⁹ Врховни суд Србије, Рев. 148/82; Врховни суд Србије, Рев. 7444/98 од 29.3.2000. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 243; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 347.

¹⁰¹⁰ Врховни суд Војводине, Рев. 823/83 од 23.2.1984. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 342.

¹⁰¹¹ Врховни суд Србије, Рев. 4637/95. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 187.

¹⁰¹² Врховни суд АП Војводине, Гж. 437/58. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 187.

¹⁰¹³ Врховни суд АП Војводине, Рев. 583/86. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 188.

¹⁰¹⁴ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 190.

¹⁰¹⁵ Врховни суд Србије, Рев. 332/64. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 188.

развода брака, па се не може сматрати да је тужени управо разводом био испровоциран.¹⁰¹⁶

- Под грубом неблагодарношћу поклонопримца подразумева се не само груба физичка сила (туча), него и друга понашања (ускраћивање телефона, телевизора, воде, грејања и слично).¹⁰¹⁷

Понашање поклонопримца процењује се узимајући у обзир вредност, време и повод поклоне, као и вишегодишњи развој поремећених односа. Тако у једном случају суд констатује: „Тужиоци (родитељи), су приликом закључења купопродајног уговора означили као купца и свог малолетног сина, иако он у то време није имао своју имовину, нити је на било који начин учествовао у куповини. На тај начин, Отац, Мајка и Син су постали сувласници, свако по 1/3 куће. Како би тужени Син могао да дограђује кућу уз помоћ кредита, а и да би родитељи били обезбеђени у старости, тужиоци су са Сином закључили уговор о поклону 1987. Они су туженом поклонили своје сувласничке делове на кући, а тужени се обавезао да ће у знак захвалности бринути о родитељима до краја њиховог живота. Сви су живели у заједничком домаћинству све до 2000. када су се породични односи у значајној мери пореметили, па је дошло до свађе јер ћерка његове сестре, по одобрењу Оца, у дворишту куће држи један аутомобил. Сматрајући да он као власник о томе одлучује, тужени се успротивио, јер од њега нико није тражио одобрење. Тај догађај је био повод каснијих свађа, препирки и увреда, које су биле толико снажне да је између тужилаца и туженог престао сваки контакт. Тужиља Мајка је претрпела шлог, тако да је тешко покретна, креће се помоћу штака, а све послове у кући (кување, прање, пеглање, набавка лекова) врши Отац. Тужени их не обилази, нити пружа било какву врсту помоћи, иако живи у истом дворишту. Тужилац Отац се 2000. разболео од карцинома. Обратио се туженом за помоћ, да га одведе лекару, али је тужени то одбио, говорећи да га то уопште не интересује.“¹⁰¹⁸

Владање поклонопримца се строже цени ако је поклонодавац стар или болестан. Судска пракса је богата таквим случајевима: „Утврђена је тешка поремећеност односа између поклонопримца и поклонодавца, иначе тешко покретног инвалида. Лоши односи ескалирали су до вербалних и физичких сукоба, да би кончано тужена напустила супруга. С обзиром на поступање тужене, које сведоци описују као физичко и психичко

¹⁰¹⁶ Врховни суд Хрватске, Рев 80/08-4 од 02.12.2008. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰¹⁷ Врховни суд Србије, Рев. 4361/98 од 9.9.1998, Актуелна судска пракса (2006), стр. 435.

¹⁰¹⁸ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 619/10 од 29.04.2010, Билтен суда, бр. 1/2010, стр. 62.

малтретирање тешког инвалида, опозив је оправдан“.¹⁰¹⁹ „Тужени се према тужитељици, својој баби, која је тешко болесна и 91 годину стара, односи на врло увредљив начин, физички јој прети, не посећује је и не поздравља, нити на други начин исказује дужну пажњу и поштовање. Понашање има обележја кривичног дела увреде, будући да јој је на јавном месту говорио „курво“ и слао је „у материну“, те је ногом расуо ручне радове које је она продавала на пијаци.“¹⁰²⁰ „Мајка поклонопримаца је у дубокој старости од 85 година, тешко покретљива и нужно упућена на негу, помоћ и толеранцију. Синови поклонопримци је вређају („змија отровница“, „стара лија“), не брину о њој, одбијају пружити јој нужну помоћ, остављају је саму и тешко болесну без могућности да се о себи брине.“¹⁰²¹

Поклонопримчев акт се строже цени када он иначе има моралну обавезу према поклонодавцу. При оцени да ли је починио моралну грешку, судови испитују како је поклонопримац дужан да се понаша с обзиром на обичаје и моралне дужности произашле из односа између страна мимо поклона. Од поклонопримца се не очекује више зато што му је учињен поклон,¹⁰²² али га не треба повлашћивати. Занемаривање моралних обавеза према родитељу је често. У том смислу у пресудама се наводи: „Потомци према родитељима имају законске и моралне обавезе. Груба повреда ових обавеза је разлог за опозив поклона“.¹⁰²³ „Погрдне речи мајци („гегула, роспија, шкорпија и курва“) представљају грубу неблагодарност. Поклонопримац се по редовном току ствари није смео на описани начин понашати према мајци и да није спорног поклона.“¹⁰²⁴

Груба незахвалност се не манифестује искључиво кроз један акт, догађај или ситуацију, већ се може огледати у низу поступака поклонопримца који сваки за себе, летимично посматрано, нису за осуду. У следећој парници поклонопримац се бранио жељом да пружи медицинску помоћ поклонодавцу, али је суд открио злокобнију мотивацију. Тужиља, мајка тужене, поклонила је трособан стан задржавајући право доживотног уживања. У извештају лекара специјалисте из 2003. предложен је смештај тужиље у неку установу социјалног типа, јер њена породица није у стању да се о њој стара. Решењем Центра за социјални рад тужиљи је признато право на смештај у здравствену установу „Бежанијска Коса“. Тужиља је смештена на одељењу за оболеле од деменције, затвореног типа. Од самог пријема није се адаптирала. У извештају неуропсихијатра 2004.

¹⁰¹⁹ Врховни суд Хрватске, Рев. X 201/09-2 од 26.05.2009. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰²⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 126/02-2 од 02.06.2004. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰²¹ Врховни суд Хрватске, Рев. 575/1995-2 од 04.06.1998. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰²² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 241.

¹⁰²³ Врховни суд Србије, Рев. 4129/97 од 17.11.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 338.

¹⁰²⁴ Врховни суд Војводине, Рев. 959/87 од 18.11.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 342.

констатовано је да је тужиља психички очувана за своје године и да је дезоријентација у времену последица изолације и животних услова у затвореној здравственој установи. Предложено је премештање у други, адекватан кућни смештај или дом пензионера. Решењем Центра за социјални рад 2004. тужиљи је престао смештај у затвореној здравственој установи, јер је бригу о њој преузела друга ћерка. Током 2004. тужена је поднела предлог за лишење пословне способности тужиље. Овај поступак је окончан 2006. одбијањем предлога, јер нема разлога ни за делимично лишење. Комисија вештака је проценила да тужиља схвата значај и управља својим поступцима.

Суд је утврдио да је тужиља била у посебном психичком стању због смрти супруга, а имала је преко 70 година, па је у таквим околностима основано очекивати од чланова породице приврженост, посебно када се ради о односу родитеља и детета коме је поклоњен стан. Суд је ценио смештај тужиље у установу за лечење тешких психијатријских болести као и здравствено стање тужиље непосредно пре и после боравка у здравственој установи као и њено стање током парнице. Несумњиво, тужиља није прихватила боравак у затвореној установи, нити се својеволно подвргла стационарном лечењу. И поред депресивног поремећаја, способна је да правилно расуђује у складу са интересима своје личности и оправдано није прихватила боравак у болници затвореног типа. Имајући у виду да је сведоцима познато да је тужиља дубоко патила због боравка у здравственој установи и да се у том периоду њено здравствено стање нагло погоршало, нису веродостојни искази тужене и чланова њене породице (ћерке и супруга), да је здравствено стање тужиље захтевало стационарно лечење и да је то било у интересу њеног здравља.

Суд је закључио: „Боравак тужиље у наведеној здравственој установи био је медицински неоправдан јер је, у суштини, представљао искључиво начин њеног збрињавања, с обзиром да тужена није била у могућности да се лично стара о тужиљи због радних обавеза. Услови боравка су били неадекватни и у супротности са интересима тужиље, што је изазвало душевне патње и погоршање органског и менталног здравља. Мада су туженој била позната наведена осећања тужиље, то није утицало на њу да тужиљу утеша и покуша да је на други адекватан начин збрине, већ је током 2004. покренула неуспешан поступак лишења пословне способности. Оваквим поступањем тужена је испољила нарочиту упорност у занемаривању тужиљиних осећања и дужности поштовања родитеља. Обдарена је испољила неискрено, неблагонаклоно и некоректно понашање, грубо повредивши морална осећања тужиље.“¹⁰²⁵

¹⁰²⁵ Апелациони суд у Београду, Гж. 6646/10 од 19.01.2011. Извор: сајт суда.

Образложење пресуде којом се усваја захтев поклонодавца због увреде и клевете је експлицитно. Тако у једној пресуди стоји: „Убрзо након даровања заређале су се свађе, односи су се толико погоршали да више нема комуникације. Нижестепени судови одбили су тужбени захтев, сматрајући да за садашње стање није искључиво крив поклонопримац, већ да је повод свађама „узрокован различитим погледима странака о појединим питањима, што се може објаснити генерацијским јазом“. Осим тога, није само поклонопримац нетолерантан те без повода груб и непристојан према оцу. Нижестепени судови нису цитирали псовке и грубе речи које је поклонопримац упутио, но поклонодавац истиче да је тужени болесној супрузи поклонодавца упутио речи: „куја“, да је „тужитељ веже на ланац“, да тужитељ „одреже к... па нека јој га набије у г...“, да је тужилац „лудак којег ће одвести у лудницу“. Уколико је заиста поклонопримац такве увреде упутио оцу који му је даровао све своје некретнине, те његовој тешко болесној супрузи, то указује на грубу незахвалност. Нижестепени судови нису утврдили садржај увреда нити ценили да је поклонопримац, убрзо након даровања, свог оца са болесном женом преселио у приземље и брани му да долази на први спрат где је становао. Према томе, нису утврђене све чињенице важне за доношење законите и правилне одлуке што ће се исправити у поновљеном поступку.“¹⁰²⁶. У другом случају поклон није опозван јер: „Судови нису утврдили чиме конкретно је тужени вређао оца поклонодавца и мајку, и шта је у физичком сукобу учинио оцу, односно каква је одлука у кривичном поступку, па побијане пресуде не садрже чињенице одлучне за оцену да ли се ради о грубој незахвалности.“¹⁰²⁷

2.3.5.1. Акти које суд није оценио као грубу незахвалност

Непријатно и неотесано понашање поклонопримца је за осуду, али није увек разлог за опозив. Судови нису дозволили опозив у следећим ситуацијама:

- Противљење поклонопримца становању трећег лица, у ситуацији када је поклонодавац задржао право становања;¹⁰²⁸
- Престанак комуникације између поклонодавца и поклонопримца, сам по себи се не сматра грубом неблагодарношћу.¹⁰²⁹
- Чињеница да поклонопримац није обилазио свог оца, није му носио поклоне и није му помагао, не представља грубу већ обичну незахвалност која спада у домен моралних, а

¹⁰²⁶ Врховни суд Хрватске, Рев 631/08-2 од 28.01.2009. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰²⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 2528/1999-2 од 13.08.2003. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰²⁸ Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1481/93. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 189.

¹⁰²⁹ Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2787/2012 од 23.7.2012. Извор: „Paragraf Lex“.

не правних норми које регулишу опозив.¹⁰³⁰ Ово важи када је поклонодавац здрав и радно способан;¹⁰³¹

- Истицање својинских захтева према поклонодавцу у односу на предмет поклона по другим правним основима, као што су лично улагање и наслеђе, не представља акт грубе неблагодарности.¹⁰³²
- Пресељење поклонодавчевих ствари у новоуређени простор у одсуству тужиоца не указује на грубу неблагодарност, јер је тужени поступио по договору;¹⁰³³
- Жеља усвојенице да зна своје порекло и да одржава односе са биолошким родитељем је природна и не треба да вређа поклонодавца. Усвојеница није исказала непоштовање према усвојитељки (поклонодавцу) тиме што је после сазнања за своју системску болест успоставила контакт са природном мајком;¹⁰³⁴
- Подношење кривичне пријаве, иницирање прекршајног поступка или поступка пред мировним већем не значи грубу неблагодарност, поготову ако су ти поступци неуспешни. Зато су неосновани наводи да само обраћање надлежним органима указује на тешку поремећеност односа;¹⁰³⁵
- Ситније увреде поклонопримца узвраћене поклонодавцу у њиховим међусобним препиркама, изазване скривљеним понашањем поклонодавца, не представљају грубу неблагодарност;¹⁰³⁶
- Чињеница да се тужена удала и одселила од мајке, не може се сматрати незахвалношћу која оправдава опозив;¹⁰³⁷
- Поклонопримац је ускратио сестри поклонодавцу кључ од куће остале браће, на гробном месту је једном почупао њено цвеће и пред сада покојном мајком рекао јој да да нема ту шта тражити. Друготужитељици, која му је такође даровала део својих некретнина, је приликом извођења грађевинских радова рекао: „Што си дошла у моје двориште?“, и одмерио руком. Понашање туженог није лепо, али у конкретном случају не ради се о грубој незахвалности, већ о инцидентима који се граниче са некултурним понашањем;¹⁰³⁸

¹⁰³⁰ Окружни суд у Крагујевцу, Гж. 1943/87. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 190.

¹⁰³¹ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 190.

¹⁰³² Апелациони суд у Београду, Гж. 3752/2012 од 20.3.2013. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁰³³ Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 985/06. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 191.

¹⁰³⁴ Врховни суд Србије, Рев. 508/06. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 192.

¹⁰³⁵ Врховни суд Србије, Рев. 537/2005 од 7.7.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁰³⁶ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 8637/2010 од 2.9.2010. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁰³⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 1073/2010-2 од 07.02.2012. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰³⁸ Врховни суд Хрватске, Рев. 169/07-2 од 29.04.2009. Извор: <http://www.vsrh.hr>

- Син поклонодавца напустио је заједничко домаћинство, с оцем не контактира више година. У складу с моралним начелима би било да деца макар контактирају са својим старим родитељима, међутим поступајући супротно тужени не показује грубу нехарност;¹⁰³⁹
- Истина, тужени је нанео лаке телесне повреде тужитељици и због тога је осуђен. Међутим, та околност сама за себе није разлог за опозив. Дело мора бити учињено у таквим околностима и с таквим последицама да разумно оправдава опозив даровања. Тужитељица је туженог тешко вербално изазвала и њено понашање код одмеравања казне узето је као олакшавајућа околност, а уједно је она истом пресудом кривично кажњена због увреде изречене туженом.¹⁰⁴⁰
- Није незахвалан онај ко пријави свог поклонодавца за којим је расписана потерница због извршеног кривичног дела;¹⁰⁴¹

Однос поклонодавца и поклонопримца треба изоловати од односа између осталих чланова породице. То је један суд лепо образложио: Године 2008. закључен је уговор о поклону којим тужилац, као ујак, туженом поклонопримцу поклања 15 000 евра ради куповине куће. Поклоњеним новцем тужени је купио кућу, где су странке заједнички производиле сир. Дана 1.5.2009. у кући туженог био је тужилац са сином када је тужени у опуштеној атмосфери рекао: „Сви сте ви глупи, ја сам за вас Рокфелер“. Тужилац и син су устали и отишли. Након тога, тужени се извинио тужиоцу који је прихватио извињење и поново су били у добрим односима.

Супруга поклонодавца одлучила је да прекине заједничку производњу сира, јер је сумњала да их тужени поткрада и јер није прихватала чињеницу да супруга туженог има децу из претходног брака. Дана 31.07.2009. тужилац је са супругом отишао у кућу туженог ради преношења својих уређаја, а том приликом је супруга тужиоца вређала супругу туженог, псовала је и млатарала рукама по дворишту. Потом је дошао и син тужиоца коме је тужени упутио речи: „Урдару да ми не дирате, руке ћу вам поломити“. Након овог догађаја, тужени је ишао код тужиоца, који га је поново радно ангажовао. Након пријема тужбе, тужени је престао да одлази на посао. Увредљиве речи супруга тужиоца је упутила супрузи туженог и у холу суда, у присуству сведока, а супруга туженог је ћутала. На овако потпуно утврђено чињенично стање, првостепени суд правилно одбија тужени захтев.

¹⁰³⁹ Врховни суд Хрватске, Рев. 1115/1997. од 14.11.2000. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰⁴⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 976/1994-2 од 19.03.1996. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰⁴¹ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 628.

Тужени својим понашањем није грубо повредио моралну обавезу поштовања ујака поклонодавца.

Жалбом се без основа потенцира значај изјаве туженог: „Сви сте ви глупи, ја сам за вас Рокфелер“, јер је она дата у опуштеној атмосфери, није именовано лице на кога се односи, нити је јасно, јер је било више присутних лица, зашто би се односила баш на тужиоца и његовог сина.

Утврђено чињенично стање очигледно указује на постојање породичних несугласица и неслагања, која немају карактер грубе неблагодарности. Није доказано да је тужени поткрадао тужиоца. Сукоб се састојао из увреда које је супруга тужиоца упутила супрузи туженог, што је последица неприхватања чињенице да супруга туженог има децу из претходног брака. Ниједном није интервенисала полиција, нити је тужени нанео тужиоцу, или њему блиском лицу, телесне повреде. Коначно, све несугласице су пролазиле, чему у прилог говори и то да се тужени враћао на посао код тужиоца. Након пресељења машина тужени се извинио тужиоцу, који је то и прихватио. Следи да тужени није према ујаку поступао грубо, дрско, безобразно или безобзирно, нити да га је својим поступцима или речима тешко увредио.¹⁰⁴²

2.3.6. Време незахвалности

Релевантан је акт незахвалности учињен после закључења уговора, али није без значаја понашање поклонопримца према поклонодавцу пре закључења уговора. У том смислу се у једној пресуди наводи: „Односи између странака (оца и сина), такви су да сукоби између њих постоје годинама, и пре склапања даровног уговора, а до међусобних сукоба долазило је кривицом обе стране, па нема места опозиву.“¹⁰⁴³

Чињеница да је неблагодарно понашање уследило након подношења тужбе, није препрека да се оно узме у обзир код оцене претпоставки за опозив.¹⁰⁴⁴ Код постојања грубе незахвалности без значаја је чињеница да ли је иста учињена у току трајања парнице, након подношења тужбе, јер је због природе самог спора суд дужан све до доношења одлуке да утврђује све чињенице и околности које утичу на опозив, независно од тога када су наступиле, пре или током парнице.¹⁰⁴⁵ Слично резонује ВСХ: „Околност да је понашање поклонопримца уследило након подношења тужбе није препрека да се и такво понашање

¹⁰⁴² Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 329/12 од 21.3.2012, Билтен суда, бр. 4/2012, стр. 60.

¹⁰⁴³ Врховни суд Хрватске, Рев. 454/03-2 од 12.05.2004. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰⁴⁴ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 179.

¹⁰⁴⁵ Врховни суд Црне Горе, Рев. 583/01 од 19.12.2002. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 180.

узме у обзир приликом оцене постојања претпоставки за опозив уговора о даровању због незахвалности.¹⁰⁴⁶

2.3.7. Жртва незахвалности

У хрватској судској пракси се срећу одлуке да се поклон опозива само ако је велика неблагодарност изражена директно према поклонодавцу, али и супротне одлуке где је акт незахвалности уперен против поклонодавцу блиског лица.¹⁰⁴⁷ Иста неуједначеност присутна је у српској судској пракси.

По слову СГЗ и АВГВ, незахвалност мора бити уперена према поклонодавцу лично. Једино је однос уговарача релевантан, незахвалност према сроднику није. Сродници поклонодавца не учествују у закључењу поклона, за његово постојање не морају ни знати. Поклонопримац најчешће и не познаје све сроднике поклонодавца, а такво обавештење није уобичајено. За поклонопримца то су трећа лица; ако се и сам поклонодавац односи индолентно према својим сродницима, таква повреда му неће тешко пасти. Коначно, поклонодавац може имати већу наклоност према пријатељу и другу и када би се и ти односи узимали у обзир то отишло далеко.¹⁰⁴⁸ Следећи ово резонување, у једној пресуди суд констатује: „Неосновани су наводи да због лоших односа између туженог и маћехе (супруге поклонодавца) постоје разлози за опозив, зато што је супруга тужиоца у односу на уговор треће лице и према њој уговор у смислу чл. 148 ЗОО не производи дејство, па поремећај односа између поклонопримца и маћехе (судови су утврдили да је она узрочник сукоба) не представљају ваљан разлог за опозив.“¹⁰⁴⁹ Чини се да аргумент „о трећем лицу ван уговора“ не стоји, јер поклон не опозива маћеха него поклонодавац.

По супротном, мишљењу, треба узети у обзир и незахвалност према лицу блиском поклонодавцу.¹⁰⁵⁰ Афекција се може изневерити не само поступком против поклонодавца лично, него и поступком против њему блиског лица (као што је дете, родитељ).¹⁰⁵¹ Акт уперен против блиског сродника поклонодавца најчешће делује као да је уперен против њега самог.¹⁰⁵² У ОИЗЦГ релевантна је и таква незахвалност. Конкретно набрајање у закону

¹⁰⁴⁶ Врховни суд Републике Хрватске, Рев-206/96 од 12.1.2000. Извор: Јелена Чувелац, Уговор о даровању (2006), стр. 15.

¹⁰⁴⁷ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 192.

¹⁰⁴⁸ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 636.

¹⁰⁴⁹ Врховни суд Србије, Рев. 537/2005 од 7.7.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁰⁵⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 620; Љубица Милутиновић, Раскид уговора о поклону, стр. 404.

¹⁰⁵¹ Блажа Марковић, Опозивање поклона, стр. 45.

¹⁰⁵² Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 81.

која то лица улазе у круг „блиских“, унело би више правне сигурности.¹⁰⁵³ Д. Лазаревић предлаже да то буду нужни наследници поклонодавца. Прихватајући „рикошет незахвалност“, ¹⁰⁵⁴ суд у једној пресуди закључује: „Груба неблагодарност може се исказати и у наношењу увреде части поклонодавцу посредно, тако што је поклонопримац (очух) злостављао малолетну ћерку поклонодавца из претходног брака, што се одразило на њено здравље.“¹⁰⁵⁵

У једном занимљивом случају, поклонодавац није чак ни посредна жртва поклонопримца, али су судови ипак дозволили опозив јер: „Уговор о поклону је опозив, када се по општеприхваћеним стандардима средине у којој су странке живеле, ради о неморалним поступцима, који угрожавају психички интегритет поклонодавца“. Поклонодавац је сазнао да је за време брака, док је привремено био у иностранству, тужена супруга позвала другог мушкарца, са којим је била у блиским односима, у кућу поклонодавца и неопажено му у пиће сипала омамљујуће средство. Он је изгубио свест, па је уследила лекарска интервенција. Вештачењем је утврђено да му је у таквом стању одузела драгоцености, новац и мобилни телефон, због чега је осуђена због разбојништва. Првостепени суд је ценио понашање тужене и закључио да се ради о грубој неблагодарности“. И по схватању другостепеног суда понашање тужене према поклонодавцу „Представља грубу неблагодарност такве природе да угрожава његов психички интегритет у средини у којој живи, па је оправдано опозван уговор о поклону“.¹⁰⁵⁶ Чини се да је овакво резонување суда прешироко, поклонодавац мора донекле да сноси последице свог рђавог избора.

Акт незахвалности може починити и лице блиско поклонопримцу. Среће се и супротно мишљење да су поступци сродника поклонопримца према поклонодавцу ирелевантни.¹⁰⁵⁷ У том смислу у једној пресуди стоји: „Отац је даровао туженој стан. Тужена се развела, па се удала за другог мушкарца што тужиоцу није било по вољи. Он тврди да га је садашњи супруг тужене ударио, због чега је приватном тужбом покренуо кривични поступак. Странке и даље живе у истом стану. Суд сматра да тужена није починила грубу незахвалност према поклонодавцу. С обзиром да се тужилац у кривичном поступку помирио са мужем тужене и повукао тужбу против њега, онда се не може

¹⁰⁵³ Споменка Билић, Опозивање поклона због незахвалности, стр. 1139. Преднацрт у чл. 671, ст. 2 набраја „брачног друга“, иако је овај израз одавно напуштен.

¹⁰⁵⁴ Израз се помиње у Коментару DCFR.

¹⁰⁵⁵ Врховни суд Србије, Рев. 2168/2006 од 15.11.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁰⁵⁶ Апелациони суд у Нишу, Гж. 157/2012 од 31.1.2012. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁰⁵⁷ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 636.

основано позвати на незахвалност супруга тужене према њему. Осим тога, супруг тужене није уговорна страна у споменутом уговору.¹⁰⁵⁸ Ипак, превладава компромисно решење да се поклон опозива и када акт незахвалности није предузео поклонопримац лично, већ њему блиско лице (супружник или дете), али се поклонопримац сагласио са предузетом радњом или се ставио на његову страну.¹⁰⁵⁹

3. Вршење права на опозив

3.1. Упоредно право

У француском праву сви поклони су опозиви због незахвалности, укључујући ремуеративне, индиректне, прикривене и ручне поклоне. Изузети су само уобичајени поклони и поклони трећих лица супружницима *ante-nuptias* (чл. 959 СС).

Ради се о судском опозиву (чл. 956-957 СС). Право на опозив је строго лично. Опозив због незахвалности је казнена мера, санкција грађанског деликта. Зато ни активна ни пасивна процесна легитимација не прелази на наследнике. Поклонодавчеви наследници и повериоци немају право на тужбу (чл. 1166 СС). Тужба се не подноси против поклонопримчевих наследника, али се поступак наставља против њих ако је почео пре поклонопримчеве смрти (чл. 957 ст. 2 СС). Постоје одређени изузеци. Наследници поклонодавца могу наставити поступак који је поклонодавац започео или иницирати поступак ако је поклонодавац умро пре истека преклузивног рока (чл. 957 ст. 2 СС). Ако поклонопримац за живота није сазнао за акт незахвалности, наследници могу поднети тужбу у року од годину дана.

Одрицање унапред од права на опозив је ништаво, док је опраштање незахвалности дозвољено. Искључиво поклонодавац одлучује да ли ће опростити или опозвати поклон. Пардонирање је изричито или прећутно. Опрост се презумира ако тужба није поднета у субјективном року од 1 године. За наследнике, ако имају право на тужбу, важи објективни рок од годину дана од акта незахвалности (чл. 957 ст. 1 СС). Ради се о преклузивном року, не о застари. Рок тече од последњег акта незахвалности, нпр. ако неверство траје до поклонодавчеве смрти, наследници имају право на тужбу годину дана након смрти.¹⁰⁶⁰

У италијанском праву опозив је чак и атипични поклон, па и поклон мање вредности. Умерени поклон који служи за образовање или лечење, као и личне ствари (нпр. одећа) су изузети. Давање за пружену услугу или давање у складу са обичајем није поклон те се не опозива. Правно лице не може учинити акт незахвалности. Право на тужбу није лично.

¹⁰⁵⁸ Врховни суд Хрватске, Рев 32/07-2 од 21.02.2007. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁰⁵⁹ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 193.

¹⁰⁶⁰ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 529.

Активна и пасивна процесна легитимација прелазе на наследнике, али не и на повериоце поклонодавца. Преклузивни субјективни рок је 1 година. Ако је поклонодавац намерно усмртио поклонодавца или на други начин преваром спречио опозив, преклузивни рок тече од сазнања наследника за акт незахвалности. Опозив је судски, никада *ipso iure*.¹⁰⁶¹

У немачком праву опозиви су сви, сем уобичајених поклона. Међутим, и они су опозиви у делу који премашује вредност одређену друштвеном конвенцијом. Изузетно, од поклонопримца се тражи да новчано надокнади вредност вишка.¹⁰⁶² Опозив је вансудски, довољна је једнострана неформална изјава воље која делује по пријему. Право на опозив је преображајно право, личног је карактера и непреносиво. Међутим, ако је поклонодавац опозвао поклон, захтев за повраћај ствари је наследив. Наследници сами опозивају поклон ако је поклонопримац намерно усмртио поклонодавца или осујетио опозив (§ 530 ст. 2 BGB). Опозив није могућ након поклонопримчеве смрти (§ 532 ст. 2 BGB).

Одрицање унапред од права на опозив је ништаво, док је опрост након сазнања за акт поклонопримца дозвољен (§ 533 BGB). Доктрина разликује одрицање као правни акт, једнострану изјаву воље која делује по пријему, од опроста фактичке природе конклюдентном радњом. Преклузивни субјективни рок за опозив је 1 година (§ 532 BGB). Када право на тужбу имају наследници, рок тече од сазнања да су наследници и сазнања о акту незахвалности (§ 530 ст. 2 BGB).

У швајцарском праву опозив се врши једностраном изјавом воље и њеним саопштавањем поклонопримцу. Опозив се састоји из два елемента: раскида и повраћаја. Право на раскид везано је за личност поклонодавца. Оно припада наследницима само у случају када поклонопримац умишљајно усмртио поклонодавца. Насупрот томе, захтев за враћање предмета поклона је чисто имовинско и преносиво право.¹⁰⁶³ Германски концепт о двостепеном опозивању је прикладан за правне системе са развијеним реституционим правом.

3.2. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)

Незахвалност је уперена против поклонодавца, његове личности или имовине. Ту спада и тзв. „рикошет незахвалност“, када се поклонопримац озбиљно огреши о поклонодавчевог блиског сродника.¹⁰⁶⁴ Поклонопримац је непосредни извршилац акта незахвалности или је посредно умешан као подстрекивач или саучесник. Реституциони

¹⁰⁶¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 530-531.

¹⁰⁶² Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 533.

¹⁰⁶³ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 248, напомена 984.

¹⁰⁶⁴ Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2868.

захтев се подиже против поклонопримца или против његових наследника. Илустрација: Син поклонопримца убије поклонодавца. Поклонопримац није умешан, наследници поклонодавца не могу да опозову поклон. Међутим, ако је поклонопримац охрабрио или наговорио сина на злочин, постоји велика незахвалност.¹⁰⁶⁵

Опозив је искључен ако је поклонодавац по сазнању о акту поклонопримца опростио. По правној природи опроштај није правна радња: то је једноставно чињеница која се и не мора саопштити директно поклонопримцу. Ипак, она има правно дејство и суд је мора узети у обзир. Поклонодавац не може повући опроштај нити опозвати поклон сем у случају да поклонопримац почини нови акт незахвалности. Право на опроштај, као строго лично право, припада једино поклонодавцу. Чини се да је ово правило релативизовано, јер ако наследници не захтевају опозив, фактички су опростили. Пуноважан опроштај је несумњив и слободан. Тајни опроштај или неманифестована идеја о опроштају су без дејства. Илустрација: Поклонопримац је покушао да убије поклонодавца, што му овај на самрти опрости. Наследници не могу да опозову поклон.¹⁰⁶⁶

Општи рок за опозив поклона је модификован у циљу заштите поклонодавца. Одређен је минимум рока и тренутак од када почиње да тече. Примерени рок за опозив је најмање 1 година од акта незахвалности. Ако поклонодавац умре раније, рок не тече. Рок поново тече од тренутка када лице овлашћено на опозив сазна или је могло да сазна чињенице релевантне за опозив (IV.Н. – 4:201). Субјективни рок је оправдано решење (нпр. поклонопримац је у коми због тешких повреда и није у стању да користи право на опозив). У случају поклонодавчеве смрти рок застаје. Рок не тече све док његови наследници не сазнају чињенице релевантне за опозив.

3.3. Домаће право

3.3.1. Дилема између судског и вансудског опозива

По једном гледишту, уговор се раскида судским путем.¹⁰⁶⁷ Њега заступају: Б. Благојевић (стр. 86), Б. Марковић (стр. 46), Ж. Перић (стр. 32).¹⁰⁶⁸ Треба дати предност судском раскиду због правне сигурности и природе самог односа између уговорача. Процена поклонопримчевог акта поверена је суду, а не вољи заинтересованих страна.¹⁰⁶⁹ Осетљив поклонодавац ће већи број поступака оквалификовати као грубу незахвалност од

¹⁰⁶⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2868.

¹⁰⁶⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2869.

¹⁰⁶⁷ Илија Бабић, Здравко Петровић, Облигационо право - посебни део, стр. 69.

¹⁰⁶⁸ Приметиле: Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 69. и Споменка Билић, Опозивање поклона због незахвалности, стр. 1141.

¹⁰⁶⁹ Споменка Билић, Опозивање поклона због незахвалности, стр. 1141; Тања Тумбри, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, стр. 427.

толерантнијег. СГЗ садржи правило о судском опозиву: „Ко мисли да има право поклон због неблагодарности порећи мора (...) то код суда захтевати“, (§ 937).

По супротном гледишту, интервенција суда је сувишна. Поклонодавац раскида уговор једностраном изјавом поклонопримцу, у писаној форми, евентуална судска одлука има само декларативно дејство. Пошто је раскинуо уговор, поклонодавац тужбом тражи повраћај предмета поклона.¹⁰⁷⁰ По Преднацрту, раскид наступа на основу једностране вансудске изјаве поклонодавца (чл. 672). Од момента када је изјава саопштена поклонопримцу настаје право поклонодавца да захтева враћање поклона. Опозивање је компоновано од два права: права на раскид (опозив) и права на реституцију.¹⁰⁷¹ Чини се да је овакво решење у колизији са начелом неопозивости поклона, јер зависи од самовоље поклонодавца. Осим тога, сам С. Перовић на другом месту каже да незахвалност утврђује суд, јер је реч о правном стандарду.

Среће се и компромисно решење. Ако предмет поклона није предат, поклонодавац опозива поклон једностраном изјавом воље поклонопримцу; ако је предмет поклона предат, поклонодавац подиже тужбу за његово враћање.¹⁰⁷² Следи да се обећање поклона опозива вансудски, а реализовани поклон преко суда.

3.3.2. Различити рокови

Мишљење да СГЗ није прописао рок за опозив поклона, па се у том смислу не могу користити правна правила тог законика,¹⁰⁷³ изгледа неприхватљиво. „Ко мисли (...) поклон због неблагодарности порећи (...) тај мора за три године то код суда захтевати, иначе ће му право застарети“, (§ 937 СГЗ). Овај рок прихваћен је у судској пракси, али из другог формалног извора. У једној пресуди стоји: „Материјално право које треба применити су одредбе пар. 1487 ABGB, а из разлога што поклон није уређен важећим прописима, па се сходно чл. 4 Закона о неважности правних прописа донесених пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације, примењују одредбе ABGB. Овим одредбама прописано је да се опозив поклона због неблагодарности може тражити у року од три године од закључења уговора о поклону или настанка узрока због којег се опозив тражи. Рок од три године почиње од дана када је поклонодавац за неблагодарност сазнао. То је субјективни рок, који увек почиње од сазнања субјекта за неку правно релевантну околност.“¹⁰⁷⁴ Невезано за

¹⁰⁷⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 620.

¹⁰⁷¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 248.

¹⁰⁷² Абедин Бикић, Облигационо право, стр. 79.

¹⁰⁷³ Илија Зиндовић, Облигационо право - посебни део, стр. 82

¹⁰⁷⁴ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 619/10 од 29.04.2010, Билтен суда, бр. 1/2010, стр. 62.

ABGB, у литератури се такође наводи да рок тече од закључења уговора или настанка узрока због кога се опозив тражи,¹⁰⁷⁵ односно од дана када је незахвалност испољена.¹⁰⁷⁶ Није јасно када рок почиње да тече: од тренутка закључења уговора, акта незахвалности или сазнања.

Око дужине рока такође постоје несугласице. По једном мишљењу, судска пракса узима рок од 3 године од закључења уговора или настанка узрока због којег се раскид тражи, а сагласно правилима грађанског права.¹⁰⁷⁷ Са друге стране, у литератури се најчешће наводи решење из Скице: рок од 1 године од када је поклонодавац сазнао за поклонопримчеву незахвалност, а најдуже у року од 10 година од дана показане незахвалности (чл. 517 ст. 3 Скица / чл. 673 ПН).¹⁰⁷⁸ Термин из Преднацрта „година дана“, није адекватан у систему астрономског мерења времена. Јединице за мерење су дан, месец, година, а не недељу дана, месец дана, годину дана.

Моментално незнање поклонодавца за акт незахвалности је ирелевантно. Револт се јавља по сазнању, али је он мањи у случају каснијег сазнања што утиче на одлуку о коришћењу права на опозив, односно опросту.¹⁰⁷⁹

3.3.3. Процесна легитимација

Поставља се питање да ли право на опозив прелази на наследнике поклонодавца. По једном гледишту (1) то је чисто лично право, стога припада искључиво поклонодавцу, не и његовим наследницима. Његово некоришћене не могу побијати повериоци поклонодавца.¹⁰⁸⁰ Наследници немају право на тужбу чак ни ако је поклонодавац умро током рока у коме је имао ово право.¹⁰⁸¹

По супротном гледишту, (2а) наследници имају право да опозову поклон у законском року уколико је поклонопримац са умишљајем и на недозвољен начин проузроковао смрт поклонодавца или га спречио да оствари право опозивања.¹⁰⁸² Односно, (2б) наследници захтевају опозив уколико је смрт поклонодавца наступила унутар рока предвиђеног за опозив. Ако је поклонодавац био жив за време трајања рока за опозив и није поднео захтев, наследници немају право на захтев.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁵ Врховни суд Србије, Гзз. 13/78. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 245.

¹⁰⁷⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 247.

¹⁰⁷⁷ Љубица Милутиновић, Раскид уговора о поклону, стр. 405.

¹⁰⁷⁸ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 621; Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 69.

¹⁰⁷⁹ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 635.

¹⁰⁸⁰ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 86.

¹⁰⁸¹ Живојин Перић, Облигационо (тражбено) право, стр. 26.

¹⁰⁸² Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 69; Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 621.

¹⁰⁸³ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 82.

Наследници могу наставити парницу, али је не могу сами покренути. Сам акт незахвалности не раскида уговор, то зависи од властите оцене поклонодавца, његово је лично право.¹⁰⁸⁴

Поставља се и питање против кога се истиче захтев. Одговори литературе су супротни:

1) Само против поклонопримца лично. Право на раскид престаје смрћу поклонопримца, не може се истицати против његових наследника.¹⁰⁸⁵ Такве одлуке срећу се и у судској пракси.¹⁰⁸⁶

2) После смрти поклонопримца, опозив због незахвалности делује према његовим наследницима само ако је разлог за опозив постојао за живота поклонопримца и уколико је изјава о опозиву учињена пре његове смрти.¹⁰⁸⁷

3) Опозив се може истицати против наследника ако је поклонопримац умро у току трајања рока.¹⁰⁸⁸

Занимљива је ситуација када постоје супоклонопримци. Када је поклон учињен супружницима, а само један од њих покаже велику незахвалност, то није разлог да се поклон опозове и у односу на другог поклонопримца.¹⁰⁸⁹

Представљени ставови илуструју ентропију око поклона у домаћем праву. Преднацрт је преузео решење из Скице: право на опозив имају и наследници поклонодавца (чл. 67 ст. 3 / чл. 517 ст. 2 Скица), али њега *De lege ferenda* треба употпунити, имајући у виду дилеме доктрине. Чини се да опозивање против наследника поклонопримца нема упориште.

3.3.4. Опрост незахвалности

Опрост незахвалности је изричит или конклюдентном радњом.¹⁰⁹⁰ Понекад судови захтевају изричиту изјаву поклонодавца. Тако у једној пресуди стоји: „Тиме што је поклонодавац повукао приватну тужбу против поклонопримца за кривично дело увреде, не може се узети да су отпали разлози за опозив ако тада или другом приликом није изричито изјавио да му ову неблагодарност опрашта.“¹⁰⁹¹ Међутим, судска пракса је неуједначена.

¹⁰⁸⁴ Богдан Лоза, Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца, стр. 636.

¹⁰⁸⁵ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 621.

¹⁰⁸⁶ Врховни суд Србије, Рев. 5532/96 од 22.1.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 195.

¹⁰⁸⁷ Врховни суд Србије, Рев. 4541/95 од 17.12.1998. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 195.

¹⁰⁸⁸ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 86; Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 82.

¹⁰⁸⁹ Врховни суд Хрватске, Рев. 32/07 од 21.2.2007; Рев. 514/80 од 27.3.1980; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 193.

¹⁰⁹⁰ Никша Шкарица, О даровању, стр. 51.

¹⁰⁹¹ Врховни суд Србије, Рев. 742/67. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 188.

Тако је у једном случају повлачење тужбе за развод против поклонопримца схваћено као опрост незахвалности.¹⁰⁹²

Клаузула којом се поклонодавац унапред одриче од опозива поклона из било ког разлога противна је моралу, добрим обичајима и јавном поретку те је без правне важности.¹⁰⁹³ Ово логично правило у супротности је са DCFR.

Право на опроштај, као строго лично право, припада једино поклонодавцу. Чини се да је ово правило релативизовано, јер ако наследници не захтевају опозив, фактички су опростили (релативизација материјалног права).

4. Дејство опозива

Правила изнета у наредном делу важе у великој мери и када је поклон опозван из неког другог разлога (осиромашење, рођење детета, резидуално право). Поглавље је лоцирано овде, уместо након обраде свих разлога, како би се заокружило излагање о незахвалности, најчешћем и теоријски најразрађенијем разлогу.¹⁰⁹⁴ Ипак, последице опозивања се разликују у зависности од узрока престанка. Многа питања су увезана, нпр. обим поклонопримчеве обавезе да поклон врати зависи од његове (не)савесности; међутим, питање до ког тренутка је савестан није решиво док постоји дилема између судског и вансудског опозивања.

4.1. Упоредно право

У француском праву, између уговарача опозив делује ретроактивно. Предмет поклона се враћа поклонодавцу ако је још увек у имовини поклонопримца. Иначе, поклонопримац дугује новчану накнаду вредности предмета поклона у тренутку подизања тужбе (чл. 958 ст. 2 СС). Поклонопримац мора обештетити поклонодавца ако су на предмету поклона трећа лица стекла право (нпр. службеност, залог).¹⁰⁹⁵ Поклонопримац дугује плодове од тренутка подизања тужбе. Потраживање плодова од тренутка закључења поклона могло би га финансијски упропастити, нарочито ако је то било давно. Поклонодавац дугује корисне трошкове којима је ствар унапређена, поклонопримац дугује накнаду за погоршање ствари.¹⁰⁹⁶

Опозив поклона према трећим лицима нема ретроактивно дејство, што је у складу са опредељењем да опозив због незахвалности има лични, казни карактер. За грешку

¹⁰⁹² Окружни суд у Ваљеу, Гж. 2896/56 од 5.2.1957. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 197.

¹⁰⁹³ Врховни суд Србије, Рев. 2896/56 од 5.2.1957; Врховни суд Југославије, Рев. 1195/64 од 25.8.1964. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 197.

¹⁰⁹⁴ Сличан приступ постоји у Преднацрту.

¹⁰⁹⁵ Melvin A. Eisenberg, Donative Promises, стр. 15.

¹⁰⁹⁶ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 535.

поклонопримца не треба да испаштају други. Његово располагање је пуноважно. Залог и хипотека остају након повраћаја ствари поклонодавцу (чл. 958 ст. 1 СС).

Како би се поклонопримац спречио да располаже некретнином од тренутка подношења тужбе до доношења пресуде, тужба се бележи у земљишним књигама. По општим правилима, савесни купац покретне ствари ужива заштиту. По једном мишљењу, ово се односи и на прибавиоца предмета поклона који зна за акт незахвалности, ако тужба за опозив није поднета. Дакле, заштићен је ако зна за акт незахвалности, али не и ако зна да је подигнута тужба за опозив.¹⁰⁹⁷

У италијанском праву опозив нема ретроактивно дејство, пресуда делује *ex nunc*. Плодови се дугују од тренутка подизања тужбе. Ако предмет поклона више није у имовини поклонопримца, он дугује његову вредност у тренутку подизања тужбе. Уколико су на предмету поклона конституисана права трећих лица (право обезбеђења или службеност), поклонопримац дугује обештећење.

По једном мишљењу, ако ствар пропадне пре подношења тужбе, чак и поклонопримчевом кривицом, он не дугује новчану накнаду. До сазнања за тужбу, поклонопримац је власник, *qui suo iure utitur neminem laedit*. По супротном мишљењу, поклонопримац одговара за пропаст ствари и пре подизања тужбе.

Опозив не делује ретроактивно према трећем лицу које је право на предмету поклона стекло пре подизања тужбе. Ако је тужба забележена у јавним књигама, право трећег лица је јаче само ако је његово право уписано раније. Опозив не утиче на стицање покретне ствари које се одиграло пре подизања тужбе. Отуђење предмета поклона након подизања тужбе је ништаво ако поклонодавац успе у спору, сем у случају када је трећи савесни купац.¹⁰⁹⁸ Ретроактивност опозива је важна због положаја трећег лица које је стекло неко право на предмету поклона.

Када има више поклонопримаца исте ствари (нпр. отац поклони синовима кућу), па је један незахвалан, опозив погађа само њега. Отворено је питање да ли се његов део враћа поклонодавцу или прираста другом поклонопримцу.¹⁰⁹⁹

У немачком праву за повраћај предмета поклона важе правила о реституцији (§ 531 ст. 2 BGB). Захтев за враћање је *condictio ob causam finitam*. Након ваљане изјаве о опозиву, поклон остаје без правног основа. Поклонодавац је дужан да поклоњено врати или да исплати његову новчану вредност (§ 818 ст. 2 BGB). Повраћај је немогућ ако је предмет

¹⁰⁹⁷ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 536.

¹⁰⁹⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 537.

¹⁰⁹⁹ Robert Bischin, *Procedural Aspects Regarding The Revocation Action of The Donation*, стр. 6.

поклона у имовини трећег лица или ако су улагања поклонопримца значајно подигла вредност непокретности.

Савесни поклонопримац чије обogaћење више не постоји је заштићен (§ 818 ст. 3 BGB). Нема обogaћења када је предмет поклона изгубљен или отуђен бесплатно. Нема обogaћења ни када се испостави да је безвредно оно што је за предмет поклона добијено. Дакле, поклонодавац сноси ризик поклонопримчевих располагања.

Поклонопримац дугује плодове и друге добитке стечене из поклона, као и сурогат тј. обештећење за уништен предмет поклона (§ 818 ст. 1 BGB). По једном мишљењу, поклонопримац је несавестан одмах након чина незахвалности, и од тог тренутка дугује плодове. По супротном мишљењу, несавестан је тек након поклонодавчевог опозива.

Уколико се поклонопримац супротстави враћању, па га поклонодавац тужи за повраћај поклона, важе посебна, строжа правила. Литиспенденцијом поклонодавац долази у положај неосновано обogaћеног. Одговора за уништење и пропаст ствари. За поклоњен новац дугује затезну камату. Одговара не само за убране плодове, већ и за пропуштене. Његова обавеза смањује се за трошкове и унапређење ствари.¹¹⁰⁰ Ова правила могу да користе нашем законодавцу, с обзиром да је Преднацрт преузео немачко решење о „двостепном опозиву“.

Поклонодавац нема право слеђења, не може захтевати предмет поклона од трећег лица. Изузетак постоји ако је треће лице стекло предмет поклона бесплатно, онда трећи дугује натуралну или новчану реституцију.¹¹⁰¹

У DCFR, општа правила о опозиву су модификована на штету незахвалног поклонопримца. Приговор осиромашења из члана VII. – 6:101 је искључен. Не штити се поклонопримчево поуздање у коначност стицања, јер је он својим понашањем скривио опозив. Без значаја је што је предмет поклона утрошен. Ако се ствар не може вратити *in species*, поклонопримац дугује новчану накнаду. Чињеница да је предмет поклона утрошен или отуђен је ирелевантна, а опозив тиме није спречен. Поклонопримац дугује оно што је примио (сурогат) или новчану накнаду.¹¹⁰²

¹¹⁰⁰ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 539.

¹¹⁰¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 540.

¹¹⁰² Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2870.

4.2. Домаће право

4.2.1. Дејство опозива уопште

Неблагодарност поклонопримца није основ ништавости уговора о поклону, већ искључиво разлог за опозив.¹¹⁰³ М. Ђурђевић сматра да се „опозив“ односи на већ извршен поклон. Други аутори истичу да, ако ствар није ни предата поклонопримцу, опозив (раскид) делује тако што поклонодавца ослобађа обавезе.¹¹⁰⁴ Ако уговор није реализован, наступањем правоснажности пресуде којом се усваја захтев за опозив, поклонодавчева обавеза се гаси. Поклон се опозива пре или после извршења.¹¹⁰⁵ Чини се да је опозив пре извршења више једна теоријска опција, јер је мало вероватно да ће поклонопримац који очекује поклон бити незахвалан.

Опозив поклона делује *inter partes* и ретроактивно, тј. као да поклонодавац није никад ништа поклонио, да ствар, предмет поклона, никада није губио из својине, а да поклонопримац није прибавио својину.¹¹⁰⁶ Укидају се дејства уговора од момента када је поклонопримац примио поклон. Поклон је опозван *ex tunc*, престао је да постоји правни основ по којем се предмет поклона налази у имовини поклонопримца. Обим његове обавезе одређује се према величини обogaћења у моменту настанка разлога за опозив. Поклон се враћа у природу, а када је поклоњено потраживање – цесијом.¹¹⁰⁷

З. Гичић сматра да се поклоњена ствар враћа у стању у којем се налазила у моменту настанка обавезе повраћаја. Утврђивање тог момента је од изузетног значаја. Код незахвалности, моментат рађања обавезе је тренутак када су се објективно остварили сви елементи које материјално право захтева за успешан опозив. Код опозива због разлога који не зависи од понашања поклонопримца (нпр. осиромашење) тренутак настанка обавезе је тренутак истицања поклонодавчевог захтева. Захтев се истиче судски или вансудски. Ако је поклонодавац искористио оба пута, меродаван је ранији захтев. Опште је правило да се враћа вредност која постоји у тренутку настанка обавезе, она не може бити већа од осиромашења поклонодавца нити мања од обogaћења поклонопримца.¹¹⁰⁸

Дејство опозива (обим враћања) зависи од савесности поклонопримца. До захтева за опозив поклонопримац, односно његови наследници сматрају се савесним.¹¹⁰⁹ Он постаје

¹¹⁰³ Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 1186/2012 од 10.8.2012. Извор: „Paragraf Lex“.

¹¹⁰⁴ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 620.

¹¹⁰⁵ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 86.

¹¹⁰⁶ Коста Месаровић, Опозивање поклона од стране поклонодавца, стр. 50.

¹¹⁰⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 249.

¹¹⁰⁸ Зоран Гичић, Садржина и обим поклонопримчеве обавезе код опозваног поклона, стр. 17. и 18.

¹¹⁰⁹ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 82.

несавестан држалац од момента раскида уговора (изјавом поклонодавца), односно подношења тужбе за повраћај предмета поклона.¹¹¹⁰ Дефинитивног одговора нема, јер није јасно да ли опозив „судски“ или „вансудски“.

У пракси су могуће две полазне ситуације:

1) Предмет поклона се налази у имовини поклонопримца. Он је дужан да га врати, опозив има ретроактивно дејство, сматра се да поклонодавац није изгубио својину на поклоњеној ствари.

Кад се враћа стечено без основа, дугују се плодови и затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева (чл. 214 ЗОО: обим враћања). Стицалац има право на накнаду нужних и корисних трошкова, али ако је био несавестан, накнада за корисне трошкове му припада само до износа који представља увећање вредности у тренутку враћања (чл. 215 ЗОО: накнада трошкова). Д. Лазаревић сматра да се примењују одредбе ЗОСПО о враћању плодова, накнади за коришћење, погоршању и пропасти, нужним и корисним трошковима (чл. 38 и 39).

2) Предмет поклона отуђен је трећем лицу. Чињеница отуђења нема утицај на право поклонодавца да опозове поклон. Последице се посматрају са гледишта односа између поклонодавца и поклонопримца и са гледишта односа поклонодавца и трећег лица (прибавиоца поклоњене ствари). Најпре се поставља питање шта поклонопримац дугује. У начелу, уколико је ствар отуђена, опозив не делује према трећем,¹¹¹¹ већ поклонопримац дугује вредност добијену отуђењем или вредност коју има у имовини у моменту када је настао разлог за опозив, ако је она мања од вредности остварене отуђењем.¹¹¹² Полазна ситуација под 2) се даље грана:

2а) Савестан поклонопримац који је теретно отуђио предмет поклона, враћа новчану вредност добијену од трећег лица,¹¹¹³ али не преко вредности поклоњене ствари, јер би се на тај начин поклонодавац неосновано обогатио.¹¹¹⁴ По супротном мишљењу, ако је поклонопримац био савестан у време отуђења предмета поклона он је поступао као „поштен поседник, не одговара за ствар и није дужан надокнадити вредност ствари.“¹¹¹⁵

2б) Када је предмет поклона размењен за другу ствар: 1) Савестан поклонопримац враћа ствар коју је добио разменом (Д. Лазаревић); 2) По сличном мишљењу,

¹¹¹⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 621.

¹¹¹¹ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 622.

¹¹¹² Марко Бурђевић, Уговор о поклону, стр. 248-249.

¹¹¹³ Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 489.

¹¹¹⁴ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 622.

¹¹¹⁵ Жупанијски суд у Загребу, Гж. 6810/96 од 20.1.1998. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 200.

поклонопримац има *facultas alternativa*. Поклонодавац може тражити само поклоњену ствар или њену вредност, јер само она представља неосновано обogaћење за поклонопримца. Поклонопримац има право избора између накнаде вредности поклоњене ствари или уступања ствари коју је добио разменом.¹¹¹⁶

2в) Савестан поклонопримац који је отуђио предмет поклона бестеретно нема обавезу враћања, јер више не постоји његово обogaћење. У том случају, поклонодавац има право на тужбу непосредно према трећем прибавиоцу поклоњене ствари.¹¹¹⁷ Овај став је супротан ставу да опозив делује између поклонодавца и поклонопримца.

3) Несавестан поклонопримац дугује накнаду пуне вредности поклоњене ствари без обзира да ли је предмет поклона отуђио теретно или бестеретно.¹¹¹⁸

4) Када су и поклонопримац и треће лице несавесни, треће лице је дужно да врати предмет поклона јер се ради о фиктивном, привидном уговору.¹¹¹⁹ Овај став чини се неприхватљивим.

Однос поклонодавца и трећег лица је посебно питање. По једном мишљењу, за расправљање односа између поклонодавца и трећег лица важи правило да када престане право преносиоца (поклонопримца) престаје и право прибавиоца (*resolutio iure ...*). Према томе, поклонодавац се може обратити трећем лицу и тражити ствар натраг. Али, ако је треће лице прибавило ствар теретним послом, а притом било савесно, и ако су испуњени услови за стицање својине од невластника, онда је његово стицање дефинитивно. Поклонодавац у том случају има само личну тужбу према поклонопримцу. Исто важи и када је предмет поклона непокретност, јер је гаранција коју пружа публицитет земљишних књига јача од раскида поклона.¹¹²⁰ По супротном мишљењу, поклонодавац не може виндикацију употребити против трећег, већ само стиче право да од поклонопримца захтева повраћај. Опозив нема стварноправно, већ само облигационо дејство, поклонодавац не постаје поново власник моментом опозивања.¹¹²¹ Среће се и мишљење да је решење у правилу „први у времену, јачи у праву“. Уколико је треће лице пре опозива стекло неко право на поклоњеној ствари, опозив на њега не утиче, али ако је право конституисано после опозива,

¹¹¹⁶ Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 489.

¹¹¹⁷ Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 489.

¹¹¹⁸ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 622; Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 489.

¹¹¹⁹ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 200.

¹¹²⁰ Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 489.

¹¹²¹ Блажа Марковић, Опозивање поклона, стр. 47.

оно не тангира подносиоца захтева. Због тога је нужно да се подизање опозивне тужбе упише у земљишне књиге.¹¹²²

Све наведене ставове доктрине, судска пракса је врло релативизовала. Тако у једној пресуди суд истиче: „Отуђење предмета поклона од стране поклонопримца није сметња да поклонодавац тражи опозив уговора о поклону, јер је питање враћања предмета поклона посебно питање које се решава када се уговор о поклону раскине и може се решити на други начин, а не само повраћајем поклоњене ствари, под претпоставком да тужбени захтев буде формулисан у одговарајућем смислу.“¹¹²³

4.2.2. Дејство опозива у посебним случајевима

Поставља се питање како опозвати мешовити поклон. Хипотетички пример: Поклонодавац А, поклања пријатељу Б, некретнину чија стварна вредност износи 50 000, али по споразуму од њега добија само 20 000. Код мешовитог поклона постоје два уговора, овде поклон и продаја. Поклон вреди 30 000, то је разлика између примљене и стварне вредности. Претпоставимо да је поклонопримац показао грубу незахвалност. Мешовити поклон је опозив, као и сваки поклон.

По теорији раздвајања, мешовити поклон се раздваја на два дела, теретни и бесплатни, те за сваки важе посебни прописи. Како није могуће делимично враћање некретнине, Б ће морати да плати цену поклоњеног дела (30 000). По теорији јединства, свака страна враћа оно што је примила од друге. По теорији апсорпције, посао се сматра поклоном у случајевима где је поклоњено више од половине вредности уговора (у DCFR је то „примарно поклон“). Неваљаност бесплатног дела изазива неваљаност читавог уговора, што значи да резултат зависи од конкретног случаја. У горњем примеру, пошто бесплатни део премашује наплатни (30 000 према 20 000), лице А има право реституције некретнине, али је обавезан да врати 20 000 лицу Б.¹¹²⁴

Уочава се веза између предмета поклона и дејства опозива. Теоријско познавање предмета олакшава решавање спорних ситуација, нарочито када поклон „промени облик“. Тако нпр. када поклонодавац поклони новац којим поклонопримац купи стан, у случају опозива враћа се новац, а не стан.¹¹²⁵ По нешто другачијем мишљењу, ако је новац поклоњен ради куповине конкретно одређене ствари, онда се такав поклон опозива као да је

¹¹²² Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 82.

¹¹²³ Врховни суд Србије, Гж. 926/56 од 10.9.1956. Извор: Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 487.

¹¹²⁴ Абедин Бикић, Облигационо право, стр. 87-88.

¹¹²⁵ Врховни суд Хрватске, Рев. 2685/94 од 18.12.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 198.

поклоњена сама ствар. Уколико је новац поклоњен ненаменски, поклонопримац враћа исти новчани износ за каматом од истицања захтева за повраћај.¹¹²⁶

3. Гичић сматра да се поклон рада, радње и услуге опозива по општим правилима. Поклонопримац дугује вредност рада, односно услуге, према њиховој вредности у моменту рађања обавезе враћања, а уколико у том моменту постоји ствар у коју је рад инкорпориран.¹¹²⁷ Пре оцене овог става треба се подсетити да је спорно да ли ове престације уопште представљају предмет поклона.

Намеће се закључак да су ставови литературе о дејству опозива уопште, као и у посебним случајевима, у великој мери контрадикторни. Чини се да је даља дискусија јалова, јер јој овде и није место. Односи који настају након опозива (између поклонодавца, поклонопримца и трећег лица – прибавиоца предмета поклона) су исувише сложени и разноврсни да би правилима о поклону били детаљно регулисани. Законске одредбе о уговору о поклону треба само да упуте на релевантна правила реституционог права, јер само она садрже адекватна решења. Тако нпр. многа правила о дејству опозива релевантна су и у случају поништаја. У том смислу, у једној пресуди стоји: „Поклонодавац, по чијој је тужби поништен уговор о поклону, је дужан да члану породичног домаћинства поклонопримца врати новчану противвредност нужних и корисних улагања којима је увећана вредност поклоњене непокретности.“¹¹²⁸

Поводом дејства опозива, у Преднацрту постоји извесна неусаглашеност. Наиме, прво је прописано: „У случају раскида уговора и опозивања поклона због незахвалности поклонопримац је дужан да врати све што је примио на име поклона“, (чл. 671, ст. 5). Цитирани став говори о дејству опозива, иако о томе постоји и посебан члан 674 који упућује на правила о стицању без основа.

¹¹²⁶ Зоран Гичић, Садржина и обим поклонопримчеве обавезе код опозваног поклона, стр. 21.

¹¹²⁷ Зоран Гичић, Садржина и обим поклонопримчеве обавезе код опозваног поклона, стр. 21.

¹¹²⁸ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 4552/10 од 9.2.2011, Билтен суда, бр. 2/2011, стр. 76.

Глава IV

ОСИРОМАШЕЊЕ ПОКЛОНОДАВЦА

Опозив због осиромашења је изузетак од општег правила да се уговорне обавезе морају испунити без обзира на имовинско стање дужника, односно да судбина уговора не зависи од околности након његовог испуњења. Никоме не треба да штети његова дарежљивост.¹¹²⁹ Осиромашење поклонодавца је релевантно у упоредном континенталном и у домаћем праву.¹¹³⁰ Овај разлог за опозив се разликује од незахвалности, јер се не може положити на терет поклонопримцу. Иако истог порекла и циља, бројна специфична правила обликована идејама солидарности и правичности су довољно разноврсна и богата да захтевају детаљнију обраду.

1. Упоредно право

Немачки поклонодавац који након испуњења уговора, осиромаша толико да не може да издржава себе, односно своје сроднике, има право на повраћај поклона (§ 528 BGB). Због осиромашења, поклонодавац може одбити испуњење обећаног поклона приговором (§ 519 BGB).¹¹³¹ Узимају се у обзир животни стандард примерен његовом друштвеном положају и законске обавезе издржавања према сродницима.¹¹³² Поклонодавац нема право на повраћај ако је осиромашење проузроковао намерно или крајњом непажњом (§ 529 BGB). Поклонопримац је заштићен уколико повраћај угрожава његово или издржавање његове породице (§ 529 ст. 2 BGB). Понуда издржавања спречава повраћај. Укупна обавеза издржавања, једном преузета, није ограничена вредношћу поклона.¹¹³³

Изузети су уобичајени поклони. Опозивање је лично право поклонодавца и не прелази на наследнике. Међутим, служба социјалне заштите опозива поклон по посебним условима. Законском суброгацијом, Служба опозива поклон у износу исплаћене социјалне помоћи поклонодавцу.¹¹³⁴ Када вредност поклона знатно премашује исплаћене дознаке, поклонопримац задржава поклон уколико намири Службу.

¹¹²⁹ *Nemini sua liberalitas damnosa esse debet* (Sec. Africanus, D. 47,2,62). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 307.

¹¹³⁰ Можда је бољи термин „оскудица“, јер је „осиромашење“ компонента објективног елемента, барем у доктрини.

¹¹³¹ Manfred Pieck, *A Study of the Significant Aspects of German Contract Law*, стр. 141-142.

¹¹³² Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, стр. 16.

¹¹³³ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 540.

¹¹³⁴ Слична идеја постоји и у DCFR.

Пошто се не ради о незахвалности, нема опроста. Одрицање унапред од опозива због осиромашења је ништаво. Право на повраћај траје 10 година од учињеног поклона (§ 529 BGB). За повраћај важе правила о реституцији. Не враћа се поклон у целини, већ у делу потребном за издржавање.¹¹³⁵

По ABGB, ако дародавац касније тако осиромаше, да се не може издржавати, властан је, ако се дарована ствар или њена вредност још налази код даропримца, и уколико му недостаје потребно издржавање, искати од обдареника сваке године законите камате од дароване суме, осим ако се и сам обдареник налази у једнакој оскудици. Где је више даропримаца, ранији је обавезан само утолико, уколико прилози каснијих нису довољни да се издржава дародавац (§ 947 ABGB). Оскудица је разлог за делимични опозив. Дакле, постоји редослед опозивања.

У италијанском праву поклонопримац је пре осталих лица дужан да издржава поклонодавца (чл. 437 CCI). Ускраћивање нужног издржавања се подводи под незахвалност (као и у француском праву).

Common Law не познаје опозив због осиромашења, али судови потежу питање способности поклонодавца када до такве ситуације дође.¹¹³⁶

2. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)

Осиромашење поклонодавца је посебан, кодификован разлог за опозив (IV. Н. – 4:202). Уговор о поклону је опозив када имовина или приходи поклонодавца нису довољни за његово издржавање. Оскудица постоји ако: 1) поклонодавац има право на издржавање од трећег лица, без обзира да ли треће лице може да га пружи; или 2) поклонодавац има право на социјалну помоћ.

Давањем издржавања поклонодавцу, поклонопримац суспендује право на опозив. Обавеза поклонопримца једнака је обавези дужника из претходног става. Осиромашени поклонодавац или поклонодавац који ће неизбежно осиромашити може ускратити или одложити испуњење неиспуњеног поклона. Понуда издржавања суспендује овај поклонодавчев приговор. Поклонодавчево ускраћивање испуњења даје право поклонопримцу да једнострано раскине уговор. Ово поклонопримчево право на раскид због неиспуњења приближава поклон двострано-обавезујућим уговорима (они се редовно раскидају због неиспуњења).

¹¹³⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 543.

¹¹³⁶ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 541.

Поклон је опозив и онда када од опозива зависи испуњење поклонодавчеве обавезе издржавања трећег лица (на основу закона или судске одлуке). Уговорно искључење или ограничење опозивања због осиромашења је неважеће.

Полазни принципи твораца наведених правила су следећи. Поклонодавац је осиромашен када није способан да одржава свој животни стандард или испуњава своју законску обавезу издржавања трећег. Опозив због осиромашења је изузетак од општег правила да се уговорне обавезе морају испунити без обзира на имовинско стање дужника. Поклонодавац (који је можда и расипник) не сме бити терет ни држави ни сопственој породици (ово је први циљ правила о осиромашењу). Други циљ је заштита трећих лица којима поклонодавац, због поклона, не даје издржавање. Побијање од стране трећих због повреде издржавања је подведено под осиромашење. Зато је поклонопримац дужник првог реда. Поклонодавац у оскудици треба да се обрати најпре њему, па тек после сродницима и држави.

Осиромашење се процењује на основу материјалног стања поклонодавца, односа његове активе (имовина и приходи) и пасиве (дугови и расходи). Поклонодавац је у оскудици ако испуњава законом предвиђене услове да добије издржавање од сродника, односно кандидат је за државну социјалну помоћ. Илустрација: Лице А поклони новац лицу Б. Због великих пословних губитака А је приморан да се пријави за социјалну помоћ. Поклонодавац има право на опозив због осиромашења.¹¹³⁷

Право на опозив поклона из неког другог разлога улази у активу. Илустрација: Поклонодавац је учинио више вредних поклона. Један од поклонопримаца покуша да га убије. У међувремену, поклонодавац изгуби посао и осиромаше. Поклонодавац најпре опозива поклон незахвалном поклонопримцу, па тек ако је и даље у оскудици и остале поклоне.¹¹³⁸

Немогућност издржавања трећег лица такође је разлог за опозив (тзв. „неподношљива пасива“). Илустрација: Поклонодавац учини издашан поклон, али га после пар месеци успешно тужи бивша супруга за алиментацију. Он има право да опозове поклон, јер у супротном не може да плаћа алиментацију. Преузимањем алиментације поклонопримац суспендује опозивање.¹¹³⁹

Осиромашени поклонодавац опозива реализован поклон или ускраћује испуњење. Релевантно је и будуће осиромашење које је извесно. Илустрација: Поклонодавац је обећао

¹¹³⁷ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2871.

¹¹³⁸ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2871.

¹¹³⁹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2871.

аутомобил. Пре извршења поклонодавац осиромаше те ускрати испуњење своје обавезе. Поклонопримац сада може или да понуди издржавање или да раскине уговор, ако не учини ништа његово право из поклона ће временом застарети.¹¹⁴⁰ Право поклонодавца да ускрати испуњење поклонопримац суспендује плаћањем издржавања. Оно се реактивира ако поклонопримац обустави исплате, али престаје када се његово обогаћење исцрпи.¹¹⁴¹ Понуда издржавања представља одбрану од опозива. Право на опозив се не гаси, већ суспендује све док поклонопримац даје издржавање да би спречио реституцију.

Поклонопримац је заштићен од опозива ако обогаћења из поклона више нема јер је временом исцрпљено (тзв. приговор осиромашења је уређен посебним чланом VII. – 6:101).¹¹⁴² Поклонодавац не добија ништа поготово ако је предмет поклона савесно потрошен. Међутим, ако је поклон вреднији, нарочито ако је предмет поклона капитал, па је издржавање могуће из цивилних плодова поклона, приговор осиромашења је споран.

Висина обавезе издржавања поклонодавца (нпр. месечна рента) одређује се према околностима конкретног случаја, нпр. обавеза поклонопримца једнака је законској обавези поклонодавчевог супружника; односно износу који би поклонодавац добијао као социјалну помоћ. Укупна обавеза издржавања ограничена је обогаћењем поклонопримца.

3. Домаће право

3.1. Претпоставке опозива

У домаћој литератури наводе се различити услови за опозивање због осиромашења. Аутори посвећени решењима из ABGB набрајају више услова, док аутори чије излагање је везано за СГЗ истичу само два: позитиван и негативан услов.

3.1.1. Позитиван услов

У принципу, опстанак уговора не зависи од промена у имовини уговарача након испуњења обавезе. Међутим, дародавац може „поклон порећи ако доцније тако осиромаше, да ни живети не може“, (§ 567 СГЗ). Опозивање је могуће ако се његово имовинско стање знатно, прекомерно и трајно погоршало. Језгровита формулација СГЗ сугерише да се ради о строгом правном стандарду. Осиромашење треба да је веће него што тражи немачко или швајцарско право („примерено издржавање“, „стандард живота“). Поклонодавац нема за основне животне потребе – становање, исхрану, лечење. Оскудица угрожава његов опстанак. У том смислу у једној пресуди стоји: „Суд је дужан да утврди колико је у време

¹¹⁴⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2872.

¹¹⁴¹ Овде се уочава веза између објективног елемента и осиромашења. Настанак и престанак уговора о поклону су повезани.

¹¹⁴² Ово правило системски није у делу о поклону.

непосредно пре и после закључења уговора износила пензија поклонодавца, колико су конкретно износили издаци за његову исхрану и лекове, трошкови за комуналије и струју и ко их је сносио, да ли је након закључења наступило осиромашење које је довело издржавање, односно егзистенцију у питање¹¹⁴³. Осиромашење поклонодавца је објективна околност и мора бити знатно, да доводи у питање материјалну егзистенцију и могућност да се поклонодавац издржава.¹¹⁴⁴

Услов није испуњен самом чињеницом да је поклонодавац приморан да тражи и прима помоћ од других. У једном случају суд је оценио: „Предмет поклона је стан на којем је поклонодавац задржао право доживотног уживања, а такође прима пензију па тиме и здравствену заштиту. Супруга поклонопримца му је доносила храну и лекове, а повремено су га обилазиле и патронажне сестре. Понекад се храни у пензионерским мензама. Он није у тешким материјалним приликама и без средстава за живот.“¹¹⁴⁵

Према предратним правилима, ако поклонодавац нема средства за издржавање другог лица (нпр. сродника), то није разлог за опозив.¹¹⁴⁶ Супротно, новија доктрина сматра да је опозив оправдан када поклонодавац није у стању да издржава лице које је по закону дужан да издржава.¹¹⁴⁷ Ово мишљење је прихватљивије.

Осиромашење је трајно, а не пролазно стање. Не ради се само о губитку имовине већ о немогућности да се обезбеде средства за живот (нпр. изгубљена је радна способност). То се види из следећег образложења: „Мајка је поклонила ћерци да би се она о њој бринула, па услед смрти ћерке мајка остаје без бриге и старања.“¹¹⁴⁸ Физиолошки процес старења сам по себи није осиромашење,¹¹⁴⁹ али је релевантан. Тако суд констатује: „Пољопривредно земљиште поклонодавца се није смањило, али због болести и старости он више није у могућности да из те економске базе као земљорадник физичким радом стиче приходе, а приходи давањем у закуп нису довољни за материјалну егзистенцију.“¹¹⁵⁰

Узимају се у обзир и позитивне промене у имовини поклонодавца.¹¹⁵¹ Међутим, позитивне промене не значе увек да је опозив искључен: „Тужитељица је у време даровања живела у трособном стану заједно с туженим и двоје деце, примала је инвалидску пензију

¹¹⁴³ Окружни суд у Београду, Гж. 10658/98. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 228.

¹¹⁴⁴ Апелациони суд у Београду, Гж. 3762/2011 од 21.11.2011. Извор: сајт суда.

¹¹⁴⁵ Окружни суд у Београду, П. 2489/97 од 25.12.2000. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 227.

¹¹⁴⁶ Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 488.

¹¹⁴⁷ Блажа Марковић, Опозивање поклона, стр. 46; Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 622; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 206.

¹¹⁴⁸ Врховни суд Србије, Рев. 952/88. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 206.

¹¹⁴⁹ Савезни Врховни суд, Рев. 12/61 од 13.3.1963. Извор: Никша Шкарица, О даровању, стр. 46.

¹¹⁵⁰ Окружни суд у Крагујевцу, Гж. 808/79 од 13.8.1979. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 207.

¹¹⁵¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 228.

(105 евра), те имала воћњак и кућу са земљиштем. Она је са 49 година остала без стана и целокупне своје имовине, али и без финансијске помоћи супруга, чиме је њена материјална ситуација драстично погоршана у односу на стање пре даровања, па је очито дошла у такво стање оскудице, да је опозив оправдан. Чињеница запослења тужитељице, премда је била у инвалидској пензији, а што је уследило из очигледне нужде (помањкање средстава за издржавање деце), упркос повећању њених прихода не може се оценити као побољшање њеног материјалног стања.¹¹⁵²

Осиромашење се утврђује упоређивањем материјалних прилика у којима се поклонодавац налазио у тренутку закључења уговора о поклону и његових материјалних прилика у моменту подизања тужбе.¹¹⁵³ Кад се поклонодавац већ дуги низ година пре поклона налази у оскудици, нису испуњене претпоставке за опозив, јер тешке материјалне прилике и недостатак средстава нису наступили тек накнадно, након закључења уговора о поклону.¹¹⁵⁴

Оцена о испуњености позитивног услова се доноси сагледавањем ширег друштвеног контекста. Битна су макро-економска кретања. У једној парници суд закључује: „Тужба је поднета 1993. у условима високе инфлације, али је у то време највећи број грађана био у тешком материјалном положају. Према томе, општа ситуација у земљи није основ за опозивање поклона.“¹¹⁵⁵

При оцени постојања осиромашења поклонодавца цене се: његово садашње здравствено стање, породичне и економске прилике у којима живи.¹¹⁵⁶ Суд сагледава све ове околности посебно и укупно: „Тужиља прима социјалну помоћ, живи у лошим стамбеним условима (трошна кућа), а пресудна околност која указује да су се прилике промениле, јесте то што је она раније могла да обрађује башту, да узгаја свиње и тако обезбеди себи храну, а што сада није у стању обзиром на старост и здравље. Такође, тужиља је издавала у закуп земљу и по том основу је примала кукуруз за свиње. Закупнину више не прима, нити држи свиње. Она сада више није у могућности да се стара о себи како је то раније чинила, да привређује на било који начин, па је изгубила могућност да оствари средства за живот. Дакле, дошло је до правно релевантних промена. У томе се огледа осиромашење поклонодавца. Поклонопримац је обавезан да трпи пренос власништва на име поклонодавца.“¹¹⁵⁷

¹¹⁵² Врховни суд Хрватске, Рев 1170/2006-3 од 24.10.2007. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹¹⁵³ Апелациони суд у Београду, Гж. 3762/2011 од 21.11.2011. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹¹⁵⁴ Врховни суд Хрватске, 1257/1998-2 од 05.04.2001. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹¹⁵⁵ Врховног суд Србије, Рев. 595/2003 од 12.2.2004. Извор: „Paragraf Lex“.

¹¹⁵⁶ Врховни суд Србије, Рев. 4361/98 од 9.9.1998, Актуелна судска пракса (2006), стр. 435.

¹¹⁵⁷ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 11114/10 од 7. 3.2012, Билтен суда, бр. 4/2012, стр. 65.

3.1.2. Негативан услов

За разлику од незахвалности, осиромашење је објективна околност настала без воље поклонопримца што треба уважити. Негативни услов није изричито прописан законом, већ се у доктрини наводе околности које спречавају опозив.

Ако је поклонодавац себе довео у оскудицу само да би издејствовао враћање поклона, опозив би био непоштен. Зато изгледа неприхватљиво мишљење „да је без значаја како је и због чега дошло до осиромашења“.¹¹⁵⁸ Његови заступници не дају образложење. Када се сам поклонодавац намерно или грубом немарношћу довео у оскудицу нема опозивања јер би у супротном било изиграно начело неопозивости поклона.

Оскудица поклонопримца се мора узети у обзир. Правичност налаже да се води рачуна и о његовом имовинском стању.¹¹⁵⁹ Он је заштићен од опозива ако је његова имовина без поклона недовољна да му обезбеди издржавање.¹¹⁶⁰ Још већу заштиту предвиђају аутори који сматрају да је опозив неоправдан и када поклонопримац нема средства за законско издржавање трећег.¹¹⁶¹ У решавању ове дилеме треба узети у обзир решење из DCFR да због дарезљивости поклонодавца не сме да трпи систем социјалне заштите. Преднацрт не садржи одредбу која узима у обзир евентуалну оскудицу поклонопримца услед опозивања.

По владајућој пракси, поклонопримац није дужник првог реда. Поклон се опозива тек ако нема лица од којег поклонодавац може добити издржавање.¹¹⁶² Опозив је оправдан ако не постоје лица по закону дужна да издржавају поклонодавца, односно да та лица немају средства за његово издржавање.¹¹⁶³ Овај став присутан је и у судској пракси: „Осиромашење поклонодавца као објективни разлог за опозив поклона је фактичко питање, везано за његове имовинске прилике после учињеног поклона и његову могућност да се издржава од сопствених средстава и средстава која му обезбеде други, на основу закона или уговора дужни да га издржавају.“¹¹⁶⁴ Став је споран јер није логично да трећи издржава поклонодавца пре поклонопримца.

Пошто се уговор о поклону закључује најчешће између сродника, поклонопримац је најчешће и дужник законског издржавања. У једном случају поклонодавци су живели у Дому пензионера. Поклонопримац (син) је преузео обавезу да ће подмирити разлику,

¹¹⁵⁸ Видети: Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 86; Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80.

¹¹⁵⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 229.

¹¹⁶⁰ Никша Шкарица, О даровању, стр. 46; Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 488; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 229.

¹¹⁶¹ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 623.

¹¹⁶² Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 202.

¹¹⁶³ Виши суд у Новом Саду, Гж. 2328/86 од 24.9.1986. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 203.

¹¹⁶⁴ Врховни суд Србије, Рев. 1002/2005 од 24.11.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

уколико његови родитељи не буду имали довољно средстава за накнаду Дому. Након смрти мајке, очева пензија није била довољна. Тужени је одређено време подмиривао разлику, али је касније престао. Нижестепени судови прихватили су тужбени захтев, с обзиром да је „тужилац у оскудици јер не може плаћати смештај“. Са друге стране тужени, као син тужиоца, има законску обавезу издржавања остарелог родитеља. Међутим, према схватању ревизијског суда, у случају опозива због осиромашења, потребно је утврдити: 1) да је поклонодавац остао без средстава за нужно издржавање; 2) да нема особе која га је по закону дужна издржавати или ако таква постоји, да она нема средстава за издржавање поклонодавца; 3) да сам поклонопримац није без средстава потребних за нужно издржавање себе и чланова своје породице. Нижестепени судови нису утврдили породичне и имовинске прилике туженог, тј. да ли је он у могућности да издржава тужиоца, односно, да ли постоје друге особе које имају законску обавезу издржавања тужиоца и имају такву могућност.¹¹⁶⁵ Случај је занимљив јер је тужени свакако у незавидном положају. Чека га или обавеза издржавања или опозивање поклона, сем ако је и сам у оскудици.

Захтева се осиромашење као промена имовинских прилика, сиромаштво поклонодавца није разлог за опозив. Овај став је чест у судској пракси: „Поклонодавац је увек скромно живео и његове материјалне прилике нису се посебно промениле након закључења уговора па нема места опозиву“.¹¹⁶⁶ „То што тужиља тврди да је била сиромашна и да више није могла осиромашити није разлог за опозив с обзиром да је за своје стање знала у часу даровања.“¹¹⁶⁷ „Осиромашење не представља нову чињеницу у животу дароватељице, јер је у таквој ситуацији била и када је уговор закључила, па самим тим није основан њен захтев за опозив због осиромашења“.¹¹⁶⁸ „Тужиља је била у оскудици и у време даровања, а постоје лица која су по закону дужна да је издржавају.“¹¹⁶⁹

Опрез је нужан у ситуацији када потенцијално будуће осиромашење прети, али је неизвесно. Илустрација: Поклонопримац је поклоњену некретнину оптеретио хипотеком. Поклонодавац страхује да, обзиром да живи у поклоњеној кући, у сваком тренутку може доћи до активирања хипотеке ради наплате неплаћених ануитета кредита, услед чега би морао да се исели из куће у којој је планирао боравити до краја живота, те би доспео у оскудицу. У судској пракси чињеница оптерећења хипотеком није довољна да би се оствариле претпоставке за опозив даровања због оскудице, нити због незахвалности.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁵ Врховни суд Хрватске, Рев 1146/02-2 од 08.01.2004. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹¹⁶⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 1526/98 од 4.4.2001. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 204.

¹¹⁶⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 90/85 од 19.6.1985. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 204.

¹¹⁶⁸ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 2382/2012 од 5.7.2012. Извор: „Paragraf Lex“.

¹¹⁶⁹ Врховни суд Хрватске, Рев. 559/97 од 24.8.2000. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 204.

¹¹⁷⁰ Врховни суд Хрватске, Рев 2276/10-2 од 23.11.2011. Извор: <http://www.vsrh.hr>

Опозивање против малолетног поклонопримца представља располагање његовом имовином па суд мора водити рачуна и о правима детета. У једном случају тужилац као поклонодавац и малолетни тужени као поклонопримац закључили су уговор о поклону непокретности, чији опозив тражи тужилац јер му је престао радни однос. По том основу не прима никакву накнаду нити је у могућности да сопственим радом остварује приходе, тако да је након даровања дошло до његовог осиромашења. Нижестепени судови су закључили да је опозив оправдан, те да је малолетни поклонопримац дужан то да призна и предметну непокретност врати тужиоцу. Врховни суд је нашао да је у нижестепеним пресудама погрешно примењено материјално право а чињенично стање погрешно и непотпуно утврђено, па су оне укинуте и враћене на поновно суђење. Опозив уговора о поклону старијем малолетнику представља располагање имовином тог детета. Нижестепени судови су пропустили да о подношењу тужбе против малолетника обавесте орган старатељства.¹¹⁷¹ Суд је дужан да обавести орган старатељства о разлозима за заштиту права детета и затражи сагласност за располагање његовом имовином велике вредности, што је случај код опозива поклоне непокретности, те да му омогући да непосредно изрази своје мишљење. Детету се мора омогућити да на време добије сва обавештења неопходна за формирање мишљења у односу на сва питања поводом његових права у конкретном поступку.¹¹⁷²

Summa summarum, у литератури се наводе следећи услови за опозив због осиромашења: 1) Након закљученог уговора поклонодавац толико осиромаша да остане без средстава за живот; 2) Поклоњена ствар је још увек код поклонопримца;¹¹⁷³ 3) Поклонопримац није и сам у оскудици; 4) Нема лица које је дужно да издржава поклонодавца,¹¹⁷⁴ или је оно инсолвентно. Неки аутори набрајају кумулативно све ове услове, други поједине изостављају.¹¹⁷⁵

У односу на правна правила из ABGB-а, Ј. Чувељак, тумачећи § 493 ст. 4, препознаје још два услова: 5) да се сам поклонодавац није намерно или грубом немарношћу довео у оскудицу; 6) да од предаје дара није протекло десет година за некретнине односно пет година за покретне ствари.¹¹⁷⁶ Преднацрт предвиђа један рок и за покретне и за непокретне поклоне, што би требало исправити (чл. 675 ст. 3).

¹¹⁷¹ У смислу чл. 193 ст. 2 и 3; чл. 64-65 и чл. 263 ст. 3 ПЗ

¹¹⁷² Врховни суд Србије, Рев. 1906/06 од 27.09.2006, Актуелна судска пракса. стр. 497.

¹¹⁷³ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1173; Тања Тумбри, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, стр. 423.

¹¹⁷⁴ Никша Шкарица, О даровању, стр. 46; Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1173.

¹¹⁷⁵ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 203-205.

¹¹⁷⁶ Јелена Чувељак, Уговор о даровању (2006), стр. 14.

Поводом осиромашења, издвајају се две занимљивости. ОИЗЦГ не предвиђа осиромашење као разлог за опозив. Поклонодавац који је због развода остао без стана и помоћи супруге има право да опозове поклон без обзира што је и сам допринео разводу.¹¹⁷⁷

3.2. Садржина права поклонодавца

De lege lata, право осиромашеног поклонодавца састоји се у захтеву за повраћај предмета поклона. Српски законодавац није предвидео *facultas alternativa*, односно могућност да поклонопримац понуди издржавање и тако избегне опозив. У ужој Србији примењивано је предратно правно правило из СГЗ да се поклон враћа. У Војводини је важило правило да поклонодавац има право на издржавање до вредности поклона и то само до износа који му недостаје, што отклања узрок опозива.¹¹⁷⁸ Према каснијем схватању судова, поклонодавац може да тражи раскид уговора и повраћај, а поклонопримац спречава опозив понудом издржавања које недостаје,¹¹⁷⁹ што је доктрина подржала.¹¹⁸⁰ У одлукама Врховног суда ипак је превагнуло схватање да се право поклонодавца састоји у захтеву за раскид уговора и повраћај поклона.¹¹⁸¹ Уговори се закључују са циљем да се одрже и зато треба дозволити *facultas alternativa* поклонопримцу. Са друге стране, среће се и супротно мишљење да је поклонопримцу лакше да поклон врати, него да издржава поклонодавца.¹¹⁸² Треба уредити да ли је обавеза издржавања ограничена вредношћу поклона или није.

Отворено је питање потпуног или делимичног опозива. Поклонодавац има право да захтева потпуни, али и делимични опозив у мери потребној за његово нужно издржавање,¹¹⁸³ (аргумент *a maiori ad minus*). Са друге стране, СГЗ прописује потпуни опозив,¹¹⁸⁴ а за враћање се залажу и неки аутори, без давања аргумената.¹¹⁸⁵

Конструктиван је предлог да поклонопримац дугује камату коју даје вредност поклона као главница. Камата регресира поклонодавца, он добија онолико колико би имао да није даровао. Поред тога, предмет поклона може променити облик, па се јавља проблем да ли дар постоји или не, с обзиром да се обавеза обдареног везује за постојање дара у моменту опозива. На пример, поклоњен је пар средњих или слабих коња. Они угину, али од

¹¹⁷⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 98/92 од 18.2.1992. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 204.

¹¹⁷⁸ Врховни суд Војводине, Гж. 64/69 од 28.8.1969. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 230.

¹¹⁷⁹ Врховни суд Војводине, Рев. 512/89 од 30.8.1989. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 332.

¹¹⁸⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, стр. 622.

¹¹⁸¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 230.

¹¹⁸² Тања Тумбри, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, стр. 424.

¹¹⁸³ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 202.

¹¹⁸⁴ Живојин Перић, Облигациони уговори, стр. 28; Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 205.

¹¹⁸⁵ Коста Месаровић, Опозивање поклона од стране поклонодавца, стр. 49; Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80.

њих остане подмладак одгојен и одхрањен да представљају један добар пар. Обдарени ће рећи да поклоњеног више нема. Иако *genus perire non potest*, овде је у питању једна нова вредност. Са каматом ствар је једноставнија и лакша, само треба проценити вредност првог пара у време даровања и на ту главницу израчунати камату. Код промењених облика дара долази до компликација, јер обдарени није дужан да враћа далеко већу вредност. У случају враћања инат поклонопримца је неизбежан. Камате се исплаћују сваког месеца унапред. Када се ради о стварима које не дају камату, требало би даровану ствар проценити.¹¹⁸⁶ Мишљење да поклонодавац добија месечни принос који би та процењена сума дала ако се стави на орочену штедњу чини се неприхватљивим, јер је тај принос јако мали и њиме поклонодавац не би могао да се издржава. Решење би било прихватљиво једино за изузетно вредне поклоне.

У судској пракси среће се став да садржај права поклонодавца зависи од степена осиромашења. Ако је дошло до потпуног осиромашења поклонодавца, услед чега му је угрожена материјална егзистенција, то доводи до потпуног опозива поклона (враћања). Ако пак поклонодавац нема довољно средстава за издржавање, поклонопримац би се, евентуално, ослободио обавезе враћања поклона уколико понуди поклонодавцу издржавање.¹¹⁸⁷

3.3. Остваривање и дејство опозива

СГЗ не прописује да ли се ради о судском или вансудском опозиву. У судској пракси прихваћено је прво становиште, поклонодавац од суда тражи да пресудом раскине уговор и обавезе поклонопримца да ствар врати.¹¹⁸⁸ Тиме се пружа већа заштита поклонопримцу. Доктрина прихвата и судски и вансудски опозив.¹¹⁸⁹ Терет доказивања оскудице лежи на поклонодавцу.¹¹⁹⁰

Право опозива је лично, не прелази на наследнике поклонодавца.¹¹⁹¹ Ако је поклонопримац преминуо, поклонодавац може покренути поступак против његових

¹¹⁸⁶ Никша Шкарица, О даровању, стр. 47.

¹¹⁸⁷ Апелациони суд у Београду, Гж. 3762/2011 од 21.11.2011. Извор: „Paragraf Lex“.

¹¹⁸⁸ Врховни суд Србије, Гж. 2766/65; Рев. 952/78. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 231.

¹¹⁸⁹ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80.

¹¹⁹⁰ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 202; Врховни суд Хрватске, Рев 673/07-2 од 10.10.2007. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹¹⁹¹ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1173; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 230; Врховни суд Хрватске 1712/90 од 20.11.1999. Извор: <http://www.vsrh.hr>

наследника, под условом да је предмет поклона, односно његова вредност, ушла у заоставштину.¹¹⁹²

Ако је учинио више истовремених или сукцесивних поклона, поклонодавац не мора да се придржава било каквог редоследа у опозивању. Он по нахођењу опозива било који од више поклона.¹¹⁹³ По супротном мишљењу, опозивају се најпре каснији па ранији поклони. Истовремени поклони опозивају се сразмерно и у односу на висину захтева за нужно издржавање.¹¹⁹⁴ Преднацрт треба да се одреди по овом питању.

Одрицање од права на опозив неки аутори допуштају, по другима је оно противно моралу и ништаво¹¹⁹⁵ По компромисном решењу, поклонодавац се не може унапред одрећи од права на опозив, већ тек након осиромашења на основу посебног споразума са поклонопримцем.¹¹⁹⁶

Поклонодавац који је раније тражио опозив због незахвалности па се захтева одрекао, несметано може доцније тражити опозив због осиромашења. Ови тужбени захтеви су самостални, међусобно се не условљавају.¹¹⁹⁷

Дејство опозива је ретроактивно, престају све последице поклона, узима се да није ни био закључен и да не постоји правни основ да предмет поклона остане у имовини поклонопримца. Примењују се правила о враћању стеченог без основа.¹¹⁹⁸ По супротном гледишту, опозив делује за убудуће.¹¹⁹⁹ Поклонопримац враћа поклон у стању у коме се налази у моменту подизања тужбе (чл. 518 ст. 1 Скица). Пошто је до тог момента савестан, не одговара за погоршање ствари, нити дугује накнаду за употребу. Плодове дугује од момента подизања тужбе, можда је правичније и од пресуђења. Има право на нужне трошкове, а на накнаду корисних само до износа који представља увећање у тренутку враћања. Опозив *pro futuro* изгледа прихватљивије.

Када је предмет поклона отуђен, поклонодавац се не може обратити прибавиоцу. Ако је поклонопримац ствар отуђио теретно, дугује оно што је добио као накнаду. Поклонопримац који је предмет поклона отуђио бесплатно, нема обавезу према поклонодавцу.¹²⁰⁰ Чини се да су ове ситуације ипак предмет реституционог права.

¹¹⁹² Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80; Врховни суд Црне Горе, Рев. 394/99 од 17.5.2005. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 208.

¹¹⁹³ Врховни суд Србије, Гж. 2766/65. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 231.

¹¹⁹⁴ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80.

¹¹⁹⁵ Упоредити: Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 86. и Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 80.

¹¹⁹⁶ Борислав Благојевић, Грађанско-правни облигациони уговори, стр. 73.

¹¹⁹⁷ Врховни суд Војводине, Гж. 1268/57. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 206.

¹¹⁹⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 231.

¹¹⁹⁹ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 206.

¹²⁰⁰ Јаков Радишић, Ревокација поклона, стр. 489; Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 232.

Глава V

РОЂЕЊЕ ДЕТЕТА И РЕЗИДУАЛНО ПРАВО

Правила грађанских законика о рођењу поклонодавчевог детета имају специфично па и контроверзно дејство зато што у неким ситуацијама озбиљно угрожавају правну сигурност. Карактеристичан за романске правне системе, рођење детета као посебан разлог за опозив поклона нема некадашњи значај, јер је његов домашај недавним реформама умањен. Ипак, теоријски значај овог разлога за опозивање поклона је велики будући да се поводом његове судбине у доктрини водила дуга полемика. Штавише, он представља место где се вероватно најбоље види утицај емоција не само на поклон, него и на правничко резонување уопште. Уосталом, трагови идеје да неочекивано потомство поклонодавца може да пољуља поклон присутни су и у DCFR, додуше као нешто шире, резидуално право. Новина је што резидуално право уважава промењене околности (иначе значајне код узајамних уговора) и код поклона.

1. Рођење детета

1.1. Дискусија о оправданости овог разлога

Опозив због рођења детета потиче још из римског класичног периода. Поклон патрона ослобођенику поништава се ако патрон накнадно добије дете. Сматра се да је поклон *ipso facto* опозван у тренутку рођења.¹²⁰¹ Глосатори су тежили да се правило прошири јер се оно уобичајило, *ratio* је јасан – поклонодавац не би поклонио да је знао да ће добити потомство.

Француски правници више векова полемишу на ову тему. Ординанса из 1731. прописивала је да се по рођењу детета поклонодавца опозивају сви поклони по сили закона, и то ослобођени терета које је евентуално створио поклонопримац. Революционари, видевши поклон као инструмент за фаворизовање појединог потомка на рачун других, сматрали су да опозивање налаже *Lex naturalis*. Тако се штити немоћно новорођенче. Разлог за опозив делује као прећутни раскидни услов.¹²⁰² Способност оца да поклања миљенику је непожељна деспотска моћ. Револуција сваком појединцу гарантује слободу и једнакост. Након смрти родитеља, сва деца имају истоветно право на заоставштину, што родитељ не сме ометати тестаментом и поклонима. То је природан поредак ствари, а поклон је

¹²⁰¹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 243.

¹²⁰² Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 549.

незаслужена привилегија. Само појединац без потомства може са имовином чинити шта му је воља. Све што унижава поклон као институт, добродошло је. Канонисти наводе следећи пример као позитиван. Док није имао дете, верник је изгубивши наду, поклонио највећи део имовине Цркви. Када је неочекивано добио дете, бискуп му је вратио поклоњено. Бискуп није поступао по грађанском, већ по природном праву.¹²⁰³

Модерно оправдање овог разлога за опозив заснива се на принципу аутономије воље. Правни основ опозива налази се у родитељској афекцији према детету. Поклон поклонодавца без потомства прати прећутни раскидни услов познат поклонопримцу, да се због рођења поклон враћа, јер на лествици афекције дете заузима повољније место.¹²⁰⁴ Треће оправдање, вероватно и најјачи аргумент, је заштита породице. Опозивом поклона родитељ долази до средстава за издржавање детета.

Изнето резонување жестоко је критиковано. Поклањајући, поклонодавац ставља поклонопримца испред себе самог, дакле и испред свог потомства. Опозив због рођења је „дефектан архаизам, правно чудовиште супротно здравом разуму“.¹²⁰⁵ Поклонодавац је способан да процени да ли ће имати потомство. Иако рођење детета може изазвати кајање поклонодавца што је поклонио, то није довољно за опозив. Зашто се поклон, у случају рођења детета опозива по сили закона, али не и тестамент? *De lege ferenda*, интереси детета боље се штите редукцијом поклона до обезбеђења нужног наследног дела, јер опозивање поклона не спречава родитеља да поново поклони или потроши на други начин, уместо на издржавање породице.¹²⁰⁶

У француској доктрини после 2006. доминира став да опозив због рођења детета ограничава правни промет и доводи до правне несигурности па је његов домашај знатно сужен. У Белгији је овај разлог укинут још 1987. У италијанском праву се, по сили закона, због рођења опозива тестамент, док је опозив поклона у дискрецији поклонодавца (чл. 803 СС). Њему се пружа прилика да накнадно, овог пута као родитељ, процени поклон.

1.2. Услови и остваривање опозива у упоредном праву

Француско право тражи два услова: 1) поклонодавац нема потомство у тренутку закључења поклона; 2) поклонодавац је постао родитељ.

Негативан услов је да поклонодавац нема живог потомка у тренутку закључења поклона (чл. 960 СС). У потомке се рачуна и поклонопримац, рођење млађег детета није

¹²⁰³ Ronny Jenkins, *Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church*, стр. 97.

¹²⁰⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 551.

¹²⁰⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 552.

¹²⁰⁶ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 552.

разлог за опозив. Ако је поклонодавац несигуран у погледу потомства опозив отпада, јер он носи терет доказивања да нема живе потомке. Занимљиво, нерођено зачето дете, насцитурус, се не узима у обзир (чл. 961 СС), јер максима *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur* важи само када је то у његовом интересу, што овде није случај. Осим тога, родитељска љубав осећа се тек по рођењу. После реформе из 1972. и ванбрачно дете онемогућава опозив ако је родитељство правно признато.¹²⁰⁷

Позитиван услов је рођење детета након учињеног поклона (чл. 960 СС). Захтева се виталитет. Рана смрт детета не оснажује поклон (чл. 964 СС). Решење је критиковано, јер „право на опозив треба да умре са дететом“. Чак и рођење након смрти поклонодавца опозива поклон. После реформе породичног права 2007. и ванбрачно дете се узима у обзир, као и потпуно усвојено дете (чл. 960 СС). Утицај усвојења на опстанак поклона је контроверзан. Са једне стране, усвојенику треба обезбедити већу заштиту него „обичној“ деци. Са друге стране, поклонодавац може злоупотребити усвојење као повод за опозив поклона да би изиграо начело неопозивости поклона.¹²⁰⁸

Опозивају се сви поклони без обзира на форму, узајамни, ремунеративни, *ante-nuptias* (чл. 960 СС), али не уобичајени и поклони мање вредности. Поклон супружнику је изузет (чл. 1096 ст. 3 СС). У пракси, проблем настаје после развода и рођења детета из новог брака. Традиционално, судови су одбијали опозив поклона ранијем супружнику, што је доктрина критиковала. Дете поклонодавца и поклонопримца наслеђује оба родитеља, њему је свеједно чији је поклон након развода. Међутим, дете поклонодавца и новог супружника није поклонопримчев наследник и неће наследити ништа од поклоњеног. Зато се у новијим пресудама дозвољава опозив.¹²⁰⁹

Активно је легитимисан једино поклонодавац (чл. 966 ст. 2 СС), раније је ово право имало свако заинтересовано лице. Он се може одрећи права на опозив пре или након рођења (чл. 965 СС). Петогодишњи рок тече од рођења последњег детета (чл. 966 ст. 1 СС). Пре реформе, одрицање је било неважеће, право на опозив није преклудирало, јер је опозив у интересу детета, а оно се појачано штити.

Опозив делује првенствено *inter partes*, поклонопримац враћа све примљено на име поклона. Он одговара за скривљену пропаст ствари, али не и за штету услед више силе. Ако је реституција немогућа (предмет поклона је изгубљен или отуђен), дугује новчану накнаду.

¹²⁰⁷ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 554.

¹²⁰⁸ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 555.

¹²⁰⁹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 562.

По повраћају, поклонодавац слободно располаже поклоном што је контрадикторно аргументима про опозив (нпр. издржавање детета).¹²¹⁰

Опозив делује ретроактивно и према трећим лицима, што је куриозитет и за француско право. Поклон се враћа без права и терета које је, евентуално, креирао поклонопримац (чл. 963 СС). Хипотека на поклону ретроактивно пада (чл. 963 СС). Опозив делује и на поклон држави, иако је државна својина нарочито заштићена. Савесни прибавилац покретне ствари је донекле заштићен.¹²¹¹

Традиционална законска решења доктрина оштро критикује као супротна принципу неопозивости. Испада да је сигуран једино поклон поклонодаваца са потомством. До 2007. на опозив се гледало као на питање јавног поретка па је поклон опозиван по сили закона, независно од воље заинтересованих лица. Евентуална улога суда била је да нареди реституцију. Данас је таква концепција напуштена, опозив је опција. Штавише, могућ је једино када је предвиђен исправом о поклону,¹²¹² и искључиво на захтев овлашћеног лица (чл. 960 СС).

У италијанском праву, негативан услов је формулисан на следећи начин: поклонодавац нема или не зна за потомке у тренутку поклањања (чл. 803 ст. 1 ССІ). Раније се правила разлика између брачне и ванбрачне деце, а данас између потпуно и непотпуно усвојених. Дискусија око ових питања у италијанској доктрини је отворена (нпр. да ли опозвати поклон брачном детету, када се роди ванбрачно). Насцитурус не спречава опозив, јер је овде у његовом интересу да се сматра непостојећим. Ако је раније неко поклонодавчево дете умрло или проглашено мртвим, опозив је опет могућ. За разлику од француског права, поклонодавчева несигурност о постојању потомка не спречава опозив (опозив не зависи од чињенице да ли је дете живо, већ од поклонодавчевог уверења).

Други, позитиван услов, је накнадно рођење детета, односно постојање потомка (чл. 803 ССІ). Под тим се подразумева: појављивање лица проглашеног мртвим, признање ванбрачног детета, поједини облици усвојења (што је спорно премда усвојење, односно опстанак поклона, зависи од воље поклонодавца). Могу се опозвати сви поклони опозиви због незахвалности. Допуштено је накнадно, али не и одрицање од права опозивања унапред. Опозив је судски, у петогодишњем преклузивном року од рођења последњег детета. За разлику од француског права, смрт детета спречава подизање тужбе односно наставак поступка (чл. 804 ст. 2 ССІ). Захтев подноси поклонодавац против поклонопримца. Активна и пасивна легитимација прелазе на наследнике. Оправдање је следеће: ради се о

¹²¹⁰ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 568.

¹²¹¹ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 569.

¹²¹² Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 565.

имовинском спору и заштити породичних интереса, па је дозвољена тужба наследника поклонодавца против поклонопримчевих наследника. Због тога што је тужба у поклонодавчевој дискрецији, не могу је користити његови повериоци.¹²¹³ Оповиз делује исто као и оповиз због незахвалности.¹²¹⁴

У односу на романске системе, немачко право и Common Law имају супротан приступ. У Пруском општем закону из 1794, само обећање поклона је оповизо у случају рођења детета, али не и извршени поклон, што илуструје разлику између обећања и реализованог поклона. Позитивно немачко и швајцарско право овај разлог за оповиз не познају. У Common Law га нема ни у прописима ни у судској пракси.¹²¹⁵

2. Резидуално право

Реминисценција оповиза због рођења детета у модерном праву је тзв. резидуално право уређено посебним чланом DCFR (IV. Н. – 4:203). Уговор о поклону је оповиз ако се, након закључења, промене кључне околности на којима је заснован. Резултат тих промена је релевантан: 1) ако је обогаћење поклонопримца очигледно неприкладно или прекомерно; или 2) ако је очигледно неправично да поклонодавац испуни своју обавезу. Претходни члан примењује се искључиво под следећим условима: 1) нове околности су непредвидиве у тренутку закључења уговора, поклонодавац на њих није могао да рачуна; и 2) поклонодавац није на себе преузео ризик промене.

Наведено правило уводи опште право на оповиз због значајне промене битних околности. Нове околности уништиле су темељ поклона и у светлу тих промена уговарачи не очекују да његов предмет остане код поклонопримца. Правило је трансплант из романских система где је рођење детета поклонодавца кодификован разлог за оповиз. Резидуални оповиз има супсидијарни карактер, поклонодавац га не може користити ако постоји осиромашење или незахвалност.

Резидуално право се рестриктивно тумачи, оправдано је само у озбиљним случајевима. Да је поклонодавац могао да предвиди промену никада не би ни поклонио. Олако прихватање оповиза поткопава поклон као уговор, закон за стране. Радикална је не само промена околности, већ и њен резултат, нпр. поклоњен је веренички прстен па дође до раскида веридбе. Шире тумачење угрозило би правну сигурност.

Постоји сличност са општом одредбом DCFR о промењеним околностима, када је испуњење уговорне обавезе постало претешко за дужника (*clausula rebus sic stantibus*).

¹²¹³ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 565.

¹²¹⁴ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 569.

¹²¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, стр. 560.

Дужник тада има право на умањење обавезе, односно измену уговора. Међутим, овде је реч о опозиву, престанку поклона.

Суд треба да узме у обзир: сврху поклона, природу промене, последице по поклонодавца ако опозив одбије, последице по поклонопримца ако опозив дозволи, положај обе стране пре и после поклањања. Илустрација 1: Поклонодавац обдари значајним делом имовине свог јединца. Касније добије близанце. Опозив је могућ због промењених околности. Поклонопримчева корист је очигледно неприкладна и прекомерна. У француском праву опозив не би долазио у обзир, јер није испуњен негативан услов. Илустрација 2: Поклоњена је опрема за бебу. Изненада поклонопримац сазна да и сам чека принову. Нема опозива јер обогаћење није прекомерно или неприкладно.¹²¹⁶

Комотна формулација одредбе даје суду широка дискрециона овлашћења. Илустрација: Поклонодавац, без деце, стар 60 година поклони целокупну имовину. Очигледно је неправично да поклон опстане уколико он, неочекивано, постане отац.¹²¹⁷ Предвидиве околности искључују опозив, нпр. поклонодавац зна да је његова партнерка трудна или користи крио-конзервацију.

Поклонодавац који је уговором преузео ризик промене или је крив за новонасталу ситуацију нема резидуално право. Илустрација: Размењени су веренички прстени. Он раскине веридбу, јер је упознао другу. Раскид је резултат ситуације коју је поклонодавац контролисао па је опозив неоправдан.¹²¹⁸

Бројне ситуације из свакодневног живота подводе се под овај разлог за опозив. Листа је илустративна, није затворена:

- Веренички прстен и слични поклони у ишчекивању брака. Прстен је понекад врло скуп, осим тога симболизује посвећеност. Раскид веридбе представља промену довољну за опозив.
- Свадбени поклони трећих лица ако венчање изостане. Илустрација: Будући зет добије поклон због предстојећег брака са поклонодавчевом ћерком. Због свађе, венчање је отказано. Поклонопримчева корист је неприкладна и било би неправично да задржи поклон.¹²¹⁹
- Непредвиђено рођење детета поклонодавца.
- Промене у пореском праву. Неочекивана промена фискалне политике је разлог за опозив. Илустрација: По националном праву, поклон испод одређене вредности се не

¹²¹⁶ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2875.

¹²¹⁷ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2875.

¹²¹⁸ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2875.

¹²¹⁹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2875.

опорезује. Сматрајући да ће изузеће увек важити, поклонодавац учини бројне поклоне. Реформом прописа поклонодавац постане порески дужник.

- Развод и сличне промене не дају резидуално право, DCFR не уређује имовинска права супружника по престанку брака.¹²²⁰

Глава VI

МАНЕ ВОЉЕ

Мане воље утичу на пуноважност свих уговора, али се код поклоне о њима више води рачуна због објективног елемента. Поред тога, постоје нека правила која су специфична за поклон, као што је чл. 62 ЗОО о одлучној побуди. Присутна је дилема да ли поклон због заблуде треба да буде рањивији него други уговори.

Услед мана воље, уговор о поклону је рушљив. Ипак, до доношења конститутивне пресуде о поништењу он производи дејство. Зато су мане воље обрађене у делу о престанку уговора о поклону, мада се традиционално обрађују у поглављу о сагласности воља.

В. Шепаровић сматра да мане воље уништавају *animus donandi*. Нема овог елемента ако је уговор закључен под претњом или преваром или када је постојала намера отуђења без накнаде, али не према дотичном поклонопримцу већ према другој особи (заблуда о личности), односно када нема разлога због којег се давалац одлучио на бесплатно отуђење (поклон из захвалности за услуге које поклонопримац није учинио).¹²²¹

1. Заблуда

Лице у заблуди мисли да постоје одређене чињенице које у стварности не постоје, верује да је истинито оно што је неистинито. Од заблуде треба разликовати незнање као одсуство било какве представе о некој чињеници. У животу последице заблуде сноси лице у заблуди, начелно је тако и у праву. Ипак, ако заблуда проузрокује повреду неког општег правног принципа (правичности, савесности и поштења), посао са таквим недостатком може се поништити (рушљив је).¹²²²

Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине (чл. 61 ЗОО).

¹²²⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2876.

¹²²¹ Веселко Шепаровић, Уговор о даровању, стр. 1168.

¹²²² Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазих, Увод у грађанско право, стр. 283.

За поништење уговора траже се следећи услови: 1) Узрочна веза између заблуде и закључења (да ли би поклонодавац поклонио да није у заблуди?); 2) Заблуда је извињавајућа, нескривљена. Уговарач је поступао са дужном пажњом која се у промету захтева. Поклонодавац који није уопште прочитао уговор пре потписивања, што га је довело до заблуде у погледу садржаја уговора, не поступа са дужном пажњом; 3) Захтев за поништење поднет у преклузивном објективном року од 3 и субјективном од 1 године. Занимљиво је поклапање почетка субјективног и објективног рока у једном случају: „Тужилца је очито знала и својом вољом закључила уговор, па је дан закључења уједно и дан сазнања за разлог рушљивости у смислу чл. 111 ЗОО, и судови су правилно применили рок из чл. 117 ЗОО.“¹²²³ 4) Сауговарач стране у заблуди је савестан, иначе се ради о превари. Савесна страна има право на накнаду штете, без обзира што страна у заблуди није крива за своју заблуду. Поклонопримац не може користити судску заштиту за потраживање из уговора закљученог у заблуди.¹²²⁴

1.1. Најчешће заблуде

Заблуда о личности (*error in persona*), нпр. о идентитету, статусу (венчан, невенчан, странац, држављанин) карактеристична је за поклон. Погрешна представа о личности од значаја је за уговоре *intuitu personae*, закључене с обзиром на својства личности (стручност, тачност, поверење, лојалност, професионалност). Поклон се, по правилу, чини с обзиром на личност поклонопримца, али то није увек случај. Код поклона у добротворне сврхе ова заблуда у начелу није релевантна, али није ни искључена, нпр. поклоњено је организацији за заштиту животиња, а она се заправо бави промоцијом лова. И поклонопримац може бити у заблуди о личности поклонодавца.¹²²⁵ Њему није свеједно коме дугује захвалност, па треба признати право на поништај због ове заблуде,¹²²⁶ нпр. погрешно верује да прима поклон од сродника, а уистину поклонодавац то није.

У вези са *error in persona* има занимљивих теорија. Примарна сврха поклона је да успостави емоционалну везу и покаже приврженост, то је права воља поклонодавца. Она није угрожена заблудом о некој чињеници ако је поклон, упркос заблуди, остварио свој примарни циљ.¹²²⁷ Пример за то је парница *Mott Vs. Iossa*. Господин И. се венчао госпођом М. након чега су живели као супружници 25 година до њене смрти. Он није знао да заправо

¹²²³ Врховни суд Хрватске, Рев. 1309/07 од 12.12.2007. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 84.

¹²²⁴ Врховни суд Србије, Рев. 649/97 од 8.4.1997, Актуелна судска пракса (2006), стр. 50.

¹²²⁵ Јосип Чувардић, Кауза код добротворних уговора, стр. 16, сматра да због заблуде о личности поклонодавца поклонопримац има право на раскид. Мишљење је неуобичајено јер је због мана воље поклон рушљив, а раскида се пуноважан уговор.

¹²²⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 118.

¹²²⁷ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 37.

никада нису били у браку, јер се госпођа није развела од свог првог мужа. Споран је И-ов поклон куће посинку. Поклонодавац је оспорио поклон, јер је био у заблуди. Поклон је био намењен „сину његове супруге“, а посинак се не уклапа у тај опис. Суд је одбио овај аргумент и пресудио да не постоји заблуда о идентитету поклонопримца. Суд је образложио одлуку: „Поклонодавац И. је био у улози родитеља према дечаку дуже од десет година и кауза тј. разлог поклона је поклонодавчева афекција, а не уверење да је М. његова законита супруга.“ Доктрина нуди убедљивије образложење: не треба порицати да је постојала заблуда, поклонодавац је погрешно веровао да је дечаков очух када је учинио поклон. Међутим, пошто је мотивација поклонодавца мултикаузална, повод за поклон није поклонопримчев правни идентитет (чињеница да је посинак), већ љубав према дечаку. Реституцију не треба дозволити само зато што је један, од више фактора који побуђују поклањање, погођен заблудом. Важно је напоменути да није било елемента преваре, иначе би реституција била оправдана.¹²²⁸

Заблуда о својствима предмета (*error in substantia*) је честа, нпр. бисер за који уговарач мисли да је природан уствари је вештачки, слика није оригинал већ копија, предмет је позлаћен уместо златан. Зато што су у нашем праву прихваћене и субјективна и објективна теорија о својствима предмета, у сваком конкретном случају треба утврдити, у складу са циљем уговора или према обичајима у промету, да ли је ова заблуда битна или без утицаја на пуноважност уговора.¹²²⁹ Ова заблуда поклонодавца је погрешна представа о битним својствима сопствене престације,¹²³⁰ нпр. верује да поклања обичну слику, а реч је о уметничком делу високе вредности. По америчком *The Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment* поклонодавац има право на реституцију ако је поклон испао вреднији него што је поклонодавац намеравао, нпр. поклонодавац има два плаца, жели да поклони мањи али грешком поклони већи, јер је у заблуди о катастарским ознакама.¹²³¹

Слична је заблуда о идентитету предмета (*error in corpore*), нпр. парцела наведена у уговору је воћњак, а поклонодавац мисли да поклања њиву. Овде се заправо не ради о мани воље, већ о озбиљнијем недостатку сагласности око предмета поклона, па је уговор ништав. Срећу се пресуде у којима суд меша *error in corpore* и заблуду из чл. 61 ЗОО. Тако се у једној пресуди наводи: „Поклонодавац и тужена, његова ћерка, пре закључења спорног уговора усмено су се договорили да јој поклони некретнине у К. за које ће она прибавити

¹²²⁸ Hang Wu Tang, *Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts*, стр. 49.

¹²²⁹ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско право*, стр. 286.

¹²³⁰ Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, стр. 114.

¹²³¹ Hang Wu Tang, *Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts*, стр. 16.

документацију. Тужена је сама отишла код адвоката где су сачинили уговор у којем су наведене некретнине у В. о чијој садржини нису обавестили тужиоца ни пре ни након овере. Он је то сазнао тек пошто му је достављено решење о извршеној укњижби. Тужилац је доведен у битну заблуду да су предмет уговора некретнине у К., а не у В. где је изградио кућу у којој живи. Иначе, тужилац је ћерци, јединици, изградио и опремио другу кућу. Испуњене су претпоставке из чл. 61 ЗОО, а због наведених околности не може се говорити да тужилац није поступао са пажњом која се захтева у промету.¹²³² Чини се да, ако је поклонодавац „доведен у заблуду“, онда овде реч о превари.

Заблуда о правној природи правног посла (*error in negotio*) је тежа од заблуде која узрокује рушљивост, нпр. прибавилац верује да закључује уговор о поклону, а преносилац уговор о послузи. Уговор не настаје јер нема сагласности, стране верују да су сагласне, а заправо међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе (чл. 63 ЗОО). Илустрација: Старија особа намерава да уплати значајнију суму новца на свој текући рачун. Из свежња уплатница, грешком извади уплатницу одштампану на име добротворне организације и обави трансакцију. Касније, открије да је била у заблуди тек када од добротворне организације добије захвалницу за прилог.¹²³³

Позивање на заблуду не сме постати оружје покајања поклонодавца. У вези са *error in negotio*, заблуда се мора доказати јер се не претпоставља. Терет доказивања носи онај ко се на њу позива. Тако у једној пресуди стоји: „Терет доказивања је на тужиоцу, који није доказао постојање мана воље приликом закључења спорног уговора. Нису испуњени услови за поништај. Тужилац није доказао да је погрешно верујући да потписује пуномоћје за укњижбу, потписао уговор о поклону. Спорни уговор је продукт свесне и вољне одлуке уговорних страна, уз постојање јасне намере тужиоца да закључи уговор.“¹²³⁴

Заблуда поклонопримца нема исти значај као заблуда поклонодавца. Заблуда поклонопримца о битним својствима предмета није разлог за поништење. Као што нема право на тужбу због материјалних недостатака поклоњене ствари, пошто поклоном увек добија, тако он не може захтевати поништење зато што је погрешно веровао да поклоњена ствар има својства која заправо нема.¹²³⁵ Ипак, теоријски је могућа ситуација у којој би требало дозволити поништење јер је поклонопримац у заблуди, нпр. прихвати поклон штенета верујући да је расно; прихвати аутомобил који је прешао 300 000 км, верујући да

¹²³² Врховни суд Републике Српске, Рев. 435/05 од 24.1.2006. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 87.

¹²³³ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 114.

¹²³⁴ Апелациони суд у Београду, Гж. 10561/10 од 24.03.2011. Аутор сентенце: Јелена Марковић, Виши судијски сарадник, Билтен Апелационог суда у Београду, 5/2013, стр. 148.

¹²³⁵ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 117.

је прешао 50 000 км. Осим тога, малициозни поклонодавац обећањем поклона доводи поклонопримца у заблуду поводом неког другог посла. Тако нпр. огласна порука може купца производа или корисника услуге да доведе у заблуду о стварној вредности робе или услуге обећањем поклона, што је забрањено (чл. 52, Закон о оглашавању).

1.2. Заблуда о одлучној побуди код поклона

Error in motivo је заблуда о разлогу који је поклонодавца навео да поклони. Код уговора без накнаде битном заблудом се сматра и заблуда о побуди одлучној за преузимање обавезе (чл. 62 ЗОО). На пример: Лице А, верујући да је његовом сину за време елементарне непогоде помогла особа Б, учини поклон, а испостави се да то није тачно.¹²³⁶ Много пре доношења ЗОО, у нашем праву је прихваћено да побуда поклонодавца има правни значај не само за настанак уговора него и за његов опстанак. Поред мотива, и заблуда о мотиву је релевантна за егзистенцију уговора (што је касније унето у ЗОО). Заблуда о мотиву није битна увек. Она је значајна само изузетно, ако се односи на мотив који је пресудно утицао на одлуку.¹²³⁷ Илустрација: Отац младе пре закључења брака поклони пару некретнину, па до венчања не дође. Поклонодавац има право на поништај поклона и реституцију.¹²³⁸ Слично резонује и суд: „Када родитељи једног супружника поклоне другом супружнику у циљу учвршћивања брака, а брак буде разведен, онда се у смислу чл. 62 ЗОО сматра да је поклон учињен у битној заблуди, јер трајност брака као одлучујућа побуда није остварена. У таквом случају поклонодавци траже поништај поклона у смислу чл. 112 ЗОО.“¹²³⁹ Међутим, чини се да је овакво резонување спорно јер није могућа заблуда о будућој неизвесној чињеници. Са друге стране, заблуда се на односи на чињеницу, него на мотив формиран у тренутку закључења.

По формулацији ЗОО („побуда која је одлучна за преузимање обавезе“), на заблуду о побуди се може позивати само поклонодавац, јер се он уговором обавезује. Међутим, замислива је ситуација где је поклонопримац у заблуди, нпр. мисли да је дарован из захвалности, а заправо се ради о покушају корупције. Субјективни елемент поклона присутан је и на страни дарованог.

Заблуда о мотиву је слична ситуацији која настаје због поклонопримчевог неиспуњења налога. Тако у једној пресуди стоји: „Постоји заблуда поклонодавца када су даровали сувласнички удео куће очекујући да поклонопримац поправи кућу, што он није

¹²³⁶ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право, стр. 287.

¹²³⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 116. и 117.

¹²³⁸ Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 508.

¹²³⁹ Врховни суд Србије, Рев. 844/82. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 84.

намеравао учинити. Поклон је учињен како би поклонопримац добио кредит и та средства утрошио на поправку куће. У том смислу, постојао је усмени договор који није ушао у текст уговора о поклону. Поклонопримац добијени новац није утрошио како је договорено, већ на поправку аутомобила. Добијање кредита и улагање тих средстава у кућу је био мотив због којег су тужиоци даровали. Тужиоци су били у битној заблуди о околностима које се сматрају одлучујућим, тј. нису знали праву намеру поклонопримца. Како се ради о уговору без накнаде, тужиоци су били у заблуди о побуди (чл. 62 ЗОО).¹²⁴⁰ Суд је могао да игнорише усмени налог, али би таква пресуда била неправична.¹²⁴¹

Заблуда о мотиву је релевантна и када он у уговору није експлицитно изражен. Тако је у једној парници у првостепеном поступку утврђено: „Тужена (поклонопримац) је преузела обавезу да тужитељицу смести у Дом пензионера, што је и учинила; У уговору није наведено да је тужена дужна да делимично плаћа смештај у дому, односно такав услов није наведен; Намера странака није била да закључе уговор о доживотном издржавању; Тужбени захтев да се уговор поништи, није основан. Међутим, тужитељица у ревизији истиче да судови нису водили рачуна о побуди због које је она закључила уговор о даровању, и да је зато дошло до погрешне примене материјалног права, јер је отпала побуда за даровање, без обзира што она није означена као услов. Ревизијски суд сматра да: „Побуда (мотив) представља личну субјективну категорију и по правилу нема значај за пуноважност и деловање уговора, али може евентуално послужити као средство интерпретације воље странака, односно овде дароватељице. *Animus donandi* је битан елемент уговора о даровању, а састоји се у свести дародавца да није дужан даропримцу уступити у власништво предмет поклона и намери да успркос томе то учини. Без те свести и намере нема ваљаног уговора. Дакле, уколико је тужитељица имала намеру даровати туженој своју некретнину због одређеног мотива, а утврди се да је била у битној заблуди, та је чињеница релевантна за ваљаност даровања, без обзира што у уговору то није изричито наведено као узрок и сврха, као услов закључења уговора. То произлази из чл. 62 ЗОО“.¹²⁴² Као и у претходном случају, суд се ради правичног пресуђења ослонио на правило о заблуди.

Уговор о поклону је рушљив због заблуде о мотиву и када је прикривен другим послом. У једном случају, тужилац, покојни З.П. (умро у току парнице) и тужена Р.П. закључили су уговор о поклону којим он својој супрузи, поклања 1/2 куће и плаца, и истовремено јој на остатку признаје својину по основу стицања у брачној заједници, тако

¹²⁴⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 407/87 од 29.6.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 89.

¹²⁴¹ Ако је уговор закључен у посебној форми, било на основу закона било по вољи странака, важи само оно што је у тој форми изражено (чл. 71. ст. 1 ЗОО).

¹²⁴² Врховни суд Хрватске, Рев. 1696/1992-2 од 09.12.1992. Извор: <http://www.vsrh.hr>

да наведени уговор, поред уговора о поклону, садржи и споразум супружника о деоби заједничке имовине. Спорно је да ли је уговор о деоби заједничке имовине, који је као такав приказан у писменој исправи, привидан (симулован), и да ли се тим уговором прикрива уговор о поклону, као дисимулован правни посао. Првостепени суд је правилно закључио да непокретност није стечена заједничким доприносом супружника, већ представља посебну имовину покојног З. Уговор о деоби заједничке имовине је привидан и прикрива уговор о поклону. Другостепени суд образлаже: „Покојни З. је имао очигледну намеру да после његове смрти тужена Р. буде власник целокупне његове имовине и да се привидним уговором тужена Р. потпуно заштити од наследних претензија сестара покојног З. Према ЗОО, привидан уговор не производи дејство, а важи прикривени, у овом случају уговор о поклону. Првостепени суд, такође правилно, налази да је одлучујућа побуда покојног З. да туженој поклони у целини кућу и плац, у жељи да тим поклоном одржи брак са туженом и да је задржи код себе, а с обзиром на његове личне прилике и дотадашње понашање тужене у ванбрачној, а потом и брачној заједници. Првостепени суд је само погрешно да је уговор о поклону ништав због битне заблуде у смислу чл. 61 ЗОО. Наиме, тужена је, кратко време после примљеног поклона напустила тужиоца, да би потом дошло и до развода. Покојни З. је био у заблуди о побуди приликом закључења уговора о поклону, што је разлог за ништавост у смислу чл. 62 ЗОО.“¹²⁴³ Суд је најпре разоткрио симулацију, а затим поништио дисимуловани поклон, рањив због заблуде о мотиву (уговор о деоби брачне тековине није рушљив из тог разлога). Овде се види веза између објективног елемента поклона (указује на симулацију) и заблуде.

1.3. Осврт на заблуду у DCFR

Посебним чланом DCFR модификована су општа правила о заблуди у корист поклонодавца (IV. Н. – 2:103). Он се може позвати на заблуду (ману воље) чак и када нису испуњени сви услови који се иначе траже чланом који регулише заблуду генерално.¹²⁴⁴

Узрок поклонодавчеве заблуде није релевантан. Он ужива заштиту и када мана воље није изазвана од стране поклонопримца или нема обостране заблуде. Не треба посебно штитити поклонопримца пошто стиче бесплатно. Ипак, захтева се битна заблуда, поклонодавац не би даровао да није у заблуди. Илустрација: Лице А очекује тестаментално наследство и обећа лицу Б да ће му поклонити ствар из свог дела заоставштине. Ипак,

¹²⁴³ Окружни суд у Ваљевоу, Гж. 628/2004(1) од 16.4.2004. Извор: „Paragraf Lex“.

¹²⁴⁴ Мана воље је релевантна ако је друга уговорна страна, алтернативно: 1) изазвала заблуду; 2) супротно начелу савесности и поштења одржала/оставила саговорача у заблуди мада је за њу знала или морала знати; 3) проузроковала заблуду повредом дужности из преговора; 4) и сама је у заблуди, (II. – 7:201 (1)(b)).

очекивање се не оствари. Поклонодавац може поништити поклон. Нема поништења ако је заблуда „неизвињавајућа“ или је поклонодавац уговором преузео ризик заблуде.¹²⁴⁵

Треба имати у виду да правила DCFR о манама воље одступају од домаћих правила, па изнета терминологија и решења могу да збуне. У суштини, домашај заблуде код поклона је проширен, па је он рањивији од теретних уговора. У наставку је, међутим, приказана сасвим супротна идеја.

1.4. Преиспитивање заблуде у савременом Common Law

Предмет иновативне анализе приказане у наставку је: да ли поклонодавац може оспорити поклон због сопствене заблуде или грешке? Нема преваре, принуде или неспоразума, никакве поклонопримчеве несавесности или кривице. Не узима се у обзир кајање поклонодавца.¹²⁴⁶ Када касирка грешком врати већи кусур, обогачени мора да га врати иако ту нема његове кривице. Новац је код њега грешком и нема начина да га задржи. Под којим условима уважити грешку поклонодавца? Поклон се сматра „погрешним“ ако су испуњени следећи услови: 1) Грешка постоји у тренутку закључења. Није реч о погрешном поклону када се поклонодавац накнадно предомисли или покаје што је био претерано дарезљив. 2) Поклон има одређену сврху, намену. Нема грешке код поклона учињеног из чисте љубави према поклонопримцу. Такви поклони су заиста ретки па је домашај овог услова ограничен. 3) Грешка (заблуда) се односи на неку чињеницу, на неки проверљив суд (тачан или нетачан), не на вредносну оцену.¹²⁴⁷

Грешке поклонодавца се грубо могу поделити на две групе. Најпре постоје грешке које наводе на поклањање, повезане са поклонопримцем, нпр. поклонодавац мисли да је са њим у сродству, или је у заблуди о његовом материјалном стању. Друга врста су грешке о предмету поклона (нпр. поклања камен мислећи да је обичан, а ради се о драгом). Одређене грешке поклонодавца је тешко категорисати. Таква је у случају *Tuttle Vs. Doty*. Поклонодавац је био у заблуди да му је унук украо хартије од вредности. Поклонодавац је испрва желео да их поклони унуку. Разочаран, поклонио их је својој ћерци. Заправо, хартије нису биле украдене, већ раније дате ћерци и положене у банкарски сеф, али су и поклонодавац и ћерка то заборавили. Поклон је стављен ван снаге упркос противљењу ћерке. Заблуда се није тичала ни предмета ни поклонопримца, али је била битна.

¹²⁴⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2833.

¹²⁴⁶ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 2-3.

¹²⁴⁷ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 13. „Error“ на енглеском значи „грешка“, али је заправо заблуда.

Да би се поклон успешно оспорио захтева се узрочна веза између заблуде и одлуке поклонодавца (тзв. теорија каузалне заблуде). Традиционално се у англосаксонском праву користи „but-for“ тест: да поклонодавац није у заблуди, да ли би учинио поклон?¹²⁴⁸ Размотримо један хипотетички пример. Сестрићу ујак поклони 1000 фунти не знајући да се оженио девојком коју он не подноси. По једном мишљењу, треба поништити поклон када поклонодавац докаже да не би поклонио да је знао за сестрићев избор.¹²⁴⁹ Заговорници каузалне заблуде сматрају да напад на поклон треба максимално олакшати пошто ту нема поделе ризика између уговарача. Поклон треба окончати увек када поклонодавац докаже да је вођен заблудом.

По супротном мишљењу, теорија о каузалној заблуди је у темељу погрешна, јер је заснована на лажној премиси да је поклон неважна, друштвено некорисна трансакција. Ако ујак поклони по 1000 фунти својим сестрићима, а потом сазна да је један од њих хомосексуалац, чињеница да је ујак осведочени хомофоб не значи аутоматски да је поклон учинио у заблуди. У најмању руку, он треба да докаже да је размишљао о сексуалној оријентацији поклонопримца када је поклањао.¹²⁵⁰ Овде се види веза између филозофије права о поклону и мана воље. Поред тога, и један приступ правној дилеми различит од домаћег.

Традиционални „but-for“ тест је некомпатибилан са поклањањем, разлози и мотиви поклонодавца су исувише комплексни да би он био поуздан. Постоји концептуална препрека да се овај тест користи за анализу сложених понашања. Илустрација: (А)лекс каже (Б)илу да (Ц)аја има аферу са Биловом девојком. У налету беса, Бил напада Цају. Алексова изјава изгледа као узрок што је Цаја претучен. Међутим, са истом тачношћу може се закључити да из Билове реакције не произилази да ће он слично реаговати ако му поново кажу за аферу. Такође, не произилази да би и (Д)анијел реаговао на исти начин када Алекс њему саопшти сличну вест о његовој девојци. Реакције појединца никада нису предодређене, без обзира на информације о његовом карактеру и животу. Непредвидљивом свету не одговара „but-for“ тест, јер води у калкулисање шта би се догодило у одсуству одређеног фактора. Применимо сада ово резонување на пример где ујак поклања сестрићу, не знајући да је оженио особу коју ујак не подноси. Ко може да тврди да не би поклонио да

¹²⁴⁸ Овај тест примењује се и у домаћој пракси, додуше није познат под тим именом. Тако у једној пресуди стоји: „Да су поклонодавци знали, не би закључили уговор, па је њихова заблуда битна (чл. 61 ЗОО)“. Врховни суд Хрватске, Рев. 407/87 од 29.6.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 89.

¹²⁴⁹ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 22. Andrew Burrows, The Law of Restitution, стр. 144 - 145.

¹²⁵⁰ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 26.

је истину знао? Можда би, након одређеног периода размишљања, ипак поклонио, без обзира на све. У најбољем случају, закључак је да он *можда* не би поклонио, али дефинитиван одговор остаје непознат због недетерминизма људских радњи.¹²⁵¹

Поклон се чини из различитих разлога, није могуће изоловати само један узрок, постоји „мулти-мотивација“. Поклонодавчева воља није мањива зато што је једна његова претпоставка, усамљено убеђење, нетачно. Остали разлози су, најчешће, и даље присутни. Поклон је инспирисан љубављу, афекцијом, пријатељством, жељом да се повећа статус поклонодавца, ради унапређења односа... Ти ујакови мотиви и даље постоје. Поклон исказује интимност и везаност. Поклањање је нераздвојиво од личног односа и везе, а правни оквир који занемарује тај контекст је неефикасан.¹²⁵²

Прихватање теорије о каузалној заблуди значи да поклонодавац има право да оспори поклон и у следећим хипотетичким случајевима: 1) расиста поклони не знајући да је поклонопримац изабрао супружника друге расе; 2) муслиман поклони не знајући да се поклонопримац преобратио у другу религију; 3) хомофоб поклони не знајући да је поклонопримац хомосексуалац; 4) посвећени католик поклони не знајући да је поклонопримац заговорник абортуса. Овакво резонување је неприхватљиво.¹²⁵³

Поклон је важан посао, делује у афективној сфери креирајући моралну, нематеријалну економију. Судови морају да препознају и уваже социјални контекст поклона, не треба олако дозволити поништење. Предлаже се виши праг за оспоравање погрешног поклона (поклона у заблуди). Треба уважити мулти-каузалност поклонодавчевих мотива. Моно-каузални поглед, да се поклон заснива на чистом алтруизму, је нереално карикирање. Намера поклонодавца и његова воља нису мањиви због само једне нетачне представе. Афективни разлози (љубав, наклоност) су *prima facie* разлог поклањања и тешко је оправдати да су они угрожени, погођени или нестали ујаковим непознавањем сестрићевог партнера. Нема реституције ако поклонодавац оспорава поклон због заблуде која се односи на карактеристике фундаменталне за интегритет, аутономију и слободу поклонопримца као што су раса, брачна слобода, политичко уверење, сексуална оријентација.¹²⁵⁴

Општа правила о заблуди нису адекватна за поклон. Нарочито теорија о каузалној заблуди. Пре свега, поклон се олако поништава због погрешне перцепције да су поклони безначајни и неважни. Друго, погрешна је претпоставка како постоји један узрок, главни

¹²⁵¹ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 32.

¹²⁵² Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 36.

¹²⁵³ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 38-39.

¹²⁵⁴ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 40.

мотив поклонодавца. Иако је „but-for“ тест погодан за комерцијалне послове, разлози и мотиви поклонодавца су нејасни и неухватљивији. Поклон је мулти-каузалан, није могуће идентификовати главни мотив, матични узрок поклона. Треће, не треба се концентрисати искључиво на вољу поклонодавца, већ и на вољу поклонопримца и њихов међусобни однос. „But-for“ тест није погодан због непредвидљивости поклонодавчевог понашања. Теретни уговори имају функцију у материјалној, а поклон у нематеријалној сфери. Треба уважити само најозбиљније заблуде које анулирају вољу поклонодавца.¹²⁵⁵ Произилази да је поклон врло специфичан правни институт који заслужује посебна правила, баш за њега скројена.

2. Превара

Превара је изазвана, квалификована заблуда. Ако једна страна изазове заблуду код друге стране или је одржава у заблуди у намери да је тиме наведе на закључење уговора, друга страна може захтевати поништај уговора и онда кад заблуда није битна (чл. 65 ЗОО). Субјективни елемент преваре је намера уговарача да изазове заблуду сауговарача. Објективни (материјални) елемент преваре састоји се у предузимању противправних радњи које реализују намеру, активно или пасивно понашање прећуткивањем или прикривањем.¹²⁵⁶ За поништење се траже следећи услови: 1) узрочна веза између преваре и закључења уговора; 2) превара потиче од сауговарача или трећег лица; 3) захтев за поништај је поднет у преклузивном субјективном једногодишњем и објективном трогодишњем року. Преварени има право на накнаду штете. Ако је превару учинило треће лице, превара утиче на уговор ако је други сауговарач несавестан. Бесплатни уговори се због преваре лакше поништавају од теретних. Уговор без накнаде рушљив је и кад је превару учинило треће лице, без обзира да ли је друга уговорна страна у време закључења уговора знала или морала знати за превару (чл. 65 ст. 4 ЗОО), нпр. трећи лажно прикаже заслуге одређеног лица и наведе поклонодавца да поклони.

Мада превару може изазвати и поклонодавац, најчешће је он жртва преваре. Превара редовно потиче од поклонопримца, нпр. он лажно прикаже старом, болесном и неписменом лицу да закључују уговор о доживотном издржавању, а заправо закључују уговор о поклону.¹²⁵⁷ Успешно излечени пацијент жели да награди чланове медицинског конзилијума. Један од њих, лажно представи чињенице о лечењу како би га навео да поклони само њему.¹²⁵⁸ Поклонопримац створи лажну слику о себи приказујући се као

¹²⁵⁵ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 50.

¹²⁵⁶ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право, стр. 293.

¹²⁵⁷ Врховни суд БиХ, Гж. 957/72 од 7.12. 1972. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 118.

¹²⁵⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 119.

сиромашан, храбар или заслужан. Поклонопримац намерно прећути да су поклонодавца, док је био у коми, посећивали и неговали и други чланови породице.¹²⁵⁹ Пар злонамерно стави родитељу до знања да ће се венчати, па им он поклони некретнину, иако то уопште не намеравају.¹²⁶⁰ У једном случају поклонодавци су оспорили поклон када су накнадно сазнали да је добротворна фондација тражила материјалну помоћ, иако је имала своју резерву од 30 милиона долара.¹²⁶¹

У следећој парници суд је констатовао да се ради о заблуди о мотиву и поред тога што је утврђено да је поклонопримац довео поклонодавца у заблуду, што указује не превару. Године 2004, између тужиле поклонодавца и туженог поклонопримца, закључен је уговор о поклону зграде без земљишта и куће заједно са двориштем. Тужилца тражи да се поништи уговор о поклону зато што је тужени довео у заблуду. Код тужилце није постојала намера дарежљивости него добра воља да се закљученим уговором усклади правно са фактичким стањем, тј. да се туженом омогући да постане земљишно-књижни власник. Тужени је оспорио основаност овог захтева истичући да је супруг тужилце предложио да се закључи уговор о поклону и да тужилца није преварена, већ се сама довела у заблуду због недовољно исказане пажње приликом потписивања уговора о поклону. Првостепени суд је утврдио следеће: тужилца је земљишно-књижни власник куће; наведене непокретности је купио правни претходник туженог, покојни ПП, од правног претходника тужилце; ова лица нису судски оверила уговор о купопродаји; парничне странке су закључиле уговор о поклону у намери да ускладе земљишно-књижно стање са фактичким стањем ствари; тужилца није из разлога дарежљивости поклонила туженом предметне непокретности; тужени није једини ванкњижни власник поклоњених ствари.

Суд је закључио да је због наведених чињеница уговор о поклону неправилан и незаконит. Тужилца није поклонила из добротворних побуда, већ се руководила практичним разлозима. Погрешно верујући да је тужени једини ванкњижни власник предмета уговора о поклону, тужилца је хтела да усклади правно са фактичким стањем. Овакво убеђење је створио тужени давањем нетачних информација о корисницима и ванкњижним власницима поклоњених ствари. Дакле, да тужени није довео у заблуду тужилцу, она не би пристала да му поклони. Недостатке у вољи тужилце приликом закључења уговора о поклону првостепени суд је санкционисао са аспекта чл. 62 и 111 ЗОО, тако што је поништио уговор о поклону. Међутим, аргументи суда пре сведоче да је било преваре него заблуде о одлучној побуди из чл. 62 ЗОО. Парница показује да граница између мана воље није увек јасна.

¹²⁵⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 119.

¹²⁶⁰ Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 509.

¹²⁶¹ Hang Wu Tang, Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts, стр. 3

Другостепени суд додаје: „Парничне странке су уговор о поклону користиле у недозвољене сврхе. Његов смисао је да се из добротних разлога пренесе својина са поклонодавца на поклонопримца. Тужилца није могла да пренесе својину на туженог када по сопственим речима и наводима туженог није била власник тих ствари. Погрешан избор правног института по основу кога ће извршити усклађивање између земљишно-књижног и ванкњижног стања ствари, имао је за последицу неправилност и незаконитост уговора о поклону чије недозвољено дејство је првостепени суд уклонио из правног промета.“¹²⁶² Аргументација суда је спорна јер испада да је пружио правну заштиту поклонодавцу, иако је он сам активно учествовао у „незаконитим радњама“.

У Common Law литератури наводи се превара кроз прећуткивање из парнице *University of Canterbury Vs. Attorney General*. Поклонодавац је поклонио акције универзитету ради стипендирања студената (основан је trust). Због малог броја стипендиста поклонодавац је био убеђен да је универзитету потребна додатна помоћ. Заправо, универзитет је финансијски сасвим добро стајао, стипендије нису давале због ригорозних критеријума које је мали број кандидата испуњавао. Када је сазнао истину, поклонодавац је тражио поклон назад. Суд је дозволио повраћај, јер „основ поклона није постојао“. У поступку је утврђено да је поклонодавац питао да ли ће поклон акција поспешити стипендирање, али га универзитет није информисао о правом разлогу.¹²⁶³

Занимљиво је да санкција за америчког поклонопримца-преваранта може превазићи вредност поклона (пунитивна одштета). Ти случајеви најчешће личе на стереотип тужне љубавне приче: похлепна прелепа жена вреба ситуираног мушкарца водећи га у банкротство. Судови детаљно описују лукаву обдареницу изузетног изгледа која заводи поклонодавца „женским вештинама“, лажним љубавним изјавама, дезинформацијама о материјалном стању, обећањем брака. Обрнуто, када поклонодавац одбије венчање, а поклонопримац заиста жели брак, суд не констатује превару.¹²⁶⁴

У преседану *United States Vs. Shea Saenger* обдареница је због преваре кривично осуђена. Поклонодавац (75), добростојећи пензионисани здравствени радник, упознао је преко Интернета значајно млађу жену са којом је започео везу, водећи је на крстарења. Његова породица је била срећна, јер је најзад пронашао љубав. Од упознавања мушкарац је почео да поклања што се погоршањем његове деменције интензивирало. Током петогодишње везе поклонио је већи део своје имовине од 2 милиона долара. Заборављајући на већ учињене поклоне, он је мешао Saenger са преминулом супругом. Поклони нису

¹²⁶² Апелациони суд у Београду, Гж. 103/10 од 10.2.2010. Извор: сајт суда.

¹²⁶³ Hang Wu Tang, *Taking It Back: Comparative Study on restitution For Mistaken Gifts*, стр. 45.

¹²⁶⁴ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 26.

чињени спонтано. Користећи алцхајмерову болест, Saenger је манипулисала, претила и малтретирала. Трудила се да уклони доказе тражећи од њега да уништи преписку, „јер су то њихове приватне ствари“. Обећавала је љубав, брак и сексуалне односе, претила раскидом, измислила је болесног ујака коме је потребна помоћ за лечење, разне непостојеће кућне и аутомобилске кварове, фантастичне прилике за инвестирање. Лагала је да болује од рака, и по том основу неколико пута добила новац. Поклонопримац је ценио да је укупно даровао неколико стотина долара, али су његова деца открила праве размере преваре као и да је Saenger удата. Деца су поклонодавца ставила под старатељство и успешно тужила за повраћај поклона и накнаду штете у укупној вредности 2 161 246 долара.¹²⁶⁵ Зато што је Saenger користила федералну пошту у кореспонденцији са поклонодавцем, на основу прописа који забрањују злоупотребу поште, покренут је и кривични поступак па је осуђена на 46 месеци затвора. Овде се види веза између способности за поклањање и преваре. Она је лакша када је способност за расуђивање угрожена.

3. Претња

Најстарији пропис о поклону, *Lex Cincia*, је изгласан да би се поклонодавцу омогућила одбрана у судском спору покренутом ради предаје поклона који није добровољно обећан.¹²⁶⁶ За заступање пред судом (што је била угледна и почасна активност, обављана бесплатно) изнуђивани су поклони. *Lex Cincia* је прва мера у борби против злоупотребе власти. Закон је био уперен против поклона које су припадници владајуће класе изнуђивали од грађанства по основу његовог подређеног положаја.¹²⁶⁷

Код претње и принуде постоји несагласност између праве и изјављене воље. Принуда постоји када се изјава даје услед непосредног деловања физичке силе, *vis absoluta* (батинање, вођење руке). Претња је стављање у изглед неког зла, *vis compulsiva* („убићу те“, „запалићу ти кућу“).

ЗОО регулише само претњу. Ако је уговарач, или неко трећи, недопуштеном претњом изазвао оправдани страх код друге стране тако да је ова због тога закључила уговор, друга страна може тражити да се уговор поништи. Страх је оправдан ако се из околности види да је озбиљном опасношћу угрожен живот, тело или друго значајно добро уговарача или трећег лица (чл. 60 ЗОО). Међутим, у пракси се претња сматра општим појмом који обухвата и физичку принуду тј. *vis absoluta*. Претња је јединствен разлог

¹²⁶⁵ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 28-33.

¹²⁶⁶ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 55.

¹²⁶⁷ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 73.

рушљивости који настаје услед два облика принуде – физичке и психичке.¹²⁶⁸ Чини се да је прихватљивији став да је услед принуде уговор ништав, јер нема сагласности воља.

Објективни елемент претње састоји се у стављању у изглед неког зла или будуће опасности, објективни елемент принуде огледа се у вршењу физичке тортуре. Претња мора бити садашња. Субјективни елемент претње је изазвање оправданог страха.¹²⁶⁹ Услови за поништење: 1) узрочна веза између претње и закључења уговора; 2) претња је противправна; 3) претња је упућена сауговорачу или блиском лицу, али не мора потицати од сауговорача већ је могућа и претња трећег; 4) преклузивни субјективни рок износи 1 годину од престанка принуде,¹²⁷⁰ објективни рок је 3 године од закључења уговора, када ово право престаје у сваком случају, без обзира да ли је престала принуда (чл. 117 ЗОО). У судској пракси узимају се у обзир околности конкретног случаја, а нарочито личност поклонодавца, његово животно доба, пол и здравствено стање.¹²⁷¹

ЗОО претњу санкционише рушљивошћу, што лицу које оспорава поклон не одговара јер је онда ограничено роком. Зато се у пракси тужбени захтев заснива на ЗПН, а не на ЗОО. Ништав је уговор о промету непокретности закључен под притиском и насиљем, односно у условима и околностима у којима је била угрожена или није била обезбеђена сигурност људи и имовине, слобода, законитост и равноправност грађана (чл. 11 ЗПН). У том смислу у једној пресуди стоји: „Тужилац је тражио да се утврди ништавост уговора о поклону из 1959. којим је туженој општини поклонио своју њиву, тврдећи да је поклон учинио у околностима из чл. 11 ЗПН. На основу изјаве једног сведока како му је лично познато да је службеник тужене вршио притисак на тужиоца да учини спорни поклон претећи му губитком посла, и изјаве другог сведока како му се тужилац жалио поводом наведене претње службеника тужене, нижестепени судови су тужбени захтев усвојили. По мишљењу јавног тужиоца, да би се по цитираној законској одредби поклон непокретности огласио ништавим, морају бити испуњена два услова: да су те околности постојале као друштвени процес (објективни услов) и да се тај процес конкретно одразио и на тужиоца при изнуђивању његове воље (субјективни услов). Без објективног услова не може се говорити о апсолутној ништавости, него само о рушљивом уговору из чл. 111 ЗОО, чији поништај је тужилац могао тражити у року од 3 године по чл. 117. Примењено на конкретни случај, то значи да су нижестепени судови пропустили да утврде да ли је у време спорног поклона

¹²⁶⁸ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазич, Увод у грађанско право, стр. 297.

¹²⁶⁹ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазич, Увод у грађанско право, стр. 298.

¹²⁷⁰ Ако се одвојено посматра принуда као разлог ништавости, а претња као разлог рушљивости, онда се овде заправо мисли на претњу.

¹²⁷¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 120.

притисак вршен само на тужиоца или је то било опште друштвено стање у средини у којој је тужилац живео. Врховни суд Србије је прихватио изложено правно схватање јавног тужиоца.¹²⁷² Поклонодавац је остао без заштите јер је протекао рок (због претње из ЗОО уговор је рушљив, услед околности из ЗПН је ништав).

Поништење због претње је готово немогуће ако је протекао преклузивни рок, иако се поклонодавац позива на апсолутну неважност (ништавост). У једној парници свој захтев за поништење даровног уговора из 1945. између тужиоца као дародаваца и Окружног комитета Комунистичке партије као даропримца, тужиоци темеље на тврдњи да је уговор закључен под претњом. Суд закључује: „Тужиоци оспоравају поклон због релативне ништавости, а такав захтев је везан за рок. Право на поништење престаје истеком објективног рока од три године од дана закључења (чл. 117 ст. 2 ЗОО). Поклонодавци и не оспоравају да је рок протекао, но истичу да је уговор склопљен „супротно свим начелима права цивилизованог друштва, у условима који су онемогућавали постављање оваквог тужбеног захтева све док је на снази режим који их је присилио на такво поступање“, па да се зато ради о апсолутно ништавом уговору у смислу чл. 103 ЗОО, а да право на истицање апсолутне ништавости не застарева“.

Суд је одржао поклон из два разлога. Најпре са образложењем: „Позивање тужиоца на апсолутну ништавост није од значаја, јер не може се истицати конститутивни захтев за поништење апсолутно ништавог уговора, већ се може тражити само деклараторна заштита истицањем захтева за утврђење постојања те ништавости.“¹²⁷³

Други разлог је основанији: Тужиоци су своје некретнине даровали Комунистичкој партији као њени чланови, па је „потпуно нејасно због чега би то било у супротности са моралом друштва, нарочито када се то оцењује према правилима морала у време даровања. Предметни даровни уговор не може се сматрати неморалним због тога што је склопљен под озбиљном претњом, јер мана воље изазвана озбиљном претњом као разлог релативне ништавости уговора не може представљати и разлог његове апсолутне ништавости.“¹²⁷⁴

Терет доказивања претње сноси тужилац поклонодавац. Тако у једној парници стоји: „Тужиоци наводе да је њихов претходник потписао уговор под присилом, да би избегао суђење и конфискацију имовине. Тврдња да спорни даровни уговор представља „привидан уговор“ који прикрива одузимање некретнина је пука конструкција, а не ноторна чињеница. Даровање учињено тадашњој држави (с утврђеним мотивом) није посао противан законској

¹²⁷² Врховни суд Србије, Гзз. 33/97 од 10.6.1997, Билтен правне праксе Републичког јавног тужилаштва Србије из области грађанскоправне заштите законитости за 1997, Параграф Прес, бр. 182, стр. 51.

¹²⁷³ Овај проблем процесне природе често се среће у пракси.

¹²⁷⁴ Врховни суд Хрватске, Рев. 1659/1999-2 од 03.11.1999. Извор: <http://www.vsrh.hr>

забрани или добрим обичајима, тј. противан моралу. Поновљене тврдње да је поклонодавац био присиљен немају упориште. Утврђено је да је поклонодавац слободном вољом располагао споменутим некретнинама и даровао их као свој прилог у обнови опустошене домовине (записник Народног Округног суда у Карловцу од 4. августа 1945.).¹²⁷⁵

У једном занимљивом случају српски суд је проширио правило *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. У пресуди стоји: „Онај ко је вршио притисак на друге да противно вољи унесу пољопривредно земљиште у задругу, не може се позивати на принуду тражећи натраг земљу коју је сам уступио задрузи.“¹²⁷⁶

3.1. Поништење по Закону о враћању земљишта

У домаћој судској пракси због претње су масовно поништавани уговори о поклону закључени у периоду спровођења мера обавезног откупа. „Ништав је уговор о поклону земљишта у корист друштвеног правног лица у периоду од 10.8.1945. до 2.8.1952. у условима притисака и принуде да се поклон учини, а тужба за поништај подноси се суду опште надлежности“ (чл. 17, Закон о враћању земљишта).¹²⁷⁷ За правилну одлуку потребно је да суд расправи питања које се односе на активну односно пасивну легитимацију странака, те на постојање уговора о поклону, предмет поклона, време и услове у којима је учињен. Пасивно легитимисани су општина и пољопривредна, односно друга организација код које се одузето земљиште налази, односно која је отуђила земљиште из друштвене својине.¹²⁷⁸ Активно су легитимисани ранији сопственици. При томе, смисао пасивне легитимације у парници за утврђивање ништавости уговора о поклону је само у идентификацији субјекта који ће учествовати као тужени, а не у обавези тог субјекта да враћа земљиште. Тек се позитивном пресудом тужилац изједначава са ранијим сопственицима, дакле стиче право да повраћај земљишта тражи од надлежне комисије. „Релевантне чињенице суд утврђује из катастарских листова газдинства из наведеног периода, из исказа странака и сведока о условима притисака и принуде“.¹²⁷⁹ Ово решење је

¹²⁷⁵ Врховни суд Хрватске, Рев. 484/08-2 од 02.07.2008. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹²⁷⁶ Врховни суд Србије, Правно схватање Грађанског одељења од 23. 11. 1992. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 81.

¹²⁷⁷ Закон о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа (Сл. гласник РС, бр. 18/91, 20/92 и 42/98).

¹²⁷⁸ Практика је неуједначена: У спору ради поништаја уговора о поклону учињеног у корист друштвеног правног лица (...), учествују само поклонодавац и поклонопримац, односно њихови правни следбеници. Овде је реч само о ништавости уговора о поклону између правног претходника тужилаца и државе СФРЈ, па како тужени комбинат, односно његов правни претходник није страна у том споразуму, не може бити ни легитимисан да учествује у парници ради поништаја тог уговора. Врховни суд Србије, Рев. 2102/99 од 16.6.1999. Привредник, бр. 141/142.

¹²⁷⁹ Виши привредни суд у Београду, Пж. 2889/2001 од 20.6.2001, Привредник, бр.115/116.

занимљиво, јер реституцију (враћање поклона) не врши поклонопримац, него надлежна комисија.

Из чл. 17 Закона о враћању земљишта произилази да је законодавац прописао апсолутну неважност (ништавост) и да је осим принуде, као разлог уврстио и притисак. Притисак треба схватити као блажи облик недозвољеног акта једног физичког или правног лица (или више лица) којим се друго лице присиљава да изјави вољу у одређеном правцу. Акт се не мора остварити физичким мучењем, злостављањем, наношењем телесних повреда, лишењем слободе, изазивањем страха за живот уговорника и њему блиских лица, већ је довољно и дуготрајно убеђивање које одлучујуће утиче на вољу поклонодавца. За постојање притиска довољан је индиректни утицај кроз недопуштен утицај на лице у непосредном окружењу (лишење слободе суседа). „Не ради се само о директном притиску на уговарача већ и на његово окружење, услед чега он закључује уговор који у нормалним околностима не би закључио.“¹²⁸⁰

Притисак и принуду спроводили су државни органи. У образложењу појединих пресуда стоји: „Из оправданог страха од хапшења, одвођења у затвор и других мера репресије државних органа над сеоским становништвом због немогућности измирења обавеза према ФНРЈ, тужила је 1951. по савету сведока, државног тужиоца, сама отишла у В., јер је мајка тада лежала на нервном одељењу болнице у Новом Саду, те је у месној заједници потписала изјаву да она и мајка дају држави сву своју земљу задржавајући по једно јутро. Овим давањем су уствари желеле да избегну малтретирање које би уследило. Сходно чл. 17 Закона о враћању земљишта, предметни уговор о поклону је ништав,¹²⁸¹ Привођење на информативни разговор и стављање у изглед затвора и другог зла поклонодавцу и члановима његове породице, од стране тадашњег Градског народног одбора значило је неотклоњиву опасности угрожавањем живота, што је код поклонодавца изазвало оправдани страх и натерало га да 1949. закључи спорни уговор о поклону. Како је то био једини разлог за закључење, уговор је ништав.“¹²⁸²

Право на враћање земљишта има само ранији власник, а не фактички уживалац земљишта, иако је он био у улози поклонодавца. У том смислу, суд констатује: „Полазећи од чињенице да је претходник тужилаца, покојна Т.М., у периоду спровођења мера обавезног откупа, поклонила правном претходнику туженог спорно земљиште, и да је тај

¹²⁸⁰ Врховни суд Србије, Рев. 6040/96 од 2.7.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 293.

¹²⁸¹ Другостепени суд је део одлуке којом се тужени обавезује да врати поклон укинуо, јер је враћање земљишта предмет управног поступка. Врховни суд Србије, Рев. 2951/05 од 30.11.2005. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 82. Ово је куриозитет пошто постоји поништење, али нема редовних последица (реституције) по ЗОО већ по правилима управног права.

¹²⁸² Врховни суд Србије, Рев. 46/02 од 26.5.2002, Актуелна судска пракса (2006), стр. 45.

поклон учињен у условима притиска и принуде, нижестепени судови су закључили да је њена изјава о поклону ништава, па су применом чл. 17 Закона о враћању земљишта, усвојили тужбени захтев. Међутим, „ранијим сопствеником“, у смислу наведеног Закона, сматра се лице које је било сопственик земљишта у моменту када је оно постало друштвена својина. У конкретном случају, покојна Т.М., била је само фактички уживалац, а не и сопственик земљишта, из чега произлази да ни тужиоци нису активно легитимисани.“¹²⁸³

Одрицање од наслеђа у корист државе не може се уподобити уговору о поклону из чл. 17 Закона о враћању земљишта. Закон није прогласио ништавим поклоне у најширем смислу, већ само уговоре о поклону под којим се подразумева двострани правни посао. Наведени закон поклоном не сматра: свако одрицање од права, одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника, опраштање дуга, оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела или због оснивања или проширења домаћинства или обављања занимања, и свако друго бесплатно располагање, као што је то учињено у чл. 50 ЗОН. У једном случају суд образлаже: „Одрицање од наслеђа у корист државе које су тужиоци учинили после 2.8.1952. године не сматра уговором о поклону. Осим тога, тужиља је у време располагања била ученик, а отац тужиоца официр ЈНА и они нису истицали да су пре давања наследничке изјаве трпели притисак и принуду, па зато нису испуњени услови за ништавост уговора чак и под условом да се одрицање од наслеђа схвати у најширем смислу као уговор о поклону.“¹²⁸⁴

Глава VII

ПРЕСТАНАК БРАКА

Посебност поклона у односу на друге облигационе уговоре наглашава и престанак брака као посебан разлог за окончање поклона. У складу са природним правом је да поклон траје колико и љубав између поклонодавца и поклонопримца. Међутим, позитивноправна решења су доста сложенија од једноставне полазне идеје. Да је поклон супружнику проблематичан и ризичан упозорава још римско право које га је забрањивало. За ову тему карактеристично је преплитање правила уговорног и породичног права, са суптилним али честим променама прописа. Престанак романсе између супружника редовно утиче и на поклон трећег лица (свадебни поклон или поклон пару), иако се ради о околности која је за њега спољна. Дејство развода на поклон одувек је привлачио пажњу правника на свим

¹²⁸³ Врховни суд Србије, Рев. 5726/98 од 18.5.1999, Привредник, бр. 97.

¹²⁸⁴ Врховни суд Србије, Рев. 2114/2001 од 26.9.2002, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2003, стр. 75.

меридијанима тако да се ради о универзалном разлогу за опозив. Додуше, он није могао да се развије док је доминирала забрана даривања између супружника. Зато је поклон пре венчања (веренички поклон) дуго заузимао главно место, мада је данас ситуација обрнута.

1. Поклон супружнику

1.1. Француско право

Поклон супружнику у упоредном праву вековима је био забрањен. У Шпанији до 1981, у Италији до 1973, у Немачкој до доношења BGB.¹²⁸⁵ Ratio је другачији у односу на забрану из римског права. Сматрало се да он ремети природни ред наслеђивања по којем богатство остаје потомцима и у породици.¹²⁸⁶ СС није прописивао забрану, али је све до 2005. поклон супружнику био опозив до поклонодавчеве смрти. Опозив је у дискрецији поклонодавца и није морао бити образложен, што је упадљив изузетак од општег правила да уговор везује стране. Уобичајени поклони су били изузети. Сада је правило измењено, али су неки поклони остали опозиви.

Оправдања за некадашње решење су различита. Поклонодавац је можда заведен страшћу, поклон супружнику је опасан сам по себи. Боље је дозволити опозив него потпуно забранити поклоне између супружника, то је најбољи лек за недозвољени утицај на поклонодавца и његову брзоплетост. Ова аргументација је оспорена. Поклон учињен у сличном контексту (поклон ванбрачном партнеру) је неопозив. Нотари су практиковали да информишу пар како је паметније поклонити након венчања. Истовремено су постојала два контрадикторна принципа, принцип специјалне неопозивости и принцип опозивости поклона супружнику, а оба су правдана заштитом поклонодавца.¹²⁸⁷

Пошто је поклон супружнику био опозив, правила осмишљена да се спречи индиректни опозив нису важила (чл. 947 СС). Зато је супружнику могла да се поклони будућа имовина, поклонодавац је могао да задржи право располагања поклоњеним итд. У пракси је био чест поклон будуће имовине, како би се супружник обезбедио у случају смрти поклонодавца. Теоретичари су овакве поклоне сматрали безвредним, уговор суштински није преносио никакво право, а био је опозив у сваком тренутку.¹²⁸⁸

Прописи су реформисани 2005. Поклон будуће имовине је остао опозив током трајања брака (чл. 1096 ст. 1 СС). Поклон „садашње имовине“ се опозива само због услова

¹²⁸⁵ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 278.

¹²⁸⁶ John Dawson, Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, стр. 67. и стр. 51, напомена 53.

¹²⁸⁷ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 570.

¹²⁸⁸ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 571.

или незахвалности (чл. 1096 ст. 2 СС). Поклон супружнику није опозив због рођења детета (чл. 1096 ст. 3 СС). Раскидни услов за случај развода је дозвољен, осим ако је клаузула уговорена да би се спречио развод.¹²⁸⁹ Реформа се правда већом правном сигурношћу, али и заштитом поклонопримца током развода. Ради равнотеже, предложено је да судови омогуће извршење уговорне клаузуле о враћању поклона након развода.

Новом изменом 2006. сужена је неопозивост. Неопозив је поклон „садашње имовине“, који производи дејство током трајања брака. Циљ је да се омогући опозивање које делује после поклонодавчеве смрти, нпр. клаузула да надживели супружник има плодуживање.¹²⁹⁰

Што се форме тиче, опозив је изричит или прећутан. Изричит се остварује изјавом поклонодавца у јавнобележничком акту или тестаментом. Доктрина ову праксу критикује. Ако је функција нотаријалне форме заштита поклонодавца (нотар упозорава на последице поклањања), нема смисла захтевати исту форму и за опозив. Међутим, овде форма служи као потврда да је опозив стварно жељен. Прећутни опозив је флексибилнији. Остварује се било којим актом неспојивим са опстанком поклона, нпр. располагањем у корист трећег лица. По неким ауторима, ту спада и тужба за развод.

Опозив је лично право поклонодавца и не прелази на наследнике. Опозив је могућ против поклонопримчевих наследника. Одричање од права је неважеће. У пракси су учестали узајамни поклони између супружника, сваки под условом да поклонопримац надживи поклонодавца.¹²⁹¹

1.2. Домаће право

1.2.1. Укритање породичног и уговорног права

Поклон супружнику је неспоран. Међутим, слобода уговарања је до недавно била ограничена правилима породичног права. Закон о браку и породичним односима из 1980. је прописивао: „Брачни другови могу међусобно склапати све уговоре (...). Они не могу међусобно склапати само оне уговоре којима се мења имовински режим утврђен овим законом, као и уговоре којима се унапред одричу права која им припадају“, (чл. 326).¹²⁹² Уговори којима се не мења законски имовински режим били су, у начелу, дозвољени (нпр. уговор о поклону). Међутим, уговор о подели заједничке имовине којим се несразмерно већи део имовине преноси на једног супружника има елементе поклона. Постављало се

¹²⁸⁹ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 572.

¹²⁹⁰ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 572.

¹²⁹¹ Richard Hyland, Gifts: a study in comparative law, стр. 574.

¹²⁹² Закон о браку и породичним односима (Сл. гласник РС, бр. 22/80...29/01).

питање каква је судбина уговора о поклону између супружника чији је предмет посебна имовина, и то целокупна посебна имовина једног супружника, с обзиром да се њиме утиче на режим посебне имовине, компоненту законског имовинског режима. Овакви уговори били су пуноважни у зависности од намере и побуде уговарача.¹²⁹³

Престанак брака као разлог за опозив поклона претрпео је занимљив развојни пут. Док се у бракоразводном поступку водило рачуна о кривици, опозив је могао тражити супружник који за развод није крив. Међутим, са либерализацијом развода овај услов је отпао као анахронизам.¹²⁹⁴

Због непостојања изричите одредбе ранијег ЗБПО о дејству развода на уговор о поклону, судови су правни основ за опозив поклона бившем супружнику налазили у одредбама ЗОО о мотиву, основу и заблуди, нарочито у чл. 62: „Код добротних послова битном заблудом се сматра и заблуда о мотиву“.

За опозив поклона супружнику широко се тумаче правила о мотиву и основу. У једној пресуди стоји: „Тужилац је током брака, поклатио некретнине вођен мотивом што му је тужена супружник, као и да би она добила кредит за реновирање куће. Побуда код уговора о поклону улази у сам основ, па кад отпадне побуда, отпада и основ – кауза. Уговор је ништав сходно чл. 52 ЗОО. Побуде су остале неостварене (није реализован кредит, брак је разведен, престала је заједница живота).“¹²⁹⁵ У сличној одлуци суд констатује: „Тужилац је поклатио стан ћерци и за тужену уговорио право доживотног уживања и забрану отуђења. Након тога, брак је разведен и заједница је престала. Нижестепени судови су правило уважили захтев за поништај уговора. Спорно плодотживање тужена је стекла као поклон у намери њеног обезбеђења за време трајања заједнице живота. Како је она престала, независно чијом кривицом, мотив поклонодавца је отпао. Код добротних уговора, мотив улази у основ, отпадањем мотива уговор остаје без основа и ништав у смислу чл. 52 ЗОО. Тужилац стиче право да на основу чл. 210 ст. 2 тражи опозив поклона.“¹²⁹⁶ Исправније је рећи да на основу чл. 210 ст. 2 поклонодавац тражи враћање предмета поклона, јер је отпао основ (у субјективном смислу, овде је то брак).¹²⁹⁷ Овде је плодотживање супрузи, установљено приликом поклона ћерци, третирано као засебан поклон, што га је учинило рањивим.

¹²⁹³ Гордана Ковачек Станић, Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас, стр. 164

¹²⁹⁴ Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 503.

¹²⁹⁵ Врховни суд Србије, Рев. 4409/99 од 20.10.1999. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 505.

¹²⁹⁶ Врховни суд Србије, Рев. 5326/99 од 17.11.1999. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 505.

¹²⁹⁷ Видети о тзв. субјективном основу код: Јаков Радишић, Облигационо право, стр. 295.

Поменута аргументација („мотив улази у основ“, „отпадање основа“) је можда била условљена недостацима некадашњег ЗБПО, али није јасно зашто се она користи и у новијим пресудама, упркос решењу из ПЗ. Тако се у једној пресуди из 2005. наводи: „Побуда за закључење уговора о поклону улази у основ. Када се побуда не оствари, отпада и основ због чега је уговор у смислу чл. 52 ЗОО ништав. Како је побуда због које је тужилац са туженом закључио уговор о поклону отпала, јер нису остали у браку нити се о њему старала и бринула, већ су то чинила друга лица, то је правилно поклон поништен.“¹²⁹⁸

1.2.2. Породични закон

Опозив поклона због престанка брака регулисан је позитивним породичноправним нормама.¹²⁹⁹ По ПЗ: (1) Ако брак престане разводом или поништењем, уобичајени поклони које су супружници учинили један другоме у току трајања заједничког живота у браку не враћају се. (2) Враћају се поклони чија је вредност несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине супружника, а које су супружници учинили један другом у току трајања заједничког живота у браку. (3) Право на повраћај поклона нема супружник ако би прихватање његовог захтева за повраћај поклона представљало очигледну неправду за другог супружника.¹³⁰⁰ (4) Поклони се враћају према стању у коме су се налазили у тренутку престанка заједничког живота у браку (чл. 190).

Овако формулисаној одредби се може замерити да почиње навођењем изузетка, што је неприкладно. Из ст. 2 произилази да се одредба не односи на веренички поклон. Ако брак престане смрћу или проглашењем несталог лица за умрло, нема повраћаја. *De lege ferenda*, требало би прописати рок. Поред тога, треба обухватити и веренички поклон.

Због развода и поништења брака, по формулацији ПЗ, предмет поклона се враћа, али шта је са самим уговором? Уговор се не поништава, јер нема недостатак. Он је и даље правоваљан, мада му је укинуто дејство, што је занимљив куриозитет.

Поставља се питање колико поклон треба да је вредан, да би подлегао враћању? Израз „поклони чија је вредност несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине супружника“ из ст. 2 ПЗ је незахвалан, јер је често и заједничка имовина спорна. Поклони једног супружника другом у току трајања заједнице живота улазе у посебну имовину. Није од значаја да ли је поклон купљен од средстава из заједничке или посебне имовине. Уобичајени пригодни поклони улазе у посебну имовину чак и ако су за њихову

¹²⁹⁸ Врховни суд Србије, Рев. 1147/2005 од 1.12.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

¹²⁹⁹ Породични Закон (Сл. гласник РС, бр. 18/2005 и 72/2011).

¹³⁰⁰ Уместо „супружник“ и „за другог супружника“ боље је „поклонодавац“ и „за поклонопримца“. Примедба важи и за чл. 678 Преднацрта. Чини се да је цела одредба боља ако се користи једнина.

куповину коришћена средства из заједничке имовине.¹³⁰¹ Супротно, у Преднацрту је предложен израз „поклони веће вредности“ (чл. 678 ст. 2). По ранијим прописима, такође се враћао „поклон знатније вредности“, што се ценило према вредности поклона у односу на имовно стање поклонодавца.¹³⁰² По старијој литератури, враћају се поклони несразмерни имовинском стању поклонодавца, а заједничка имовина није релевантна.¹³⁰³ Последње решење делује најпримереније.

„Очигледна неправда“ која искључује враћање постоји ако то тражи поклонодавац који је грубо кршио права и обавезе супружника, односно био несавестан приликом закључења брака. Осим тога, треба водити рачуна да поклонопримац након повраћаја не дође у оскудицу.¹³⁰⁴ У једном случају суд је усвојио захтев поклонодавца са следећим образложењем: „Враћањем поклона тужена не би дошла у тешке материјалне прилике, јер се налази у новом браку, па је издржава супруг, а сама је раскинула радни однос. Дар тужиоца (1/2 дела куће) је несразмерно велике вредности у односу на његову целокупну имовину.“¹³⁰⁵ Занимљиво, још је Законоправило Светог Саве је предвиђало оправдане разлоге због којих је жена могла напустити мужа, и притом задржи брачни поклон и мираз: 1) ако је муж ковао заверу против царства, или ако је знао особе које су то чиниле, а о томе није обавестио цара; 2) ако није рекао жени да јој други раде о глави, и ако није предузео ништа да је заштити; 3) ако је наводио на прељубу, и 4) ако је оклеветао за прељубу коју није успео доказати.¹³⁰⁶

Поклонодавац сме да погрешу у избору основа тужбе. Суд ће поступити по тужби и када тужилац није навео правни основ свог захтева, а и ако јесте, суд за њега није везан. Ова ситуација честа је у пракси: „Наводи поклонопримца да је тужилац тражио раскид због заблуде, а нижестепени судови су га квалификовали као захтев за враћање дара због развода, нису одлучујући.“¹³⁰⁷ Поклонодавац, међутим, не сме да погрешу у формулисању тужбеног захтева.

Судска пракса правилу из чл. 190 ПЗ даје предност у односу на правила о незахвалности, што није увек најбоље решење. У том смислу један суд констатује: „Првостепеном пресудом усвојен је тужбени захтев, те је раскинут уговор о поклону сувласничког дела некретнине закључен између сада бивших супружника. Првостепени суд

¹³⁰¹ Ненад Тешић, О заједничкој имовини супружника, стр. 262.

¹³⁰² Врховни суд Србије, Рев. 875/82 од 1.10.1982. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 165.

¹³⁰³ Војислав Вуличевић, О поклону, стр. 29.

¹³⁰⁴ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 165.

¹³⁰⁵ Врховни суд Хрватске, Рев. 3096/94 од 17.9.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, 166.

¹³⁰⁶ Олга Дунђерски, Законска регулатива брака и породице у Србији од XII до XXI века, стр. 158

¹³⁰⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 1035/96 од 6.6.2000. Извор: <http://www.vsrh.hr>

је утврдио да су брачни односи били поремећени, а да је то иницирао тужени својим понашањем (омаловажавањем тужене, вербалним вређањем, батинама, шамарањем, чупањем косе). С друге стране, тужила није била иницијатор свађа, већ је настојала одржати брак, а један од њених покушаја односи се и на закључење уговора о поклону са намером да се тужени добро осећа у браку, да побољша њихове односе и реши конфликте. Полазећи од правних правила СГЗ, првостепени суд је утврдио да се у конкретном случају ради о грубој неблагодарности туженог, те је усвојио тужбени захтев. Другостепени суд сматра да је погрешно примењено материјално право, јер чл. 190 ПЗ представља релевантно материјално право за одлучивање о тужбеном захтеву за опозив уговора о поклону због развода, те је првостепени суд погрешно применио одредбе СГЗ и утврдио чињенице о неблагодарности. Релевантне чињенице за одлучивање су: однос вредности заједничке имовине супружника и вредности поклона, као и оцена да ли би враћање поклона представљало очигледну неправду за поклонопримца. Поред тога, странке су и након закључења уговора о поклону улагале у изградњу и адаптацију поклоњене непокретности, па је првостепени суд морао утврдити да ли поклон још постоји, тј. упоредити стање на поклоњеним парцелама у време закључења и у време пресуђења, и идентификовати објекте на парцелама у наведеним периодима. Од питања да ли је тужени сувласник предметне непокретности по основу инвестиционог улагања и у ком обиму, као и од питања у ком обиму постоји поклон, зависи основаност тужбеног захтева. Суд укида првостепену пресуду и предмет враћа на поновно суђење.¹³⁰⁸ Чини се да је другостепени суд неоправдано искључио примену правила о незахвалности, јер ст. 4 чл. 190 ПЗ ублажава обавезу поклонопримца. У случају опозива због незахвалности те привилегије нема, мада прети преклузивни рок. Није свеједно због којег разлога престаје уговор о поклону, могућ је стицај разлога.

Кумулација разлога за престанак поклона среће се и у хрватској судској пракси. У једном случају помињу се незахвалност, раскидни услов и осиромашење. Тужилац је тражио опозив даровног уговора и успоставу ранијег земљишно-књижног стања. Он тврди да је даровање склопљено под раскидним условом да ће странке живети заједно у поклоњеној кући, а тужена је напустила брачну заједницу. Тужилац тврди и да је дошло до његовог осиромашења, а да је тужена напуштањем показала и незахвалност. Нижестепени судови одбили су захтев. По оцини ревизијског суда, у конкретном случају не ради се о опозиву даровања према правним правилима бившег ОГЗ-а, већ о посебном правном

¹³⁰⁸ Основни суд Сомбор, П. 265/10 од 02.03.2012; Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3007/12 од 06.03.2013. Извор: сајт суда.

институту „враћања дарова“ из чл. 291 ЗБПО.¹³⁰⁹ У каснијој редакцији закона то је чл. 297 који прописује да се у случају развода или поништења брака дарови, које су брачни другови учинили један другоме пре закључења брака или у току брака, не враћају. Према ст. 2, враћају се само дарови несразмерно велике вредности у односу на вредност целокупне имовине дародавца, с тим да се поврат дара тражи најкасније у року једне године од престанка брака (ст. 3).¹³¹⁰ Дакле, и Врховни суд Хрватске дао је предност правилима из породичног законодавства. Занимљиво, позитивни хрватски Обитељски закон нема сличну одредбу.

По једном мишљењу, ако је предмет поклона отуђен, враћа се вредност или ствар примљена за њега,¹³¹¹ поклонопримац дугује иако је обogaћење променило облик. По супротном мишљењу, поклонодавац не може захтевати опозив поклона који више није у стању као у време закључења уговора. Такву ситуацију илуструје следећа парница. Тужилац је туженој поклонио половину старе куће. Мотив закључења уговора био је решавање имовинских односа странака, с обзиром да су они заједнички обезбеђивали средства за изградњу нове куће у којој су планирали заједнички живот. Тужена није добила кредит за изградњу нове куће, али је добила од свог послодавца бесплатно трактор и приколицу, као и одређену количину блокова. У изградњу нове куће уложила је и новац од продаје очеве викендице. Странке су завршиле градњу и убрзо након тога су се развеле. Првостепени суд одбија захтев тужиоца за опозив поклона. Према ПЗ, поклони се враћају у стању у коме су се налазили у тренутку престанка заједничког живота у браку. У конкретном случају, предметна некретнина више није у истом стању као у време закључања уговора, јер је на темељима старе поклоњене куће, изграђена нова, чијем грађењу је допринела и тужила, па тужени не може захтевати опозив поклона ствари које више нема.¹³¹²

Породични закон прописује исти режим за развод и поништење, док се раније правила разлика. Могућност опозивања у случају поништења брака зависила је од савесности, односно несавесности уговарача, тј. од њиховог знања за околност због које је брак поништен. Савестан поклонопримац је задржавао поклон, чак и када је поклонодавац савестан. Додуше, била је спорна ситуација када су обе стране несавесне.¹³¹³ С обзиром да

¹³⁰⁹ Врховни суд Хрватске, Рев. 498/04-2 од 19.01.2005. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹³¹⁰ Закон о браку и породичним односима (Народне новине, бр. 11/78, 45/89. и 59/90).

¹³¹¹ Милан Почуча, Посебна имовина супружника, стр. 450.

¹³¹² Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3193-10 од 6.6.2010, Билтен суда, бр. 5/2013, стр. 132

¹³¹³ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 72.

уговорна одговорност почива на кривици,¹³¹⁴ de lege ferenda можда треба узети у обзир савесност поклонодавца у случају поништења брака, иако код развода кривица више није релевантна. То би било у складу са принципом неопозивости поклона.

2. Поклон трећег лица супружницима

2.1. Идентификација поклонопримца

Препознавање поклонопримца је, између осталог, важно због апсолутних и релативних забрана обрађених у глави о способности за поклањање, као и у случају евентуалне незахвалности. Поклон учињен неком од супружника у току заједнице живота улази у његову посебну имовину. Наравно, поклон може бити дарован и супружницима као пару. По једном мишљењу такав поклон је у сусвојини, пошто ова имовинска вредност не потиче од рада, а поред тога режим сусвојине је општи и примењује се увек када законом није уведен режим заједничке својине. С друге стране, судска пракса сматра да поклон учињени младенцима представља заједничку својину (зато што се даје ради заснивања новог домаћинства и лакшег живљења), осим ако из изричито изражене воље поклонодавца или природе ствари не произилази да је дар учињен само једном од супружника.¹³¹⁵ Изгледа да су намера поклонодавца, природа дароване ствари и пригода поводом које је поклон учињен примерени критеријуми за одлучивање о судбини поклона пару. Ипак, ови поклони по правилу подразумевају узвратне поклоне који се набављају средствима из заједничке имовине. Поред тога, обавеза благодарности терети оба супружника. Отуда треба поћи од претпоставке да они улазе у заједничку имовину, осим ако се не докаже супротно.¹³¹⁶

Што се свадбеног поклона тиче, судска пракса је одређенија. Ствари добијене од трећих лица на поклон на дан венчања припадају и једном и другом супружнику, осим ако из намере поклонодавца или природе поклоњених ствари не произилази да је поклон дат једном, без обзира од чијих сродника је ствар добијена.¹³¹⁷

У току трајања брака сродник може поклонити једном супружнику, мотивисан различитим разлозима, а да други супружник поклоњеним новцем купи некретнину и укњижи је на своје име. Отвара се питање третмана овако стечене ствари. Тим поводом један суд констатује: „Када је „имовина купљена“ за време трајања брачне заједнице између

¹³¹⁴ У том смислу чл. 115 ЗОО (Одговорност за поништење уговора) прописује: Уговарач на чијој је страни узрок рушљивости одговоран је свом сауговарачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао ни морао знати за постојање узрока рушљивости уговора.

¹³¹⁵ Врховни суд Србије, Рев. 5795/95 од 4.3.1997. Извор: „Paragraf Lex“.

¹³¹⁶ Ненад Тешић, О заједничкој имовини супружника, стр. 274.

¹³¹⁷ Врховни суд Србије, Рев. 1161/94; Гж. 456/70. Извор: Милан Почуча, Посебна имовина супружника, стр. 451.

тужиље и туженог, и иста се води у јавним књигама на име туженог који је закључио и оверио уговор са продавцем, мада је цену за ову имовину исплатио искључиво тужиљин отац, као поклон, са намером да тужиља (ћерка) не тражи свој наследни део после његове смрти, онда се ради о посебној тужиљиној имовини. Она је власник по основу поклона, а на основу чл. 320 ЗБПО.¹³¹⁸ Овакво резонавање је спорно али занимљиво јер се ћерка постала обдареница иако формално није закључила уговор о поклону.

2.2. Враћање поклона трећем лицу

У пракси се често поставља питање каква је судбина поклона трећег лица у случају престанка брака. Срећу се три различита решења. У послератној пракси Врховног суда Југославије ова ситуација решавана је по аналогiji. Тако у једној пресуди стоји: „Воља поклонодавца заснивала се једино на чињеници склапања брака између поклонопримца и његове ћерке. Како је брак разведен, он има право да опозове поклон. Поклонодавац није хтео да учини акт либералитета поклонопримцу, него је желео да погодује ћерци. Он је, њеном вољом, обдарио њеног будућег мужа уместо да обдари саму кћер. Ова ситуација идентична је поклонима које један супружник учини другом. То изједначавање није на месту једино када би воља поклонодавца била да обдари искључиво с обзиром на личност поклонопримца.¹³¹⁹

Хрватски судови нису давали право трећем лицу да, само због развода, опозове поклон: „Треће лице не може тражити поврат дара учињен супружницима због престанка брака, ако иначе нису испуњене претпоставке за опозив. Тужиља захтева повраћај дара веће вредности учињен сину и снаси. Чињеница да је брак разведен не даје право тужиљи као трећем лицу да захтева повраћај поклона по чл. 291 ЗБПО. Тужиља није доказала незахвалност тужене, против које је захтев фактички уперен, будући да су интереси тужиље и туженог, њеног сина, идентични па је он признао основаност тужбених навода.¹³²⁰

Треће решење, из српске судске праксе, је проширено тумачење општих правила ЗОО. Широким тумачењем чл. 61, 62 и 52 ЗОО судови су проширила круг лица која могу тражити опозив поклона услед развода, тако да ово право не припада само супружницима, него и трећим лицима.¹³²¹ Тако један суд констатује: „Свекрва тужи бившу снаху за повраћај поклона који је у току брака учињен супружницима на једнаке делове. Мотив тј. циљ, кауза

¹³¹⁸ Окружни суд у Чачку Гж. 761/97 од 2. 9. 1997. Извор: Милан Почуча, стр. 451.

¹³¹⁹ Врховни суд Југославије, Рев. 1055/62 од 9.4.1963. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 168.

¹³²⁰ Врховни суд Хрватске, Рев. 2282/86 од 17.3.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 168.

¹³²¹ Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 507.

уговора о поклону, а то је одржавање брачне заједнице сина и тужене је отпао, па тужитељица има право на повраћај.¹³²² Слична образложења су честа: „Тужилац је поконио туженима ради лакшег и комфорнијег живота, очекујући да ће брак трајати. То се није остварило, већ је правоснажном пресудом о разводу мотив отпао, те је уговор о поклону остао без основа (мотив улази у поље каузе) и у смислу чл. 52 ЗОО је ништав.“¹³²³

Теоретичари породичног права истичу да за поклон закључен између супружника и његовог сродника (нпр. са мајком) или супружника и сродника другог супружника (нпр. са свекром/таштом) или између супружника и трећег лица (нпр. са пријатељем) као и када је поклон учињен ван брачне заједнице (нпр. у фази предбрачне романтике), важе општа правила облигационог права,¹³²⁴ што значи да треће лице нема право на повраћај поклона због развода.

Најжешћи критичар права трећег лица на опозив је С. Бачић. Проширење права на треће лице у случају развода дерогира већ етаблирано становиште да опозив могу да траже само супружници. Ради се о погрешном тумачењу ЗОО, угрожава се правна сигурност. Смисао чл. 62 ЗОО (заблуда о мотиву) није да се фактички омогући трећим лицима опозив. То је могуће у таксативним случајевима, а изузеци се уско тумаче. Не може се говорити о заблуди о будућој неизвесној чињеници, као што је развод. Друга је ствар ако је уговорен раскидни услов у случају развода, али ту се не ради о опозиву или поништењу. Право родитеља да у случају развода опозове поклон противно је начелу да сваки учесник у промету мора показати дужну пажњу, јер је развод честа појава и поклањању се мора приступити са опрезом. Ако се прихвати ово поступање судова као принцип, треба дозволити опозив у следећем случају: један пријатељ поконио је другом, мислећи да ће њихово пријатељство дуго трајати. Након свађе поклонодавац тражи поништај или опозив, јер је поконио из побуда учвршћења пријатељства за које је очекивао да ће бити дуготрајно или пак доживотно. То је неприхватљива логика и неопходно је кориговање праксе. Трећим лицима не треба дозволити поништај уговора о поклону у случају развода (практично опозив).¹³²⁵ Мишљење С. Бачића теоријски је правилно, али је у пракси тешко оправдати да бивши супружник задржи поклон сродника свог некадашњег партнера.

Смрт партнера нема утицај на поклон трећег лица. У једном случају новац за куповину аутомобила дали су родитељи тужитељице. Спорно је да ли је ово даровање

¹³²² Окружни суд у Суботици, Гж. 967/03 од 30.12.2003. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 507.

¹³²³ Врховни суд Србије, Рев. 2656/98. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 168.

¹³²⁴ Слободан Панов, Породично право, стр. 691.

¹³²⁵ Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 508-507.

извршено само једном ванбрачном другу – тужитељици, па то представља њену посебну имовину, или је даровано тужитељици и њеном, сада покојном ванбрачном супругу. Спор се води између ћерке поклонодаваца и наследника њеног партнера. Утврђено је да је даровање родитеља тужитељице са којима је покојни био у изузетно добрим односима извршено у корист њих обоје. Тужитељица је сувласница 1/2 аутомобила. „Околност да су тужитељица и њен ванбрачни супруг удовољавали жељама поклонодаваца тако што су их превозили, те да преминули то више није у могућности, нема значај раскидног услова због којег уговор о даровању престаје важити, како то погрешно сматра тужитељица“.¹³²⁶

Правну природу враћања поклона трећем лицу аутори посматрају различито. По једнима је реч о стицању без основа, по другима о негативном раскидном услову јер се поклон даје због брака и да траје, а не да се разведе. По трећима, суштина лежи у незахвалности као општем разлогу за опозив поклона. Судска пракса се позива на правила о мотиву и основу.¹³²⁷ *De lege ferenda*, судбину поклона трећег лица у случају престанка брака треба одредити Преднацртом.

3. Веренички поклон

3.1. Упоредноправни осврт

Да је поклањање ванправна друштвена сфера, најбоље доказује чињеница да вереници не размењују чешће и лакше прстење у државама где им је право на повраћај загарантовано.¹³²⁸

Француски СС не познаје веридбу као породично-правни институт, али предвиђа враћање дара у случају неуспешног обећања брака (чл. 1088 СС).¹³²⁹

У италијанском праву поклон *ante-nuptias* производи дејство тек након венчања.¹³³⁰ Престанком брака престаје и поклон.¹³³¹

У шпанском праву поклон *ante-nuptias* је без дејства уколико се брак не закључи у року од 1 године. Није реч о опозиву, већ о аутоматском престанку јер је разлог тј. основ поклона нестао. Престанак заједнице живота, развод или поништење брака на поклон трећег лица делују као неиспуњење терета ако се разлози могу приписати у кривицу

¹³²⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 879/1992-2 од 17.06.1992. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹³²⁷ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 168.

¹³²⁸ Reid Kress Weisbord, Peter DeScioli, *The Effects of Donor Standing on Philanthropy: Insights from the Psychology of Gift-Giving*, стр. 273.

¹³²⁹ Вилим Боучек, Заручни статут у хрватском међународном приватном праву, стр. 716.

¹³³⁰ Синоним је *Donatio Propter Nuptias*: поклон због брака.

¹³³¹ Ramona Moldovan, *Aspects Regarding The Revocable Character of The Donation Between Spouses*, стр. 3-4.

поклонопримцу. Занимљиво је што се остајање у браку посматра као терет. Престанак брака због *mala fides* супружника-поклонопримца спада у незахвалност.¹³³²

У мађарском праву веридба је „потпуно чињенични правни однос“ чији престанак може резултирати враћањем дарова.¹³³³

У хрватском праву раскид зарука повлачи враћање дарова између заручника међусобно и заручника и блиских рођака.¹³³⁴

Грађански законик Калифорније прописује да вереник који одбије закључење брака враћа поклон другом веренику ако је то, узимајући у обзир околности случаја, правично (§ 1590).¹³³⁵

3.2. Римско право

Предбрачни поклон је посебно уређен. У класичном периоду је био пуноважан само ако би уследило венчање. Смрт вереника повлачи враћање. Константин је модификовао ово правило тако да је вереница задржавала половину поклона. Наредном реформом поклон малолетној вереници остаје на снази и ако је заснован на простом споразуму, без писане форме и предаје. Правило је уведено да она не претрпи штету због неискуства.¹³³⁶

До имовинских односа између вереника долазило је и пре брака. Иако је римско право забрањивало даровање између супружника, рано се установио обичај међусобног даривања вереника. Посебну важност имао је прстен, који је поклањао верник. То није обичан дар, већ је за друштво знак и гаранција будућег брака.¹³³⁷

Вереник или његов отац дарују вереницу како би се створила имовина за трошкове будућег брака и како би се осигурала жена за случај престанка брака, разводом или смрћу. Поклон није одмах припадао жени, већ тек ако је брак престао без њене кривице. У случају смрти мужа, поклон су наслеђивала деца, а жена је имала само право плодуживања.¹³³⁸

У посткласичном периоду, развојем породице мења се имовински статус вереника, они донекле стичу имовинску независност. Вереници су дужни да пре венчања обезбеде средства неопходна за будући заједнички живот. Посткласично право је у ова средства убрајало две сасвим независне имовинске целине. То су били: *мираз* (*dos*) и предбрачни

¹³³² Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 17-18.

¹³³³ Вилим Боучек, *Заручни статут у хрватском међународном приватном праву*, стр. 716.

¹³³⁴ Вилим Боучек, *Заручни статут у хрватском међународном приватном праву*, стр. 725.

¹³³⁵ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 18-19.

¹³³⁶ Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, стр. 223.

¹³³⁷ Марија Игњатовић, *Sponsalia у римском праву*, стр. 136.

¹³³⁸ Марија Игњатовић, *Sponsalia у римском праву*, стр. 141-142.

поклон (*donatio ante nuptias*). По обичају, вредност мираза је пропорционална вредности веридбеног поклона.

Ако брак изостане, постојала је могућност да се кондикцијом тражи враћање дара. У предбрачном поклону лежи споразум по коме поклонодавац губи поклон ако неоправдано раскине веридбу. Константин није поклањао пажњу разлозима који доводе до одбијања брака. Међутим, правила се разлика између ствари неопходних за живот и луксузних поклона.¹³³⁹

Константин је укинуо самосталност вереника у погледу одређивања поклона и забранио поклоне који су били декларисани неопозивим. Он је прогласио веренички поклон правним актом. Уколико би следио брак предбрачно даривање је имало правну потврду, обрнуто, поклон се поништавао. Касније је увео опште правило да смрт вереника окончава поклон, без обзира да ли је покојник поклонодавац или поклонопримац. Међутим, предвидео је један занимљив изузетак. Ако је „вереник љубио вереницу“, а потом је дошло до његове смрти, она је дуговала само половину вереничког поклона.¹³⁴⁰

3.3. Домаће право

Према Закону о браку из 1894. примењиваном у Војводини, неоправдани раскид веридбе повлачи грађанску одговорност за накнаду проузроковане штете (чл. 3). За вереника који је без основаног разлога одустао, као и за вереника који другој страни да основан разлог да одустане, настајале су следеће обавезе.¹³⁴¹ Он је дужан да врати све дарове поводом веридбе. Уколико није у могућности да врати примљено, дугује вредност до висине свог окоришћења. Обећање поклона од стране вереника или његових сродника губило је сваку важност.¹³⁴² Кривица је била релевантна.

У савременој судској пракси, поклон *ante-nuptias* се у случају пропасти веридбе поништава на основу правила ЗОО о мотиву. Тако један суд констатује: „Тужилца је непокретности пренела на туженог, тако што је знајући за праву вредност, закључила са њим уговор о продаји за цену осам пута нижу од праве цене. Овако је поступила очекујући брак, што је тужени обећао. Венчање је било тужиљин мотив за закључење уговора о продаји, који је уствари уговор о поклону, па мотив улази у основ. Изосталим закључењем брака мотив је отпао, па је спорни уговор остао без основа и ништав је у смислу чл. 52

¹³³⁹ Марија Игњатовић, *Sponsalia* у римском праву, стр. 151.

¹³⁴⁰ Марија Игњатовић, *Sponsalia* у римском праву, стр. 151-154.

¹³⁴¹ Ово подсећа на решење из чл 30 ЗОО о преговорима. Као што преговори претходе уговору, тако веридба претходи браку.

¹³⁴² Олга Цвејић-Јанчић, *Брачно право у Војводини између два светска рата*, стр. 36.

ЗОО.¹³⁴³ Иако је резонување суда спорно са аспекта теорије, у суштини је одлука правична.¹³⁴⁴

Кривица за пропаст веридбе није релевантна. У једној парници тужилац и тужена су живели у ванбрачној заједници. Тужени је поклонио са очекивањем да заснује брак. Суд је утврдио да је поклон ништав према чл. 52 ЗОО јер: „До брака није дошло, па је отпао основ (поменуто очекивање тужиоца је мотив и представља основ). За исход спора није од значаја да ли је ванбрачна заједница престала кривицом тужене или тужиоца, него је одлучујуће да је отпао основ“.¹³⁴⁵

По једном мишљењу, прави се разлика између поклона блиских сродника и поклона трећих лица. Ако је поклон учињен обзиром на пројектовани брак, а венчање изостане, поклон је ништав, јер је главни и одлучујући мотив био будући брак. Иначе би дошло до неоснованог обогаћења, пошто се основ није остварио. Али и у том случају вереници задржавају добијено од својих блиских сродника, јер ту још увек постоји довољно основа за дарожљивост родитеља према деци, односно „давање није извршење правне обавезе“.¹³⁴⁶ Дакле, поклон родитеља остаје поклонопримцу, а поклони трећих се враћају. Мишљење треба узети са резервом јер је и родитељ поклонио због брака.

Отворено је питање да ли је правило из чл. 190 ПЗ о враћању поклона након престанка брака, по аналогији применљиво на поклон веренику, односно ванбрачном партнеру. Хрватски Врховни суд је заузео став да се посебни пропис о враћању дара у случају развода или поништења брака не примењује на „изванбрачне другове и на особе које нису оствариле намеру закључења брака“.¹³⁴⁷ De lege ferenda, можда треба уредити пропаст веридбе као посебан разлог за престанак поклона, самостално или у склопу резидуалног права.

3.4. „Романтичан поклон“

У овом делу представљен је приступ прилично различит од уобичајених у домаћој доктрини. Правни проблем се анализира из психолошко-социолошке перспективе. „Романтични поклон“ се даје током забављања или после веридбе, али пре венчања.

¹³⁴³ Врховни суд Србије, Рев. 2877/93 од 8.9.1993. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, стр. 504.

¹³⁴⁴ Код враћања поклона трећем лицу због престанка брака, став С. Бачића илуструје другу крајњост: теоријски исправно резонување даје неправичан резултат у пракси.

¹³⁴⁵ Окружни суд у Ужицу, Гж. 1154/07 од 23.1.2008. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 164.

¹³⁴⁶ Момчило Курдулија, Поклон учињен брачним друговима од стране блиских сродника, стр. 55.

¹³⁴⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 1171/1993-2 од 19.5.1993. Извор: <http://www.vsrh.hr>

3.4.1. Теорије о враћању поклона

Када због прекида везе поклонодавац захтева поклон назад, суд се позива на једну од пет теорија: условни поклон, обезбеђење, consideration, неправично обogaћење, грађанска превара. Прве три теорије (објективне) романтични поклон третирају као нарочиту врсту поклона, различиту од типичног. Понашање, кривица и моралне грешке уговарача нису релевантни. Преостале две теорије (субјективне) узимају у обзир кривицу и непоштење, па носе и моралну осуду.¹³⁴⁸ Теорија о неправичном обogaћењу сагледава шире односе и понашање обе стране. Теорија преваре фокусира се на поступке поклонопримца.¹³⁴⁹

Амерички суд почиње анализу питањем да ли је поклон учињен због обећања брака. Поклони учињени да би се повећале поклонодавчеве шансе су неопозиви, ако поклонопримац ипак није обећао брак. Када пар започне разговоре о браку, било то након неколико недеља или неколико година, то је знак да су обе стране заинтересоване за озбиљну везу. Зато што различите везе напредују различитим брзинама, обећање брака је користан показатељ како се веза развијала.¹³⁵⁰ Лажно обећање брака је индикатор поклонопримчеве кривице – он је смишљено измамио поклон. Расправа о обећању брака изазива саосећање пороте са поклонодавцем и презир према луковом поклонопримцу.

Теорија о условном даровању је доминантна и најпознатија. Поклон се враћа без обзира ко је и зашто раскинуо веридбу. Поклонопримац је можда имао најбоље намере, али поклон је дат условно, а услов се није испунио. Теорија се примењује на различите поклоне, укључујући новчане.¹³⁵¹

По другој теорији, поклон се посматра као средство обезбеђења, симбол да је брак договорен. Споредни посао прати судбину главног. Ова теорија превасходно важи за веренички прстен.¹³⁵²

Узимајући у обзир дихотомију поклона и уговора, на први мах чуди што се судови окрећу доктрини consideration, када сматрају да је враћање поклона праведно. Поклон се посматра као consideration за брак. Ако венчање изостане, „уговорна“ обавеза је повређена и поклон се враћа.¹³⁵³ У преседану Lambert Vs. Lambert обдарена је обећала удају поклонодавцу који је, поред многих покретних ствари, поклонио и своју фарму. Након њеног одбијања, он је тражио поклоне назад, јер је „лажно обећање брака било само

¹³⁴⁸ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 13.

¹³⁴⁹ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 5.

¹³⁵⁰ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 15.

¹³⁵¹ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 16.

¹³⁵² Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 17.

¹³⁵³ James Gordley, The Enforceability of Promises in European Contract Law, стр. 341.

средство да се докопа његове имовине”. Суд је пресудио да поклонопримац задржи покретне ствари „као накнаду за услуге“, не прецизирајући о каквим услугама је реч, али је фарму вратио поклонодавцу. Брак је уговор, обећање венчања је consideration за пренос на поклонопримца. Одбијањем венчања отпада consideration. Уместо да примора поклонопримца на закључење брака, суд га приморава на враћање поклона. Ова теорија је данас превазиђена.¹³⁵⁴

„Неправично обogaћење“ је најадекватнија од свих теорија. Претходне судске конструкције и правне фикције (теорија услова, обезбеђења, consideration) поклону импутирају значење које он нема. Поклонопримчеву превару (пета теорија) је тешко доказати, јер захтева анализу мотива и психичког стања уговарача. Неправично обogaћење нуди најједноставније објашњење зашто у одређеним случајевима треба вратити поклон. Ова теорија омогућава повраћај исте вредности која је поклоном пренета, нема награде за поклонодавца нити казне за поклонопримца. Судовима „неправично обogaћење“ одговара зато што парница не залази у психологију странака, њихову искреност и поштење, нарочито када је недозвољени утицај на поклонодавца тешко утврдити. Судови примењују ову теорију и у случајевима када је поклонопримац већ у браку и у прељуби са поклонодавцем; када је поклонопримац својом кривицом прекинуо везу, или симулирао брачну вољу да би издејствовао поклон. Иако теорија не потенцира неморално или погрешно понашање поклонопримца, судови често његове грешке или несавесност користе као аргумент да покажу неправичност.

Преседан Sharp Vs. Kosmalski илуструје неколико одлика ове теорије. Поклонодавац је необразован 56-годишњи фармер, поклонопримац је 16 година млађа учитељица. После одређеног периода забављања она је одбила његову просидбу, али су остали у вези током које је он обасипао поклонима, у нади да ће се она предомислити. То је кулминирало давањем пуног приступа текућем рачуну и поклањањем фарме. Убрзо је учитељица нагло прекинула везу и избацила га са имања. Суд је закључио да је између странака постојао однос поуздања и поверења који је тужена злоупотребила. Суд је сугерисао да је софистицирана, промишљена жена искористила сиромашног, скромног фармера и уништила га. Наглашена је њена кривица, превара и издаја. Предност неправичног обogaћења је то што суд може да наложи повраћај поклона и онда када не може да утврди злу намеру поклонопримца потребну за превару, али је у прилици да критикује његове поступке. Фарма је враћена поклонодавцу.¹³⁵⁵

¹³⁵⁴Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 17-18.

¹³⁵⁵ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 20-24.

3.4.2. Неоправданост опозива

Претпоставимо да је романтичан поклон неопозив, те обе стране знају да нема повраћаја. Сигнална функција таквог поклона је јасна: поклонодавац верује у успех везе, у супротном не би у њу инвестирао поклон. У режиму који дозвољава опозив, сви знају да се поклон враћа ако веза пропадне па је сигнална функција поклона ослабљена. Код „неправичног обogaћења“ сигнална функција је нешто другачија. Суд узима у обзир понашање обе стране, па поклонодавцу није загарантован повраћај. Код „преваре“ ситуација је обрнута, ова теорија првенствено испитује поклонопримца.¹³⁵⁶

У случају *United States Vs. Shea Saenger*,¹³⁵⁷ суд није испитивао евентуалну поклонодавчеву корист из везе са Saenger. Њену пажњу очигледно је врло ценио, нарочито ако је био усамљен. Можда би такво испитивање било морално увредљиво. Међутим, замислива је ситуација да поклонодавац више вреднује поклонопримчеву афекцију него своју животну уштеђевину. Не зна се колико је, упркос манипулацији и лажима, Saenger осветлила његов живот. Ипак, сасвим је јасно да због јавног поретка и морала слично искоришћавање треба сузбити. Опозивом се овде више штити јавни интерес, него сам поклонодавац. Суштина овог случаја је његова рањивост.¹³⁵⁸

Слично резонује Н. Стојановић поводом поништења уговора о доживотном издржавању. Тај уговор закључује старо и оболело лице када „затаји“ пажња, подршка и помоћ сродника. Прималац издржавања располаже својом имовином рачунајући на узвратну бригу и старање. Он закључује уговор јер је то најбоље решење за њега, те није оправдано да се уговор поништава јер је он личне интересе ставио испред интереса својих наследника и њихових претензија према заоставштини. Треба заштитити потпуну слободу примаоца издржавања да располаже својом имовином.¹³⁵⁹ Изнети ставови примењиви су и на поклон, тим пре што постоји опозив због повреде нужног наследног дела. Олако поништавање поклона одговара наследницима, али тиме се газди поклонодавчева слобода уговарања.

Што је „копач злата“ очигледнији и отворенији,¹³⁶⁰ то га очекује већи друштвени презир, али веза ће бити срећнија и мање су шансе да поклонодавац буде виктимизован.¹³⁶¹ Претпоставимо да је поклонопримац започео везу из чисто материјалних разлога. Он може

¹³⁵⁶ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 35-37.

¹³⁵⁷ Кривично осуђен поклонопримац, случај приказан у делу о превари.

¹³⁵⁸ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 40.

¹³⁵⁹ Зоран Ђирић, Наташа Стојановић, Неке дилеме око поништаја уговора о доживотном издржавању, стр. 612-613.

¹³⁶⁰ „Gold digger“, колоквијални превод: лице које је са неким у вези из материјалног интереса.

¹³⁶¹ Ruth Sarah Lee, *A Legal Analysis of Romantic Gifts*, стр. 5.

бити мање или више отворен према поклонодавцу, могућа су три сценарија. У првом, поклонопримац отворено саопшти поклонодавцу свој мотив или постоји прећутни споразум. Поклонодавцу је познато зашто је поклонопримац са њим у вези. Ако процени да друштво вреди поклона он ће одржавати везу, окончаће је ако сматра да је „цена“ превисока. Други сценарио: поклонопримац је затворен у погледу својих намера, можда му не прија друштвена осуда или страхује да ће уплашити поклонодавца. Посредно, стално наглашава значај поклона, „да ме стварно волиш, купио би ми...“. Мудар поклонодавац схватиће о чему се ради, мање опрезан неће и тако настаје асиметрија информисаности. Трећи сценарио је најопаснији. Поклонопримац таји своје праве намере, инсистира да је ту из љубави, а не због новца. Поклонодавац је ментално или из другог разлога неспособан да прозре истину, није у стању да заштити своје интересе. Ако поклонодавац не зна поклонопримчеву праву намеру, он не може да процени да ли је веза вредна цене.¹³⁶² Искрени „копач злата“ је мање опасан од прерушеног. Суд одлуку о опозиву треба да донесе узимајући у обзир карактер везе и међусобну обавештеност о намерама друге стране. У романтичним везама људи се руководе емоцијама и поступају другачије него у нормалним околностима.¹³⁶³

Опозив романтичног поклона је нормативни проблем који захтева ванправну анализу. Млада жена понекад избегава старијег мушкарца да је његова породица не би оптужила за превару, а друштво осудило. Слична је ситуација у везама где постоји велика разлика у имовном стању. Лице које се боји друштвене осуде, избегаваће везу иако искрено воли другу страну. Ослањање искључиво на правна правила је погрешно.

¹³⁶² Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 43-44.

¹³⁶³ Ruth Sarah Lee, A Legal Analysis of Romantic Gifts, стр. 47-48.

Глава VIII

ПРЕСТАНАК ПОКЛОНА МИМО ТРАДИЦИОНАЛНИХ РАЗЛОГА ЗА ОПОЗИВАЊЕ

Поред специфичних разлога за престанак поклона, као што су оскудица и незахвалност, он престаје и по правилима важећим за уговоре уопште. Међутим због посебности поклона, ови „убичајени разлози“ ипак имају исходе који захтевају детаљнији приказ. Те ситуације најчешће су предмет општег дела уговорног права, мада је оно превасходно скројено за теретне уговоре. Зато су се и у законодавству и у судској пракси појавиле неке нове идеје и теорије (нпр. опозивање на поклонопримчев захтев због несаобразности предмета поклона).

1. Споразумни раскид

Уколико је поклон закључен као консенсуалан уговор, може престати споразумом уговарача, после закључења а пре испуњења.¹³⁶⁴ Поклонодавац се ослобађа обавезе. Ако је закључен као реалан уговор, не може се говорити о споразумном раскидању, већ о закључењу новог уговора о поклону између истих лица, са промењеним улогама, односно о повраћају по том основу. Споразумни раскид делује *pro futuro*.¹³⁶⁵ Чини се да су уместо „консенсуалан уговор“ и „реалан уговор“, адекватнији термини „писани уговор“ и „поклон закључен предајом“ или „ручни поклон“.

Специјална врста споразумног раскида постоји када је уговором остављена опција једној страни да својом вољом уговор раскине. Заправо у том случају, страна која такву привилегију даје сауговарачу, већ је дала позитивну изјаву у погледу споразумног раскида, а опстанак уговора је у дискрецији привилегованог. Ово питање је у вези са принципом специјалне неопозивости. По једном мишљењу, уговарачима је омогућено да предвиде могућност раскида поклона од стране поклонодавца и без икаквог разлога.¹³⁶⁶ Уговарачи могу уговорити право поклонодавца да пре извршења једнострано раскине уговор по слободној вољи.¹³⁶⁷ Судови ову могућност дозвољавају ако је орочена. У том смислу у

¹³⁶⁴ Илија Зиндовић, Облигационо право - посебни део, стр. 79.

¹³⁶⁵ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 66.

¹³⁶⁶ Богдан Лоза, Облигационо право, стр. 78.

¹³⁶⁷ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 174.

једној пресуди стоји: „Није допуштено уговарање права на једностранни раскид уговора у корист једне уговорне стране, без временских ограничења.“¹³⁶⁸

М. Ђурђевић је опрезнији, таква клаузула би била пуноважна ако није супротна јавном поретку, а раскид делује убудуће.¹³⁶⁹ М. Мијачић сматра да принцип слободе уговарања допушта уговарачима да у самом уговору предвиде могућност једностраног раскида из тачно одређеног разлога, нпр. пуноважна је одредба о повраћају ако поклонопримац умре пре поклонодавца. Клаузула супротна јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима је неважећа. Неважећа је клаузула да поклонодавац има право на раскид ако поклонопримац отуђи поклоњену ствар или је завешта лицу које није његов законски наследник.¹³⁷⁰ Према томе, М. Мијачић је захтевнија, мада она говори о раскиду реализованог поклона (опозиву).

2. Раскид поклона од стране поклонодавца

У класичном периоду, због могућности стављања приговора и других процедуралних средстава заснованих на *Lex Cincia*, поклонодавац је могао одбити испуњење преузете обавезе, а некад и извршити повраћај датог. Поклон се разликовао од осталих послова, код којих моментом закључења настају обавезе једнострано непроменљиве и неукидиве.¹³⁷¹

Најстарије оружје поклонодавца је био приговор. Он је штитио од захтева за испуњење изнуђеног поклона, међутим није био од користи у ситуацији када је поклон већ предат. Заштиту је допунила кондикција омогућивши поклонодавцу да поврати реализовани поклон.¹³⁷²

Данас, у одсуству изричито уговореног права на раскид, поклон се може једнострано раскинути искључиво у случајевима предвиђеним законом. У наставку се дакле, описују случајеви који не спадају у круг традиционалних разлога за опозив.

2.1. Осиромашење поклонодавца пре испуњења

У римском праву развијен је приговор *Beneficium Competentiae*. Поклонодавац је могао одбити испуњење обавезе ако она превазилази његове материјалне могућности. Ко

¹³⁶⁸ Врховни суд БиХ, Рев. 667/86 од 28.9.1987, Билтен ВС БиХ 4/87. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 174.

¹³⁶⁹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 218.

¹³⁷⁰ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 67.

¹³⁷¹ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 82.

¹³⁷² Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 64.

се по основу поклона обавезе, осуђује се на онолико колико може да плати.¹³⁷³ У случају поклона преузимањем туђег дуга, поклонодавац није имао ту погодност, јер би поклонопримчев поверилац био оштећен.¹³⁷⁴

У швајцарском праву поклонодавац има право да раскине обећање поклона или одбије захтев за испуњење из три разлога: 1) због промене материјалне ситуације услед које је поклон постао изванредно тежак; 2) због нових, знатно тежих породичних прилика; 3) због судске исправе о неизмиреним дуговима или отварања стечаја (чл. 250 CdO).¹³⁷⁵ Раскид се остварује вансудски, изјавом поклонопримцу. Уговор престаје *ex tunc*. Ако се поклонопримац супротстави и тужи поклонодавца за испуњење, тек онда суд утврђује оправданост раскида.¹³⁷⁶ Раскидање поклона пре испуњења, због промењене материјалне ситуације, могло би се објаснити теоријом о прећутној клаузули *rebus sic stantibus*.¹³⁷⁷ Сваки уговор обавезује само ако околности остану исте. Претерани напори или издаци дају право на модификацију или евентуално раскид. Релевантна је само поклонодавчева оскудица након закључења уговора, уколико је она постојала и раније нема потребне промене.¹³⁷⁸ ГКРФ изгледа да нема одредбе о повраћају реализованог поклона због осиромашења, поклонодавац једино може ускратити испуњење под одређеним условима.

У српском праву, поклонодавац који нема довољно средстава за живот или за издржавање лица које је по закону дужан да издржава, може раскинути уговор пре извршења (чл. 675 ПН / чл. 518 Скица). Осиромашење није само разлог за опозив, већ и разлог за једнострани раскид пре испуњења. У хрватском праву, поклонодавац има могућност да користи ово право једино до доспелости његове обавезе (чл. 492 ХЗОО). Ј. Чувелјак сматра да ће, због временског ограничења, одустанак у пракси бити редак.¹³⁷⁹ *Beneficium competentiae* је оправдан јер се због осиромашења опозива и извршени уговор („ко може више, може и мање“).

2.2. Поклонопримчева доцња

Поверилац долази у доцњу ако без основаног разлога одбије да прими испуњење или га својим понашањем спречи. Дужник може предмет чинидбе депоновати код суда, трећег лица или продати. Поставља се питање да ли поклонопримац може запасти у поверилачку

¹³⁷³ D. 39,5,12 (Ulp. 3 disp.). Извор: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest39.shtml>.

¹³⁷⁴ Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 141.

¹³⁷⁵ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 220.

¹³⁷⁶ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 220.

¹³⁷⁷ Ова теорија традиционално важи за узајамне уговоре и служи да се заштити једнакост узајамних давања. Пошто код поклона нема еквиваленције, она је искључиво у служби поклонодавца.

¹³⁷⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 221.

¹³⁷⁹ Јелена Чувелјак, Уговор о даровању (2006), стр. 13.

доцњу. Продаја предмета поклона и депоновање новца најчешће не долази у обзир, јер то свакако није била намера поклонодавца. Када обавеза гласи на чињење, дужник има право да одустане од уговора.¹³⁸⁰ Међутим, *facere* се оспорава као предмет поклона.

DCFR прописује сасвим конкретне обавезе поклонопримца, што је свакако новина. Поклонопримац је дужан да прихвати поклоњену ствар и омогући пренос својине (IV.N. – 3:301). Ову обавезу испуњава предузимањем свих активности које се разумно очекују, како би омогућио поклонодавцу испуњење обавезе да ствар преда и пренесе право. Илустрација: Поклоњена је ловачка пушка. Поклонопримац је дужан да прибави дозволу за оружје, како би поклонодавац могао да испуни своју обавезу. Поклонопримац је дужан да обезбеди услове за пренос својине. Илустрација: Поклоњено је штене. Штене је вакцинисано и ветеринар је издао потврду о здрављу. Поклонодавац доноси штене поклонопримцу, али он одбија да га прими, чиме онемогућава поклонодавчево испуњење.¹³⁸¹

Обим поклонопримчевих обавеза варира. Поклонопримац нема обавезу да прихвати поклоњену ствар и пренос својине у случају поклона једностраном изјавом поклонодавца. Са друге стране, обавеза поклонопримца у пословима „који нису потпуно бесплатни“, није ограничена само на прихват ствари и стварање услова за пренос својине, већ може бити шира.

У случају доцње поклонопримца, сходно се примењују општа правила DCFR: Одбијање ствари и Одбијање новца (III. – 2:111 и III. – 2:112, сходно IV.N. – 3:401). Поклонодавцу стоје на располагању и лекови због неиспуњења (Књига III, Поглавље 3). Он може депоновати или продати ствар. Илустрација: Лице Б не жели да прихвати поклоњени аутомобил. Поклонодавац А га може продати и исплатити поклонопримцу добијену цену. Ако Б не прихвата новац, примењују се правила о одбијању новца (III. – 2:112).¹³⁸² Најзад, поклонопримчево ускраћивање сарадње је разлог за раскид. Поклонодавац може раскинути поклон по условима из члана „Раскид због неиспуњења“ (III. – 3:502), због грубе, намерне, безобзирне повреде поклонопримчевих обавеза. За разлику од случаја када поклонопримац раскида поклон (обрађен у наставку), овде нема реституције. Поклонодавац има и право на накнаду штете под посебним условима.

Тешко је одредити правну природу ситуације када поклонодавац не може да испуни своју обавезу због понашања поклонопримца. Да ли се ту ради о дужничкој доцњи пошто су обавезе поклонопримца таксативно прописане, или о поверилачкој доцњи по општим

¹³⁸⁰ Јаков Радишић, *Облигационо право*, стр. 336.

¹³⁸¹ Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2855.

¹³⁸² Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, стр. 2857. Тешко је оправдати оваква решења, јер нису у складу са друштвеном димензијом поклона.

правилима? Прихватање прве идеје значи да поклон није једнострано-обавезујући уговор, мада свакако не постаје синалагматичан.

2.3. Промењене околности

Клаузула *rebus sic stantibus* традиционално важи за теретне уговоре јер штити начело еквиваленције узајамних давања. Како поклон обележава нееквиваленција, утицај промењених околности на поклон не може се објаснити на класичан начин. Ако су у ПН одредбе о промењеним околностима систематизоване у делу о теретним уговорима (као у ЗОО), онда не важе за поклон. То је неправично, јер нема разлога да услед промењених околности поклонодавац ужива мању заштиту него нпр. продавац.

2.3.1. Упоредно право

У руском праву, поклонодавац има право да ускрати испуњење своје обавезе, ако се након закључења уговора, материјално, породично или здравствено стање поклонодавца променило у тој мери да испуњење обавезе у новим околностима значајно угрожава његов квалитет живота (стандард). Поклонодавац има право да ускрати испуњење и ако искрсну разлози из чл. 578 (Незахвалност), који регулише повраћај реализованог поклона. У наведеним случајевима поклонопримац нема право на накнаду штете због неиспуњења (чл. 577 ГКРФ). Дакле, није релевантно само осиромашење, него и неке друге околности (породично и здравствено стање). Ово флексибилније решење слично је резидуалном праву из DCFR, мада је тамо реч о опозиву тј. враћању, а овде о ускраћивању испуњења тј. раскиду.

Отвара се питање да ли је непредвидљивост нових околности услов да поклонодавац одбије испуњење. Поклонодавац који је могао да предвиди промену не треба да ужива ово право. Такође, треба узети у обзир да ли је до промене дошло намерно или грубом непажњом поклонодавца.¹³⁸³

Поред нових околности традиционално обухваћених клаузулом *rebus sic stantibus*, постоје и другачије промене које је неправично занемарити. Оне настају убрзо након закључења, па и реализације поклона. Након терористичког напада авионима на небодере у Њујорку, бројни поклонодавци (физичка и правна лица) из солидарности су поклонили фонду намењеном жртвама. У кратком року сакупљено је енормно много новца. Због таквог развоја, многи су желели да се део новца сачува за неку будућу катастрофу. Промењене околности (велики одзив добротвора) постале су очигледне убрзо након закључења, али

¹³⁸³ Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, стр. 93.

није постојао начин да се прилози врате. Бројност поклонодаваца онемогућила је да се средства преусмере, јер су постојале различите идеје.¹³⁸⁴

Релевантне су и промене дуго након реализације поклона. До њих долази обично након поклонодавчеве смрти. Услед промене, циљ уговора постаје бесмислен или неостварив. Фонд за финансијску помоћ ветеранима 2. светског рата у једном тренутку остаће без корисника. Поклон намењен дипломцима одређене школе постаће узалудан када се школа затвори. Поклон ради заштите угрожене врсте обесмишљен је ако она изумре. Као што у 19. веку Интернет био незамислив, тако данашњи добротвор не зна шта долази за 100 година.¹³⁸⁵

У Србији је 2014. настала слична ситуација када су многобројним прилозима сакупљена значајна средства за помоћ девојчици која је умрла пре операције у иностранству. Јавно мњење било је врло заинтересовано за судбину неутрошеног поклоњеног новца. Такви поклони превазилазе личну сферу и указују на тешкоћу како јединствено регулисати хетероген друштвени однос какво је поклањање (у овом случају добротвори не познају поклонопримца, а поклања се углавном блиском лицу).

2.3.2. Домаће право

Око примене правила о раскиду или измени уговора због промењених околности (чл. 133 ЗОО) на уговор о поклону, домаћа судска пракса је неуједначена. У једној пресуди ВСС је одлучио негативно: „Могућност побијања уговора због промењених околности, у смислу чл. 133 у вези чл. 15 ЗОО, предвиђена је код двострано-обавезних уговора, када се ремети начело једнаке вредности узајамних давања. Како се код поклона ради о једнострано-обавезном уговору, он се не може побијати због промењених околности.“¹³⁸⁶ Реч „побијање“ је употребљена погрешно, реч је о раскиду. Међутим, постоје и супротне одлуке. Тако у једној стоји: „Тужилац је туженом поклонио непокретности, а тужени је по овом уговору исплатио тужиоцу одређени износ новца, да би тужилац откупио стан у којем је становао. Међутим, тужилац не само да није могао откупити наведени стан, јер није био носилац станарског права ни закупац, већ је из истог исељен. Нижестепени судови су закључили да је сврха наведеног уговора била решавање стамбених потреба тужиоца, који ту сврху није остварио, те стога има право да тражи раскид уговора због промењених околности. На овако утврђено чињенично стање правилно су судови применили

¹³⁸⁴ Susan Gary, *The Problems With Donor Intent: Interpretation, Enforcement, and Doing The Right Thing*, стр. 1010.

¹³⁸⁵ Susan Gary, *The Problems With Donor Intent: Interpretation, Enforcement, and Doing The Right Thing*, стр. 1011.

¹³⁸⁶ Врховни суд Србије, Рев. 4070/97 од 6.1.1998, Актуелна судска пракса (2006), стр. 120.

материјално право (чл. 133 ЗОО) када су раскинули уговор о поклону, јер је тужилац био мотивисан да закључењем тог уговора откупи стан, што није успео. По наведеном пропису, ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине.¹³⁸⁷

Са једне стране, правило о раскиду због промењених околности важи само за двострано-обавезујуће уговоре. Ј. Радишић га обрађује у поглављу уџбеника о узајамним уговорима, а до истог закључка се долази системским тумачењем ЗОО, јер су чл. 133-136 о промењеним околностима у одсеку 5: „Двострани уговори“. Са друге стране, замисливе су ситуације где је оправдано и правично раскинути уговор о поклону због промењених околности. Осим тога, упоредно право прихвата такво решење, додуше уз одређена ограничења. Ту могућност треба оставити само за неиспуњен поклон. Опозивање реализованог поклона није прихватљиво.

3. Раскид поклона од стране поклонопримца

ЗОО предвиђа раскид због неиспуњења само код двострано-обавезујућих уговора. У случају дужничке доцње код узајамних уговора поверилац има право да одустане од уговора (чл. 124-132 ЗОО). Поставља се питање да ли ово право има и поклонопримац када поклонодавац доспе у дужничку доцњу. Теоријски посматрано, поклонопримац може, уколико поклонодавац не испуни своју обавезу, да раскине уговор због неиспуњења, мада за то не би имао никакав практични интерес.¹³⁸⁸ Упоредно право и доктрина обрађују овај проблем доводећи га у везу са саобразношћу поклона. То је новина, јер се проблем саобразности првенствено везује за теретне уговоре.

Традиционално, поклонодавац не гарантује за материјалне и правне недостатке предмета поклона. Поклону се у зубе не гледа. Међутим, DCFR предвиђа велики заокрет. Обавезе поклонодавца су да: 1) преда ствар саобразну уговору; 2) пренесе својину. Ове обавезе важе и за плодове убране од тренутка доспелости поклонодавчеве обавезе да ствар преда (IV.Н. – 3:101).

Посебним чланом регулисана је саобразност поклоњене ствари (предмета поклона).

1) Предмет поклона није саобразан уговору ако нема особине које поклонопримац разумно

¹³⁸⁷ Врховни суд Србије, Рев. 5083/96 од 29.1.1997, Актуелна судска пракса (2006), стр. 120.

¹³⁸⁸ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 219.

очекује, осим ако је поклонопримац то знао или могао знати у моменту закључења. 2) При оцени разумних очекивања, узима се у обзир, поред осталих околности, нарочито: а) обим бесплатности; б) сврха поклона; в) да ли је ствар предата одмах након закључења или касније; г) вредност ствари; д) да ли је поклонодавац предузеће. 3) Ствар није саобразна уговору ако количински, квалитетом или изгледом одступа од оног што је уговорено (IV.Н. – 3:102). Илустрација 1: Уговорен је поклон црвеног аутомобила, испоручен је плави. Тада постоји несаобразност. Поклонопримчево очекивање да кочнице раде је разумно. Очекивање да аутомобил има „малу километражу“, није релевантно (због бесплатности (тачка а)). Ако је аутомобил поклон за дечије игралиште где ће служити као статична играчка, ни квар кочница није релевантан (сврха поклона (тачка б)).¹³⁸⁹

Правни недостаци поклона уређени су, такође, посебним чланом (IV.Н. – 3:103). Предмет поклона није саобразан уговору када није слободан од права или основаног захтева трећег лица, сем ако је то поклонопримац знао или могао знати. Илустрација: Поклоњени аутомобил је закупило треће лице, и остаће у његовој државини до истека закупа.¹³⁹⁰

Ако поклонодавац не испуни уредно своје обавезе, поклонопримац располаже лековима за случај неиспуњења као и сваки други поверилац (Књига III, Поглавље 3), са одређеним модификацијама (IV.Н. – 3:201). У односу на прибавиоца из теретног уговора, његова права су ипак ограничена. У случају несаобразности, поклонопримац нема право на замену или поправку ствари, нити може захтевати принудно испуњење неновчане обавезе када предмет поклона поклонодавац тек треба да прибави (IV.Н. – 3:202). Зато поклонопримац из илустрације 1 нема право на поправку кочница, нити замену аутомобила.

Највећу новину представља решење да поклонопримац може раскинути уговор због несаобразности (IV.Н. – 3:203). У двострано-обавезујућем уговору поверилац раскида уговор када дужник не испуни своју обавезу како би се ослободио сопствене. Раскид изазива гашење повериочеве обавезе, односно реституцију ако је она већ извршена.¹³⁹¹ И код поклона, у одређеним случајевима постоји потреба се поклон врати поклонодавцу (дакле ово је престанак након испуњења поклонодавчеве обавезе, условно речено опозив на захтев поклонопримца). Можда поклонопримац жели да се отараси несаобразне поклоњене ствари и тако избегне повезане трошкове. Илустрација 1: Ујак је поклонио сестрићу коња за приплод. Коњ је стерилан. Сестрић не жели да храни коња и хоће да га врати. Стерилитет представља несаобразност, сестрић има право да раскине поклон. Ујак је дужан да прихвати

¹³⁸⁹ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2838-2840.

¹³⁹⁰ Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2842.

¹³⁹¹ Ови разлози код поклона не постоје.

коња назад. Илустрација 2: Лице А поклони одређену робу лицу Б, за коју се испостави да је имитација тј. копија заштићене марке. Поклонопримац раскине уговор зато што не жели да сноси трошкове евентуалне заплене. А је дужан да прими робу назад.¹³⁹²

У класичној теорији уговорног права уговор се раскида пре потпуне реализације. Иако је овде реч о престанку реализованог уговора, чини се да је ипак правилније говорити о раскиду него о „новом поклону где су улоге промењене“. И овде поклон рони постулате цивилистике, а варијације између ситуација превазилазе доступну терминологију.

Поред несаобразности, упоредно право познаје још неке случајеве када поклон престаје вољом поклонопримца. Прихват поклонодавчеве понуде треба разликовати од пријема предмета поклона, неприхватање понуде није исто што и одбијање пријема предмета поклона. У руском праву регулисано је одбијање поклонопримца да прими поклоњену ствар (чл. 573 ГКРФ). 1) Поклонопримац може одбити поклон до тренутка преноса права (предаје ствари). У том случају, уговор се сматра раскинутим. 2) Уколико је уговор о поклону закључен у писаној форми, одбијање поклона је у истој форми. Уколико је уговор о поклону регистрован, одбијање поклона се такође региструје. 3) Ако је уговор о поклону закључен у писаној форми, поклонодавац има право на накнаду штете коју му је одбијањем поклона проузроковао поклонопримац. Наведено правило из чл. 573 доктрина повезује са питањем да ли је за уговор о поклону потребан прихват понуде као код осталих уговора или се ради о прихвату *sui generis*. Заправо је овде реч о одбијању пријема предмета поклона јер је свакако, по општим правилима, дозвољено одбити понуду. Ово је уствари једностранни раскид поклонопримца, одбијањем да прихвати поклоњену ствар. Поклонодавац не може да тужи поклонопримца захтевајући пријем.¹³⁹³ Треба приметити да DCFR садржи потпуно супротно решење, прописујући обавезе поклонопримца.¹³⁹⁴ Исправан приступ је негде између, јер руско решење не одговара уговорној природи поклона (какав је то уговор када поклонодавац може да га једнострано раскине одбијањем?), док DCFR „намеће“ обавезе поклонопримцу.

¹³⁹² Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2848-2849.

¹³⁹³ Stephen Smith, The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation, стр. 86-87.

¹³⁹⁴ Дубља анализа ових питања спада у дејство поклона, што је ван предмета тезе.

Глава IX

ПОБИЈАЊЕ ПОКЛОНА ОД СТРАНЕ ТРЕЋИХ ЛИЦА

У начелу, уговор је за трећа лица *res inter alios acta*. Међутим, постоје ситуације када и треће лице утиче на опстанак уговора иако је он пуноважан.¹³⁹⁵ Ово нарочито долази до изражаја код поклона који је рањивији у односу на друге уговоре. У пракси је најважнији паулијански захтев поклонодавчевог повериоца. Поред њега, литература редовно помиње и побијање у случају повреде поклонодавчеве обавезе издржавања према трећем лицу као и побијање поклона због повреде нужног дела.

1. Паулијански захтев

Побијање дужникових правних радњи представља мешање повериоца у имовинскоправне односе свог дужника. Повериоцу, чије је потраживање доспело, признаје се право да побије дужникову радњу предузету на штету повериоца. Несавесни дужник на разне начине умањује своју имовину како би онемогућио повериоца да се наплати. Један од њих је и поклањање.

Actio Pauliana води порекло из римског класичног права, мада се није односила посебно на поклон, већ и на све друге радње којима се осујећује намирење повериоца. Ако је неко злонамерно умањио своју имовину, сматраће се да је и даље има.¹³⁹⁶ Поклања се само оно што преостане након исплате дугова.¹³⁹⁷ Тражила су се два услова: 1) оштећење повериоца дужниковом радњом; 2) знање трећег за дужников *dolus*.¹³⁹⁸ Данашње побијање је плод и резултат историјског развитка латинске паулијанске тужбе, која је посебно у германским системима обогаћена новим елементима и решењима.

Систематизација норми о побијању поклона у упоредном праву је различита. У неким системима побијање поклона од стране повериоца регулисано је посебним одредбама у оквиру одсека о поклону, у другим општим правилима о паулијанској тужби. На пример, у каталонском праву нема одредби о паулијанској тужби, једноставно је прописано да се повериоци не могу оштетити бесплатним пословима дужника, односно да поклон према њима не производи дејство.¹³⁹⁹ ГКРФ у оквиру члана о враћању поклона, прописује да на

¹³⁹⁵ Ништав уговор изложен је нападу сваког правно заинтересованог лица.

¹³⁹⁶ *Semper quis dolor fecit, qui minus habere, pro eo habendus, est, ac si habere* (Ulpianus, D. 50,17,157,1). Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 481.

¹³⁹⁷ Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, стр. 314.

¹³⁹⁸ Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, стр. 58.

¹³⁹⁹ Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 24-26.

захтев лица са правним интересом, суд опозива тј. побија поклон приватног предузетника или правног лица супротан прописима о стечају (чл. 578 ГКРФ).

Побијањем поклона поверилац тражи да се поклон огласи без дејства према њему у обиму за намирење његовог потраживања према поклонодавцу. Оно подсећа на рушљивост, али након побијања уговор не губи дејство између уговарача, већ само према побијачу. Рушљивост штити уговараче, побијање штити трећа лица.¹⁴⁰⁰ Побијање поклона у домаћем праву није посебно издвојено, него је регулисано одредбама ЗОО о побијању бесплатних располагања.

Захтев за побијање бесплатних располагања је тзв. квазипаулијанска тужба. Активно је легитимисан поклонодавчев поверилац. Он користи паулијански приговор када поклонопримац тужи поклонодавца тражећи предају предмета поклона, што је у пракси изузетно ретко. Бестеретна располагања побијају се лакше од теретних, па је зато важно утврдити да ли се у конкретном случају ради о бесплатном или теретном послу. Ту до изражаја долази познавање објективног и субјективног елемента поклона. Када суд препозна поклон, положај побијача је бољи. У том смислу у једној пресуди стоји: „Признање туженој већег удела на имовини стеченој у браку него што јој припада по правилима породичног права о деоби заједничке имовине, представља бестеретно располагање предузето на штету повериоца од стране његовог инсолвентног дужника.“¹⁴⁰¹

Б. Марковић сматра да бесплатност треба да постоји у тренутку располагања. Због тога се не може побијати као бесплатно располагање испуњење писменог обећања поклона, кад је обећање дато изван трогодишњег рока побијања у којем се квазипаулијанска тужба може поднети, а предмет поклона је предат у оквиру ток рока, с обзиром да се реализација поклона у таквом случају врши у циљу испуњења већ преузете обавезе, те не представља бесплатно давање.¹⁴⁰² Исти аутор, супротно самом себи, тврди и да је релевантан „временски последњи акт“ (више о томе у поднаслову: „Рок за побијање“).

Противници побијања, пасивно процесно легитимисана лица, су поклонопримац, његов наследник и лице које је прибавило ствар од поклонопримца. Тужба се подиже против прибавиоца само ако је он знао да се прибављање његових претходника могло побијати, а ако предмет поклона отуђен послом без накнаде, тужба се подиже против прибавиоца и ако он то није знао (чл. 283 ЗОО). Поклонодавац није пасивно легитимисан,

¹⁴⁰⁰ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 212.

¹⁴⁰¹ Врховни суд Србије, Рев. 5358/01 од 13.2.2002. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 226.

¹⁴⁰² Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 990.

он је инсолвентан па га не треба тужити. По супротном мишљењу, тужбом треба и њега обухватити.¹⁴⁰³

1.1. Услови за побијање

Предмет побијања је уговор о поклону. Побиању подлеже како поклон „млађи“, тако и „старији“ од потраживања.¹⁴⁰⁴ Ирелевантна је околност што је поклон учињен пре покретања парнице у којој је тужиоцу досуђен спорни износ.¹⁴⁰⁵ Исто важи и за поклон учињен након парнице. Тако суд истиче: „Противник побијања је дужан да дозволи и трпи да се побијач намири у свом потраживању према дужнику, продајом предмета уговора о поклону, закљученог и овереног након доношења извршне исправе, а у висини износа утврђених правноснажном и извршном судском одлуком.“¹⁴⁰⁶ Поклон са налогом се побија као бесплатно располагање само у границама изнад вредности налога, уколико и сам налог не представља бесплатно располагање кориснику налога.¹⁴⁰⁷

Општи услов за побијање је доспелост потраживања (у пракси се захтева и извршност). Први услов је оштећење поклонодавчевог повериоца. Поклањањем је поклонодавац постао инсолвентан, што се доказује неуспелим покушајем принудне наплате. Побиајач мора да докаже и да поклонодавац нема друге имовине или је она недовољна за намирење, а што је последица поклона. Тако у једној пресуди стоји: „Иако тужиоци, као извршни повериоци, у извршном поступку нису успели да намире (за сада) своја доспела потраживања продајом покретних ствари извршног дужника, они нису доказали да дужник, осим некретнине коју је отуђио уговором о поклону, нема других непокретности на свом имену из чије вредности би могли да се намире (чл. 280 ст. 2 ЗОО).“¹⁴⁰⁸ Поклон је на удару тек када су остале могућности исцрпљене.

Други услов се тиче кривице за оштећење. Кривица поклонодавца се необориво претпоставља,¹⁴⁰⁹ сматра се да је знао да поклањањем наноси штету повериоцу. Кривица поклонопримца се не захтева, његова (не)савесност је небитна (чл. 281 ЗОО). Тако суд констатује: „Чињеница да деца поклонопримци, у време закључења уговора о поклону са својим оцем, нису знала да је пред судом у поступку извршења ради наплате потраживања утврђено да нема довољно средстава за намирење повериоца и да нису имала намеру да

¹⁴⁰³ Алдо Радловић, Побиање дужникових правних радњи, стр. 637.

¹⁴⁰⁴ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 213.

¹⁴⁰⁵ Врховни суд Србије, Рев. 2940/2005 од 8.12.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴⁰⁶ Врховни суд Србије, Рев. 968/2006 од 17.11.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴⁰⁷ Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 990.

¹⁴⁰⁸ Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3834/10 од 22. 12. 2010, Билтен суда, бр. 04/2012, стр. 43.

¹⁴⁰⁹ Димитар Поп-Георгиев, Коментар ЗОО (Перовић/Стојановић), стр. 806.

нанесу штету повериоцу, нема никакав правни значај.¹⁴¹⁰ Побијач не доказује *consilium fraudis*, као ни *conscientia fraudis*.¹⁴¹¹

Теоријски гледано, постоје само два услова: 1) потраживање према поклонодавцу је доспело; и 2) поверилац не може да се намири из поклонодавчеве имовине.¹⁴¹² Строгост према поклону објашњава се начелом да нико не може даровати на рачун својих поверилаца. Стицање поклонопримца није скопчано ни са каквом жртвом, којом се иначе оправдава отежано побијање теретног посла. Побијач једино доказује да је у питању бесплатно располагање.¹⁴¹³

У судској пракси се поклон ипак тешко побија, неопходно је да се у конкретном случају обједине бројни елементи. Следећа пресуда показује незавидан положај побијача: „У спору треба да се стекну опште претпоставке за побијање, и то: инсолвентност дужника, дужникова правна радња, оштећење повериоца том правном радњом, тражбина тужиоца је доспела, односно извршна, побијање омогућава повериочево намирење, учесници у спору имају активну и пасивну легитимацију и тужени има својства из чл. 283 ст. 2 и 3 ЗОО. Овлашћење на побијање настаје у тренутку када се кумулативно остваре све опште претпоставке побијања и алтернативно једна од посебних. У конкретном случају, нису испуњене ни опште претпоставке, јер дужник (тужени Г.) уговором о поклону није осујетио потраживање тужилаца Б. и В. утврђено правоснажним пресудама, јер је по једној пресуди своју обавезу добровољно извршио, а по другој пресуди трошкове парничног и извршног поступка тужиоцима плаћа обуставом од своје плате. Тужиља З. нема својство повериоца па самим тим ни активну легитимацију за побијање, јер није правоснажно окончана парница по њеној тужби против туженог Г. због неоснованог обogaћења. Најзад, тужени Г. није пасивно легитимисан. Сам поклонодавац је ван круга противника побијања, пошто се правна радња побијањем ништи једино у односу повериоца и противника побијања, док правна веза заснована побијаним послом између дужника (поклонодавца) и противника побијања (поклонопримца) остаје нетакнута. Због тога је правилно одбијен тужбени захтев.“¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁰ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 227; Врховни суд Хрватске, Рев. 3824/1999-2. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁴¹¹ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 73.

¹⁴¹² Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 214.

¹⁴¹³ Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 991.

¹⁴¹⁴ Врховни суд Србије, Рев. 2740/2005 од 18.5.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

1.2. Одбрана од побијања

Не побијају се због оштећења поверилаца уобичајени пригодни дарови, наградни дарови, као ни дарови учињени из захвалности, сразмерни материјалним могућностима дужника (чл. 282 ЗОО). Уобичајен поклон кумулативно испуњава два захтева: уобичајен је и пригодан. Уобичајени треба да буду и повод и вредност давања, што се оцењује према друштвеном кругу поклонодавца. Пригодни поклон се чини поводом значајнијих друштвених и породичних догађаја (празника, рођендана, венчања, крштења, прослава).¹⁴¹⁵ Наградни дар је награда за радњу или услугу поклонопримца која је новчано непроцењива (нпр. спасио сина од дављења). Када услуга има тржишну вредност, тј. процењива је у новцу, награда извршиоцу услуге је наградни поклон, ако поклонопримац није имао право да награду или какву другу накнаду тражи тужбом из уговора, незваног вршења туђих послова, јавног обећања награде, проузроковања штете или правно неоснованог обогаћења.¹⁴¹⁶ Даром из захвалности поклонодавац испуњава неку своју моралну обавезу. Између наведених модалитета поклона нема оштре границе. Поклони изузети од побијања су сразмерни материјалним приликама поклонодавца,¹⁴¹⁷ с обзиром на његово имовно стање и приходе. Могу се побијати превисоке ренте за спасен живот и „краљевски поклони“ за ситне и безначајне услуге. Тада се побија само прекорачење, не цео поклон. Терет доказивања да се ради о изузетом поклону носи противник побијања.¹⁴¹⁸ Одређени поклони се не побијају јер се тиме не олакшава намирење повериоца (нпр. адвокат поклони своју стручну библиотеку; тај поклон се не побија пошто стручне књиге нису предмет извршења).¹⁴¹⁹ Исто важи за поклоне од искључиво афекционе вредности.

У упоредном праву од побијања су изузети и поклон у општекорисне сврхе (нпр. у корист добротворних, културних, образовних, научних установа), као и располагање којим се испуњава морална дужност (нпр. помоћ изнемоглом или остарелом пријатељу или сроднику без законске обавезе издржавања).¹⁴²⁰ *De lege ferenda*, ова решења треба размотрити.

Поклонопримац може истицати побијачу све приговоре који су самом поклонодавцу били на располагању (нпр. да потраживање није доспело; да је делимично или потпуно исплаћено; да је застарело). Међутим, он има и сопствене приговоре: да постоји преваран

¹⁴¹⁵ Критеријуми су прихваћени и у упоредном праву. Видети: James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, стр. 29.

¹⁴¹⁶ Марко Бурђевић, *Наградни поклон*, стр. 176.

¹⁴¹⁷ Димитар Поп-Георгиев, *Коментар ЗОО (Перовић/Стојановић)*, стр. 807.

¹⁴¹⁸ Божидар Марковић, *Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ)*, стр. 992.

¹⁴¹⁹ Божидар Марковић, *Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ)*, стр. 979-980.

¹⁴²⁰ Божидар Марковић, *Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ)*, стр. 992.

договор између побијача и поклонодавца или симулација да би се поклонопримцу одузео поклон; да је поклонодавац солвентан, да има другу имовину из које се поверилац може намирити; лични приговор компензације према побијачу.¹⁴²¹

Тужени избегава побијање ако испуни поклонодавчеву обавезу (чл. 283 ст. 4 ЗОО). У том случају отпада разлог побијања. Ово је *facultas alternativa favor contractus*.

1.3. Дејство побијања и однос са поништењем

Усвајањем тужбеног захтева, правна радња губи дејство само према тужиоцу и само колико је потребно за испуњење његовог потраживања (чл. 284 ЗОО). Сврха побијања није да се поклон поништи, већ да остане без дејства према повериоцу у мери потребној за његово намирење. Део поклона необухваћен побијањем остаје поклонопримцу. Он је дужан да трпи да се побијач намири из предмета поклона. Тако је и у упоредном праву.¹⁴²²

Интересантан је однос побијања и поништења поклона. Њих треба разликовати јер поништење производи дејство од тренутка закључења уговора (*ex tunc*) са свим пратећим последицама (реституција, одговорност за штету), док побијање делује убудуће (*ex nunc*).¹⁴²³ Парничари често мешају ова два института. У једној парници предмет спора је био захтев за утврђење ништавости уговора о даровању (поклонодавац је кривичним делом оштетио тужиоца). Суд закључује: „Само зато што је поклонодавац починио кривично дело, његови правни послови нису ништави, већ евентуално губе правни учинак према оштећеном у делу који спречава остварење одштетног захтева. У конкретном случају, тужилац је овлашћен побијати правне радње дужника предузете на његову штету. Како тужилац такав захтев није поставио, судови су правилно тужбени захтев за утврђење ништавости уговора о даровању одбили.“¹⁴²⁴ Поклон је овде опстао захваљујући погрешном тужбеном захтеву.¹⁴²⁵

На мешање побијања и поништења нису имуни ни судови. Тако у једној пресуди стоји: „Нижестепени судови утврђују да је уговор о даровању ништав и неморалан, јер се из истог јасно разабире да је намера туженог била да оштети тужиоце како не би остварили свој одштетни захтев. Првостепени суд цени да је уговор ништав, јер је противан принудним прописима ЗБПО, будући да је ништав уговор којим један супружник самостално отуђи некретнину – заједничку имовину супружника. Другостепени суд цени да је предметни уговор ништав, јер је очигледно сачињен како би поклонодавац казнио

¹⁴²¹ Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 976.

¹⁴²² Antoni Vaquer, *Donation in Spain*, стр. 24-26.

¹⁴²³ Димитар Поп-Георгиев, Коментар ЗОО (Перовић/Стојановић), стр. 805.

¹⁴²⁴ Врховни суд Хрватске, Рев. 258/06-2 од 03.05.2006. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁴²⁵ У пракси је честа ситуација да поклон опстане само због погрешно постављеног тужбеног захтева.

тужиоце што су против њега иницирали кривични поступак. Стајалиште нижестепених судова да је уговор о даровању ништав, јер је склопљен на штету тужиоца како не би остварили свој одштетни захтев, је погрешно. Тај разлог не чини предметни уговор апсолутно ништавим већ побојним. Тужбени захтев по свом садржају представља уствари захтев за побијање дужникових правних радњи.¹⁴²⁶ Ревизијски суд укинуо је обе пресуде.

Понекад лице које напада поклон радије користи тужбу за поништење него паулијанску тужбу, нарочито када је протекао рок за паулијански захтев. У једној пресуди стоји: „Неосновано је истицање тужиоца да није тражио побијање, већ утврђивање ништавости због недостатка битног елемента уговора, воље да се поклон учини, те да је уговор апсолутно ништав. Из чињеничних навода и постављеног тужбеног захтева несумњиво произилази да се ради о тужби којом се побијају дужникове правне радње, јер се наводи да је уговор закључен да би се осујетило извршење и наплата тужиочевог потраживања утврђеног правноснажном пресудом.“¹⁴²⁷ Суд је овде дао предност паулијанској тужби, односно сматра да се тужбе искључују.

Судска пракса, међутим, није уједначена. Проналазе се и супротне одлуке: „Уговор о поклону којим је поклонодавац отуђио сву своју имовину у намери да свом повериоцу онемогући наплату потраживања, може се побијати као ништав уговор због недопуштене побуде, иако су протекли рокови за побијање уговора паулијанском тужбом. Закључењем спорног уговора о поклону уговарачи су имали искључиво намеру да осујете наплату потраживања. Тужени је једини законски наследник свог оца и да није закључен побијани уговор, свакако би наследио сву имовину покојног В., који није имао посебан разлог да му поклања.“¹⁴²⁸ (...) „Поверилац поклонодавца, као заинтересовано лице, може побијати уговор о поклону као апсолутно ништав уговор. Када је реч о правном интересу тужиље за вођење ове парнице, треба рећи да тужба у овом поступку није паулијанска. Према чл. 109 ЗОО на ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позвати свако заинтересовано лице. Осим самих уговарача и њихових универзалних сукцесора, повериоци поклонодавца јесу заинтересована лица. Стога тужиља, као наследник свог оца – поклонодавчевог повериоца, има правни интерес да се утврди ништавост побијаног уговора о поклону, односно да исти буде проглашен без дејства, како би се имовина (предмет поклона) вратила у заоставштину покојног В. и спровело извршење. Истицање туженог да је тужиља могла у извршном поступку да наплати потраживање није

¹⁴²⁶ Врховни суд Хрватске, Рев. 3824/1999-2 од 15.10.2003. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁴²⁷ Окружни суд у Ужицу, Гж. 1392/2008 од 18.6.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴²⁸ Окружни суд у Ваљевоу, Гж. 1642/2008(1) од 29.12.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

прихватљиво због непостојања имовине дужника који је сву своју имовину раније отуђио побијаним поклоном.¹⁴²⁹ Чини се да суд поништењем жели да оствари дејство побијања, мешајући два института.

Када су угрожени интереси повериоца, поред недопуштених побуда презадуженог поклонодавца, судови се позивају и на опште принципе уговорног права. Тако у једној пресуди стоји: „Уговор о поклону закључен између тужених у намери да осујете тужиоца да наплати своје потраживање према првотуженом, у ситуацији када се на његовом имену не води друга имовина из које би тужилац могао наплатити своје потраживање, у супротности је са основним начелима облигационих односа, а намера тужених супротна добрим обичајима, па је такав уговор ништав у смислу чл. 103 ЗОО.“¹⁴³⁰ Оваквим тумачењем суд јако иде на руку поклонодавчевом повериоцу будући да се поклон лакше поништава него побија.

У пракси је спорно шта побијач треба да тражи тужбеним захтевом. По једном мишљењу, усвајањем тужбеног захтева да је према побијачу без правног дејства уговор о поклону у делу потребном за намирење његовог доспелог потраживања, постигнут је циљ тужбе: да побијач у извршном поступку предмет поклона определи као предмет извршења. Зато треба одбацити тужбу у делу захтева којим побијач тражи да поклонопримац допусти намирење продајом поклоњене непокретности.¹⁴³¹ Среће се и дијаметрално супротно становиште. Захтев за побијање уговора о поклону, поред захтева за утврђење да је према побијачу без правног дејства уговор о поклону до висине тужиочевог потраживања, треба да садржи и захтев да се обавезе поклонопримац да дозволи и трпи намирење продајом непокретности које су биле предмет уговора о поклону.¹⁴³²

Тужба за побијање мора да садржи два тужбена захтева, како би пресуда у односу на противника побијања (поклонопримца) представљала извршну исправу. Првим делом тужбеног захтева тражи се утврђивање да уговор о поклону не производи правно дејство у односу на повериоца. Последица успешног побијања је да је поклонопримац дужан у односу на побијача да нешто трпи или не чини, како би се побијач намирио. Само утврђивање да поклон не производи дејство у односу на повериоца, чини пресуду неизвршивом, јер нема обавезујућег дела којим се дефинише начин и обим нечињења, односно трпљења.¹⁴³³

¹⁴²⁹ Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1642/2008(2) од 29.12.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴³⁰ Окружни суд у Новом Саду, Гж. 1276/2008, од 13.03.2000, Актуелна судска пракса, стр. 26

¹⁴³¹ Врховни суд Србије, Рев. 1447/2008 од 8.4.2009. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴³² Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 396/2011 од 24.3.2011. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴³³ Мишљење заузето на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда, 26.11.2014, Судска пракса привредних судова, Билтен бр. 4/2014.

1.4. Рок за побијање

Тужба за побијање поклона подноси се у року од 3 године (чл. 285 ЗОО). Реч је преклузивном материјалном року. Тужилац доказује да од бесплатног располагања до тужбе није протекло више од три године.¹⁴³⁴ Када се ради о фиктивно теретном уговору, примењује се исти рок. Законодавац није прописао рок за подношење паулијанског приговора.¹⁴³⁵ Уколико нижестепени суд у поступку не утврди време када је одређена правна радња предузета, од чега зависи остваривање неког права, то представља основ за укидање пресуде тог суда и налог да се у новом поступку утврди та чињеница.¹⁴³⁶

Рок се рачуна се од дана када је предузета правна радња која се побија (чл. 285 ЗОО). Ситуација је јасна код ручног поклона, ту се поклапају тренутак закључења и извршење уговора. Када поклапања нема, спорно је када рок почиње да тече.

У доктрини нема сагласности. По једном мишљењу, то је тренутак закључења писаног уговора о поклону, а не дан када је поклон предат и пренета својина. Од тог тренутка настаје дуг према поклонопримцу који умањује поклонодавчеву имовину.¹⁴³⁷ По другом мишљењу, када се побијана радња састоји од два акта (правног основа и традиције као модуса) довољно је да није истекао рок временски последњем акту, пошто тај акт чини располагање перфектним (нпр. предаја ствари на основу писменог обећања поклона).¹⁴³⁸ По трећем мишљењу, уговор о преносу непокретности постаје подобан за укњижбу са даном судске овере потписа, па од тог датума почиње да тече рок за његово побијање.¹⁴³⁹

Судска пракса је такође неуједначена. У неким одлукама релевантан је датум укњижбе. У једној таквој стоји: „Код уговора о поклону правна радња (пренос својине) предузета је и спроведена уписом у земљишне књиге 1995, а тужиоци су поднели тужбу 2000, дакле по протеклу рока од три године од дана када је правна радња која се побија предузета.“¹⁴⁴⁰ У другој одлуци се истиче тренутак овере: „Законски рок за побијање уговора о поклону непокретности почиње да тече од дана судске овере потписа уговорних страна. Погрешно је схватање да се рок за подношење тужбе рачуна од укњижбе, а не од дана закључења уговора, пошто је правна радња која се побија уговор о поклону, а он се, у складу са чл. 4 ЗПН, сматра закљученим кад су потписи уговорних страна судски оверени,

¹⁴³⁴ Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 998.

¹⁴³⁵ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 239.

¹⁴³⁶ Врховни суд Србије, Рев. 1117/2007 од 23.10.2008. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴³⁷ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 215.

¹⁴³⁸ Божидар Марковић, Коментар ЗОО (Благојевић/Круљ), стр. 999.

¹⁴³⁹ Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 239.

¹⁴⁴⁰ Врховни суд Србије, Рев. 525/2004 од 1.9.2004. Извор: „Paragraf Lex“.

а не кад је извршен пренос својине у земљишним књигама.¹⁴⁴¹ Чини се да тренутак закључења уговора треба узети као релевантан.

Проблем симулације, описан код објективног елемента, долази до изражаја и код побијања. У једној парници противници побијања тврде да се не ради о поклону већ о продаји. Теретни уговори се теже побијају и рок је краћи (1 година), па би побијач био преклудирани. Судови су приговоре тужених да је реч о куповини некретнина, будући да су преузели дугове своје кћери, оценили неоснованим, утврдивши да управо из садржаја уговора недвосмислено произлази да су родитељи јасно изразили своју вољу да закључе уговор о поклону, па стога не могу основано истицати да је поклон привидан. Осим тога, привидност уговора не може се истицати према трећој савесној особи, а то је у конкретном случају побијач. Како дужник нема довољно средстава за испуњење доспелих потраживања (што је и сам потврдио) судови су исправно закључили да је предузета правна радња на штету повериоца у смислу чл. 281 ст. 3 ЗОО.¹⁴⁴²

2. Повреда обавезе издржавања као засебан разлог

Алтруизам према поклонопримцу не сме да повреди трећег. Поклон често и лако угрожава економски положај поклонодавчевих најближих сродника. Код теретних послова жеља за материјалним добитком води на тржиште где постоје механизми којима се ублажава дејство штетно по трећа лица. Код поклоне нема тржишта па ни заштите. Када чланови породице зависе од поклонодавца, поклон у неким случајевима више њима штети, него што користи поклонодавцу и поклонопримцу. Неумерено поклањање се може посматрати као повреда дуготрајне обавезе поклонодавца према својој породици. Такав поклон долази на удар права.¹⁴⁴³

Лица која је поклонодавац био дужан да издржава по било ком основу (закону, тестаменту, судској одлуци) побијају његове поклоне, ради намирења издржавања. Побијање се врши обрнуто реду којим су чињени.¹⁴⁴⁴ Ово на мах логично решење ипак је дискутабилно. Поставља се питање по чему се побијање из овог разлога разликује од уобичајеног побијања осталих поклонодавчевих повериоца. Јавља се дилема да ли је поклонопримац дужан да врати вредност потребну за намирење издржавања или издржавана лица имају непосредно право према поклонопримцу да захтевају издржавање у

¹⁴⁴¹ Врховни суд Србије, Рев. 2526/2004 од 15.9.2005. Извор: „Paragraf Lex“.

¹⁴⁴² Врховни суд Хрватске, Рев. 175/2007-2 од 11.04.2007. Извор: <http://www.vsrh.hr>

¹⁴⁴³ Eric Posner, Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, стр. 596.

¹⁴⁴⁴ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 73.

вредности примљеног поклона. Постоји и мишљење да поклонопримац има *facultas alternativa*: враћање или плаћање ренте издржавања.¹⁴⁴⁵

У домаћој литератури, побијање поклона од стране сродника због повреде обавезе издржавања издваја се као посебан разлог за престанак поклона, вероватно по инерцији из АВGB. Суштински, и ту ради о паулијанском захтеву. Ово право издржаваног лица у домаћем праву није уређено посебним прописом, а у упоредном праву се подводи под осиромашење поклонодавца.

3. Повреда нужног дела

Законом о наслеђивању РС нужним наследницима признаје се право на враћање поклона које оставилац чини за живота, ако је повређено њихово право на нужни део (чл. 48-59). Овај разлог за побијање већ је обрадио Д. Лазаревић у својој монографији.

На удару су сви поклони које је оставилац учинио неком од законских наследника, као и поклони у последњој години живота онима који нису законски наследници (чл. 48). До враћања долази тек уколико смањењем, односно потпуним искључењем завештајних располагања не буде подмирен нужни део. Поклони се враћају обрнуто реду којим су учињени. Поклони учињени истовремено враћају се сразмерно (чл. 56). Ако је нужни део облигационо право и повређен је поклонима, допуна новчане противвредности може се захтевати у року од три године од смрти оставиоачеве (чл. 58). Када је нужни део стварно право (чл. 59), за враћање поклона важи исти рок.

¹⁴⁴⁵ Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 73.

ЗАКЉУЧАК

Истраживање поклона говори о развоју цивилистике, варкама законодавца (формализам, забране), правничкој инвентивности (ручни поклон) и лаичкој довитљивости (симулација, индиректни поклон). Може се рећи да теорију уговорног права поклон обогаћује више него продаја. Конзервативне правне и економске школе не могу да објасне поклањање. Уговорно право је имовинско, а поклоном се остварују и неимовинске потребе. Одређена добра и вредности боље се преносе бесплатно, сам живот је поклон. Поклањање као друштвену појаву обележавају давање, пријем и узвраћање поклона (Маусове облигације), али су правници још увек преокупирани првим елементом. Сазнања хуманистичких наука су врло значајна јер указују на разилажење реалног живота и традиционалних јуристичких полазишта. Поклон треба сагледавати у ширем културно-психо-социјалном контексту, то је размена мимо тржишта. Поклањање је нераздвојиво од личног односа и везе, па је правни оквир који занемарује тај моменат неефикасан. Велику тежину има философско опредељење према даровању. Позитиван став значи да поклон лакше настаје и теже престаје (важи и антитеза). Претерани утопизам једнако је погубан као чист материјализам.

Уговором о поклону поклонодавац се обавезује да пренесе имовинско право поклонопримцу бесплатно, са намером да му учини корист. Прописима о поклону остварују се и шири друштвено-политички циљеви (царски дар; феудални јавноправни поклон; спречавање акумулације богатства; заштита традиционалне породице; сузбијање корупције; неговање морала; слободно тржиште). Велике разлике у упоредном праву су се задржале јер су ретки поклони са иностраним елементом те нема хармонизације. Тренд флексибилније норме и последична широка дискрециона овлашћења суда захтевају квалитетно опште правничко образовање. Противник поклона није право у целини, него претежно легислатура.¹⁴⁴⁶

1. Предуслов разматрања објективног елемента је одлука о томе која добра су правно релевантна, материјална или нематеријална. Традиционални приступ даје примат материјалним, док новији приступ уважава и размену неимовинских вредности. Нарочито се узимају у обзир неновчане поклонопримчеве противчинидбе. По тој концепцији, поклонодавац осиромашује извлачећи нематеријалну корист. Положај поклонопримца је супротност. Он се обогаћује, али чини нематеријални уступак. Реципроцитет је некад

¹⁴⁴⁶ У наставку закључка број испред пасуса одговара броју главе.

очигледан (именовање по поклонодавцу; постављање натписа са захвалом), а некад ванправног карактера (пријатељство; повратак супружнику). То је нарочито карактеристично за поклон у добротворне сврхе, па постоје мишљења да је он теретан уговор. Међутим, ако је поклон хибрид између теретних и добротворних послова, онда нема примера за последње.

Бесплатност је нееквиваленција, вољна несразмера, обавезивање без противчинидбе, жртвовање. Осиромашење и обогаћење одвајају поклон од других користи које једно лице чини другом. Појам бесплатности је преширок да би тачно описао објективни елемент, није сваки бесплатни посао поклон. Корелативни пар осиромашење/обогатење је прецизнији, али скучен. Њега нема када је предмет поклона ствар субјективне вредности. Поклон може донети зараду поклонодавцу, или штету поклонопримцу.¹⁴⁴⁷ Најзад, нееквиваленција се јавља и мимо поклона, нпр. када уговарач постигне изузетно повољну цену. Осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца нису увек логичка таутологија. Зато се објективни елемент поклона најбоље објашњава кумулативно: бесплатност је услов настанка, корелативни пар је последица поклона.

Поглед друштвених наука на поклон је другачији од правничког. Реципроцитет се подразумева, нема слободе, доминира егоизам. Одсуство накнаде није губитак за поклонодавца. Напротив, његов добитак је нематеријалан (хедонистички парадокс). Теза да је поклон у интересу само једне стране је површна. Ова друштвена појава је сложенија од простог бесплатног уступања. Покушај права да је регулише биће успешан само ако се разуме њена суштина. „Чист“ објективни елемент, дар из „несебичне хуманости“, „искрене добронамерности“, без икаквог поклонодавчевог интереса је раритет. Зато објективни елемент треба сагледати првенствено из угла поклонопримца: евентуална поклонодавчева корист, редовно нематеријална, повремено и материјална, је секундарна. Важније је да нема поклонопримчеве противчинидбе, он више добија него што даје.

Од римских супружника до савременог оштећења повериоца, симулација је одувек пратила поклон. Објективни елемент је разоткрива. Његово одсуство доказује да заправо није учињен поклон и обрнуто. Уочавање симулираног и прикривеног поклона је важно јер је поклон рањив. Поклон се прикрива теретним уговором да би се изиграли наследници. Поклоном се прикрива продаја да би се изиграло право прече куповине или порезници. Поклон често прикрива и тзв. неименовани уговор о доживотном издржавању.

¹⁴⁴⁷ На пример: поклон непотребних ствари; отпада; захтевне животиње; због земљишта поклоњеног цркви поклонодавчева суседна парцела постане вреднија; поклоњена животиња зарази поклонопримчево стадо.

2. Мада су емоције прогнане из уговорног права због ометајућег утицаја на вољу, поклањање је од њих нераздвојиво. Дар се по њима разликује од свих осталих уговора. Примерено правно решење је недостижно без уважавања персоналних, психолошких последица поклона. Иако оспораван, субјективни елемент је неизоставан. Он је признат и у правима где кауза није, па и тамо где поклон није уговор. Емоције су везане управо за њега. Присутан је код оба уговарача, карактерише га слобода, добровољност, либералитет и спонтаност. Зато уобичајени поклон и није прави поклон.

У романским системима субјективни елемент поклона је кауза као намера даривања. Становиште да је поклон „акаузалан“ није препрека да се субјективни елемент опише као воља да се постигне нееквиваленција у поклонодавчеву корист. *Animus donandi* не треба поистовећивати са субјективним елементом, јер се у појединим правним системима *animus donandi* не захтева (BGB, DCFR). Овакво решење омогућава да се већи број послова третира као поклон. Субјективни елемент је одређен као сагласност страна о бесплатности, односно као намера поклонодавца да учини корист поклонопримцу. Распон субјективног елемента је променљив. Једном се мотиви узимају у обзир, други пут је поклонодавчев егоизам небитан. Када суд препозна субјективни елемент опстанак посла је угрожен, јер поклон је подложен нападу.

Домаћи аутори наглашавају *animus donandi*, означавајући овим термином и каузу и битан састојак поклона. Овакво вишезначје збуњује, самим тим што је и сам *animus donandi* нејасан. Уосталом, није ни универзално прихваћен. Уместо њега, субјективни елемент је боље означити изразом „намера дарежљивости“. То је поклонодавчево добротинство, благонамерност и пажња. Када субјективни елемент није недвосмислено изражен или када га накнадно оспорава сам поклонодавац, његово постојање се утврђује на основу свих околности случаја.

Мада ЗОО познаје само каузу обавезе, треба уважити став доктрине да постоји и кауза уговора. Кауза обавезе поклонодавца је намера дарежљивости, кауза уговора о поклону је пренос права. Тиме је разграничен поклонодавчев мотив заслужан за намеру дарежљивости од типичног циља поклона коме уговарачи теже (*causa finalis* као увећање поклонопримчеве имовине). Кауза обавезе објашњава субјективни, кауза уговора објективни елемент. Њиховим спајањем долази се до закључка да је уговор о поклону сагласност да се бесплатно пренесе право са поклонодавца на поклонопримца.

Дилеме око субјективног елемента су непомирљиве. На пример, апстрактна концепција у француском праву напуштена је у корист тзв. модерне где се субјективни елемент везује за најважнији мотив. Напротив, домаћа доктрина истиче да је апстрактна

концепција, растерећена психолошких момената, боља јер је шира. Додуше, на неслагање треба гледати позитивно. Страни судови користе предности различитих концепција како би постигли правичност. Доктринарне теорије се флексибилно тумаче у интересу правде. Зато правнике треба учити принципима, не само конкретним правилима.

Поклон се не може објаснити једним мотивом већ постоји њихов стицај. Истичу се: добробит поклонопримца, изградња односа, дужност, лични интерес, страх, љубав, сажаљење. Поклањање мотивисано самим поклонопримцем је по правилу легитимно. Међутим, чист алтруизам је реткост. „Мрачнији“ мотиви нису везани за поклонопримца већ за оштећење наследника или поверилаца, пореску евазију, побољшање поклонодавчеве репутације, па и профит. Због њих је право сумњичаво, скептично и неповерљиво према поклону. Међутим, биолошке теорије, нарочито о генетском подударачу и сигнализирању, показују да поклањање није аномалија или инцидент за сузбијање, већ сасвим нормална природна појава.

Посебно је проблематична веза каузе и мотива. Њих обухвата субјективни елемент, али се ипак разликују. „Проширење каузе“ је прихватљив *ratio* за утицај недопуштеног мотива на пуноважност, али нема разлога да се у литератури и пресудама понавља како „код поклоне мотив улази у основ“. Пошто ЗОО већ барата побудом, поистовећивање није оправдано. Конструкција о „улажењу, проширењу и спајању“ каузе и мотива је сувишна.

Субјективни елемент је значајан за пуноважност поклоне. Непостојање повлачи ништавост, нпр. када „поклонодавац“ намерава да науди „поклонопримцу“ (тројански коњ). Исто важи када је субјективни елемент недопуштен (поклон којим се вређа брачна слобода; ради добијања социјалне помоћи). Треба водити рачуна о правилу *Nemo auditur*, када уговор оспорава сам поклонодавац чији је мотив недопуштен. Судови се често ослањају на теорију о континуелности мотива. Поништавајући поклон због „отпадања, неостварења и изостанка мотива“ они заправо опозивају поклон, супротно принципу неопозивости. ЗОО познаје само недопуштен мотив, а не отпадање мотива изостанком планираног поклонодавчевог циља. У таквим парницама углавном постоји незахвалност.

Поклон у добротворне сврхе има специфичан субјективни елемент, није *intuitu personae*, нема поклонопримчевог обогаћења јер предмет поклоне одлази трећем, постоји морални еквивалент. Не опозива се због осиромашења. Зато заслужује релаксирану форму.

3. Правни однос између поклонопримца и поклонодавца није свугде регулисан као уговор. Тезу да је поклон једностранни акт подржавају римски споменици, у ограниченој мери упоредно право, али и здраворазумски аргументи. Уговорна концепција не обухвата

све правне и фактичке радње настале декомпоновањем поклањања. Основи појмови уговорног права (облигациони однос, дуг, аутономија воље, преговори) не одговарају поклањању као друштвеној појави. Код ручног поклона нема никаквог обавезивања, а уговор је извор обавеза. И по доктрини *consideration* и по старословенском праву непојмљиво је да из сагласности две стране настаје обавеза само за једну.

Упркос наведеном, влада схватање да је поклон уговор. Њега подупиру и римско наслеђе и нацрти настали знатно после великих грађанских кодификација. Иако СС дефинише поклон као акт системски постављен уз завештање, његова уговорна природа је неспорна. Пошто реални концепт о настанку поклона прејудицира стварноправно дејство и умањује његов облигациони карактер, као најприхватљивија остаје консенсуалистичка теорија. Поклон је сагласност уговарача изражена кроз понуду и прихват, која обухвата поред објективног и субјективног елемента и предмет поклона. Сагласност делује као уговор ако је у форми нарочито прописаној за поклон, мада је цивилистика ту доста разуђена (уступање дела у оставинском поступку; ненаручени производ као поклон).

Посебност поклона одразила се и на општу дефиницију понуде. Понуда у континенталном праву није обећање, већ предлог за закључење уговора. Решење омогућава да поклонопримац буде понудилац. Данас је то чудно, али је у средњем веку било уобичајено.

Због различитог тумачења ЗОО, ЗОСПО, ЗПН, ЗЈБ и Преднацрта у пракси се као спорно може јавити питање у ком тренутку је уговор „закључен“, „пуноважан“ односно када почиње његово дејство. *De lege ferenda* треба се одредити између потписивања уговора, овере потписа, или сачињавања јавнобележничког записа.

Без прихвата нема поклона. Он је редовно у интересу поклонопримца па закони претпостављају или олакшавају прихват када понуђени ћути или понуду не одбије. Фиктивни прихват је неубичајен *favor donationis*. Међутим, хуманистичке науке показују да традиционално решење није увек оправдано. Понеки поклонопримац не жели да га поклон задужи, веже или контролише. Некад поклон трајно мења однос између уговарача, негативно утиче на обдареног, а одбија се и због порекла или природе предмета поклона.

Спор уговарача поводом постојања или обима сагласности указује на неспоразум. Најчешће поклонодавац тврди да није желео да поклони (заблуда о природи уговора) или уговарачи имају различите представе о предмету поклона тј. његовој вредности. Неспоразум треба разликовати од мана воље, оне изазивају рушљивост. Због неспоразума је уговор ништав, што је важно због рокова и процесне легитимације. Нема неспоразума зато што се поклонодавац предомислио. Препознавање неспоразума је битно и због

правилне формулације тужбеног захтева. То је чест пропуст савесне стране услед којег губи спор. Зато од суда треба тражити декларативну пресуду („утврђује се да је уговор ништав“).

Код фиктивног поклона варљива сагласност поклонодавца и поклонопримца постоји, али они не желе пренос права (објективни елемент), нити је намера даривања истинита (субјективни елемент). Фиктивни поклон је ништав јер се њиме фrawdолозно врши право и изигравају законске забране (да би се добио кредит или дечији додатак; земљишно-књижно ускладило са стварним стањем; прекорачио замљишни максимум; заварали повериоци).

4. Способност физичког лица да пуноважно поклања зависи или од његове пословне способности или од способности расуђивања, што је одређено системским местом поклона у одређеном правном систему. У упоредном праву законским заступницима је изричито забрањено да чине поклоне из имовине штићеника или је та могућност ограничена. У нашем праву, фактори од којих зависи способност заступника да поклања су: предмет поклона (главница имовине или њен цивилни плод), вредност поклона и интерес заступаног.

Субјекти јавног права могу поклањати ако постоји јако оправдање за бесплатно отуђење јавне својине, обичан субјективни елемент није довољан. Дозвољени су поклони у хуманитарне сврхе, из солидарности, ради отклањања последица елементарних непогода, одржавања добросуседских односа и развоја међународне сарадње. Поклон је погодан инструмент за спровођење одређених мера и политика (поклања се имовина криминалаца, награђују се заслужни грађани, добри ученици). Поклони предузећа некада су били *ultra vires*, а данас су пуноважни јер представљају посредно профитабилну активност или су друштвено корисни.

Могућност да пословно неспособно лице самостално „прими поклон“ представља значајно одступање од општих правила. У вези са тим, уочавају се два проблема. 1) Иако по редовном току ствари поклон доноси обогаћење, није искључено да он проузрокује и обавезе, понекад дуго након закључења уговора. У таквој ситуацији тешко је правилно оценити и испоштовати законски услов да се ради о послу којим се „прибављају искључиво права“. 2) Мада је малолетницима омогућено да самостално закључују уговор о поклону, у пракси их у томе спречава строга форма овог уговора.

Правна лица су способна да приме поклон. Његова судбина зависи од врсте и намене поклона, односно делатности и циља поклонопримца. Анализа бројних домаћих прописа показала је да задужбине, фондације, фондови, установе, академије, музеји, библиотеке, удружења, политичке партије, држава и јавне агенције јесу поклонопримци.

Релативну неспособност за закључење поклона познавали су још римски правници (поклон супружнику, судском заступнику). Савремени функционери, државни службеници, судије, са њима повезана лица па и поједина правна лица немају способност да приме поклон који изазива сукоб интереса или представља корупцију. Поклони медицинским радницима, свештеницима и адвокатима су предмет нарочите пажње страног законодавца због евентуалног недозвољеног утицаја на поклонопримца. У Србији, проблематичне поклоне овог типа помињу професионални кодекси, али нису санкционисани законом. Иако се притисак на поклонодавца санира и редовним средствима (поништење због неспоразума или мане воље), можда је сигурније превентивно деловати законским забранама будући да спорови настају најчешће након смрти поклонодавца, што отежава доказивање.

Поменута ограничења, забране и рестрикције сведоче о „тамнијој страни“ поклона. Право штити слабију страну, подређене, зависне, недовољно информисане, али и јавни интерес. Тешко је осмислити и спровести правила која ову заштитничку мисију олакшавају, а истовремено су довољно флексибилна да не ограниче поклањање.

5. Предмет поклона, поклонодавчева чинидба, гласи на *даре*. Поклања се преносиво имовинско право новчаног карактера. Постојеће право прелази са поклонодавца на поклонопримца (редовно својина). Међутим, предмет поклона је и право рођено самим уговором о поклону у корист поклонопримца на поклонодавчев терет (заснивање службености или потраживања). Уважавањем овог критеријума искључују се проблематичне ситуације као што су: отпуштање дуга, испуњење туђег дуга, преузимање дуга и бесплатан рад.

Велики проблем је како од уговора о поклону разграничити друге послове којима једно лице чини корист другом.¹⁴⁴⁸ Овакви односи јесу уговор о поклону једино ако су присутни сви елементи за његов настанак (6). Није довољно што се поклонопримчева корист уклапа у критеријуме за предмет поклона. Поред тога, однос између субјеката треба сагледати шире. Ако тај поглед негира бесплатност или добротинство, односно ако је опозивање немогуће, нема уговора о поклону.

¹⁴⁴⁸ Тако нпр. бесплатно уступање потраживања може да се посматра као *цесија*, али и као поклон чији је предмет потраживање од *цезуса*. Постоје бројне сличне ситуације које се међусобно знатно разликују па уопштавање није могуће. Ту спадају: корист бенефицијара из уговора у корист трећег; признање дуга које прекида рок застарелости; признање до тада непостојећег дуга; ослобађање дужника поклонодавчевим преузимањем његовог дуга; исплата туђег дуга; куповина ствари на поклонопримчево име; *расто де поп ретендо*; напуштање обезбеђења, повериочево намерно осујећење услова повољно за дужника.

Чињење, уздржавање или трпљење нису предмет поклона иако обогаћују примаоца јер нема осиромашења даваоца, мада он пропушта увећање активе.¹⁴⁴⁹ Без осиромашења нема потребе за заштитом па се ови случајеви не сматрају поклоном. Преносиво потраживање које гласи на чињење је предмет поклона. Уговор којим се једна страна обавезује и да изврши бесплатну услугу и да пренесе право (својину) је мешовит.

Будућа ствар је неспорно предмет поклона ако је поклонодавчева својина извесна (нпр. цивилни плод). Режим који важи за будућу ствар треба да важи и за туђу (DCFR). Док су у домаћем праву забрањени наследноправни уговори, треба забранити и поклон будуће имовине јер је њихова улога слична. Поклон целокупне имовине такође треба забранити јер је идеалан за оштећење поверилаца. Поред тога, такав поклон упозорава на поклонодавчеву способност за расуђивање.

Афекциона вредност није материјална, па нема ни обогаћења ни осиромашења, али је и ствар без тржишне вредности предмет поклона. Несавршеност теорије толеришу природне науке, па исто треба дозволити и правној доктрини. Предмет поклона јесу законом призната стварна права на туђој ствари *erga omnes* (службеност, плодуюживање), али не и поједина, изолована овлашћења власника (тзв. атрибути права својине). Нове идеје о предмету поклона нарушавају традиционалне темеље. Бесплатно уступање дигиталних информација (софтвер, базе података) несумњиво доноси поклонопримцу корист, али њиховим дељењем поклонодавац не сиромаше. Објективни елемент таквог поклона знатно одступа од класичног.

Одређеност предмета је нарочито важна јер показује да је поклонодавац потпуно разумео последице поклањања. Поклон се у пракси поништава и због недопуштеног (поклон собе у стану) или немогућег предмета (срушена непокретности). У судској пракси је погрешна представа поклонодавца о предмету разлог за ништавост што гарантује појачану заштиту поклонодавцу, иако се таква ситуација због мањкавости језика лако меша са заблудом.

6. Аргументе против преживелог формализма поклона домаћа литература занемарује. Лица поступају нерационално и исхитрено и у теретним пословима (аукција). Постоје бројни други начини да се униште породица и наследници па их право не брани (импулсна куповина, коцка). Законодавац је одувек форму поклона користио као брану

¹⁴⁴⁹ На пример: бесплатне услуге, пружање смештаја, бескаматни зајам, корист која припадне једном лицу због пропуштања другог лица (одбијање понуде коју потом прихвати други; одбијање да се ратификује посао заступника без овлашћења; неистичање неважности уговора); одрицање унапред од права која није стечено (сазрело); одрицање од наследства или легата; дозвола да се настави државина ствари; неподизање тужбе или приговора.

његовом ширењу, као и да би остварио неке своје циљеве (поклон цркви; војницима; Француска револуција). Он поклонодавце и поклонопримце третира као непромишљене, несмотрене и безобзирне. Форма је намерна препрека како би се поклони проредили. Прави циљ је да се поклањање сузбије и ограничи. Поклонодавца формалности одбијају, нарочито публицитет. Резоновање по којем је човек сумњив када поклања, а поштен када тргује је наопако.

Еволуција форме поклона одредила је његову правну природу. Тек укидањем предаје он добија право облигационо дејство. Штавише, дефиниција римског поклона зависи од његове форме. Елементи форме из римског права (исправа, предаја, регистрација) задржали су своју функцију и у модерном праву.

Мада одредбе BGB о поклону постављају минималне захтеве у погледу форме, уговор о поклону фактички је формалан због утицаја других прописа (нпр. о промету непокретности). Формално је једино обећање поклона. У романским системима је обрнуто, елементи форме су бројни: компликован јавнобележнички акт, исправа, сведоци, депоновање, инвентар, нотификација. Одредбе о форми су јако строге, али правна пракса их успешно заобилази, тако да се сваки поклон може учинити и без формалности. Дакле, упркос драстично различитом законодавству, ситуација „на терену“ је слична. Моћ законодавца је спутана јер је поклон–друштвени однос шири од поклона–правног института.

Наметање строге форме поклона вратило се као бумеранг. У романским системима, противно основним правилма цивилистике, заживео је прикривени поклон са својим добрим (приватност) и лошим странама (пореска евазија). Прикривени поклон се толерише, иако је симулација забрањена. То ремети читав систем. Још већа изнуђена девијација је индиректни (посредни) поклон.¹⁴⁵⁰ Ове појаве можда јесу поклон у најширем смислу, али нису уговор о поклону, иако се њима постиже исти или сличан циљ. Прикривени и индиректни поклон „супституишу форму“, јер је крутост прописа неоправдана.

Поменуте појаве би се проредиле ако форма постане средство за постизање правичности, што је добра америчка пракса. Суд треба да се запита шта је права поклонодавчева воља, не да фетишизује форму. Идеје попут конструктивне предаје олакшавају одлучивање. Формални недостатак је опростив ако је намера даровања неспорна. Тако би се прагматичним суђењем превазишли проблеми конзервативне

¹⁴⁵⁰ Ту спадају: уговор у корист трећег као поклон бенефицијару, сејање, сађење, грађење на туђем земљишту, фиктивна признаница, абдикативно одрицање од права, отпуст дуга, испуњење туђе обавезе, судско признање непостојећег дуга, намерно губљење парнице, допуштање застаре, куповина на име трећег.

легислативе. Домаћи судови као да су заборавили начело савесности и поштења па формализам тријумфује. Уместо да заштити, форма онда гази поклонодавчеву вољу.

Ма у којој форми, поклон служи као *iustus titulus* поклонопримчевог права. Стварајући обавезу принудно извршиву у будућности, писани поклон је прави уговор. Пружајући поклонодавцу све повластице даровања, он одлаже бол предаје и једина је опција када ручни поклон није могућ. Писани уговор о поклону покретне ствари је „једнострано формалан“, мешовит поклон је „парцијално формалан“, солемнизовани поклон непокретности је „двострано формалан“. Писани поклон служи и као табуларна исправа. Иако су у пракси релевантна и правила земљишно-књижног права, важно је раздвојити формалне услове пуноважности од услова за стицање непокретности. *Clausula intabulandi* није елемент форме поклона. Модерни елементи форме су текст, трајни медијум и потпис поклонодавца. Одредбе Преднацрта о форми уговора о поклону треба модернизовати. Појмови „трајни носач“ и „електронски потпис“ су данашњица. Грађански законик РС је пропис за 21, а не превод изворника из 19. века. Обавезивање поклонодавца не мора да буде материјализовано на папирнатој исправи.

Ручни поклон је ванзаконски институт или прописан изузетак. Сведочећи о неприлагођености строгог формализма реалном животу, овај резултат обичаја законодавац није могао сузбити. Ручни поклон прилично одговара поклањању–друштвеном односу, али је његова уговорна природа ослабљена јаким аргументима. Неоправдано оспорен у делу домаће доктрине, ручни поклон је признат и користан. Мада нема облигационо дејство, служи као *iustus titulus*.

Јављају се и нови изузеци, говори се о функционалном еквиваленту писаној форми. Са предајом предмета поклона су изједначени акти који испуњавају упозоравајућу функцију форме (нпр. предаја стварноправне хартије). Пуноважно је неформално обавезивање поклонодавца објављено преко традиционалних медија, због личне сатисфакције коју доноси публицитет. Пословни поклон је неформалан јер поклонодавца-профитера не треба штитити.

7. Општи принцип неопозивости гарантује стабилност поклона, важну због правне сигурности свих који рачунају на дефинитивност поклонопримчевог обогаћења. Кодификовани разлози за опозив су изузеци од општег принципа, теоријски разрађенији и у пракси чешћи од ситуација у којима долази до изражаја сам принцип.

Специјални принцип неопозивости у француском праву спречава да се поклонодавац предомисли, самовољним опозивањем или фактичким радњама.¹⁴⁵¹ Без њега се поклон не би довољно разликовао од тестаента. Међутим, принцип није универзално прихваћен. Због бесплатности, поклонодавац клаузулама може себи да обезбеди разне привилегије ограничавајући поклонопримца иако је власник (реверзиона клаузула, опозив по дискрецији). Тако се у упоредном праву прекрајају аксиоми цивилистике. За наше право примерено је средње решење. Клаузула о дицкреционом опозиву не одговара уговорној природи поклона. Поклон не сме поклонопримца да учини слугом, ограничавање располагања предметом поклона је недопуштено. Са друге стране, прихватљиво је опозивање из уговором тачно одређеног разлога или у случају раније смрти поклонопримца, као и плодуживање у корист поклонодавца. Преднацрт треба да се одреди према специјалној неопозивости, мада није прокламована ни општа неопозивост.

8. Опозивање поклона је посебан вид престанка уговора. Напада се уговор као правни основ, не захтева се повраћај ствари. То долази касније по правилима о стицању без основа. Право на опозив активира се у случајевима предвиђеним посебним прописима о поклону.¹⁴⁵² Оно се разликује од права на раскид, када поклон престаје на основу општих правила уговорног права. Поклон се побија због повреде трећег лица. Оштра разграничења су незахвална, нпр. побијање због ускраћивања издржавања подводи се под *actio pauliana* или осиромашење поклонодавца, али је и самостални разлог.

Редовно се опозива испуњен поклон. Настаје једна нова обавеза, да поклонопримац врати поклон или његову вредност. Изузетно, неиспуњен поклон престаје гашењем поклонодавчеве обавезе. Дејство опозива је предмет реституционог, а не уговорног права. Нису сви разлози за опозив једнаки, незахвалник нема приговор осиромашења. Свакако га не треба изједначити са поклонопримцем у оскудици. Користан је и потпун и делимичан опозив (нпр. да се обдари најмлађе дете као претходна). У начелу, опозивање због незахвалности делује ретроактивно. Опозивање због осиромашења, будући да ту нема поклонопримчеве одговорности, делује убудуће.

Вансудско опозивање једностраном изјавом воље поклонопримцу је нелогично. Начело неопозивости налаже да ипак суд пресуди да ли је опозивање оправдано, нарочито

¹⁴⁵¹ На пример: нестицање поклоњене будуће имовине; потестативни услов зависан од поклонодавчеве воље; поклонопримчево преузимање неодређених поклонопримчевих дугова; задржавање права да се поклоном располаже.

¹⁴⁵² То су законске одредбе посвећене специјално поклону.

када су уговарачи у сукобу. Оpozивање има имовински карактер (узима се обoгаћење), али истовремено обезбеђује и заштиту неимовинских интереса, штитећи моралне обзире.

DCFR представља нову идеју о роковима за опозивање. Они нису одређени фиксно, већ као правни стандард. И овде правила о поклону нагризају постулате цивилистике јер се такви рокови не сврставају ни у застарне ни у преклузивне. Имајући у виду неуједначену домаћу судску праксу у вези рокова, изгледа као да је ово решење одавно прихваћено. Ипак, оно није адекватно за наше право.

9. Оpozивање због незахвалности је место где се поклон највише приближава двострано-обавезујућим уговорима. О томе сведоче подупирајуће теорије о санкцији, о раскидном услову, о поклонопримчевој дужности. Ипак, не постоји обавеза захвалности, њу није могуће дефинисати, већ се незахвалник кажњава више од других када повреди „живот, тело, част, слободу и имање“. Право се клања етици, уважава се алтруизам, превентивно се делује на поклонопримца. Захвалност је морална емоција вишег нивоа. Незахвалност је правна чињеница (изоловани акт или понашање), па ови појмови нису антиподи. Незахвалност нарушава социјалну економију поклањања. Иако негирана, теорија о каузи је значајна јер повезује поклонопримчево издржавање осиромашеног поклонодавца као позитиван вид благодарности и незахвалност као негативан вид. Истовремено, она указује на универзалност субјективног елемента поклона.

Идеје о незахвалности афирмисане у римском праву су се одржале: уместо набрајања који акти представљају незахвалност, боља је општа норма; поклон се опозива због сваког недостојног чињења, ређе и нечињења; оправдан је једино судски опозив, јер се тако спречава самовоља поклонодавца. Чак и у романским системима еnumerације постоји бар једна лабавија норма. Поклон се опозива због напада на поклонодавчев живот, уважава се и злостављање, кривичноправни деликт, крађа од поклонодавца, ограничавање његове слободе, лажна оптужба или лажно сведочење, наношење штете његовој имовини. Спорне су постхумне повреде угледа и части јер их поклонодавац није осетио. Са друге стране, опозив тада оправдавају морални разлози. Проблематично је и брачно неверство, нарочито након либерализације развода, али и због посебних прописа о враћању поклона након престанка брака. Неоправдано ускраћивање издржавања је незахвалност, нарочито када је поклонопримац законом одређен као приоритетни дужник у односу на поклонодавчеве сроднике. Незахвалничово огрешење је озбиљно, намерно и показује антипатију. Нема незахвалности када поклонопримац повређује поклонодавца аутодеструкцијом.¹⁴⁵³

¹⁴⁵³ Тако што напусти школовање, ода се криминалу, наркоманији, проституцији.

У германским системима поклонопримчева обавеза да поштује поклонодавца је неутужив дуг. Незахвалност је променљива категорија по месту и времену па велики утицај има судска пракса. Покушај убиства, телесна повреда, теже кривично дело, ускраћивање издржавања, неморалан живот, лажно оптуживање, неверство, злонамеран покушај одузимања пословне способности, сведочење упркос имунитету, огрешење о поклонодавчеве сроднике – све те ситуације могу, али и не морају да буду велика незахвалност. Флексибилна законска норма налаже суду да утврди све околности и да се запита да ли поклонопримац заслужује поклон. Узима се у обзир сразмера између акта незахвалности и вредности поклона, историја претходних сукоба, поклонодавчеве провокације. Јединствено је решење да се поклон опозива ако поклонопримац поступа са поклоњеном ствари, која има нематеријалну вредност за поклонодавца, тако да јој прети непоправљива штета (ГЗРФ).

Правни стандард „велика незахвалност“ не треба оковати законом, недефинисаност је овде корисна. Акт незахвалности не мора да буде противправан (поклонопримац изнесе медијима истину о поклонодавцу). Противправни акт не повлачи аутоматски опозивање (асистирана еутаназија). Из тог разлога, опозивање поклона је независно од кривичне одговорности.¹⁴⁵⁴ Није довољна само намера, већ зла намера.

„Велика незахвалност“ у домаћем праву је еластичан, динамичан појам подложен нешто стабилнијем етичком критеријуму. Незахвалност карактерише анимозитет неприхватљив у друштвеној средини уговарача. Зла намера се остварује и нечињењем, нарочито када постоји дужност помагања или дужност заштите, па и ненасилним актом. Радњу у афекту треба разликовати од негативног сентимента према поклонодавцу. Субјективни доживљај поклонодавца да је га поклонопримац изневерио није релевантан. Незахвалност постоји иако су штетне последице изостале, сам покушај је довољан. Понашање поклонопримца процењује се узимајући у обзир вредност, време и повод поклона, као и вишегодишњи развој поремећених односа. Његово владање се строже цени ако је поклонодавац стар или болестан, односно када мимо поклона постоји морална обавеза према поклонодавцу. Груба незахвалност је један акт, али се може огледати у низу поступака где сваки понаособ није за осуду. Образложење пресуде којом се усваја захтев поклонодавца због увреде и клевете је експлицитно. Однос поклонодавца и поклонопримца треба изоловати од односа између осталих чланова породице. Жртва незахвалности је првенствено поклонодавац, али је релевантна и незахвалност према њему блиском лицу

¹⁴⁵⁴ У кривичном праву важи *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Без противправности нема одговорности.

уколико постоји „рикошет ефекат“. Акт незахвалности трећег лица се рачуна ако је поклонопримац подстрекач, саучесник или помагач.

Право на опозив прелази на наследнике поклонодавца, али само ако је поклонодавац усмрћен актом незахвалника. Решење понуђено Преднацртом без поменутог ограничења даје наследницима велику власт над судбином поклона.

Привлачно је решење из упоредног права да опозив делује ретроактивно између уговарача, али да према трећим лицима нема ретроактивно дејство. Тако незахвалник није поштеђен, али за његову грешку не испаштају други.

10. Постоје два критеријума за оцену да ли је осиромашење довољно за опозивање. По „персоналном“ критеријуму узима се у обзир друштвени положај поклонодавца: осиромашење прети дотадашњем стандарду. То је више промена материјалног стања, него беда и оскудица. Други приступ је објективан: угрожена је егзистенција. Поклонодавчев положај је толико лош да има право на издржавање од сродника или је кандидат за социјалну помоћ. Упоређује се актива са пасивом. Неминовно погоршање се такође узима у обзир. Право на опозив поклона због незахвалности улази у активу. Поклонодавчева немогућност да издржава своје сроднике (неподношљива пасива) као разлог за опозив такође афирмише објективни критеријум. Међутим, треба осигурати да се враћено утроши наменски.

Поклонодавчева оскудица може бити последица ускраћивања нужног издржавања. Када је дужник издржавања сродник-поклонопримац треба размотрити да ли постоји незахвалност. Разграничење је важно због тежих последица за незахвалника.

Понуда издржавања представља поклонопримчеву одбрану од опозива. Право на опозив се не гаси, већ суспендује. Треба прописати да је обавеза издржавања ограничена вредношћу поклона и оквирно уредити колика је рата (нпр. минимална зарада; износ социјалне помоћи; према вредности поклона; споразуму).

Осиромашење је позитиван пример како су домаћи правници лепо разрадили прописе користећи упоредноправна решења. 1) Прихваћен је објективни критеријум: након закључења поклонодавац толико осиромаша да нема средстава за живот. Није довољно погоршање материјалног стања, захтева се знатна и трајна оскудица. Пролазне, као и трајне макроекономске околности, нису релевантне. Поклонодавац је егзистенцијално угрожен и не може да рачуна на помоћ трећег. Разматрају се његово здравље, старост и породичне прилике са једне, а позитивне имовинске промене са друге стране. Ко је и пре поклона био у оскудици, не ужива заштиту. 2) Обогаћење поклонопримца још увек постоји. То је

проширење и односу на уобичајену формулацију „да се ствар налази у имовини поклонопримца“. Уважава се поклонопримчева „невиност“, али и могућност да је предмет поклона променио облик. 3) Опозивање не сме да угрози егзистенцију поклонопримца и његове породице. Ово правило прихваћено у пракси није предвиђено Преднацртом. 4) Нема лица које је дужно да издржава поклонодавца, или је оно инсолвентно. Начелно, поклонопримац није дужник првог реда. Решење је повољније за поклонопримца него за поклонодавчеве сроднике. Међутим, пошто се уговор о поклону најчешће закључује између сродника, поклонопримац је редовно и дужник законског издржавања. Преднацрт нема одредбу о томе ко први трпи због осиромашења: поклонодавчев сродник или поклонопримац, када нема „сједињења“. Од оскудице треба заштитити поклонодавца, али и шире интересе. Он не сме бити терет држави. Треба омогућити служби социјалне заштите да напада поклон. Прихватљив је и судски и вансудски опозив, мада је логичније да суд провери да ли су испуњени поменути услови.

Пошто је циљ опозивања материјално збрињавање поклонодавца, онда делимични опозив има више смисла. Поклон се опозива само у мери потребној за издржавање, вишак остаје поклонопримчев. Међутим, теоријски најадекватније решење у пракси је тешко спроводиво код недељивог предмета поклона. Исто важи и за предлог да се поклонодавцу даје камата на вредност поклона. Конструктиван је став да обим опозивања зависи од степена осиромашења.

Треба уредити ситуацију када је осиромашени поклонодавац учинио више поклона, истовремених или сукцесивних. Прва је могућност да се редослед пропише (опозивање обрнутим редом; истовремени сразмерно). Друга могућност је дискреционо право, поклонодавац бира на основу афинитета. Ово решење више одговара природи поклањања, емоције треба уважити.

11. Иако је скорим реформама романских система домашај рођења детета умањен, његов теоријски значај је велики будући да се око судбине овог разлога водила дуга полемика. Штавише, ту се најбоље види утицај емоција не само на поклон, него и на правничко резонување уопште. Са једне стране поклон се посматра као фаворизовање појединог потомка, незаслужена привилегија, непријатељ грађанске једнакости. Родитељска афекција јача је од обавезности уговора. Даровањем поклонодавац ставља поклонопримца испред самог себе, али не и испред свог потомства. Са друге стране, опозивање није пружало истинску заштиту породици јер не спречава родитеља да поново

поклони или потроши, уместо да издржава принову. Тако се отвара и шире питање: шта је истински циљ опозивања?

Овај разлог за опозив илуструје развој уговорног права. Доскора третиран као питање од јавног интереса, водио је опозивању по сили закона независно од воље заинтересованих лица, са ретроактивним дејством. Данас је због правне сигурности сведен на унапред уговорену могућност. Ипак, снага правне традиције види се у уграђивању опозива због рођења детета у модерно резидуално право.

Резидуални опозив из DCFR показује како се један институт карактеристичан за двострано-обавезујуће уговоре прилагођава поклону. Када се промене кључне околности на којима је поклон заснован, тако да је обogaћење поклонопримца очигледно неприкладно или прекомерно, поклон не треба да остане на снази. Правило се рестриктивно тумачи и има супсидијарни карактер у односу на остале разлоге за опозивање. Решење указује на тренд да се суду дају широка дискрециона овлашћења када одлучује о судбини поклона.¹⁴⁵⁵ Узима се у обзир сврха поклона, природа промене и њена непредвидивост, положај обе стране пре и после поклањања и након евентуалног опозивања. Флексибилна формулација обухвата различите ситуације без казуистичког приступа (веренички прстен и слични поклони, свадбени поклон, рођење поклонодавчевог детета). Међутим, таква номотехника захтева правни систем развијене правне културе и праксе.

12.1. Поклон се због заблуде лакше поништава него други уговори (узима се у обзир и заблуда о мотиву), јер се сматра да бесплатног стицаоца не треба нарочито штитити. Различите заблуде различито делују. Заблуда о личности погађа субјективни елемент. Због заблуде о својствима предмета поклон је вреднији или скромнији, те је поремећен објективни елемент. Неке заблуде су теже. Заблуда о идентитету предмета (*error in corpore*) или заблуда о правној природи посла (*error in negotio*) показује озбиљан недостатак сагласности, па је поклон ништав. Догађа се и поклонопримчева заблуда. Она нема исти значај као поклонодавчева, али је у неким ситуацијама треба уважити, нпр. када опстанак уговора дарованом наноси трошкове.

Заблуда о мотиву је слична ситуацији након поклонопримчевог неиспуњења налога. Поклонопримац изневери очекивање па поклонодавац тражи поништење да би вратио поклон. И поклонопримац може бити у заблуди о мотиву даровања иако је она по слову ЗОО резервисана за поклонодавца. Уговор о поклону је рушљив због заблуде о мотиву и када је прикривен другим, најчешће уговором о деоби заједничке имовине супружника.

¹⁴⁵⁵ Правник треба да познаје правну теорију и схвата начела. Важнији је *ratio* од слова норме.

Тада је важно разоткрити симулацију јер ова заблуда за теретне уговоре није релевантна. Када желе да пониште уговор чије последице сматрају неправичним, а немају убедљивији, судови као задњи аргумент користе правила ЗОО о заблуди. Тако, поклон трећег лица супружницима се поништава због заблуде о мотиву након развода. Законска норма је средство, а не циљ и такво поступање је добро све док се уважава да поклон не сме од поклонопримца да направи слугу.

Позивање на заблуду није легитимно оружје поклонодавца који се каје што је поконио. Олако поништавање супротно је начелу неопозивости поклона. То што је поклонопримац изневерио поклонодавца не треба изједначити са опозивом због незахвалности. Супротно традиционалним идејама да напад на поклон треба максимално олакшати, новија доктрина упозорава да општа правила о заблуди за поклон нису адекватна. Он делује у сфери афекција и нематеријалној економији. Постоји „мулти-мотивација“, нема заблуде када је погођен само један од више побуђујућих фактора даровања. Не треба прихватити поклонодавчево позивање на заблуду о личности поклонопримца када се она тиче његовог интегритета, аутономије и слободе (због расе, брачног или животног избора, политичког уверења, сексуалне оријентације). Само најозбиљније заблуде су релевантне јер поклон вреди колико и други уговори.

12.2. Због преваре се поклон лакше поништава од теретних уговора. Када она потиче од трећег лица, савесност сауговорача не помаже. Осим тога, због објективног елемента довољно је прикривање па и само прећуткивање. Нарочито је тешка превара када се злоупотребљава рђаво стање поклонодавца (старост или болест) ради добијања поклона велике вредности. Због обрнуте сразмере поклонодавчевог расуђивања и могућности да он буде преварен треба обратити пажњу на способност за поклањање. То је значајно пошто је због преваре поклон рушљив, а када нема способности онда је ништав. Безазленија превара постоји када стране уговором о поклону „усклађују правно са фактичким стањем“ или остварују неки циљ неповезан са субјективним елементом. У таквим случајевима суд поништењем уговора погодује поклонодавцу, иако је он више „саучесник“ него жртва. То је супротно начелу *Nemo auditur*.

12.3. Одређени проблеми поводом поклањања су универзални. Изнуђивање поклона су правници одувек покушавали да спрече. Нарочито је то велика невоља када поклонодавца уцењује режим. *Lex Cincia*, прва мера у борби против злоупотребе власти, имала је исти циљ као и домаћи Закон о враћању земљишта 2200 година касније. Због непрецизности ЗОО понављамо да је поклон због принуде ништав, а због претње рушљив. Услед субјективног и објективног елемента поклона недозвољени утицај на поклонодавца

се строже цени него исти поступак против саговорача из неког другог уговора. ЗОО претњу санкционише рушљивошћу. ЗПН усваја шири концепт недозвољеног утицаја и предвиђа теже последице: притисак повлачи ништавост. Већи степен заштите је оправдан јер се ради о непокретности. Ту се види веза између предмета поклона и боље заштите поклонодавца – дарожљивији заслужује погоднији положај.

13.1. Уплив емоција у уговорно право најизраженији је када поклон престане због окончања брака. Даровање због љубави умире заједно са њом. Овај здраворазумски аргумент правници су преточили у замршена правила што сведочи да се поклањање као друштвена појава отима правној регулативи. На пример, у француском праву је поклон ванбрачном партнеру био сигурнији него поклон супружнику; поклон будуће имовине био је опозив, неодређеног предмета и није преносио никакво право. Поклон супружнику је донедавно био упадљив изузетак од *pacta sunt servanda*, а могућност лаког опозивања чак и прећутним актом неспојивим са опстанком поклона угрожавала је његову уговорну природу.

У парницама након развода домаћи судови су се, ради образложења одлуке о враћању поклона, ослањали на правила о мотиву и каузи, што сведочи о практичности и универзалности субјективног елемента када специјални прописи имају празнину. *De lege ferenda*, треба прописати рок за повраћај поклона након развода. Због престанка брака по ПЗ предмет поклона „се враћа“, али се уговор не поништава јер нема недостатак. Он је и даље ваљан мада му је укинута дејство, што је занимљив куриозитет. Проблематично је питање које вредности треба да је поклон да би се успешно тражио назад. Његово упоређивање са вредношћу заједничке имовине је непрактично јер је и она редовно спорна. Предлог из Преднацрта да се враћа поклон „веће вредности“ није прецизан. Богатство за једног, кап у мору је за другог. Зато је најбоље да се враћа поклон несразмеран имовинском стању поклонодавца.

Престанак брака и незахвалност поклонопримца карактерише иста чињеница: поремећај односа. Кумулација поклонодавчевих захтева је понекад употпуњена и осиромашењем, он се позива и на раскидни услов, осујећен мотив и пољуљан основ. Овде треба бити обазрив јер последице опозивања нису исте. Код незахвалности је поклонодавац у најбољем положају, али је ограничен роком. У случају осиромашења поклонопримац има приговоре исцрпљеног обогаћења и сопствене оскудице. Након развода поклон се враћа према стању у тренутку престанка заједничког живота.

Кривица више није релевантна за развод у домаћем праву, али не треба је *a priori* занемарити када се одлучује о судбини поклона. У том смислу треба тумачити ПЗ да нема повраћаја уколико је то очигледна неправда за поклонопримца. ПЗ поводом поклона не прави разлику између развода и поништења брака. С обзиром да уговорна одговорност почива на кривици, можда у случају поништења брака треба дозволити враћање само савесном поклонодавцу.

13.2. Престанак романсе између супружника редовно утиче и на поклон трећег лица (свадебни), иако се ради о околности спољној за однос између уговарача. Треће лице поклања пару или само једном супружнику. Идентификација поклонопримца, важна због способности да се поклон прими и „обавезе благодарности“, зависи од поклонодавчеве намере и предмета поклона. Судбина поклона трећег лица у случају престанка брака се различито решава: по аналогији са међусобним поклонима супружника, или одбијањем захтева трећег јер га правила породичног права не штите. Проширено тумачење општих правила ЗОО о основу и мотиву гарантује повраћај, али је теоријски дискутабилно. Аутори ту виде стицање без основа, негативни раскидни услов па и незахвалност. Парадоксално, теоријски најспорнија решења дају најправичније резултате. Није оправдано да поклонопримац задржи своју половину поклона бивше тазбине. Судбину поклона трећег лица након престанка брака треба одредити Преднацртом.

13.3. Римски споменици о поклону *ante-nuptias* изненађују својим танчинама: другачије се третира вереник од веренице; малолетна од пунолетне или „љубљене“ веренице; ствар неопходна за живот и луксузни поклон; мираз је издвојен. Данашње право иде у супротном смеру, ка генерализацији. Домаћи прописи не предвиђају раскид веридбе као посебан разлог за опозив, мада га упоредно право познаје. Ипак, вереници не размењују чешће и лакше прстење у државама где им је повраћај загарантован, што опет указује на ванправне аспекте даровања. Домаћи судови се ослањају на правила о основу када одлучују о враћању вереничког поклона, субјективни елемент опет прискаче у помоћ. Друга могућност је аналогија о враћању поклона због развода. *De lege ferenda*, треба уредити пропаст веридбе као разлог за престанак поклона, самостално или у склопу резидуалног права.

Теоријски је проблематичан опстанак поклона ванбрачном партнеру након престанка везе. Иако сличан вереничком, овај поклон прописи не препознају па судови примењују различите теорије о условном даровању, поклон третирају као средство обезбеђења, неправично обогаћење или чак *consideration* за брак. Споран је и поклон учињен због обећања брака. Ту треба испитати да ли постоји поклонопримчева превара или

је поклонодавац стварно више ценио афекцију партнера од дарованих ствари. У супротном, опозивањем се мање штити поклонодавац, а више његови наследници и јавни морал.

14.1. Новина из DCFR су конкретне обавезе поклонопримца: да прихвати поклоњену ствар и омогући пренос својине. Међутим, то значи да поклон није једнострано-обавезан. Обим поклонопримчевих обавеза је још већи код поклона „који није потпуно бесплатан“. Због поклонопримчеве дужничке доцње поклонодавац има право да раскине поклон. Слободнијим тумачењем прописа исти исход допушта и традиционално уговорно право. Одбијањем поклонодавчевог испуњења даровани долази у поверилачку доцњу. Поклонодавац нема могућност да повериоца принуди на сарадњу, а уобичајени лекови (депоновање или продаја) нису адекватни. Зато му треба признати право да уговор раскине. Тако се постиже правично решење, без радикалне идеје да је поклон двострано-обавезујући бесплатан уговор.

14.2. Клаузула *rebus sic stantibus* традиционално је резервисана са двострано-обавезујуће уговоре, у циљу заштите једнаке вредности узајамних давања. Код поклона се њена примена не може објаснити начелом еквиваленције, али се оправдава начелом правичности и добрим обичајима. Ако се кроз осиромашење уважава промена материјалног стања, онда треба уважити и промену породичног или здравственог стања поклонодавца. Међутим, поклонодавац не заслужује заштиту када је могао да предвиди промену, или је сам изазвао. Код поклона са трајним извршењем и у добротворне сврхе, долази до промена услед којих поклон изгуби смисао (донација у корист ветерана; смрт пацијента). Доктрина још не нуди теоријску подлогу за њихов престанак. Назире се субјективни елемент као могуће решење, ако се превазиђе спорно отпадање каузе. Мада многи ниподаштавају улогу каузе, поклон доказује њену сврсисходност. Премда теоретски и академски појам, она има прагматичну намену. Као што математичарима служи имагинарни број, тако правницима служи кауза, односно код поклона субјективни елемент.¹⁴⁵⁶ Она сама за себе не значи пуно, али је инструмент за постизање жељеног циља.

14.3. Новина је решење из DCFR да поклонопримац раскида уговор због несаобразности. Поклонодавац не гарантује за материјалне и правне недостатке предмета поклона, али је дужан да га прими назад. Тако се поклонопримац штити од трошкова и штете. У руском праву једнострано раскид поклонопримац остварује одбијањем да прихвати поклоњену ствар. DCFR тако одступа од традиционалних правила о гаранцији, а

¹⁴⁵⁶ На пример код: узајамног, мешовитог и фиктивног поклона; поклона субјекта јавног права; заблуде о личности; преваре; пропасти веридбе; свадбеног поклона; побијања поклона прикривеног теретним уговором.

руско решење подрива уговорну природу поклона. „Право поклона“ обилује изузетима и одступањима од општих правила цивилистике, што доказује посебност овог института.

15. Разлика између слова закона и његовог живота добро се види код побијања због оштећења поклонодавчевих поверилаца. Поклон се у пракси много теже побија него што то по ЗОО изгледа. У упоредном праву од побијања су изузети и поклон у општекорисне сврхе као и располагање којим се испуњава морална дужност, што треба усвојити. Побиање се разликује од поништења, побијани поклон нема недостатак. Мешањем суд привилегује повериоца, њему поништење више одговара јер нема преклузивног рока. Код писаног поклона рок за побијање не тече „од временски последњег акта“ или укњижбе, већ од тренутка закључења, односно овере потписа код поклона непокретности. Противници побијања поклон прикривају теретним послом, јер се он теже побија. Симулацију откривају објективни и субјективни елемент, што изнова указује на њихов значај.

БИБЛИОГРАФИЈА

1. Домаће монографије, уџбеници, коментари и енциклопедије

1. Антић Оливер, Облигационо право, Београд, 2011.
2. Бабић Илија, Петровић Здравко, Облигационо право, Посебни део, Београд, 2004.
3. Бикић Абедин, Облигационо право, Сарајево, 2003.
4. Благојевић Борислав, Грађанско-правни облигациони уговори, Београд, 1947.
5. Борис Визнер, Грађанско право, Загреб, 1962.
6. Ведриш Мартин, Кларић Петар, Грађанско право, Опћи дио, стварно, обвезно и наследно право, Загреб, 1998.
7. Вуковић Михајло, Обвезно право, Загреб, 1964.
8. Гамс Андрија, Ђуровић Љиљана, Увод у грађанско право, Београд, 1994.
9. Драшкић Младен, Коментар чл. 45 ЗОО, у: Коментар закона о облигационим односима, Благојевић Борислав (редактор), Круљ Врлета (редактор), Београд, 1983.
10. Ђурђевић Марко, Уговор о поклону, Београд, 2012.
11. Ђуровић Радомир, Драгашевић Момир, Облигационо право са пословима промета, Београд, 1980.
12. Зиндовић Илија, Облигационо право, Посебни део, Београд, 2010.
13. Ијачић Славо, Уговор о поклону са судском праксом, Београд, 1997.
14. Јакшић Стеван, Облигационо право, Општи дио, Сарајево, 1962.
15. Ковачевић Куштримовић Радмила, Лазић Мирослав, Стварно право, Ниш, 2011.
16. Ковачевић Куштримовић Радмила, Лазић Мирослав, Увод у грађанско право, Ниш, 2011.
17. Константиновић Михаило, Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 2006.
18. Константиновић Михаило, Облигационо право, према белешкама са предавања, Београд, 1959.
19. Лазаревић Драгољуб, Уговор о поклону, Београд, 2010.
20. Лоза Богдан, Облигационо право II, Посебни дио, Зеница, 1983.
21. Маленица Антун, Поклон у римском праву, Београд, 1981.
22. Марковић Божидар, Коментар чл. 280-285 ЗОО, у: Коментар закона о облигационим односима, Благојевић Борислав (редактор), Круљ Врлета (редактор), Београд, 1983.
23. Марковић Лазар, Облигационо право, Београд, 1997.
24. Мијачић Мирса, Облигациони уговори, Ниш, 1990.
25. Мораит Бранко, Облигационо право, Бања Лука, 2007.
26. Николић Ђорђе, Облигационо право, Београд, 2012.
27. Николић Ђорђе, Практикум за облигационо право, Београд, 2001.
28. Орлић Миодраг, Закључење уговора, Београд, 1993.
29. Панов Слободан, Породично право, Београд, 2008.
30. Перић Живојин, О посебним уговорима, Београд, 1927.
31. Перић Живојин, Специјални део Облигационог права, Београд, 1920.
32. Перовић Слободан, Облигационо право, Београд, 1981.
33. Перовић Слободан, Одредница „Поклон“, у: Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Станковић Обрен (редакциони одбор), Перовић Слободан (редакциони одбор), Трајковић Миодраг (редакциони одбор), Београд, 1978.

34. Поп-Георгиев Димитар, Коментар чл. 280-285 ЗОО, у: Коментар Закона о облигационим односима, Перовић Слободан (редактор), Стојановић Драгољуб (редактор), Крагујевац/Горњи Милановац, 1980.
35. Радишић Јаков, Облигационо право, Општи део, Београд, 2004.
36. Радовчић Весна, Правна проблематика и развитак института даровања, Загреб, 1983.
37. Станојчић Гордана, Актуелна судска пракса из облигационог права, Београд, 2006.
38. Станојчић Гордана, Светислав Вуковић, Актуелна судска пракса из грађанско-материјалног права: облигационо право, стварно право, наследно право, стамбено право, породично право, Београд, 2011.
39. Стојановић Наташа, Наследно право, Ниш, 2011.
40. Стојчевић Драгомир, Ромац Анте, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1989.

2. Домаћи чланци

1. Антић Оливер, Кауза, Правни живот, бр. 10/2005.
2. Бачић Славен, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 11/2008.
3. Бикић Енес, Бркић Алаудин, Материјалне и процесноправне последице недостатка форме уговора у правном промету некретнина, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, бр. 5/2010.
4. Билић Споменка, Опозив поклона због незахвалности, Правни живот, бр. 11/1982.
5. Боровац Јелена, Ограничења аутономије воље поклонодавца код уговора о поклону, Правни живот, бр. 5-6/2008.
6. Боучек Вилим, Заручни статут у хрватском међународном приватном праву, Зборник Правног факултета у Загребу, 3/2008.
7. Вулићевић Војислав, О поклону, Југословенска адвокатура, бр. 1-2/1969.
8. Гичић Зоран, Садржина и обим поклонопримчеве обавезе код опозваног поклона, Гласник АКВ, бр. 1/1974.
9. Дунђерски Олга, Законска регулатива брака и породице у Србији од XII до XXI века, Социјална мисао, 4/2010.
10. Ђурђевић Дејан, Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/2004.
11. Ђурђевић Марко, Мирковић Зоран, Правила о поклону у српском средњовековном праву, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2011.
12. Ђурђевић Марко, Наградни поклон, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/2011.
13. Ђурђевић Марко, Поклон заснован на моралној дужности, Правни Живот 10/2012.
14. Ђурђевић Марко, Уговор о поклону за случај смрти, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2011.
15. Игњатовић Марија, *Sponsalia* у Римском праву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 54/ 2009.
16. Качер-Иванчић Бланка, Уговори о даровању, уздржавању и орташтву – гдје им је мјесто?, Тридесет година ЗОО, Зборник радова, приредио: Радован Д. Вукадиновић, Београд, 2009.
17. Ковачек Станић Гордана, Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 116-117/2004.
18. Костић Драган, Опозив и повраћај поклона, Правни живот, бр. 2/1973.
19. Крстић Новак, О прирачунавању поклона у обрачунску вредност заоставштине, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63/2012.

20. Курдулија Момчило, Поклон учињен брачним друговима од стране других сродника, Правни живот, бр. 3-4/1960.
21. Лоза Богдан, Оpozив поклона због неблагодарности поклонопримца, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5-6/1969.
22. Марковић Блажа, Оpozивање поклона, Правни живот, бр. 4-5/1968.
23. Медић Душко, Даровање (поклон) према нацрту Закона о облигационим односима Републике Српске/федерације Босне и Херцеговине, Расправе из грађанског и пословног права, 2007.
24. Медић Душко, Даровање према нацрту Закона о облигационим односима Републике Српске, Правни живот, бр. 10/2004.
25. Месаровић Коста, Оpozивање поклона од стране поклонодавца, Југословенска адвокатура, бр. 5-6/1969.
26. Месаровић, Коста, Оpozивање поклона од стране поклонодавца, Југословенска адвокатура, бр. 3-4/1969.
27. Миладиновић Снежана, Уговор о поклону по одредбама Закона о облигационим односима Црне Горе, Правни живот, бр. 11/2009.
28. Милић Иво, За утврђење и озакоњење значења праве предаје, Мјесечник, 8-10/1936.
29. Милутиновић Љубица, Раскид уговора о поклону, Закон о облигационим односима, Књига о десетогодишњици, Београд, 1988.
30. Милутиновић Љубица, Уговор о поклону, У сусрет изменама Закона о облигационим односима, Правни информатор, бр. 11/2006.
31. Николић Душан, *Obligaciones intuitu personae*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/1991.
32. Никшић Саша, Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4/2006.
33. Никшић Саша, Утјецај разлога на преузимање обвезе на ваљаност правних послова, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 6/2006.
34. Перић Живојин, Карактерне особине уговора о поклону, Архив, бр. 3-4-5/1924.
35. Перић Живојин, О уговору о поклону, Архив, бр. 4/1926.
36. Перић Живојин, О уговору о поклону, Архив, бр. 5-6/1926.
37. Перкушић Анте, Иванчић Бланка, Уговор о даровању некретнине *de lege lata* и *de lege ferenda* – побијање паулијанским тужбама, наследноправни и порезноправни аспекти, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 2/2005.
38. Почуча Милан, Посебна имовина супружника, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 9/2011.
39. Радишић Јаков, Ревокација поклона, Анали Правног Факултета у Београду, бр. 4/1957.
40. Радловић Алдо, Побијање дужникових правних радњи, Зборник правног факултета у Ријеци, бр. 2/1999.
41. Радмила Босанац, Нова регулатива у Преднацрту Грађанског законика, Уговор о поклону, Правни информатор, бр. 1/2011.
42. Салма Јожеф, О концепту уговора о поклону, Право – теорија и пракса, бр. 11-12/1995.
43. Салма Јожеф, О пуноважности уговора о поклону сачињених пред Комисијом Службе за катастар непокретности у форми записника, Право – теорија и пракса, бр. 9/1997.
44. Сесса Ђуро, Уговор о даровању, Зборник радова Закон о обвезним односима – најзначајније измјене и нови институти, 2005.
45. Станковић Обрен, Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву, Анали Правног факултета у Београду, бр. 6/1982.

46. Станковић Обрен, Реални уговори у СГЗ, његовом изворнику у упоредноправно, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994): Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994.
47. Тешић Ненад, О заједничкој имовини супружника, Правни живот, бр. 10/2006.
48. Тумбри Тања, О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4-5/1995.
49. Тирић Зоран, Стојановић Наташа, Неке дилеме око поништаја уговора о доживотном издржавању, Правни живот, бр. 10/2002.
50. Цвејић-Јанчић Олга, Брачно право у Војводини између два светска рата, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 125/2008.
51. Чувардић Јосип, Кауза код добротних уговора, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 1/2013.
52. Чувељак Јелена, Уговор о даровању, Хрватска правна ревија, бр. 2/2002.
53. Чувељак Јелена, Уговор о даровању, Хрватска правна ревија, бр. 2/2006.
54. Шаркић Срђан, Поклон у средњовековном српском праву, Истраживања, бр. 17/2006.
55. Шепаровић Веселко, Уговор о даровању, Наша законитост, бр. 9-10/1988.
56. Шкарица Никша, О даровању, Југословенска адвокатура, бр. 1-2/1971.

3. Стране монографије

1. Bar Christian, Clive Eric, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich, 2009.
2. Bucher Eugen, Law of Contracts, Hague, 2004.
3. Burrows Andrew S., The Law of Restitution, London, Austin, 1993.
4. Casulli Vincenzo Rodolfo, Donazione (diritto civile), Enciclopedia del diritto, Милано, 1964.
5. Dawson John P., Gifts and Promises: Continental and American Law Compared, New Haven, 1980.
6. Gordley James, The Enforceability of Promises in European Contract Law, Cambridge, New York, 2001.
7. Hyland Richard, Gifts: A Study in Comparative Law, Oxford, New York, 2009.
8. Kollhoser Helmut, Münchener Kommentar zum BGB, Минхен, 2004.
9. Marcel Planiol, Ripert Georges, Traité pratique de droit civil français, V: Donations et testaments, Париз, 1957.
10. Tang Hang Wu, Taking It Back: An Anglo-American Comparative Study on Restitution for Mistaken Gifts, New York, 2004.
11. Ven Jeroen Van De, The Economics of the Gift, Tilburg, 2000.

4. Страни чланци

1. Ahmad Tabrez, Comparative Study of Gift under Islamic Law and Transfer of Property Law: Indian Perspective, Comparative study of Gift under Islamic Law and Transfer of Property Law: Indian perspective (September 11, 2009). SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1471926>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1471926>, 2009.
2. Barlow A. C. H., Gift Inter Vivos of a Chose in Possession by Delivery of a Key, The Modern Law Review, vol. 19, 4/1956.
3. Baron Jane, Gifts, Bargains and Form, Indiana Law Journal, vol. 64, 2/1988.
4. Benson Peter, Grotius' Contribution to the Natural Law of Contract, Canadian Journal of Netherlandic Studies (Canada), vol. 6, 2/1985.

5. Bischin Robert, Procedural Aspects Regarding the Revocation Action of the Donation, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, 2/2010.
6. Bruton P. W., Requirement of Delivery as Applied to Gifts of Choses in Action, *The Yale LJ*, 1929.
7. Eisenberg Melvin, Donative Promises, *The University of Chicago Law Review*, vol. 47, 1/1979.
8. Eisenberg Melvin, World of Contract and the World of Gift, *The California Law Review*, vol. 85, 4/1997.
9. Gary Susan, Problems with Donor Intent: Interpretation, Enforcement, and Doing the Right Thing, *The Chicago-Kent Law Review*, vol. 85, 2010.
10. Hogg Martin, Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law, *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 1, 2011.
11. Hogg Martin, Promise: The Neglected Obligation in European Private Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2/2010.
12. Husa Jakko, Gift: The Piece That Does Not Fit the Legal Puzzle, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 2009.
13. Jenkins Ronny, Gifts, Donations and Donor Intent in the Canon Law of the Catholic Church, *The Jurist: Studies in Church Law and Ministry*, vol.76, 2012.
14. Keren Hila, Considering Affective Consideration, *Golden Gate University Law Review*, 6/ 2009.
15. Kull Andrew, Reconsidering Gratuitous Promises, *The Journal of Legal Studies*, 1992.
16. Lee Ruth Sarah, A Legal Analysis of Romantic Gifts, *University of Miami Law Review*, 2012.
17. Lemann Thomas B., Enforceability of Charitable Pledges, *Civil Law Commentaries*, vol. 1, 2009.
18. McGowan Chad, Special Delivery: Does the Postman Have to Ring at All-the Current State of the Delivery Requirement for Valid Gifts, *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 1, 1996.
19. Moldovan Ramona, Aspects Regarding the Revocable Character of the Donation between Spouses, *Curentul Juridic, The Juridical Current*, vol. 1, 2009.
20. Pieck Manfred, A Study of the Significant Aspects of German Contract Law, *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 3, 1/2010.
21. Posner Eric, Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, *Wisconsin Law Review*, 1997.
22. Prentice Robert, Law & (and) Gratuitous Promises, *University of Illinois Law Review*, vol. 74, 2007.
23. Ruffle Bradley J., Gift Giving with Emotions, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 39, 4/1999.
24. Sacco Rodolfo, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, 1991.
25. Schroeder Jeanne, Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, *University of California at Los Angeles Law Review*, vol. 1, 46/1998.
26. Smith Stephen, The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation, *Review of Central and East European Law*, vol. 30, 1/2005.
27. Vaquer Antoni, Donation in Spain, *SSRN 1760787*, 2011.
28. Weisbord Reid Kress, DeScioli Peter, Effects of Donor Standing on Philanthropy: Insights from the Psychology of Gift-Giving, *Gonzaga Law Review*, vol. 1, 2009.
29. Wendell Will, Beneficiary's Letter Directing Trustee To Transfer Accumulated Income As A Gift, *Michigan Law Review*, 7/1952.
30. Yermack David, Deductio' Ad Absurdum: Ceos Donating Their Own Stock to Their Own Family Foundations, *Journal of Financial Economics*, 2009.

5. Домаћи формални правни извори

1. Етички кодекс за државне ревизоре и друге запослене у државној ревизорској институцији (Сл. гласник РС, бр. 44/2009).
2. Етички кодекс коморе медицинских сестара и здравствених техничара Србије (Сл. гласник РС, бр. 67/2007).
3. Закон о агенцији за борбу против корупције (Сл. гласник РС, бр. 97/2008 ... 66/2011).
4. Закон о акредитацији (Сл. гласник РС, бр. 73/2010).
5. Закон о безбедности саобраћаја на путевима (Сл. гласник РС, бр. 41/2009, 53/2010 и 101/2011).
6. Закон о библиотечко-информационој делатности (Сл. гласник РС, бр. 52/2011).
7. Закон о браку и породичним односима (Народне новине, бр. 11/78, 45/89. и 59/90).
8. Закон о браку и породичним односима (Сл. гласник РС, бр. 22/80...29/01).
9. Закон о ванпарничном поступку (Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 ..., 45/2013, ...55/2014).
10. Закон о ветеринарству (Сл. гласник РС, бр. 91/2005 и 30/2010).
11. Закон о високом образовању (Сл. гласник РС, бр. 76/2005, ... 44/2010)
12. Закон о дивљачи и ловству (Сл. гласник РС, бр. 18/2010)
13. Закон о добробити животиња (Сл. гласник РС, бр. 41/2009).
14. Закон о државним службеницима (Сл. гласник РС, бр. 79/2005, ... 104/2009).
15. Закон о задругама (Сл. лист СРЈ, бр. 41/96 и 12/98 и Сл. гласник РС, бр. 101/2005 и 34/2006).
16. Закон о задужбинама и фондацијама (Сл. гласник РС, бр. 88/2010 и 99/2011).
17. Закон о задужбинама, фондацијама и фондовима (Сл. гласник СРС, бр. 59/89 и Сл. гласник РС, бр. 88/2010).
18. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (Сл. гласник РС, бр. 36/2009 и 88/2010).
19. Закон о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 73/2010).
20. Закон о здравственој заштити (Сл. гласник РС, бр. 107/2005, ... 57/2011).
21. Закон о играма на срећу (Сл. гласник РС, бр. 88/2011).
22. Закон о извршењу кривичних санкција (Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011).
23. Закон о иновационој делатности (Сл. гласник РС, бр. 110/2005 и 18/2010).
24. Закон о јавним агенцијама (Сл. гласник РС, бр. 18/2005 и 81/2005)
25. Закон о јавној својини (Сл. гласник РС, бр. 72/2011).
26. Закон о јавном бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013).
27. Закон о коморама здравствених радника (Сл. гласник РС, бр. 107/2005 и 99/2010).
28. Закон о наслеђивању (Сл. гласник РС, бр. 46/95 и 101/2003 - одлука УСРС).
29. Закон о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа (Сл. гласник РС, бр. 18/91, 20/92 и 42/98).
30. Закон о обвезним односима (Народне новине, бр. 35/05 и 41/08).
31. 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 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља).
32. Закон о оглашавању (Сл. гласник РС, бр. 79/2005).
33. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (Сл. гласник РС, бр. 97/2008).
34. Закон о оснивању музеја жртава геноцида (Сл. гласник РС, бр. 49/92, ... 101/2005)

35. Закон о основама својинскоправних односа (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90, "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96 и Сл. гласник РС, бр. 115/2005 - др. закон).
36. Закон о парничном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011).
37. Закон о правосудној академији (Сл. гласник РС, бр. 104/2009).
38. Закон о преузимању акционарских друштава (Сл. гласник РС, бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011).
39. Закон о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 36/2011 и 99/2011).
40. Закон о промету непокретности (Сл. гласник РС, бр. 42/98 и 111/2009).
41. Закон о раду (Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009)
42. Закон о спорту (Сл. гласник РС, бр. 24/2011 и 99/2011).
43. Закон о Српској академији наука и уметности (Сл. гласник РС, бр. 18/2010).
44. Закон о судијама (Сл. гласник РС, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010 и 8/2012 - одлука УС).
45. Закон о трговини (Сл. гласник РС, бр. 53/2010).
46. Закон о тржишту капитала (Сл. гласник РС, бр. 31/2011).
47. Закон о удружењима (Сл. гласник РС, бр. 51/2009 и 99/2011)
48. Закон о условима, начину и поступку додељивања пољопривредног земљишта грађанима који желе да живе и раде на територији аутономне покрајине Косово и Метохија (Сл. гласник РС, бр. 43/91)
49. Закон о ученичком и студентском стандарду (Сл. гласник РС, бр. 18/2010)
50. Закон о финансирању политичких активности (Сл. гласник РС, бр. 43/2011).
51. Закон о фонду за заштиту животне средине (Сл. гласник РС, бр. 72/2009 и 101/2011)
52. Закон о црквама и верским заједницама (Сл. гласник РС, бр. 36/2006).
53. Законоправило Светог Саве, 1219.
54. Кодекс полицијске етике (Сл. гласник РС, бр. 92/2006).
55. Кодекс понашања државних службеника (Сл. гласник РС, бр. 29/2008)
56. Кодекс пословне етике (Сл. гласник РС, бр. 1/2006).
57. Кодекс професионалне етике лекарске коморе Србије (Сл. гласник РС, бр. 121/2007)
58. Комисија за израду Грађанског законика РС, Преднацрт ГЗ РС, Београд, 2009.
59. Одлука о установљавању награде за даровиту децу, ученике и омладину (Сл. лист АП Војводине, бр. 6/97).
60. Општи имовински законик за ЦГ, 1888.
61. Породични закон, (Сл. гласник РС, бр. 18/2005 и 72/2011 - др. закон).
62. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Београд, 2011.
63. Синтагма Матије Властара, 1335.
64. Српски грађански законик, 1844.

6. Страни формални правни извори

1. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), Wien, 2006.
2. Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), 1. avg. 1959.
3. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 1896.
4. Civil Code of California, 1872.
5. Code Civil (CC), 1804.
6. Codice civile italiano (CCI), 1942.
7. Código Civil de Cataluña (CCC), 2002.
8. Código Civil de España (CCSp), 1889.
9. Companies Clauses Consolidation Act, UK, 1845.
10. Das schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 2001.

11. Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009.
12. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act, UK, 1989.
13. Law of Property Act, UK, 1925.
14. Louisiana Civil Code, 1808.
15. Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Obligationenrecht (CdO), 1911.
16. Statute of Frauds, UK, 1677.
17. The Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment, SAD
18. Uniform Anatomical Gift Act, SAD, 2008.
19. Uniform Gifts to Minors Act, SAD, 1966.
20. Гражданский кодекс Российской Федерации (ГКРФ), 1994.

7. Попис домаћих судских одлука

1. Апелациони суд у Београду Гж. 10561/10 од 24.03.2011
2. Апелациони суд у Београду, Гж. 2831/10 од 22.10.2010.
3. Апелациони суд у Београду, Гж. 3752/2012 од 20.3.2013.
4. Апелациони суд у Београду, Гж. 3762/2011 од 21.11.2011.
5. Апелациони суд у Београду, Гж. 3854/2012 од 28.5.2014.
6. Апелациони суд у Београду, Гж. 5822/11 од 23.01.2013, Билтен 5/2013
7. Апелациони суд у Београду, Гж. 6646/10 од 19.01.2011. Извор: сајт суда.
8. Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 1186/2012 од 10.8.2012.
9. Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2. 434/2010 од 26.3.2010.
10. Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2787/2012 од 23.7.2012.
11. Апелациони суд у Нишу, Гж. 157/2012 од 31.1.2012.
12. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 11114/10 од 7. 3.2012, Билтен суда, бр.4/2012
13. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 114/2011(1) од 11.4.2012.
14. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 2382/2012 од 5.7.2012.
15. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3049/2013 од 13.3.2014.
16. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3193-10 од 6.6.2010, Билтен суда, бр. 5/2013 72.
17. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 329/12 од 21.3.2012, Билтен суда, бр. 4/2012
18. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3834/10 од 22. 12. 2010, Билтен суда, бр. 04/2012
19. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 396/2011 од 24.3.2011.
20. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 4552/10 од 9.2.2011, Билтен суда, бр. 2/2011
21. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 4826/11 од 22.02.2012, Билтен суда, бр. 4/2012
22. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 619/10 од 29.04.2010, Билтен суда, бр. 1/2010
23. Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 8637/2010 од 2.9.2010.
24. Виши привредни суд у Београду, Пж. 2889/2001 од 20.6.2001. Привредник, бр.115/116.
25. Виши суд у Новом Саду, Гж. 1344/89. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
26. Виши суд у Новом Саду, Гж. 2328/86 од 24.9.1986. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
27. Виши суд у Суботици, Гж. 121/2012 од 14.3.2012.
28. Врховни касациони суд, Рев. 385/2010(4) од 30.6.2010, Параграфова збирка судске праксе Врховног касационог суда, бр. 3/2010.
29. Врховни касациони суд, Рев. 385/2010(4) од 30.6.2010.
30. Врховни суд АП Војводине, Гж. 437/58. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
31. Врховни суд АП Војводине, Рев. 583/86. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону

32. Врховни суд БиХ, Гж. 957/72 од 7.12. 1972. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
33. Врховни суд БиХ, Рев. 358/90 од 23.5.1991. Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
34. Врховни суд БиХ, Рев. 367/86 од 21. 5. 1987, Билтен Врховног суда БиХ, бр. 2/87, стр.3.
35. Врховни суд БиХ, Рев. 484/84 од 18.10.1984. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
36. Врховни суд БиХ, Рев. 60/89 од 21.9.1989, Билтен ВС БиХ 4/89
37. Врховни суд БиХ, Рев. 667/86 од 28.9.1987, Билтен ВС БиХ 4/87. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 174.
38. Врховни суд Војводине, Гж. 1268/57. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
39. Врховни суд Војводине, Гж. 64/69 од 28.8.1969. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
40. Врховни суд Војводине, Рев. 44/79 од 17.5.1979. Извор: Мирса Мијачић, Облигациони уговори
41. Врховни суд Војводине, Рев. 512/89 од 30.8.1989. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
42. Врховни суд Војводине, Рев. 823/83 од 23. фебруара 1984. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
43. Врховни суд Војводине, Рев. 959/87 од 18.11.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
44. Врховни суд Југославије, Врховни суд Србије, Рев. 3556/64, Рев. 3055/98. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
45. Врховни суд Југославије, Рев. 1055/62 од 9.4.1963. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
46. Врховни суд Југославије, Рев. 179/73; Врховни суд Србије, Рев. 4219/97 од 17.11.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
47. Врховни суд Републике Српске, Рев. 435/05 од 24.1.2006. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
48. Врховни суд Словеније, Пж. 712/66 од 20.10.1966. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
49. Врховни суд Србије - одељење у Новом Саду. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
50. Врховни суд Србије, 1970/93, Актуелна судска пракса (2006) 100.
51. Врховни суд Србије, Гж. 1939/64. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
52. Врховни суд Србије, Гж. 2766/65. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
53. Врховни суд Србије, Гж. 926/56 од 10.9.1956. Извор: Јаков Радишић, Ревокација поклона
54. Врховни суд Србије, Гзз. 117/04. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
55. Врховни суд Србије, Гзз. 13/78. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону стр. 245.
56. Врховни суд Србије, Гзз. 33/97 од 10.6.1997, Билтен правне праксе Републичког јавног тужилаштва Србије из области грађанскоправне заштите законитости за 1997. Параграф Прес, бр. 182
57. Врховни суд Србије, Правно схватање Грађанског одељења од 23. 11. 1992. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
58. Врховни суд Србије, Рев. 1002/2005 од 24.11.2005.
59. Врховни суд Србије, Рев. 1037/89 од 30.04.1990. Извор: Енес Бикић, Алаудин Бркић: Материјалне и процесноправне последице недостатка форме уговора у правном промету некретнина.

60. Врховни суд Србије, Рев. 1117/2007 од 23.10.2008.
61. Врховни суд Србије, Рев. 1147/2005 од 1.12.2005.
62. Врховни суд Србије, Рев. 1161/94; Гж. 456/70. Извор: Милан Почуча, Посебна имовина супружника
63. Врховни суд Србије, Рев. 1265/02 од 2.10. 2002, Актуелна судска пракса (2006)
64. Врховни суд Србије, Рев. 1424/02 од 03.10.2002, Актуелна судска пракса
65. Врховни суд Србије, Рев. 148/82; Врховни суд Србије, Рев. 7444/98 од 29.3.2000. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону 347.
66. Врховни суд Србије, Рев. 1550/2002 од 18.4.2002. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2002
67. Врховни суд Србије, Рев. 1621/98 од 15.4.1998.
68. Врховни суд Србије, Рев. 1880/2003 и Гзз. 138/2003 од 8.10.2003, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2004
69. Врховни суд Србије, Рев. 1906/06 од 27.09.2006, Актуелна судска пракса. стр. 497
70. Врховни суд Србије, Рев. 1949/2005 од 3.11.2005.
71. Врховни суд Србије, Рев. 1962/84. Извор: Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право
72. Врховни суд Србије, Рев. 2102/99 од 16.6.1999. Привредник, бр. 141/142.
73. Врховни суд Србије, Рев. 2114/2001 од 26.9.2002, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2003
74. Врховни суд Србије, Рев. 2168/2006 од 15.11.2006.
75. Врховни суд Србије, Рев. 235/02 од 3.09.2003, Актуелна судска пракса
76. Врховни суд Србије, Рев. 2526/2004 од 15.9.2005
77. Врховни суд Србије, Рев. 2546/2001 од 7.2.2002, Билтен Судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2002
78. Врховни суд Србије, Рев. 2656/98. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 168.
79. Врховни суд Србије, Рев. 2740/2005 од 18.5.2006.
80. Врховни суд Србије, Рев. 2764/05 од 7.12.2006. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
81. Врховни суд Србије, Рев. 2764/2005 од 7.12.2006.
82. Врховни суд Србије, Рев. 2846/2007 од 2.10.2008.
83. Врховни суд Србије, Рев. 2877/93 од 8.9.1993. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси
84. Врховни суд Србије, Рев. 2882/2005 од 29.12.2005.
85. Врховни суд Србије, Рев. 2896/56 од 5.2.1957. Врховни суд Југославије, Рев. 1195/64 од 25.8.1964. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 197.
86. Врховни суд Србије, Рев. 2940/2005 од 8.12.2005.
87. Врховни суд Србије, Рев. 2951/05 од 30.11.2005.
88. Врховни суд Србије, Рев. 2969/03 од 1.04.2004, Актуелна судска пракса
89. Врховни суд Србије, Рев. 3132/2005 од 13.4.2006, Параграфова збирка судске праксе Врховног суда Србије, број 2/2006.
90. Врховни суд Србије, Рев. 3132/2005 од 13.4.2006. године
91. Врховни суд Србије, Рев. 318/99, без датума. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
92. Врховни суд Србије, Рев. 3183/2005 од 20.4.2006.
93. Врховни суд Србије, Рев. 332/64. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
94. Врховни суд Србије, Рев. 3548/98 од 23.12.1998, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2002.
95. Врховни суд Србије, Рев. 3596/2003 од 7.7.2004.
96. Врховни суд Србије, Рев. 371/2006 од 24.5.2006.

97. Врховни суд Србије, Рев. 393/99 од 24.3.1999.
98. Врховни суд Србије, Рев. 4070/97 од 6. 1998, Актуелна судска пракса (2006)
99. Врховни суд Србије, Рев. 4129/97 од 17.11.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
100. Врховни суд Србије, Рев. 4361/98 од 9.9.1998, Актуелна судска пракса (2006)
101. Врховни суд Србије, Рев. 4409/99 од 20.10.1999. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси
102. Врховни суд Србије, Рев. 4541/95 од 17.12.1998. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
103. Врховни суд Србије, Рев. 46/02 од 26.5.2002, Актуелна судска пракса (2006)
104. Врховни суд Србије, Рев. 4637/95 од 24.10.1994. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону 535/04 од 1.12.2004. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
105. Врховни суд Србије, Рев. 4637/95. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
106. Врховни суд Србије, Рев. 508/06 од 4.7.2007. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
107. Врховни суд Србије, Рев. 508/06. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
108. Врховни суд Србије, Рев. 5083/96 од 29.1.1997, Актуелна судска пракса (2006) 219.
109. Врховни суд Србије, Рев. 525/2004 од 1.9.2004.
110. Врховни суд Србије, Рев. 5326/99 од 17.11.1999. Извор: Славен Бачић, Нека питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси
111. Врховни суд Србије, Рев. 5358/01 од 13.2.2002. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 226.
112. Врховни суд Србије, Рев. 537/2005 од 7.7.2005.
113. Врховни суд Србије, Рев. 5532/96 од 22.1.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
114. Врховни суд Србије, Рев. 5726/98 од 18.5.1999, Привредник, бр. 97.
115. Врховни суд Србије, Рев. 5795/95 од 4.3.1997.
116. Врховни суд Србије, Рев. 595/2003 од 12.2.2004.
117. Врховни суд Србије, Рев. 6040/96 од 2.7.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
118. Врховни суд Србије, Рев. 609/2009 од 26.3.2009. године.
119. Врховни суд Србије, Рев. 649/97 од 8.4.1997, Актуелна судска пракса (2006)
120. Врховни суд Србије, Рев. 742/67. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
121. Врховни суд Србије, Рев. 804/08 од 03.04.2008.
122. Врховни суд Србије, Рев. 844/82. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
123. Врховни суд Србије, Рев. 875/82 од 1.10.1982. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
124. Врховни суд Србије, Рев. 952/78. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
125. Врховни суд Србије, Рев. 952/88. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 206.
126. Врховни суд Србије, Рев. 968/2006 од 17.11.2006.
127. Врховни суд Хрватске 1712/90 од 20.11.1999.
128. Врховни суд Хрватске, Рев. 1073/2010-2 од 07.02.2012.
129. Врховни суд Хрватске, Рев. 1115/1997. од 14.11.2000.
130. Врховни суд Хрватске, Рев. 1146/02-2 од 08.01.2004.
131. Врховни суд Хрватске, Рев. 1170/2006-3 од 24.10.2007.
132. Врховни суд Хрватске, Рев. 1171/1993-2 од 19.5.1993.
133. Врховни суд Хрватске, Рев. 1215/1991-2 од 30.10.1991.
134. Врховни суд Хрватске, Рев. 1257/1998-2 од 05.04.2001.

135. Врховни суд Хрватске, Рев. 126/02 од 2.6.2004. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
136. Врховни суд Хрватске, Рев. 126/02-2 од 02.06.2004.
137. Врховни суд Хрватске, Рев. 1304/08-2 од 03.02.2010.
138. Врховни суд Хрватске, Рев. 1309/07 од 12.12.2007. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
139. Врховни суд Хрватске, Рев. 1388/1991-2 од 22.10.1991.
140. Врховни суд Хрватске, Рев. 1408/1990-2 од 30.08.1990.
141. Врховни суд Хрватске, Рев. 1516/1991-2 датум недоступан.
142. Врховни суд Хрватске, Рев. 1526/98 од 4.4.2001. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
143. Врховни суд Хрватске, Рев. 1583/2001. од 25.10.2001.
144. Врховни суд Хрватске, Рев. 1659/1999-2 од 03.11.1999.
145. Врховни суд Хрватске, Рев. 1688/1998-2 од 23.05.2001.
146. Врховни суд Хрватске, Рев. 169/07-2 од 29.04.2009.
147. Врховни суд Хрватске, Рев. 1696/1992-2 од 09.12.1992.
148. Врховни суд Хрватске, Рев. 175/2007-2 од 11.04.2007.
149. Врховни суд Хрватске, Рев. 1902/1994-2 од 21.03.1996.
150. Врховни суд Хрватске, Рев. 2276/10-2 од 23.11.2011.
151. Врховни суд Хрватске, Рев. 2282/86 од 17.3.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону, стр. 168.
152. Врховни суд Хрватске, Рев. 229/1991-2 од 28.05.1991.
153. Врховни суд Хрватске, Рев. 2297/1991-2 од 11.02.1992.
154. Врховни суд Хрватске, Рев. 2528/1999-2 од 13.08.2003.
155. Врховни суд Хрватске, Рев. 2546/1990-2 од 28.02.1991.
156. Врховни суд Хрватске, Рев. 2565/1999-2 од 06.04.1993.
157. Врховни суд Хрватске, Рев. 258/06-2 од 03.05.2006.
158. Врховни суд Хрватске, Рев. 2650/00-2. од 30.10.2003.
159. Врховни суд Хрватске, Рев. 2685/94 од 18.12.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
160. Врховни суд Хрватске, Рев. 3096/94 од 17.9.1997. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону, 166.
161. Врховни суд Хрватске, Рев. 32/07 од 21.2.2007; Рев. 514/80 од 27.3.1980;
Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 193.
162. Врховни суд Хрватске, Рев. 32/07-2 од 21.02.2007.
163. Врховни суд Хрватске, Рев. 3591/1999-2 од 11.09.2003.
164. Врховни суд Хрватске, Рев. 3824/1999-2
165. Врховни суд Хрватске, Рев. 3824/1999-2 од 15.10.2003.
166. Врховни суд Хрватске, Рев. 407/87 од 29.6.1987. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону, стр. 89.
167. Врховни суд Хрватске, Рев. 454/03-2 од 12.05.2004.
168. Врховни суд Хрватске, Рев. 479/04-2 од 27.04.2005.
169. Врховни суд Хрватске, Рев. 484/08-2 од 02.07.2008.
170. Врховни суд Хрватске, Рев. 498/04-2 од 19.01.2005.
171. Врховни суд Хрватске, Рев. 501/03-2 од 10.08.2005.
172. Врховни суд Хрватске, Рев. 548/2000-2, датум недоступан.
173. Врховни суд Хрватске, Рев. 554/1999-2 од 06.05.1999.
174. Врховни суд Хрватске, Рев. 559/97 од 24.8.2000. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
175. Врховни суд Хрватске, Рев. 575/1995-2 од 04.06.1998.
176. Врховни суд Хрватске, Рев. 58/1996-2 од 15.3.2000.

177. Врховни суд Хрватске, Рев. 620/99 од 17.7. 2002. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
178. Врховни суд Хрватске, Рев. 631/08-2 од 28.01.2009.
179. Врховни суд Хрватске, Рев. 673/07-2 од 10.10.2007.
180. Врховни суд Хрватске, Рев. 80/08-4 од 02.12.2008.
181. Врховни суд Хрватске, Рев. 879/1992-2 од 17.06.1992.
182. Врховни суд Хрватске, Рев. 90/85 од 19.6.1985. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
183. Врховни суд Хрватске, Рев. 902/2000, датум недоступан.
184. Врховни суд Хрватске, Рев. 976/1994-2 од 19.03.1996.
185. Врховни суд Хрватске, Рев. 98/92 од 18.2.1992. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
186. Врховни суд Хрватске, Рев. Х 201/09-2 од 26.05.2009.
187. Врховни суд Хрватске, Рев. Х 79/08-2 од 20.05.2009.
188. Врховни суд Црне Горе, Рев. 183/84. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр.75.
189. Врховни суд Црне Горе, Рев. 394/99 од 17.5.2005. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
190. Врховни суд Црне Горе, Рев. 583/01 од 19.12.2002. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
191. Жупанијски суд у Вараждину, Гж. 188/07-2 од 3.11.2007.
192. Жупанијски суд у Вуковару, Гж. 1449/2001 од 18.2.2003.
193. Жупанијски суд у Вуковару, Гж.188/07-2.
194. Окружни суд у Београду, Гж. 10658/98. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
195. Окружни суд у Београду, П. 2489/97 од 25.12.2000. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону
196. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1117/2003 од 11.12.2003.
197. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1329/2008 од 4.12.2008.
198. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1618/2005 од 21.10.2005.
199. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1642/2008(1) од 29.12.2008.
200. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 1938/2005 од 7.12.2005.
201. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 2896/56 од 5.2.1957. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
202. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 497/2007 од 22.3.2007.
203. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 508/2005 од 1.4.2005.
204. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 628/2004(1) од 16.4.2004. године
205. Окружни суд у Ваљеву, Гж. 871/2001 од 30.7.2001. године.
206. Окружни суд у Крагујевцу, Гж. 1943/87. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
207. Окружни суд у Крагујевцу, Гж. 808/79 од 13.8.1979. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону стр. 207.
208. Окружни суд у Краљеву, Гж. 8/2006 од 14.6.2006.
209. Окружни суд у Новом Саду, Гж. 1276/2008, од 13.03.2008, Актуелна судска пракса 1447/2008 од 8.4.2009.
210. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1090/94 од 8.12.1994. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
211. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1092/94 од 6.9.1994. Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
212. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1481/93. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону

213. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 80/2003 од 31.1.2003, Билтен судске праксе
Врховног суда Србије, бр. 2/2003
214. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 80-03 од 31.1.2003.
215. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 985/06. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о
поклону
216. Окружни суд у Суботици, Гж. 967/03 од 30.12.2003. Извор: Славен Бачић, Нека
питања у вези са опозивом и поништајем уговора о поклону у судској пракси
217. Окружни суд у Ужицу, Гж. 1154/07 од 23.1.2008. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
218. Окружни суд у Ужицу, Гж. 1392/2008 од 18.6.2008.
219. Окружни суд у Чачку, Гж. 1342/2006 од 1.11.2006.
220. Окружни суд у Чачку, Гж. 1943/07 од 10.01.2007. Извор: Драгољуб Лазаревић,
Уговор о поклону
221. Окружни суд у Чачку, Гж. 761/97 од 2. 9. 1997. Извор: Милан Почуча
222. Општински суд у Жагубици, П. 168/93. Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1247/95.
Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону
223. Основни суд Сомбор, П. 265/10 од 02.03.2012. Апелациони суд у Новом Саду, Гж.
3007/12 од 06.03.2013. Извор: сајт суда.
224. Савезни Врховни суд Гз. 33/57 од 10.5.1957. Збирка судских одлука, 1957, књ. 2,
св. 2. стр. 365. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону,
225. Савезни Врховни суд, Гзз. 10/57 од 22.2.1957.
226. Савезни Врховни суд, Рев. 12/61 од 13.3.1963: Извор: Никша Шкарица, О
даровању
227. Савезни Врховни суд, Рев. 1350/59 од 22.3.1959, Збирка судских одлука, књ. 5,
св.1, 1960. Извор: Марко Ђурђевић, Уговор о поклону

Напомена: Где извор није посебно наведен, судска пракса прикупљена је за Србију из базе
Параграф, за Хрватску са: <http://www.vsrh.hr>.

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Михајло Цветковић рођен је 25. јануара 1979 у Нишу, где је завршио основну школу и гимназију „Стеван Сремац“ са одличним успехом. Основне студије окончао је на Правном факултету у Нишу са просечном оценом 9.45, а ту је уписао и докторске студије – смер за грађанско право. Положио је испите: Методологија, Стварно право, Облигационо право, Породично право, Наследно право и Вансудско решавање спорова са просечном оценом 9.33. Рад на дисертацији „Закључење и престанак уговора о поклону“ започео је јануара 2012.

Михајло је најпре радио у породичној адвокатској канцеларији, као приправник. Затим у међународној организацији „Норвешки савет за избеглице“ као правни асистент на пројекту заштите грађанских субјективних права, и у домаћој невладиној организацији „Праксис“ која је пружала бесплатну правну помоћ расељеним лицима. На Правном факултету у Нишу ради од 2006, најпре као сарадник у настави, а потом и као асистент на Катедри за грађанскоправне науке. Држао је вежбе из предмета: Увод у грађанско и Стварно право, Облигационо право, Грађанско право ЕУ, Клиничко правничко образовање. Ангажован је и као секретар Центра за правна и друштвена истраживања.

Објавио је више редова из области Облигационог права. Поље његовог интересовања представљају и теме везане за Заштиту потрошача и Медицинско право, а нарочито имовински грађанскоправни односи поводом информационах технологија. Наслови појединих ауторских и коауторских радова су: Саобразност дигиталног садржаја; Појам предуговора у преднацрту Грађанског законика Републике Србије; Способност за закључење уговора о поклону; Одговорност за штету проузроковану због непоседовања и непримене неопходних медицинских средстава; Садржина гаранције за исправно функционисање продате ствари; Шта нам доноси нова директива о правима потрошача?; Новинарска пажња.