

Др Ранко Кеча, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

О АЛТЕРНАТИВНОМ, ФАКУЛТАТИВНОМ ОВЛАШЋЕЊУ ТУЖЕНОГ У СРПСКОМ ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: У раду се размађра проблематика која се односи на алтернативно, факултативно овлашћење туженог у српском парничном поступку. Евидентно је да наведено питање није изазивало већи интерес научне и стручне јавности мада се поводом њега појављује низ веома сложених проблема. Постојећа концепција процесне *fakultas alternativae* која усвојена пре десетак година може се смањати усвојеном јер проширује оквире диспозитивних овлашћења парничних странака. Могућности усвојављања факултативног овлашћења се престаје везивати само за оне захтеве којима се изражи досуђење одређене ствари. Изјава се може дати поводом сваке неовчане чинидбе. Замена испуњења тих чинидби је је ипак је усвојена знатно шире јер се више не односи само на исплату одређеног новчаног износа него обухвата могућности извршења неке друге чинидбе. Ипак, без посебног оправдања задржано је раније важеће решење по којем се усвојављање процесне *fakultas alternativae* ограничава на првостепену поступак мада не постоје разлози који би говорили против могућности да се то учини и током поступка по жалби. У раду се размађра садржај извршне регулативе која се односи на поступак принудног извршења пресуде у којој је садржана процесна *fakultas alternativa* при чему се та решења значајно разликују од оних која су садржана у домену облигационог и парничног законодавства. Посебно у делу који се односи на одређивање граница до којих извршни дужник може добровољно испунивши своју обавезу извршењем факултативне чинидбе. Решења извршног права се не могу смањати усвојеним и реално ограничавају замену досуђене чинидбе неком другом и ипак осујети евентуално вођење извршног поступка. Ствара појодан амбијент за злоупотребу процесних овлашћења на штету извршног дужника. Разма-

* Рад је део истраживања на пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ у 2014. години, а чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

трају се и питања која се односе на обавезу суда да недвосмислено разјасни природу изјава које тужилац износи у тужби и касније током поступка јер те изјаве могу излети из исхода а имати сасвим различит процесни значај. Предаја ствари и или исплата одређеног новчаног износа може претходно издати разне видове кумулације тужбених захтева али то може бити значајно представљање једног захтева, оног за предају ствари или испуњења друге чинице и давање изјаве да се тужени може ослободити те обавезе плаћањем новчаног износа или неке друге чинице. Суд је дужан разјаснити о којем се виду кумулације ради укључујући заузимање једног сасвим јасног става о природи датих изјава. Поред наведених у раду се обухватају и нека друга питања која се због њиховог мањег значаја посебно не спомињу.

Кључне речи: алтернативно овлашћење туженог, факултативно овлашћење туженог, процесна *fakultas alternativa*, парнични поступак, испуњење обавезе, извршни поступак, кумулација тужбених захтева, пресуда,

I

Пресуда представља појединачни (судски) правни акт којим се одлучује о основаности тужбеног захтева – “одлучује о захтеву који се односи на главну ствар и споредна тражења”.¹ По правилу, пресудом се, применом правних норми материјалног права на чињенично стање утврђено у поступку, решава одређени, конкретни спор. Изузетак су пресуде које се доносе на основу странаčkih располагања предметом спора – пресуда на основу признања² и пресуда на основу одрицања.³ Само изузетно, због одређених елемената који утичу на провизорност правне заштите, одлука о основаности тужбеног захтева доноси се у форми решења, као у споровима због сметања државине⁴ и у поступку издавања платног налога.⁵ Када одлучује о трошковима поступка суд примењује одредбе материјалноправног значаја, али одлуку доноси у форми решења. Одлука о трошковима поступка има значај решења и када је садржана у пресуди.⁶ Под „главном ствари“ подразумева се одлучивање о тужбеном захтеву или о више тужбених захтева који су кумулирани у тужби.⁷ Одлучивањем се може обухватити и прејудисијелни захтев за утврђе-

¹ Члан 342 став 1 Закона о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС* бр. 72/11, 49/13 (УС), 74/13 (УС) и 55/14.

² Члан 348 ЗПП.

³ Члан 349 ЗПП.

⁴ Члан 124 став 2 ЗПП.

⁵ Члан 124 став 4 ЗПП.

⁶ Члан 124 став 5 ЗПП.

⁷ Члан 197 ЗПП.

ње,⁸ захтев који је истакнут противтужбом,⁹ као и захтев који тужена странка истиче компензационим приговором – приговором ради пребијања. У поступку за издавање платног налога, по приговору туженог, пресудом одлучује да ли се платни налог у целини или делимично одржава на снази или укида.¹⁰ Пресудом се одлучује и о захтевима који су истакнути у више посебних парница које је суд спојио ради заједничког расправљања.¹¹ Суд је овлашћен да те парнице раздвоји и о одлучи захтевима који су посебно истакнути у свакој од тих парница.¹² Сви споменути захтеви престављају „главну ствар“ о којој се мора одлучити пресудом. У питању су захтеви којима се изражава начело диспозиције. Насупрот овом овлашћењу странака постоји обавеза суда да о свим тим захтевима одлучи пресудом. Постоје парнице у којима одлучује о питањима које странке нису истакле у виду посебног захтева као што је случај у парницама регулисаним породичним законодавством.¹³ У брачним споровима суд по службеној дужности одлучује о вршењу родитељског права,¹⁴ може одлучивати о делимичном или потпуном лишењу родитељског права.¹⁵ У парницама о материнству и очинству одлучује о вршењу родитељског права,¹⁶ а може одлучивати о делимичном лишењу родитељског права.¹⁷ У спору за заштиту права детета суд може о одлучити вршењу односно лишењу родитељског права,¹⁸ а у спору за вршење родитељског права може одлучити и о потпуном или делимичном лишењу родитељског права.¹⁹ У овим парницама значај „главне ствари“ о којима се одлучује пресудом добијају и наведена питања ако се током споменутих парница, које се покрећу по начелу диспозиције, јави потреба за њиховим решавањем. Најзад, по сопственој иницијативи суд може одлучити о постојању условљавајућег правног односа и када то тужилац није захтевао ако тужени оспори и основ и висину тужбеног захтева доношењем међупресуде.²⁰

Споредна тражења којима се одлучује пресудом нису ближе одређена цитираном одредбом члана 342 став 1 ЗПП али се о њима говори у одред-

⁸ Члан 195 ЗПП.

⁹ Члан 198 ЗПП.

¹⁰ Члан 461 ЗПП.

¹¹ Члан 328 став 1 ЗПП.

¹² Члан 328 став 2 ЗПП.

¹³ Регулатива је садржана у Породичном закону – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11.

¹⁴ Члан 226 став 1 ПЗ.

¹⁵ Члан 226 став 2 ПЗ.

¹⁶ Члан 260 став 1 ПЗ.

¹⁷ Члан 260 став 2 ПЗ.

¹⁸ Члан 273 став 1 ПЗ.

¹⁹ Члан 273 став 2 ПЗ.

²⁰ Члан 347 ЗПП.

бама о утврђивању вредности предмета спора.²¹ У смислу наведене одредбе значај споредних тражења о којима се одлучује пресудом би имале камате, парнични трошкови, уговорна казна ако се захтева њихово досуђење. Постоји низ споредних тражења, захтева о којима се не одлучује пресудом. У питању су захтеви који имају процесноправни значај о којима суд одлучује доношењем решења током парничног поступка. О неким од споредних тражења мора се одлучити пре доношења пресуде јер би евентуалним одлагањем одлучивања до доношења пресуде правна заштита у том делу изгубила смисао. Наведени значај има одлучивању о предлогу за одређивање привремених мера, предлогу за обезбеђење трошкова парничног поступка, предлогу за ослобођење претходног сношења трошкова поступка.

II

У садржај, изреку пресуде суд уноси и алтернативно, факултативно овлашћење тужене стране мада се о наведеном питању претходно не расправља и одлучује.²² Наведено овлашћење нема значај „главног питања“ нити се може сматрати споредним. Факултативно овлашћење тужене стране или процесна *fakultas alternativa* се изражава у овлашћењу тужиоца да, у тужби или до закључења главне расправе, поводом тужбеног захтева којим тражи предају одређене ствари или испуњење неке чинидбе, изјави да је вољан да уместо те ствари или захтеване чинидбе прими другу чинидбу или новчани износ.²³ Суд је дужан да, ако усвоји споменути тужбени захтев, у изреку пресуде унесе да се тужени може ослободити од давања ствари или досуђене чинидбе ако плати тај новчани износ или испуни понуђену чинидбу.²⁴ Тужени своју обавезу може испунити и давањем одговарајућег новчаног износа или испуњењем чинидбе коју иначе не дугује и коју тужилац не може од њега захтевати. Доношењем пресуде у којој је садржана изјава тужиоца да је уместо досуде одређене ствари вољан да прими одређени новчани износ тужени стиче овлашћење да своју обавезу, уместо

²¹ Члан 28 став 2 ЗПП.

²² У раду се користи термин „факултативно овлашћење“ који је са разлогом критикован у процесној теорији као својеврсни таутолошки нонсенс али је реч о термину који је у употреби у релевантним законским текстовима – ЗОО и ЗИО. У теорији се без изузетка сугерише употреба адекватнијег термина – „алтернативно овлашћење туженог“. Тако уз одговарајућу аргументацију: М ихајло Дика, *Грађанско јарнично јраво, Тужба, VI књија*, Загреб 2009, 381. Без обзира на оправданост наведених примедби употреба термина „факултативно овлашћење“ као законског није могуће сасвим искључити, посебно приликом позивања на одговарајуће одредбе ЗОО и ЗИО.

²³ Члан 196 ЗПП.

²⁴ Члан 344 ЗПП.

предаје захтеване ствари или испуњења чинидбе, испуни исплатом новчаног износа или неком другом чинидбом. Пресудом се успоставља алтернативно овлашћење туженог – *fakultas alternativa solutionis*. До успостављања овог овлашћења, међутим, долази искључиво по иницијативи тужиоца. Не искључује се да тужена странка током поступка понуди да уместо предаје ствари исплати одређени новчани износ или изврши неку другу чинидбу али та изјава не обавезује суд нити се уноси у изреку пресуде. Реч је о процесном овлашћењу које припада тужиоцу а не и туженој странци. Поређење одредбе важећег парничног законодавства са одредбама раније важећег показује да је усвојен један шири концепт процесне *fakultas alternativae*. Све до доношења ЗПП 04 тужилац је наведену изјаву могао дати само поводом захтева који се односио на досуду одређене ствари а та се обавеза могла заменити само исплатом одређеног новчаног износа.²⁵ У теорији се сматрало да ову могућност треба допустити у свакој парници у којој тужилац захтева неновчану чинидбу.²⁶ Под утицајем тих теоретских ставова ЗПП 04 мења концепт процесне *fakultas alternativae* усвајањем решења која су у неизмењеном садржају прихваћена у важећем ЗПП. Актуелно решење отклања неусклађеност раније важећег парничног законодавства са одредбама материјалног права којима је могућност успостављања *fakultas alternativae* постављена у ширим оквирима од оних које је одређивало процесно право. Према одредбама Закона о облигационим односима²⁷ који је био на снази и за време важења ЗПП 76 постојали су основи за успостављање једног ширег концепта процесне *fakultas alternativae* на начин како је то учињено у важећем парничном законодавству. Према одредбама о овлашћењима дужника у факултативној обавези, дужник чија обавеза има један предмет може се, по овлашћењу повериоца ослободити те обавезе дајући неки други предмет.²⁸ Не одређује се природа предмета обавезе као ни предмета којим је, по основу факултативног овлашћења, могуће испунити ту обавезу. Одредбе о замени испуњења дуговане обавезе такође су омогућавале да се и на процесном плану шире одреде факултативна овлашћења тужене странке јер су прописивале да обавеза може престати ако поверилац, у споразуму са дужником прими нешто друго од онога што дугује.²⁹ И у одредбама о одређивању вредности предмета спора које су биле садржане у ЗПП 56, ЗПП 76 било је прописано да тужилац

²⁵ Члан 316 Закон о парничном поступку из 1956 ЗПП 56, члан 327 ЗПП 76.

²⁶ Боровије Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 748; Сениша Трива, Михајло Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб 2004⁷, 423.

²⁷ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 (УСЈ); *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03.

²⁸ Члан 409 ЗОО.

²⁹ Члан 308 став 1 ЗОО.

приликом постављања неновчаног захтева може навести да да је вољан да уместо испуњења тог захтева прими одређени новчани износ. Тужбени захтев поводом којег се давала ова изјава није се односио само на досуду ствари. Обухватао је сваку неновчану чинидбу. Основ за прихватање ширег концепта процесне *fakultas alternativae* садржан и у тада важећем Закону о извршном поступку од 1978. године.³⁰ Према одредбама овог закона извршни дужник, коме је извршном исправом наложено испуњење неновчане обавезе уз право да се од испуњења те обавезе може ослободити плаћањем новчаног износа одређеног у извршној исправи, може тај износ да плати све док извршни поверилац није ни дјелимично примио испуњење обавезе“.³¹ Цитиране одредбе показује да је и за време раније важећег законодавства било могуће шире постављање процесне *fakultas alternativae* на начин како је она организована по актуелним нормативним решењима. Важеће решење проширује диспозитивних овлашћења странака те је са разлогом уведено у српско парнично право. Шире постављање процесне *fakultas alternativae* не доводи у питање ефикасност поступка јер се о тој чинидби којом је могуће заменити ону дуговану се не расправља и одлучује у поступку.

III

Пресуда у коју се уноси изјава тужиоца да је вољан да, уместо предаје одређене ствари или испуњења неке друге чинидбе, прими неку другу чинидбу или новчани износ преставља пресуду којом се усваја кондемпнаторни тужбени захтев – захтев за досуду одређене ствари или испуњење тражене чинидбе. Изјава се не може дати поводом захтева деклараторне природе којим се утврђење права на одређену ствар.³² Не може се дати ни поводом захтева конститутивне природе. Тужилац ову изјаву може дати већ у тужби али и касније све до закључења главне расправе – усмено на рочишту или поднеском изван рочишта. Сматра се да је треба допустити све до момента доношења првостепене пресуде - пре него што суд приступи одлучивању.³³

Изјава којој је циљ успостављање алтернативног овлашћења може бити садржана већ у тужби.³⁴ Тужилац је може дати све до закључења главне

³⁰ ЗИП 78, *Службени лист СФРЈ* бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91; *Службени лист СРЈ* бр. 27/92, 31/93, 24/94.

³¹ Члан 25 ЗИП 78.

³² Одлука Вишег суда у Новом Саду Гж. 2390/80, *Гласник Адвоатске коморе Војводине* 12/1980.

³³ Б. Познић, 749.

³⁴ Члан 196 став 1 ЗПП.

расправе.³⁵ Када је садржана у тужби изјава се може односити на алтернативно, факултативно овлашћење тужене странке које је успостављено пре покретања парничног поступка. Ово овлашћење се у теорији означава као „предпроцесно“ или „грађанскоправно“.³⁶ „Предпроцесно“ јер је успостављено пре покретања парничног поступка; „грађанскоправно“ јер је успостављено радњом која има материјалноправни значај и која је регулисана одредбама облигационог права.³⁷ Поводом алтернативног овлашћења, успостављеног пре покретања парничног поступка, поставља се питање да ли се ово овлашћење мора назначити у тужби којом захтева предају дуговане ствари или испуњење дуговане чинидбе. У теорији се са разлогом указује да је давањем изјаве поверилац ограничио своје право да захтева испуњење одређене чинидбе овлашћењем дужника да уместо те чинидбе испуни неку другу.³⁸ У наведеном смислу, а према стању материјалноправног односа, тужбом би морала бити обухваћена и изјава којом која се односи на алтернативно овлашћење тужене странке. Изјава би на одређени начин морала бити део тужбеног захтева али онај о чијој се основаности не расправља и одлучује. Ако се тужилац у тужби не позове на постојање алтернативног овлашћења тужени би се у својој одбрани могао позвати на околност да је тако постављен захтев неоснован јер је ограничен његовим правом да дуговану чинидбу испуни другом. Сходно реченом, ако суд установи да алтернативно овлашћење постоји, тужбени захтев би се морао одбити као неоснован. Као решење се спомиње и могућност да се поводом овог приговора усвоји тужбени захтев а у изреку пресуде, аналогно приговору неиспуњења уговора, унесе овлашћење тужене странке да дуговану чинидбу у испуни другом – оном коју је одредио тужилац као поверилац у материјалноправном односу. Сматра се да би успешније решење проблема било оно о одбијању тужбеног захтева. Пропуштањем да у тужби унесе алтернативно овлашћење којим је ограничено његово право тужилац захтева нешто што му не припада тако да би његов захтев требало сматрати неоснованим по истом принципу по којем се одбија тужбени захтев ако тужилац захтева испуњење само једне чинидбе поводом обавезе која има алтернативно одређен предмет а право избора припада туженом. Сматра се да исти приступ треба применити и у случају када тужилац у тужби наводи алтернативно овлашћење које квантитативно или квалитативно не одговара које туженом припада према садржају грађанскоправног односа.³⁹

³⁵ Члан 344 ЗПП.

³⁶ М. Дика, 382.

³⁷ Члан 409 ЗОО.

³⁸ М. Дика, 383.

³⁹ М. Дика, 385.

Могуће је да се у тужбу унесе изјава којом тужилац жели успоставити алтернативно овлашћење тужене стране – оно које није постојало пре покретања парничног поступка. Довољно је давање те изјаве. Није потребно испунити неке додатне услове осим оних које су одређени одредбама 344 ЗПП. У случају усвајања тужбеног захтева суд је дужан ту изјаву унети у изреку пресуде.

Крајња граница до које тужилац може дати изјаву којом тражи успостављање алтернативног овлашћења је закључење главне расправе. Поставља се питање да ли је наведено решење оправдано. Изјава не захтева додатне процесне активности. Не зависи ни од процесног држања тужене странке. Уношењем изјаве у пресуду чини повољнијим правни положај туженог тако да не зависи од сагласности те странке. Повећава изгледе за добровољно испуњење досуђене чинидбе оном која има алтернативан, факултативан значај. Ово су разлози који говоре прилог могућности давања ове изјаве и у другостепеном поступку. Овлашћење би се, дакле, могло унети у другостепену пресуду којом се потврђује пресуда о досуђењу захтеване ствари или чинидбе, односно у пресуду којом се преиначује првостепена пресуда о одбијању тужбеног захтева његовим усвајањем. И по важећем решењу изјава се може дати ако је по жалби дошло до укидања пресуде и враћања предмета првостепеном суду ради одржавања главне расправе. Ограничење има смисао ако се ради о истицању нових захтева у виду преиначења тужбе, противтужбе, приговора компезације или приговора неиспуњења уговора. Овде се ради о питањима о којима суд мора одлучити у поступку која по редовном току ствари претпостављају потребу за утврђивање чињеница од којих зависи њихово усвајање или одбијање. Допуштање наведених захтева по закључењу главне расправе и доношењу пресуде значило би прескакање првостепене инстанце па се са разлогом забрањује. Ако се процесна *fakultas alternativa* посматра из описане перспективе са разлогом се може поставити питање оправданости важећег решења по којем тужилац ову изјаву може дати само до момента закључења главне расправе. Решење је формулисано у време када је у теорији али и у пракси без изузетка заступан став по којем изјава има материјалноправни значај и да је сходно томе усмерена само према противној странци. Према наведеном схватању првостепена пресуда не би представљала сметњу да се и у другостепеном поступку не допусти могућност давања ове изјаве. Када су у питању радње материјалноправног значаја странке их могу давати и правноснажном окончању парнице. Ограничење би имало смисла само под условом ако се наведеној изјави да процесноправни значај и она прихвати као посебан захтев да се у пресуду унесе алтернативно

овлашћење тужене странке. Изјаву даје тужилац а она је по свом садржају у корист тужене странке што осујећује могућност да је та странка оспори – исто као у случају давања изјаве о одрицању од тужбеног захтева јер јој недостаје правни интерес. У теорији се, без изричите законске подлоге, наведеној изјави даје значај посебне материјалне процесне диспозиције попут признања или одрицања од тужбеног захтева, односно судског поравнања.⁴⁰ Овим мишљењем се битно одступа од преовлађујућег теоретског става о правној природи изјаве којом тужилац успоставља алтернативно овлашћење. По становиштима која су, за сада, преовлађујућа у теорији сасвим се занемарује улога суда и изјави се даје значај понуде туженој странци да, уместо досуђене ствари или чинидбе, обавезу испуни плаћањем одговарајућег новчаног износа или испуњењем неке друге чинидбе. Ако се прихвати други став, онај о процесно-правној природи споменуте изјаве, постојеће ограничење би се могло оправдати јер би другачијим решењем дошло до промене постојећег захтева тек у инстанционом поступку. Реч је о идеји новијег датума за коју је евидентно је да је редактори раније важећих али и актуелних законских решења нису имали у виду када су, из једног у други законски текст, преносили споменуто ограничење којим се као крајња граница за давање ове изјаве одређивао моменат закључења главне расправе. Ако се питање сагледа из перспективе ефикаснијег остваривања правне заштите изјава би се, без обзира на начин одређивања њене правне природе, могла дати и током другостепеног поступка а да при томе не губи. Давање ове изјаве поступак у ничему не постаје сложенији од оног у којем та изјава није дата. Погодује туженој странци јер јој даје једно додатно овлашћење и омогућава да дуговану обавезу испуни плаћањем новчаног износа или извршењем неке друге чинидбе што у конкретном случају може бити једноставније од испуњења обавезе која је наложена пресудом. Давање ове изјаве у ничему не чини поступак сложенијим и скупљим јер се о чинидби која има алтернативан значај не расправља и одлучује. Другостепени суд се, као ни првостепени, не може упуштати у одлучивање о овом питању. Ако тужени измири ту обавезу престаје потреба за вођењем извршног поступка. Чак и ако се прихвати став о процесноправном концепту *fakultas alternativae* којим се наведеној изјави заправо даје значај материјалне процесне диспозиције то не представља апсолутну препреку за предузимање ове радње током другостепеног поступка. Изузетак већ постоји. Током поступка по жалби странке без посебних ограничења могу закључити судско поравнање.⁴¹

⁴⁰ М. Дика, 400.

⁴¹ Члан 336 став 2 ЗПП.

IV

Одредбама члана 344 ЗПП изричито је прописано да се тужени може ослободити давања ствари или чинидбе чије му је испуњење наложено пресудом ако исплати новчани износ или испуни другу чинидбу за коју је тужилац изјавио да је вољан да је прими уместо дуговане обавезе а суд је ту изјаву унео у изреку пресуде. Поређење ове одредбе са одговарајућом одредбом Закона о извршењу и обезбеђењу показује значајну колизију у законодавним решењима која се односе на факултативно овлашћење тужене, односно дужничке странке.⁴² Према цитираној одредби ЗИО: “Извршни дужник према коме је изречена неновчана обавеза, уз право да се од испуњења те обавезе може ослободити плаћањем одређеног новчаног износа или испуњењем неке друге чинидбе одређене у извршној исправи, може тај износ да плати или чинидбу да испуни и након извршности исправе, ако се са тим сагласи извршни поверилац“. Одредба доводи у питање концепт *fakultas alternativae* како је она регулисана по парничној и облигационој регулативи. У оба случаја давањем одговарајуће изјаве тужена странка, односно дужник у материјалноправном односу стиче право, овлашћење да дуговану чинидбу испуни неком другом – оном коју је одредио тужилац, односно поверилац у материјалноправном односу. Ово овлашћење тужени може користити све док поверилац у поступку принудног извршења не добије у потпуности или делимично предмет дуговане обавезе.⁴³ Све до доношења ЗИО и у извршном поступку важило је правило да, извршни дужник према коме је изречена неновчана обавеза, уз право да се од испуњењате обавезе ослободи плаћањем новчаног износа одређеног у извршној исправи, може да плати тај новчани износ све док извршни поверилац није ни делимично примио испуњење (дуговане) обавезе.⁴⁴ Према одредби цитираног члана 26 ЗИО извршни дужник би могао своју обавезу безусловно испунити коришћењем факултативног овлашћења само до наступања извршности пресуде у коју је унета процесна *fakultas alternativa*, само до протекла парижног рока. После тога само уз сагласност тужиоца, односно извршног повериоца. Наведено решење се не може сматрати успешним. У супротности је са још важећим решењима облигационог пра-

⁴² Члан 26 Закона о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11, 109/13 (УС) и 55/14.

⁴³ Члан 409 ЗОО.

⁴⁴ Члан 40 Закона о извршном поступку од 2004. године, *Службени гласник РС*, бр. 125/04. У идентичном садржају ово решење је било прописано и у извршном законодавству које је важило пре ступања на снагу Закона о извршном поступку од 2004. године – у Закону о извршном поступку од 2000. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 28/00, 73/00 и 71/01), као и у ЗИП 78.

ва. Дејство повериоачеве изјаве којом овлашћује дужника да обавезу испуни коришћењем факултативног овлашћења протеже се само до момента наступања извршности пресуде у којој је садржана процесна *fakultas alternativa*. После тога престаје. Да би тужени, као извршни дужник, то могао учинити по извршности пресуде потребна је нова изјава којом се поверилац саглашава са променом предмета испуњења обавезе. Поверилац то може учинити и ако у пресуди није садржана процесна *fakultas alternativa* што ће, у споразуму са са дужником, примити нешто друго од оног што му се дугује.⁴⁵ Извршност пресуде претпоставља да је претходно протекао парнициони рок. У питању је рок који је успостављен у корист тужене странке јер до његовог истека тужилац не може покренути извршни поступак. Протеком тог рока дужник се не спречава да досуђену обавезу добровољно испуни. Важеће решење ЗИО проблематизује ову могућност када се ради о факултативно одређеној чинидби. Ако је дужник испуни по наступању извршности пресуде али пре покретања извршног поступка улази у ризик. Тужилац, као извршни поверилац може, у описаном случају, покренути извршни поступак тражећи испуњење досуђене чинидбе. Као извршни дужник, тужени се не би томе могао противити истицањем опозиционог приговора јер је наступањем извршности пресуде престало његово право да дуговану обавезу испуни неком другом – оном која је унета у пресуду као процесна *fakultas alternativa*. Отвара се могућност процесне злоупотребе на штету извршног дужника коју је могуће отклонити тек покретањем новог парничног поступка чиме се не доприноси ефикасности правне заштите ако се она постави у један шири контекст од оног који се може сагледати из перспективе извршног поступка. Поређење одредаби ЗИО о факултативном овлашћењу дужника и одредбе о извршењу алтернативне обавезе по извору извршног дужника⁴⁶ показује постојање битне разлике у нормативном приступу која се не може оправдати. Уношењем процесне *fakultas alternativae* у пресуду мења се правни положај тужене странке, тужени стиче право да дуговану обавезу измири као да је у питању алтернативна облигација код које право избора припада дужнику. Обавезу може добровољно испунити тако што ће уместо досуђене неновчане чинидбе исплатити одређени новчани износ или испунити неку другу чинидбу. Исто то може учинити ако је пресудом усвојен тужбени захтев код којег је предмет обавезе алтернативно одређен. Међутим, када је у питању добровољно испуњење алтернативне обавезе по по избору извршног дужника ЗИО садржи сасвим другачије решење. То решење одговара материјалноправним одредбама које регулишу испуњење обавезе код које је предмет обавезе

⁴⁵ Члан 308 став 1 ЗОО.

⁴⁶ Члан 25 ЗИО.

алтернативно одређен а право избора припада дужнику. Извршни дужник има право избора све док извршни поверилац не прими, у целини или делимично, предмет обавезе који је захтевао предлогом за извршење.⁴⁷ Обавезу, дакле, може испунити по сопственом избору и по извршности пресуде па чак и ако је покренут извршни поступак – све до момента док извршни поверилац у целини или делу не прими предмет обавезе који је одређен у предлогу за извршење. Нејасно је због ЗИО прави споменути разлику. Смисао процесне *fakultas alternativae* је пре свега одређен идејом да се туженом, као дужнику, пружи прилика да своју обавезу испуни неком другом, оном коју не дугује, што за ову странку може бити лакше оствариво од испуњења дуговане чинидбе. Повећавају изгледи да дође до добровољног испуњења обавезе и тако учини сувишним вођење извршног поступка. Позиција туженог се не погоршава јер се од њега може захтевати само оно што дугује. Ова могућност не иде на штету тужиоца као повериоца. Од њега зависи да ли ће дати изјаву којом се тужени овлашћује да, као дужник, своју обавезу испуни плаћањем новчаног износа или испуњењем чинидбе која се не дугује. У интересу је повериоца да се могућност добровољног испуњења обавезе прошири а не сужава на начин како је то учињено одредбама ЗИО. Он је тај интерес изразио и давањем изјаве којој је успостављено факултативно овлашћење тужене странке. И у овом сегменту редактори ЗИО су били руковођени идејом фаворизовања процесне позиције извршног повериоца као што су то учинили и поводом неких других решења којима се занемарује да је извршни поступак двостраначки организован и да је у њему по дефиницији потребно обезбедити и гарантовати равноправан положај обе странке. Питање је да ли се споменутом одредбом члана 26 ЗИО уопште унапређује процесна позиција извршног повериоца. Разлика има оправдање само у оквирима који се односе на овлашћења извршног повериоца. Када се ради о факултативном овлашћењу извршни поверилац може захтевати испуњење само оне чинидбе која је досуђена пресудом. Ако је у питању извршење обавезе која има алтернативно одређен предмет поверилац има право избора између тих чинидби тражећи принудно извршење само једне.

V

Изјава којом тужилац тражи уношење процесне *fakultas alternativae* у пресуду је усмерена и према туженој странци. Међутим, суд је дужан да је унесе у пресуду и ако се тужени томе противи ако су испуњени услови прописани одредбом члана 344 ЗПП – ако суд усвоји постављени, кондем-

⁴⁷ Члан 25 став 2 ЗИО.

наторни захтев, ако је природа захтеване чинидбе таква да је поводом ње допуштена изјава којом се успоставља факултативно овлашћење, ако је предмет којим тужени може заменити испуњење дуговане обавезе испуњава услове одређене одредбом цитираног члана и ако је та изјава дата до закључења главне расправе.⁴⁸ Однос туженог према датој изјави може се знати тек од момента када та странка испуни дуговану обавезу – ону која је досуђена пресудом или плати новчани износ, односно испуни ону чинидбу на коју је овлашћује процесна *fakultas alternativa*. Могуће је да добровољно не испуни ни једну од наведених чинидби што показује да не жели да добровољно испуни дуговану обавезу нити да користи факултативно овлашћење. По решењима важеће извршне регулативе овлашћење престаје наступањем извршности пресуде у којој је садржана процесна *факултас алтернатива*. Не искључује се да тужени, по сазнању за ову изјаву, испуни своју обавезу плаћањем новчаног износа или испуњењем неке друге чинидбе коју је одредио тужилац. То може учинити одмах по доношењу пресуде али по наступању њене извршности само уз сагласност тужиоца као извршног повериоца. Не постоји разлог који говорио против могућности да то учини и раније – пре доношења пресуде. Одмах по давању изјаве којом тужилац саопштава да је вољан да уместо дуговане чинидбе прими неку другу чинидбу или новчани износ. Обавезу на коју се односи тужбени захтев може испунити током парнице. То се не може довести у питање. Нашло је одговарајући израз и у одредбама о сношењу трошкова парничног поступка. Ако тужилац повуче тужбу зато што тужени испунио своју обавезу није дужан да туженом надокнади трошкове ако је до повлачења тужбе дошло одмах по испуњењу захтева од стране туженог.⁴⁹ Не постоји разлог да тужени то не учини испуњењем факултативно одређене чинидбе. Ограничење нема подлогу у одредбама ЗОО по којим се не одређује момент од којег дужник може искористити факултативно овлашћење. Одређује се само момент у којем оно престаје и, као што је речено, ту постоји неслагање у нормативним решењима ЗОО и ЗИО. По одредбама ЗОО дужник би то могао могао учинити одмах по давању изјаве којом га поверилац овлашћује да дуговану чинидбу испуни неком другом. Питање је да ли се тужени може осујетити да то исто учини по давању ове изјаве у парници. Одговор је негативан. Одмах по давању изјаве може признати тужбени захтев. И у ову пресуду суд мора унети факултативно овлашћење тужене странке које јој даје право да своју обавезу испуни неком другом чинидбом

⁴⁸ У теорији се са разлогом указује на проблематичност наведеног приступа по којем је сасвим занемарује држање противне странке – да ли се она саглашава или противи успостављању алтернативног овлашћења. М. Дика, 396.

⁴⁹ Члан 157 став 1 ЗПП.

– оном коју је тужилац понудио. Евентуално ограничење губи смисао. Ако се прихвати да тужени своје факултативно овлашћење може испунити одмах по давању наведене изјаве тужбени захтев за досуђење ствари је неоснован, јер испуњењем те алтернативне чинидбе дошло до престанка обавезе која је захтевана тужбом. Тужиоцу преостаје повлачење тужбе или одрицање од тужбеног захтева. У супротном ризикује вођење парнице у којој ће доживети неуспех када се тужени позове на околност да је своју обавезу испунио плаћањем новчаног износа или испуњењем факултативне одређене чинидбе.

VI

Уношењем процесне *fakultas alternativae* у пресуду тужени стиче право да своју обавезу измири испуњењем неке друге а не досуђене чинидбе. У овој компоненти дејства изјаве се не разликују од оних које има ако је дата изван парничног поступка у смислу одговарајућих одредаба облигационог права.⁵⁰ Погодност процесне *fakultas alternativae* у односу на ону која је регулисана одредбама материјалног права испољава се у томе што се та изјава уноси у изреку пресуде и као таква везује извршни суд. То није случај када је факултативно овлашћење дато изван парничног поступка. Ако тужени испуни обавезу коришћењем факултативног овлашћења а тужилац у извршном поступку упркос томе захтева досуђену ствар или новчану чинидбу тужени се, као извршни дужник, може томе противити истицањем опозиционог приговора при чему је по начелу формалног легалитета суд везан изреком пресуде као извршне исправе. У тој изреци је садржана изјава тужиоца да тужени досуђену чинидбу може испунити извршењем факултативне чинидбе. Ако је извршни дужник своју обавезу испунио на основу факултативног овлашћења које је дато изван парничног поступка па извршни поверилац покрене поступак за принудно извршење досуђене чинидбе процесна позиција дужника је знатно неповољнија од оне у којој се налази када је факултативно овлашћење садржано у пресуди. Дужник се може позвати на то да је испунио своју обавезу испуњењем факултативне чинидбе али то не везује суд. У важећој редакцији ЗИО извршена је општа редукција процесних средстава којима извршни дужник може побијати решење о извршењу. Не спомиње се могућност да се овим поводом покрене опозициона парница у којој ће дужник захтевати да се извршење досуђене чинидбе прогласи недопуштеним јер је испунио факултативну чинидбу. Идеја о ефикаснијем остваривању правне заштите представља константу која се преноси у сваку наредну редакцију извршне ре-

⁵⁰ Члан 409 ЗОО.

гулативе сужавајући процесна права само једне странке у поступку – извршног дужника. Запоставља се да је и извршни поступак инструменталног значаја у односу на материјално право и да не може бити препрека не-сметаном располагању спорним субјективним правима. Постојећа решења извршног поступка то доводе у питање. Зашто би дужник испуњавао своју обавезу давањем недугованог предмета на шта је пристао и поверилац ако то није унето у пресуду а у извршном поступку нема реалних могућности да позивањем на наведену околност спречи извршење чинидбе која је досуђена пресудом. Не искључује се да овим поводом по оконча-ном извршном поступку поведе парницу тражећи повраћај онога што је добровољно дао али се тиме излаже вођењу једне у основи непотребне парнице. Из ове перспективе актуелна решења извршног права не преста-вљају допринос ефикаснијем остваривању правне заштите. Дужник је испунио своју обавезу а спроведен је непотребан извршни поступак на који се исто тако надовезује непотребна парница за повраћај онога што је на име испуњења обавезе добровољно испунио.

VII

У погледу правне природе изјаве којом тужилац саопштава да је во-љан да уместо ствари коју захтева прими одређени новчани износ у теори-ји се претежним делом сматра сматра да је у питању материјалноправна (једнострана) изјава воље, понуда тужиоца туженом да уместо давања ду-говане ствари обавезу испуни исплатом одређеног новчаног износа.⁵¹ Сма-тра се да дејство ове радње настаје њеним саопштавањем туженом.⁵² У нај-ширем смислу она то јесте. Ако је тужени прихвати он ће своју обавезу ис-пунити исплатом новчаног износа или испуњењем неке друге (недуговане) чинидбе. У овој компоненти изјава има материјалноправни значај и усме-рена је према туженој странци ако се пресудом усвоји тужбени захтев. У другој компоненти изјава има процесноправни значај што се готово у пот-пуности занемарује.⁵³ Усмерена је и према суду од којег се тражи да ту из-јаву унесе у пресуду. Суд је дужан да је унесе у изреку пресуде а тужени добија право да уместо досуђене чинидбе своју обавезу испуни неком дру-гом чак и ако се томе противио током парнице. Споменуто обележје омо-гућава разликовање ове од неких других материјалноправних изјава које

⁵¹ Б. Познић, 749; С. Трива, М. Дика, 424. Михајло Дика, Јозо Чизмић, *Коментар За-кона о парничном посудику Федерације Босне и Херцеговине*, Сарајево 2000, 542.

⁵² Б. Познић, 749.

⁵³ Изузетак у овом погледу представљају ставови М. Дике на које се у више наврата позива у овом раду.

тузилац може дати током парничног поступка. Постоје изјаве које се усмеравају искључиво према туженој странци при чему суд сасвим остаје по страни. Постојање парнице не спречава странке да током њеног трајања располажу спорним субјективним правом које је послужило као повод за тражење правне заштите. Тузилац током поступка може дати изјаву којом туженом предлаже да постојећу обавезу споразумно замене новом променом њеног предмета.⁵⁴ Пренов се може односити на замену предмета тако да се дугована чинидба замени неком другом. По свом садржају ова изјава може одговарати оној којом тузилац од тражи уношење алтернативног овлашћења тужене странке у изреку пресуде. Споља посматрано обе изјаве могу бити подударне, а имају различит правни значај. Прва изјава, она којом се ствара основ за уношење процесне *fakultas alternativae* у пресуду, производи дејства без обзира на став противне странке. Усмерена је према суду а тек индиректно и према тужаној странци. Нема за циљ да дође до престанка обавезе која се односи на давање ствари или испуњење неке друге чинидбе и њену замену неком другом чинидбом или одређеним новчаним износом. У другом случају изјава је усмерена према туженој странци а њена дејства настају прихватањем те изјаве од стране противника. Прихватањем те понуде престаје дугована обавеза која се односи на захтевану ствар или чинидбу а настаје нова. Извршеним преновом, новацијом, првобитно постављени захтев престаје бити основан. Ако тузилац, у смислу извршеног пренова, не преиначи тужбу – ризикује губитак спора. Довољно је да се тужени позове да је дошло до промене предмета обавезе и да је по том основу дошло до престанка захтеване чинидбе. Пренов може бити остварен и тако да се предмета обавезе замени са њих више у алтернативном односу а туженом се препушта право избора. Ако се то догоди за време парничног поступка мора се омогућити преиначење тужбе које одговара извршеној промени по привилегованим условима. Изјава којом тузилац туженом предлаже промену предмета обавезе може бити усмено дата током расправе или поднеском. Поређење ових изјава показује да оне, споља посматрано, могу имати исти садржај а а битно различите последице. Из наведеног разлога потребно је прецизно одредити њихов смисао – да ли тузилац жели да успостави факултативно овлашћење или је изјава усмерена према противној странци у намери да се изврши промена предмета обавезе. Ако се смисао те изјаве не може прецизно одредити неопходно је да суд предузме радње којим ће се то разјаснити. Проблем се појављује и у случају када тузилац, у смислу одредаба о утврђивању вредности спора⁵⁵ поводом тужбеног захтева који се односи на неновчано потра-

⁵⁴ Члан 348 став 1 ЗОО.

⁵⁵ Члан 33 став 2 ЗПП.

живање у тужби означава његову новчану вредност. Ова изјава нема за циљ да успостави алтернативно овлашћење тужене стране те се тако мора и разумети. Ако постоје нејасноће у погледу њеног значаја мора се разјаснити смисао изјаве – да ли односи на одређивање вредности предмета спора или је дата у циљу успостављања процесне *fakultas alternativae*. У првом случају суд је овлашћен да, по службеној дужности или приговору туженог, утврди, односно провери тачност вредности означене у тужби.⁵⁶ Не може је унети у пресуду дајући том износу значај процесне *fakultas alternativae*. Ако је изјава дата у циљу успостављања факултативног овлашћења тужене странке вредност предмета спора се одређује према том износу.⁵⁷ Суд се не може упуштати да ли тај износ одговара вредности ствари или чинидбе. Не искључује се ни да тужени предузме радњу у којој је садржана понуда да се изврши замена дугованог предмета обавезе али је у овом случају несумњива природа те изјаве. Њом се жели остварити промена предмета дуговане обавезе и тако извршити пренов у материјалноправном односу поводом којег је покренута парница. Прихватањем ове изјаве од стране тужиоца јавља се потреба променом првобитно постављеног тужбеног захтева по привилегованим условима као и у случају када је до пренова дошло по иницијативи тужиоца. Најзад, могуће је да у тужби буде кумулирано више захтева а да ти захтеви садржајно одговарају захтеваној чинидби и оној која има факултативан значај. Ако из навода тужбе није сасвим јасно о којим се захтевима ради суд је дужан да разјасни ово питање већ приликом претходног испитивања тужбе.⁵⁸ Изменама и допунама ЗПП од 2014. године, створена је могућност да се ова питања разјасне на посебном рочишту. Ако суд сматра да тужбу треба одбацити због неразумљивости,⁵⁹ јер је нејасна природа захтева који су у њој садржани тужиоцу се мора омогућити да се о томе изјасни и прецизније одреди природу постављених захтева укључујући и могућност изјашњавања о томе да се у конкретном случају не ради о кумулацији тужбених захтева већ да се та друга чинидба или новчани износ односи на факултативно овлашћење. У питању је ново решење и до сада непознато у нашем процесном праву који омогућава један активнији однос суда у поступку посебно када се ради о питањима која се односе на разумљивост тужбе што може бити од изузетног значаја за даљи ток парнице. На овом рочишту тужилац долази у прилику да прецизније одреди природу кумулираних захтева или значај изјаве задржане у тужби. Те се нејасноће могу отклонити и уместо одбацивања тужбе у даљем току поступка одлучује се о спору. При

⁵⁶ Члан 33 став 3 ЗПП.

⁵⁷ Члан 33 став 1 ЗПП.

⁵⁸ Члан 293 ЗПП.

⁵⁹ Члан 294 став 2 ЗПП.

томе тужилац, у циљу прецизнијег одређивања природе захтева или изјава садржаних у тужби, може без посебних ограничења преиначити тужбу јер се још не захтева сагласност тужене странке.⁶⁰ Могуће је да се тек на припремном рочишту или касније покаже да постоје одређене нејасноће. Њих је потребно разјаснити јер даљи ток процесних активности зависи од природе тих захтева. Ако се то не учини постоји ризик квалитативног прекорачења тужбеног захтева. Суд, дакле, мора одредити да ли тужилац давањем одговарајуће изјаве жели да успостави факултативно овлашћење тужене странке или се ради о неком облику кумулације тужбених захтева. Сходно тој оцени мора водити поступак и одлучити о спору. Ако на основу пресуде није могуће одредити предмет одлучивања тако да је нејасно да ли је се ради о кумулативно или алтернативно спојеним захтевима, односно о факултативном овлашћењу треба сматрати да постоји апсолутно битна повреда одредаба парничног поступка. јер је њена изрека неразумљива и доследно томе пресуда се мора укинути и предмет вратити на поновно расправљање.⁶¹ Исти такав активан однос суда мора се подразумевати ако је нејасан значај изјаве коју тужилац даје током парничног поступка – да ли се том изјавом жели успоставити факултативно овлашћење тужене странке или се том изјавом додаје један нови захтев уз оне постојеће.

VIII

Лезичка формулација по којој се процесна *fakultas alternativa* односи на тужбени захтев којим тужилац тражи „да му се преда одређена ствар или туженом наложи испуњење неке чинидбе” говори о недељивости тужбеног захтева. У питању су захтев који се може усвојити или одбити што искључује да се у делу усвоји а у другом одбије. Према томе процесна *fakultas alternativa* може бити унета само у ону пресуду којом се тужбени захтев усваја у целини. Процесна *fakultas alternativa* може бити унета и у пресуду у којој се одлучује о више кумулативно спојених тужбених захтева у односу на онај захтев којим се тражи досуда одређене ствари или испуњење одређене чинидбе ако тај захтев буде усвојен доношењем пресуде. Не постоје принципијелни разлози који би то спречавали. Исто важи и ако дошло до спајања више парничних поступака па је у некој од спојених парница тужилац навео да је вољан да уместо дуговане ствари или чинидбе пристаје да прими новчани износ или неку другу чинидбу. Ако су испуњени услови процесна *fakultas alternativa* се уноси у пресуду без обзира да ли се о том захтеву одлучује пресу-

⁶⁰ Члан 199 став 2 ЗПП.

⁶¹ Члан 374 став 2 тачка 12, члан 391 став 1 ЗПП.

дом која обухвата све спојене парнице или се о захтеву за досуду ствари или извршењу чинидбе одлучује посебном пресудом јер је суд одредио раздвајање поступака. Да би се у пресуду унела процесна *fakultas alternativa* пресудом мора бити усвојен тужбени захтев. То може бити пресуда која се доноси по основу контрадикторног расправљања, пресуда на основу признања, пресуда којом се усваја тужбени захтев по основу неспорног чињеничног стања, пресуда због пропуштања. Када се ради о последње две пресуде изјава тужиоца која се односи на замену испуњења мора бити садржана већ у тужби или дата до момента доношења наведених пресуда. При важећим решењима не постоји могућност да се то учини накнадно – по доношењу ових пресуда. Када је у питању пресуда на основу контрадикторног расправљања или признања изјава може бити дата и у стадијуму главне расправе. Код пресуде на основу признања пре давања изјаве којом тужени признаје тужбени захтев а у другом случају пре закључења главне расправе. Садржај одредбе члана 344 ЗПП показује да се процесна *fakultas alternativa* уноси у изреку пресуде – „суд ће, ако усвоји тужбени захтев, да изрекне у пресуди да тужени може да се ослободи давања ствари или чинидбе чије му је испуњење наложено“ Међутим, у одредбама о садржају изреке пресуде процесна *fakultas alternativa* се не спомиње.⁶² У теорији се сматра да се она уноси у изреку пресуде али да по својој природи не представља судску одлуку него само преузимање једне материјалноправне изјаве тужиоца у састав пресуде.⁶³ Чинидба која се односи на факултативно овлашћење тужене странке не представља тужбени захтев али се може сматрати елементом који га на одређени начин ограничава. Суд се током поступка не може упуштати у испитивање да ли новчани износ или друга (недугована) чинидба одговара вредности захтеване чинидбе. Процесна *fakultas alternativa* се уноси у изреку пресуде и ако је очигледно да постоји значајна несразмера вредности ствари или чинидбе о којој је одлучено пресудом и новчаног износа или друге факултативне чинидбе. Факултативна чинидба мора бити прецизно одређена од стране тужиоца. Њено одређивање се не може препустити и суду, трећем лицу или туженој страни. Ако то није случај треба сматрати да понуда не постоји.

IX

Ако погрешком суда процесна *fakultas alternativa* не буде унета у пресуду тужилац не може захтевати њену допуну јер се не ради о захтеву о којем се одлучује у поступку. Сматра се да проблем може бити решен при-

⁶² Члан 355 став 3 ЗПП.

⁶³ Б. Познић, 750; С. Трива, М. Дика, 424.

меном правила о исправљању пресуде.⁶⁴ По другом мишљењу тужилац у овом случају би стицао право да ову понуду, посредством суда, накнадно достави туженој страни.⁶⁵ Најзад, ако се прихвати аргументација о процесноправним правним обележјима ове изјаве са разлогом би се могло прихватити решење по којем би се у овом случају странкама требала пружити могућност да траже допуну пресуде у коју грешком суда није унета процесна *fakultas alternativa*. У сваком случају накнадним достављањем те понуде туженој страни проблем се не решава. Ако тужени досуђену обавезу испуни извршењем оне која је факултативно одређена у изјави која се доставља посредством суда ризикује на своју штету. Као што је речено у претходним напоменама, пошто *факултас алтернатива* није садржана у пресуди, суд по основу њеног испуњења не може одредити обуставу извршног поступка. Ако тужилац упркос испуњења факултативно одређеног потраживања покрене извршни поступак захтевајући испуњење досуђеног потраживања тужени реално не располаже одговарајућим процесним инструментима којима би то могао осујетити. Мора покренути нову парницу у којој ће захтевати повраћај онога што је испунио на име факултативне чинидбе. Исправка или допуна пресуде представља погоднији начин за отклањање споменутог пропуста. У овом делу разлике у теоретском квалификовању правне природе процесне *fakultas alternativae* губе на значају. Најзад, ако се релативизира постојећа граница до које је могуће дати изјаву у којој је садржана процесна *fakultas alternativa* постојала би могућност да се та изјава поновно да током другостепеног поступка ако до њега дође укључујући могућност да се на њено постојање позове и тужена странка.

Поставља се питање побијања пресуде због повреде одредаба члана 344 ЗПП. Ако суд у пресуду којом усваја тужбени захтев не унесе овлашћење туженог да уместо досуђене чинидбе обавезу може испунити извршењем алтернативне чинидбе тужилац ту пресуду не може побијати због наведеног разлога јер му недостаје правни интерес. Ни тужена странка не би могла захтевати побијање ове пресуде због тога што у њој није садржана *fakultas alternativa* ако не побија пресуду у делу који се односи на усвајање тужбеног захтева. Ово ограничење произилази из оних теоретских ставова по којима споменута изјава има само материјалноправни значај без обзира што се уноси у пресуду. Прихватањем процесноправног концепта установе доводи до битно другачијег резултата. Давањем изјаве тужилац је тужбени захтев ограничио факултативним овлашћењем у корист тужене странке. Изостављањем процесне *fakultas alternativae* тако ограничен захтев је прекорачен на штету тужене странке. Може се оправдати њен

⁶⁴ Б. Познић, 750.

⁶⁵ С. Трива, М. Дика, 524.

интерес за побијањем пресуде само због наведеног разлога. Постоји могућност да се у пресуду унесе процесна *fakultas alternativa* а тужилац то није тражио. Приликом постављања неновчаног захтева тужилац је дужан да означи новчану вредност предмета спора. Ту вредност може поставити сувише ниско у циљу да тако смањи трошкове поступка. Ако се та изјава погрешно узме као предлог да се у пресуду унесе факултативно овлашћење туженог постоји разлог који оправдава побијање пресуде посебно ако је тако одређени новчани износ у несразмери са вредношћу захтеване ствари или чинидбе што у споменутом случају може бити равно губитку спора. Тужени добија право да обавезу измири исплатом тог новчаног износа. Чак и ако не постоји споменута несразмера тужиоцу се мора омогућити побијање пресуде којом се тужени, мимо његове воље погрешком суда, ставља у знатно повољнији положај од оног који је захтеван тужбом. Због наведеног разлога тужени не би могао побијати пресуду јер му недостаје правни интерес. Пресудом добија једно овлашћење којим се поправља његова процесна позиција тако да обавезу може испунити на један или други начин а пресудом се не обавезује на испуњење алтернативне чинидбе.

Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

On Substitution Right of Respondent in Civil Procedure

Abstract: *The paper examines set of problems regarding respondent's right to offer alternative performance (substitution right) in present Serbian civil procedure. It is evident that this institute has not caused greater interest of theory, although plenty of complex problems arises. Present conception of procedural substitution right which was introduced some ten years ago could be regarded as successful, as it is widens up disponsible rights of litigants. The possibility of establishing procedural substitution right is not attached to in rem claims any more. Statement could be made regarding any non pecuniary claim. Substitution right is also broadened, because respondent could be entitled on any performance, not just payment. However, solution which limits establishing procedural substitution right only in first instance procedure is retained without of particular justification. Paper examines also execution procedure regarding enforcement of judgment consisting the substitution right, as it is fundamentally different in contrast to regulation in contract law and civil procedure, especially in matter of determination of time frame in which debtor can exercise his substitution right. This solution could not be regarded as successful, as it open door to abuse of procedural rights harming debtor. Questions regarding court's duty to clarify nature of claimant's statement is also examined. Delivery of goods and payment could be regarded as joinder of claims, but it could also mean in rem claim and statement of substitution right. When needed, court is obliged to clarify statements. At the end, other issues beside quoted are discussed.*

Key words: *substitution right of respondent, procedural facultas alternativa, civil litigation, performance, enforcement procedure, joinder of claims, judgment.*