

Михајло Цветковић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.440

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 04.11.2013.

ОБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТ УГОВОРА О ПОКЛОНУ¹

Апстракт: *Значајно обележје уговора о поклону је тзв. објективни елемент. Предмет првог дела рада је бесплатност у римском, француском, немачком и common law праву. У другом делу анализирани се редовне имовинске последице поклањања, али и схватање да осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца нису увек логичка таутологија. Иновативне одредбе европског Нацрта заједничког референтног оквира (DCFR) о мешовитом и „чистом“ поклону приказане су у трећем делу. Сазнања из антропологије, социологије и психологије о поклонодавчевој користи, егоистичном поклону и обавези захвалности, изнета у четвртом делу, доводе у питање класично поимање уговора о поклону у Облигационом праву.*

Кључне речи: *поклон, објективни елемент, бесплатност, осиромашење, обогаћење, корист, накнада.*

1. Увод

Уговор о поклону обележавају субјективни елемент (тзв. animus donandi) и објективни елемент, који се у доктрини објашњава или идејом бесплатности или појмовним паром обогаћење/осиромашење. Тим редом у раду су приказане обе концепције. Упоредноправна и историјска анализа објективног елемента има теоријски значај, јер је његова функција у законским и доктринарним дефиницијама поклона различита. Познавање објективног елемента је од великог практичног значаја, његово постојање сугерише да је закључен поклон, а не неки други уговор. У том случају, на однос између уговарача примењује се низ специфичних правила (о пословној способности, мотив утиче на пуноважност, поклонодавчева

mcmc3001@yahoo.com

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

уговорна одговорност је ублажена). Поклон је рањив: може да се опозове, побије, поништи због формалних недостака.

Неуједначеност легислативе, јуриспруденције и јудикатуре сведочи о актуелности теме. 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. Касније су судови почели да уважавају 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 у којима су интереси спојени, нпр: поклоњено је земљиште за изградњу цркве па је поклонодавчева суседна парцела сада вреднија; истовремено, ктиторство овековечено на црквеној табли представља моралну сатисфакцију.

2. Бесплатност у римском и упоредном праву

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 субјеката. Уговор о поклону је парадигма бесплатног уговора. Уговоре слободног тржишта карактерише антипод - наплатност односно теретност или онерозност. У домаћој литератури се за бесплатан уговор користи и термин добротин уговор. Ова два појма ипак треба разликовати, јер добротинство садржи квалитет више (нпр. бесплатно давање наркотика сигурно није добротинство). Добротинство боље описује субјективни елемент поклона.

2.1. Римско класично право

Римско поимање бесплатности је круто. Бесплатност подразумева непостојање било какве противчинидбе и значајнија је него сама имовинска корист која се поклоном постиже. Околност да се економски ефекат поклона ставља у други план, довела је до схватања да и неимовинска противчинидба искључује поклон (нпр. довољно је да даровани узме име поклонодавца) (Маленица, 1981: 113).

Бесплатност даровања римски правници схватају другачије од бесплатности других уговора. Она има четири карактеристике: тотална је (састоји су у потпуном одсуству 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 правних послова означена је терминима *gratis*, *gratuitus*, а бесплатност даровања термином *lucratus*. 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 (Радовчић, 1983: 68-69).

Да ли је посао бесплатан или није, зависи од постојања противчинидбе. *Imaginaria venditio* (продаја са споразумом да се не плати цена) је поклон јер нема противчинидбе. Постојање противчинидбе искључује бесплатност чак и ако се послом једна страна обогаћује на рачун друге. Продавац, разумљиво, жели да прода што скупље, а купац да купи што јефтиније. Одступање уговорене цене од вредности ствари је нормална појава. Међутим, нижа или виша цена се може уговорити и из разлога поклона. То се лепо види у случају продаје *viliore pretio* (пријатељска продаја). По схватању класичних римских правника ипак нема поклона већ постоји купопродаја. Зато дуго није могао постојати мешовити поклон. Данас ово мишљење није прихватљиво, јер у таквом уговору постоји *negotium mixtum* (делом продаја, делом поклон) (Маленица, 1981: 112-113).

2.2. Common Law

У Common Law систему бесплатност се релативно једноставно утврђује, она постоји у правним пословима без *consideration*. У одсуству *quid pro quo*,² обећање није правно санкционисано. *Consideration* одваја принудно извршива обећања од правно необавезујућих. Бесплатност је синоним за необавезност (Eisenberg, 1997: 841). Обећање једног уговорача 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. Номинални *consideration* постоји, нпр. ако за обећање поклонопримца да ће поклонити новац, друга страна обећа да ће по новац доћи; или када трговац обећа поклон ако потрошач пристане да врати амбалажу, мада је она безвредна. То је довољно да поклон постане обавезујућ, принудно извршив споразум. Овакав приступ, примењен на поклон, заправо поткопава доктрину *consideration*. У америчком праву, захтева се адекватност односно уједначеност давања. Границу између номиналног и адекватног

² У значењу: узајамност; размена; *do ut des*.

consideration није лако повући, зато што се узима у обзир и нематеријална корист (нпр. пријатељство). На први поглед, овакво резонување делује натегнуто, али и у континенталном праву повериочева корист од чинидбе може бити и нематеријална.

Понекад је за consideration довољно да се, нпр. у уговору о даровању некретнине, договори да се на некретнини постави натпис са захвалом поклонодавцу. Иако такав гест нема карактер противчинидбе, обавеза је утужива. 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 нема карактер противчинидбе (Никшић, 2006: 1076).

Постојање моралне обавезе може искључити бесплатност. У познатом 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 обећање претвара у обавезујући уговор.³ Из изложеног се види да у Common Law систему објективни елемент утиче на утуживост, мада у континенталном праву нема никакву сличну функцију.

2.3. Континентално право

Бесплатност није дефинисана француским Code Civil-ом, нити законодавац изричито прописује да је поклон бесплатан посао (види СС 894). Лукративан (бесплатан) уговор је одређен као уговор којим једна бесплатно прибавља корист другој страни (СС 1105). Ова циркуларна дефиниција није од велике помоћи. Француска доктрина дели правне послове на онерозне, бесплатне и послове пуноважне без обзира да ли су онерозни или бесплатни. У бесплатне послове сврставају се поклон и тестамент. Бесплатност се описује одсуством еквиваленције, вољном несразмером, обавезивањем без противчинидбе. Поклонодавац не добија ништа за оно што даје.

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 интересу или интересу поклонопримца (нпр. за школовање) ради се о поклону, чак и када изискује додатна средства.

³ Извор: <http://www.lawnix.com/cases/webb-mcgowin.html>, 4. 11. 2013.

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 (Planiol, Ripert, 1957: 980-981). У савременој француској доктрини, испуњење природне обавезе није поклон јер недостаје субјективни елемент.

У италијанском праву користи се негативна дефиниција: уговор је бесплатан ако није онерозан; онерозан је ако уговарачи теже еквиваленцији престаџа. Бесплатност је жртвовање. Жртва је код послуге или бескаматног зајма мања, код поклона је она највећа. Бесплатност не постоји у сенци физичке или моралне принуде. Давање ради испуњења раније моралне или друштвене дужности је принудно. Ако поклонодавац није потпуно слободан, исплата макар и природне обавезе, није поклон. Једино је ремунеративни поклон изузетак. 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 је тражио реституцију. Град је тврдио да се ради о теретном уговору те да формалности нису биле нужне. Суд је пресудио да је посао бесплатан (поклон) јер се град обогатио, именовање школе није умањило његову имовину, а поклонодавац од посла није имао економску корист (Casulli, 1964: 968-969).

У немачкој доктрини бесплатност се не објашњава одсуством еквиваленције. Бесплатност је само један могући узрок нееквивалентности, али њу изазивају и друге околности, нпр. мане воље, промењене околности и сл. Зато је бесплатност поклона ужи појам (Husa, 2009: 353). Само испуњење уговора о поклону није бесплатно, јер је заправо извршење раније преузете обавезе (Савињи).

Карактер једног 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 обећања награде. Најзад, веза може бити и каузална (проузроковање и накнада штете).

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 то давање бесплатно (BGB 516). 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 (BGB 1624).

Испуњење природне облигације није бесплатно, јер по правилима реституционог права, исплаћено по том основу може се задржати. Уже поимање бесплатности има за последицу да се послови којима се други подстиче на неки акт, или којма се гаси дуг, макар и природан, нису поклон. На пример: ако муж пренесе непокретност жени како би је убедио да му се врати; или А пренесе одређено право на Б да би издејствовао зајам трећем, ови послови нису бесплатни, чак и када је „противчинидба“ прибавиоца нематеријална (Kollhossler, 2004: коментар уз чл. 516).

2.4. Домаће право

Код бесплатног уговора странка не даје никакву накнаду за корист коју од друге странке добија (Перовић, 1981: 203). Бесплатни уговор закључује се искључиво у интересу једне стране, тако да друга не очекује ништа од прве (Радишић, 2008: 127). Савремена доктрина наплатност везује за једнакост (сразмеру) чинидбе и противчинидбе; чим те једнакости нема, постоји бесплатност. Постоје додуше велике разлике у схватању о томе по којем критеријуму треба процењивати сразмерност чинидбе и противчинидбе (објективна, субјективна, миксна теорија) (Радовчић, 1983: 68-69).

Бесплатност, битан елемент даровања, значи да поклонодавац за своју чинидбу не добија противчинидбу. При том се не узимају у обзир мотиви даровања, који могу бити и егоистични (Вуковић, 1964: 252). Жртвовање једне уговорне стране је суштина бесплатности. Поклон је добродино дело и зато претпоставља извесну жртву од стране поклонодавца. Он одваја нешто од својих материјалних добара (ирелевантно је колику економску вредност то нешто има: поклон може бити већи или мањи) и даје без накнаде (Перић, 1927: 280).

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 (Лоза, 2000: 71). Бесплатност је присутна и када је уговорена одређена противчинидба поклонопримца, мада постоји и супротно мишљење.

3. Осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца

Изложено схватање о објективном елементу није једино. Друга концепција, уместо бесплатности, истиче учинак поклона. Објективно обележје

поклона има две повезане компоненте: осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца (Ђурђевић, 2012: 85, 96).

Полази се од осиромашења, *donare est perdere*. Поклањање умањује имовину поклонодавца. Он издваја део имовинске масе и преноси га у имовину поклонопримца. Присутна је вољна диспропорција (Антић, 2005: 847). Без осиромашења, нема поклона. Зато није поклон: бесплатни медицински или правни савет, ненаплаћена лекција или гостољубивост; одрицање од права којем се неко нада или од права које није стечено; одбијање наслеђа или легата;⁴ пропуштање да се стекне имовина; напуштање хипотеке, јер се заправо ради о напуштању сигурности. Нема поклона ако се дају нека друга права која нису имовинска, нпр. ако се радник одрекне права на годишњи одмор (Лоза, 2000: 69; Марковић, 1997: 558; Медић, 2004: 511; Вуковић, 1964: 251).

Поставља се питање колико треба да је осиромашење да би постојао поклон? Вредност поклона помиње се у законима на више места.⁵ За постојање објективног елемента поклона није битна величина осиромашења, већ је она значајна за примену неких правила о поклону. Одређени поклони су изузети од општег режима, јер осиромашење које они изазивају не повређује права трећих лица, као што су повериоци или наследници поклонодавца (Ђурђевић, 2012: 89).

Обогаћење је друга компонента објективног елемента. Поклонопримац за поклон 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 између супружника јер су забрањена 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) (Маленица, 1981: 112-113).

Лазар Марковић је обогаћење поклонопримца истицао као главни елемент поклона. Поклон постоји ако давање фактички увећава имовину

4 „Поклоном се сматра ... одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника...“, чл. 50. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003 - одлука УСРС, у наставку: ЗОН.

5 Не могу се побијати због оштећења поверилаца уобичајени пригодни дарови, наградни дарови, као ни дарови учињени из захвалности, сразмерни материјалним могућностима дужника (чл. 282. Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, ... *Сл. лист СЦГ* 1/2003, у наставку: ЗОН). У вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део не улазе поклони учињени у добротворне и друге општекорисне сврхе ни мањи уобичајени поклони (ЗОН чл. 49). Уобичајени мањи поклони никада се не урачунавају у наследни део (ЗОН чл. 75).

поклонопримца, тј. представља обогаћење. Обогаћење лежи у намери даривања. Давање се чини да би поклон учинио поклонопримца богатијим. Поклонопримац мора да прими давање као поклон (Марковић, 1997: 557). Израз „лукративни“ означава уговор који доноси корист без рада и противнакнаде. За поклонопримца поклон има лукративни карактер (Мијачић, 1983: 61).

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. Касније, доктрина ублажава овај оштар захтев, вероватно одраз „римске“ бесплатности. Објективни елемент постоји и када поклонодавац нешто добија, што је случај у одређеним модалитетима поклона (узајамни, мешовити поклон).⁶ Оно чега не сме бити је еквивалентност.

3.1. 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. Због тога је неопходно да поклонодавац у време закључења уговора има својину. У супротном, нема ни осиромашења ни обогаћења, а самим тим ни поклона.

У савременој доктрини, веза може бити и посредна. Нарочито је то случај код индиректних поклона, нпр. код уговора о осигурању живота у корист трећег (Ђурђевић, 2012: 97-98). Стипулант осиромашује за износ премија које уплаћује промитенту-осигуравачу. Бенефицијар, поклонопримац, се богати осигураном сумом коју прима у случају наступања осигураног случаја. Предмет поклона не прелази увек директно из имовине поклонодавца у имовину поклонопримца. Ако А купи земљиште, али се са продавцем договори да се некретнина укњижи на име Б, тада је А поклонодавац земљишта, мада никада није био његов власник (Бикић, 2005: 72).

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. Код бескаматног зајма постоји, у одређеном временском интервалу,

⁶ Из образложења пресуде: „уговор представља уговор о доживотном издржавању у 2/10 дела, а у 8/10 дела уговор о поклону. Врховни суд Хрватске, Рев. 2546/1990-2 од 28. 2. 1991.

осиромашење и обогаћење, код поклона је оно трајно. Бесплатна остава није поклон, јер оставопримац не умањује своју имовину. Из истог разлога, бесплатно заступање није поклон.

Јемство није поклон. Поверилац није поклонопримац, јер се исплатом не обогаћује. Ни дужник није поклонопримац, јер долази до персоналне суброгације, јемац ступа на место повериоца. Међутим, ако они модификују законска дејства јемства тако да јемац нема право на регрес, тада би се могло говорити о поклону (Ђурђевић, 2012: 86).

Бесплатно обављање неког рада другом лицу није поклон јер онај ко ради не поклања другоме вредност свог рада, чак и када се рад може проценити у новцу. Исто је и код бесплатног уздржавања. У оба случаја нема осиромашења, већ евентуално пропуштања да се увећа имовина (Ђурђевић, 2012: 86).⁷

На основу присуства објективног елемента у судској пракси утврђује се правна природа уговора поводом којег се води парница. Из образложења пресуде: Првостепени суд налази да се ради о доброчином правном послу, уговору о поклону, који је тако и насловљен. Међутим, правну природу уговора не одређује наслов већ његова садржина, а према садржини наведеног уговора поклонодавац поклања означену имовину поклонопримцу да би га овај издржавао и хранио, као и сахранио, а за узврат, овај се поклон неће урачунати у наследни део, што поклонодавац прихвата са захвалношћу. Садржина наведеног уговора, што произилази и из појединих доказа (исказ сведока), указује да се ради о двострано обавезном уговору ... Првостепени суд ће у поновном поступку, имајући пре свега у виду садржину спорног уговора, али и праву вољу уговорних страна, утврдити правну природу уговора.⁸

3.2. Негација осиромашења и обогаћења као објективног елемента

Постоји мишљење да појмовни пар осиромашење/обогатење није суштински значајан, односно да је реликт застарелих теорија о поклону. Осиромашење/обогатење није било конститутивни елемент даровања у римском класичном периоду, како се то понекад узима у правној науци (Радовчић, 1983: 79). Доскора је у теорији владало општеусвојено гледиште да уговор о поклону нужно претпоставља осиромашење поклонодавца односно обогаћење поклонопримца, и то с обзиром на

7 Питање да ли је рад може бити предмет поклона правазилази оквира овог рада.

8 Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. 1938/2005 од 7. 12. 2005. године, правна база Параграф.

конкретан случај, цењен по субјективном мерилу. Битно је да поклон, објективно посматрано, представља терет за поклонодавца, а корист за поклонопримца. Мада 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 имовине поклонодавца, а корист у повећању имовине поклонопримца, али то не мора бити увек случај, нити је услов за пуноважност уговора о поклону (Благојевић, 1947: 85). Гледиште да дарована ствар мора имати прометну вредност је сувишно, јер чим је неко примио поклон, значи да он за њега има неку вредност, објективну или субјективну. Сувишно је говорити о вредности поклона и неком обогаћењу. Није потребно посебно истицати да је поклон смањење имовине поклонодавца и повећање имовине поклонопримца, јер обогаћење није друго већ наличје бесплатности. Када се некоме даје бесплатно свакако се тиме повећава његова имовина (Вуковић, 1964: 250).

Неке законске и теоријске дефиниције поклона не помињу осиромашење/обогатење, већ као објективни елемент истичу бесплатност: „Поклонодавац даје не иштући нити примајући икакве за то наплате“, (СГЗ чл. 561); „Поклон је уговор којим неко даје или обећава другоме бесплатно и добровољно извесну имовинску корист, а други то прима или прихвата“, (Вуковић, 1964: 248).

У одређеним случајевима, давање без противнакнаде доноси материјалну корист поклонодавцу. Развој технологије и рециклажа учинили су отпад корисном сировином. Пример: Предузеће предаје пулпу кромпира, нуспроизвод чије је уклањање скупо, локалним фармерима за исхрану стоке. Пулпа је изазвала помор стоке те фармер захтева накнаду штете. Одговорност поклонодавца је блажа у односу на одговорност преносиоца у теретном уговору па је исправна квалификација правног посла врло значајна.⁹ Пошто трошкови уклањања одпада могу бити изузетно високи, поставља се питање да ли је преузимање отпада противчинидба која елиминише бесплатност? Треба испитати да ли намера уговарача обухвата и специфичне обавезе прибавиоца/поклонопримца (прихват и преузимање отпада).

4. Нацрт заједничког референттног оквира (DCFR)

Нацрт заједничког референттног оквира (DCFR), најзначајнији пројекат цивилистике након великих грађанског законика, регулише поклон

⁹ Пример базиран на пресуди ВГН од 20. 11. 1984 – ВGHZ 93, 23. Извор: <http://dejure.org>, 4.11.2013.

у посебном делу „Поједини уговори и њихово дејство“. Бесплатност је објективан, док је намера да се учини корист субјективни елемент поклона. Бесплатност је одлучујући маркер поклона, не зависи од субјективног елемента, нити нужно претпоставља великодушност или фаворизовање поклонопримца. Тест је објективан: правни посао је бесплатан ако се за право које се преноси не добија накнада (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 римско поимање бесплатности и сведочи о енигматичности објективног елемента.

Наменско давање за одређену нарочиту сврху не елиминише бесплатност. Илустрација: ако А уплати новац спортском удружењу ради реновирања клубских просторија, онда обавеза да се новац наменски употреби није накнада, тако да се ради о уговору о поклону.¹⁰

Давање ради испуњења раније настале обавезе није поклон. Нема бесплатности ако се даје ради испуњења уговорне или законске обавезе, или обавезе установљене судском одлуком. Илустрација: ако родитељ има законску обавезу издржавања малолетног детета, онда споразум о испуњењу ове обавезе није уговор о поклону.

Мешовити уговори су нарочито проблематични. 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 уговарача нема еквиваленције између узајамних чинидби.

Разграничење од „чистог“ поклона је оштро. Илустрација: Управа нове робне куће обећала је да ће поклонити апарат за кафу сваком заинтересованом, с тим да се апарат преузима на петом, последњем спрату (притом се обилази продајни простор и разгледа роба). Пењање је накнада, па је уговор мешовит, али ће се сматрати примарно поклоном ако су кумулативно испуњени услови а и б.

Објективни елемент коригован је и допуњен субјективним. Закључен је уговор о поклону само ако, по оцени уговарача, постоји нееквиваленција. Илустрација: У неким крајевима Европе влада сујеверје да поклањање ножа доноси несрећу поклонопримцу. Да би се избегле те „штетне

¹⁰ Сви ставови и илустрације у овом делу преузети су из: Von Bar, Clive, 2009: 2799-2877.

последнице“, поклонопримац даје симболичну накнаду (новчић). Ова накнада је безначајна и посао се сматра примарно поклоном. Слично је и са пријатељском продајом код које, с обзиром да садржи елементе продаје и поклона, примена правила о поклону зависи од субјективног схватања уговарача о еквиваленцији чинидби.

Код условљених давања нема „чисте“ бесплатности, већ се ради о мешовитом уговору. Илустрација: Лице А пренесе у својину вредну слику на лице Б са раскидним условом да Б излаже слику у музеју четири пута годишње. Овде излагање слике представља накнаду и зато нема „чисте“ бесплатности, па се правила DCFR о поклону примењују само ако су испуњени услови а и б.

Поклон са теретом није потпуно бесплатан. Ако се терет не испуни, последнице су сличне онима које се јављају у случају неиспуњења обавезе из теретног уговора. Илустрације: Уговорен је поклон са теретом да се поклонопримац стара о поклонодавчевом гробу, таква услуга је накнада; А поклони новац Б под условом да он четвртину новца преда Ц, исплата трећем је накнада; А обећа да ће поклонити акције Б, са теретом да Б финасијски помаже 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.

За уговор који се сматра примарно поклоном важе правила о поклону: формалан је, поклонодавчева одговорност је ублажена; снижен је праг за поништење због заблуде; важи релативна претпоставка експлоатације поклонодавца као слабије стране у заштићеном односу. Оповиз делује на цео уговорни однос (не само на бесплатну компоненту). Поклонопримац може спречити дејство опозива ако понуди одговарајућу накнаду у разумном року након опозива. Илустрација: А усмено обећа да ће продати аутомобил за половину његове вредности, што Б са захвалношћу прихвати. Уколико А има намеру да учини корист Б, и вредности чинидби по представи уговарача нису еквивалентне, примењују се правила о поклону. Међутим, пошто изјава поклонодавца није у писаној форми, она је необавезујућа (уговор о поклону је формалан).

5. Објективни елемент у другим дисциплинама

Поклањање као друштвена појава је предмет истраживања различитих хуманистичких наука. Антрополози су први приметили комплексност даровања. Наизглед слободно и спонтано, поклањање је у реалности принудно и циљано.¹¹ Систем поклањања чине три испреплетене

¹¹ Реч је о социјалној, не о правној принуди.

обавезе: давање, прихват и узвраћање једнаким или вреднијим поклоном. Неиспуњење доноси непријатељство и сукоб. Поклањање има социјалну функцију на индивидуалном, породичном и племенском нивоу. Ако на мој златни 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 даржељивог човека. Одбијањем поклона статус се губи, јер то значи да понуђени није у ситуацији да узврати (Schroeder, 1999: 833, 843, 846).

Поклон је вишеструко користан поклонодавцу. У античко време поклонима су се „прибављали“ супружници и стварали савези. Поклон пословном партнеру олакшава будућу сарадњу. У психологији је описан хедонистички парадокс: и најнесебичнији акт доноси психолошку награду. Поклањање резултира самозадовољством и самопоуздањем, и образлаже се егоистичним мотивима. Прихват поклона омогућава поклонодавцу заштиту репутације, уклапање у друштво, емоционално олакшање и искупљење. Свадебни 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 репутацију родитеља у конкретном друштвеном миљеу. Схватајући да донатори дају како би показали свој статус, организације које сакупљају прилоге радо публикују имена добротвора. У многим елитним удружењима забрањени су екстравагантни поклони како скоројевићи не би засенили старе породице (Keren, 2013: 30-35, 42-47, 52; Baron, 1988: 174; Posner, 1997: 583, 590).

Реципроцитет је увек присутан, нема бесплатног ручка. Поклонопримац осећа лични, психолошки и друштвени притисак да се реваншира. Поклон се редовно узвраћа поклоном, новац би затворио круг. Правно лице узвраћа одавањем почести (нпр. именовањем зграде универзитета по поклонодавцу). Присутан је и елемент агресије, јер поклонодавац, често несвесно, успоставља доминацију над поклонопримцем. Поклонопримац који не може да узврати налази се у подређеној улози, у сервилном односу захвалности. Једино код анонимног поклона, поклона у општекорисне сврхе, поклона непознатом или умирућем нема реципроцитета. Поклон није ни бесплатан ни теретан уговор, већ хибрид (Schroeder, 1999: 842, 823-824, 879; Eisenberg, 1997: 842).

Поклон је нарочито двозначан у политици. Јавност перципира корупцију ако политичар обећа противуслугу за новчани прилог. Када политичар не да експлицитно такво обећање, неочљивост *quid pro quo* аболира и

поклонопримца и поклонодавца, премда нико не сматра прилог заиста бесплатним (Posner, 1997: 570-572).

У правној философији срећу се опречни погледи на поклон. Утилитаризам међуљудске односе сагледава са аспекта личног интереса. Поклон је примитивна, непотпуна и несавршена врста уговора чији је економски циљ увећање користи или богатства поклонодавца. Право не треба да охрабрује нити олакшава поклањање. Људи поклањају из истог разлога из којег закључују теретне уговоре. Залаике, неправнике, поклон је размена. Поклон је сличнији теретним пословима него што се чини, па специфичности које га прате (посебна правила о пословној способности уговарача, утицај мотива на пуноважност, строга форма, измењен режим уговорне одговорности, могућност опозива) немају оправдање. Поклонодавац поступа прорачунато у личном интересу, очекујући исплативост поклона те не заслужује заштиту. У философском романтизму међуљудски односи засновани су, или би требало да теже, алтруизму. Поклон се фундаментално разликује од теретних уговора, супериоран је, гради дугорочне односе, везује људе. Право треба да заштити и стимулише поклањање (Schroeder, 1999: 832, 839; Baron 1988: 198; Eisenberg 1997: 841).

6. Закључак

Објективни елемент поклона, упркос свом значају, делује загонетно и неухватљиво. Појам бесплатности, око чије дефиниције нема сагласности, је преширок да би га тачно описао, јер није сваки бесплатни посао поклон. Појмовни пар осиромашење/обогаћење је прецизнији, али без капацитета да обухвати све случајеве. Нема ни осиромашења ни обогаћења када је предмет поклона безвредна ствар, ствар субјективне или афекционе вредности. Уместо осиромашења, поклон може донети имовинску корист поклонодавцу (нпр: поклон непотребних ствари ослобађа складиште; поклон отпада; поклон животиње чије је издржавање скупо). Некад поклон осиромаша поклонопримца (нпр. поклоњена животиња зарази стадо). Најзад, осиромашење и обогаћење јавља се и мимо поклона (нпр. када вештим преговорима уговарач постигне изузетно повољну цену, он се богати на рачун друге стране). Последњи пример показује да је објективни елемент ограниченог домаћаја, у обзир се мора узети и субјективни елемент поклона.

Објективни елемент поклона најбоље се објашњава кумулативно, бесплатношћу са једне и осиромашењем/обогаћењем са друге стране. Између ових компоненти постоји тесна веза, бесплатност је услов постојања поклона, корелативни пар је имовинска последица поклањања. Могућа

су два приступа уколико се испостави да уговор није произвео жељени резултат (плаћена је безвредна ствар, поклон је нанео штету): 1) треба се запитати шта је типично за посао који су стране предузеле; 2) оцену треба дати тек на основу коначног биланса.

Поглед друштвених наука на поклон је другачији од правничког. Реципроцитет се подразумева, нема слободе, егоизам потискује алтруизам. Одсуство накнаде није губитак за поклонодавца, напротив његов добитак је, што је можда и битније, нематеријалан. Поклањање је друштвена појава сложенија од простог бесплатног акта. Уговор о поклону, покушај права да реглише ову појаву, биће успешан само ако разумемо њену суштину.

Објективни елемент треба сагледати из угла поклонопримца: евентуална поклонодавчева корист, редовно нематеријалана неретко и материјална, је секундарна. Важније је да нема поклонопримчеве противчинидбе, односно да он даје мање него што поклоном добија.

Литература

- Антић О. (2005). Кауза, *Правни живот*, 10/2005.
- Baron J. (1988). Gifts, Bargains, and Form, *Indiana Law Journal*, 64/1988.
- Бикић А. (2005). *Облигационо право*, Сарајево.
- Благојевић Б. (1947). *Грађанскоправни облигациони уговори*, Београд.
- Von Bar C., Clive E. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 3, Minhen.
- Вуковић М. (1964). *Обвезно право*, Загреб.
- Ђурђевић М. (2012). *Уговор о поклону*, Београд.
- Eisenberg M.A. (1997). The World of Contract and the World of Gift, *California Law Review*, vol. 85, 4/1997.
- Keren H. (2013). Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement Of (Some) Gratuitous Promises, *Golden Gate University Law Review*, Forthcoming, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1397122>.
- Kollhossner H. (2004). *Münchener Kommentar zum BGB*, Minhen.
- Лоза Б. (2000). *Облигационо право II, посебни део*, Пале.
- Маленица А. (1981). *Поклон у римском праву*, Београд.
- Марковић Л. (1997). *Облигационо право*, Београд.
- Marcel P., Ripert G. (1957). *Traité pratique de droit civil français, V: Donations et testaments*, Pariz.
- Медић Д. (2004). Даровање према нацрту 300 РС, *Правни живот*, 10/2004.

- Мијачић М. (1983). *Облигациони уговори*, Ниш.
- Никшић С. (2006). Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 4/2006.
- Перић Ж. (1927). *О посебним уговорима*, Београд.
- Перовић С. (1981). *Облигационо право*, Београд.
- Posner E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts And Gratuitous Promises, *Wisconsin Law Review*.
- Радишић Ј. (2008). *Облигационо право*, Београд.
- Радовчић В. (1983). *Правна проблематика и развитак института даровања*, Загреб.
- Schroeder J.L. (1999). Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, *UCLA Law Review*, 46/1999.
- Husa J. (2009). Gift: The Piece That Does Notfit The Legal Puzzle, *Maastricht J. Eur. & Comp. L*, 16/2009.
- Casulli Vincenzo R. (1964). *Donazione (diritto civile)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano.

Mihajlo Cvetković, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Donation Contract: The Objective Element

Summary

The objective element of a donation contract has a great theoretical and practical importance because it is a distinctive indication of donation. It is the boundary between market-oriented transactions and transactions designed to fulfill other sorts of needs and goals. The concept is intuitively simple: the donor gives something away and receives nothing in exchange. Yet, legal systems are rarely able to define the idea clearly. The objective element is usually described using the concept of gratuitousness: an absence of consideration (in Common Law), a lack of equivalence (in French law); no causal link between performances (in German law). The second approach to describing the objective element is to look at the effects of donation: the donor gets poorer and the donee gets richer (in Roman law). Problems arise when contract does not produce expected results: the donor may also benefit from the donation while the donee might sustain some loss. The first concept is too broad; the second is too narrow. There are additional difficulties with the perception of reward, donation for a special purpose, donation with charge, gratuitous supply and waste disposal. Some of these concepts are discussed in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and presented in this paper. The knowledge from related sciences (sociology, anthropology, psychology) may be extremely valuable for lawyers dealing with these issues.

Key words: *gift, donation, equivalence, contract, objective element, DCFR, enrichment, impoverishment.*

