

PROCESNOPRAVNA OPERACIONALIZACIJA INSTITUTA *FACULTATIS ALTERNATIVAE* U HRVATSKOM PRAVU¹

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika*

UDK 347.921(497.5)

Izvorni znanstveni rad

U radu su najprije naznačuju zakonske osnove uređenja instituta facultatis alternativae u hrvatskom pravu te se, s aspekta njegove procesnopravne operacionalizacije u parničnom i ovršnom postupku, konstatira potreba razlikovanja između dviju kategorija toga instituta - tzv. pretprocesne, materijalnopravne, i tzv. procesne alternativne ovlasti. Posebno se analiziraju slučajevi pretprocesne facultatis alternativae kod kojih se ispunjenje dužne činidbe može nadomjestiti ispunjenjem neke druge te oni kod kojih se alternativne ovlasti sastoje u pravu ugovorne strane da poduzimanjem određene radnje izazove prestanak određenog pravnog odnosa, odnosno kod kojeg je ugovorna strana ovlaštena poduzimanjem stanovite radnje spriječiti prestanak određenog pravnog odnosa. Upućuje se na

¹ Autor ovoga rada počeo ga je pisati, prema bilješkama na nedavno u starim papirima pronađenom rukopisu, prije trideset četiri godine (1972.), kad je (privremeno), zbog primjedbi koje je dobio od svojih mentora, odgodio njegovu finalizaciju. Pročitavši ponovo taj rukopis, autor ovoga rada učvrstio se u uvjerenju da su njegove tadašnje ideje o potrebi razlikovanja pravnih situacija tzv. pretprocesne i tzv. procesne *facultatatis alternativae* te njegova tadašnja, u izvjesnom smislu, inovativna impostacija instituta procesne *facultatatis alternativae* kao specifične materijalne procesne dispozicije ono što je još uvijek spreman zastupati. U tom smislu ovaj je rad doradena, dotjerana i osuvremenjena verzija jednog mladenačkoga pokušaja da se razumije i objasni određeni procesnopravni institut. On bi trebao potkrijepiti i stajalište da ne treba tek tako odustajati od svojih ideja ako se intimno u njih vjeruje, samo zato što se ne podudaraju s onime što se smatra standardnim znanjem o nečemu, s onim što zastupaju znanstveni autoriteti; da te ideje treba, prije ili kasnije, priopćiti znanstvenoj javnosti, koja je jedina pozvana kritički ih prosuditi.

* Dr. sc. Mihajlo Dika, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

potrebu njihova različita procesnopravnog tretmana te se za pojedine od njih razrađuje tehnologija njihova postupovna ostvarivanja. U okviru analize tzv. procesne facultatis alternativae preispituje se utemeljenost tzv. klasične, civilističke koncepcije toga instituta te se njegova pravna priroda pokušava objasniti razvijanjem jedne nove, procesualističke koncepcije po kojoj bi procesna facultatis alternativa imala značenje materijalne procesne dispozicije. Istražuju se sadržaj te kategorije alternativne ovlasti, mogućnost povlačenja i preinake izjave o toj ovlasti, učinci njezina ispunjenja tijekom prvostupanjskoga postupka te posljedice neunošenja u izreku presude. S aspekta obiju kategorija alternativne ovlasti obrađuje se problem utjecaja njihova isticanja na određivanje vrijednosti predmeta spora te procesnopravna operacionalizacija toga instituta u ovršnom postupku. Zaključno se konstatira potreba zakonodavne dogradnje procesnopravnoga aspekta ostvarivanja i jedne i druge kategorije instituta.

Ključne riječi: facultas alternativa, pretprocesno i procesno alternativno ovlaštenje, građansko pravo, parnični i ovršni postupak

1. UVOD

Osnove instituta *facultatis alternativae* (alternativne ovlasti; alternativne obveze)² u hrvatskom pravu postavljene su odredbama Zakona o obveznim odnosima³, Zakona o parničnom postupku⁴ i Ovršnoga zakona.⁵⁶

Zakon o obveznim odnosima sadržava najprije opće odredbe o uređenju jednog tipa *facultatis alternativae* koja bi se mogla nazvati pretprocesnom ili materijalnopravnom zato što je tu riječ o alternativnoj ovlasti koja je zasnova-

² O nekim terminološkim problemima u vezi s tim institutom *amplius infra ad 2.*

³ NN 35/05.; ZOO. U ovom radu odredbe pojedinih propisa navodit će se naznakom broja članka, broja stavka odvojenog kosom crtom od broja članka te brojem točke, alineje ili rečenice odvojene točkom od broja članka ili stavka. Nazivi pojedinih propisa bit će u cijelosti citirani kad se na njih bude pozivalo prvi put u tekstu, kojom će prigodom biti definirana i njihova kratica koja će se koristiti u nastavku.

⁴ SL SFRJ 4/77. - 35/91.; NN 26/91., 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05.; ZPP.

⁵ NN 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05.; OZ.

⁶ O nekim posebnim slučajevima *facultatis alternativae* predviđenim drugim zakonima ovdje neće biti govora. U osnovi na te će se slučajeve, *mutatis mutandis*, moći primijeniti rezultati istraživanja uređenja instituta prema ZOO-u, ZPP-u i OZ-u.

na po pravilima materijalnoga prava prije pokretanja sudskoga spora, a koje je bitno obilježje u tome da se dužnik svoje obveze da ispuni jednu činidbu može osloboditi ispunjenjem činidbe koja čini predmet te njegove ovlasti. Prema tim odredbama, naime, dužnik obveza kojeg ima jednu činidbu, ali mu je dopušteno da se oslobodi svoje obveze ispunjenjem neke druge određene činidbe, može se koristiti tom mogućnošću sve dok vjerovnik u ovršnom postupku ne primi potpuno ili djelomično ispunjenje činidbe (38. ZOO). Zbog toga vjerovnik može zahtijevati od dužnika samo dugovanu činidbu, ali ne i drugu činidbu kojom dužnik, ako hoće, može također ispuniti svoju obvezu (39/1. ZOO). Dužnik svoju alternativnu ovlast zadržava i kad dugovana činidba postane nemoguća zbog događaja za koje dužnik odgovara. U tom slučaju vjerovnik može doduše zahtijevati naknadu štete, ali se dužnik može osloboditi obveze da je naknadi ispunjenjem onoga na što je ovlašten umjesto dugovane činidbe (39/2. ZOO).⁷

Zakonom o obveznim odnosima postavljene su, međutim, i osnove za konstrukciju i drugih tipova pretprocesnih, materijalnopравnih alternativnih ovlasti. Kod jednog od tih tipova alternativna se ovlast sastoji u pravu ugovorne strane da poduzimanjem određene radnje izazove prestanak određenog pravnog odnosa. Tako se sporazumom stranaka može ovlastiti jedna ili svaka od njih da odustanu od ugovora davanjem odustatnine (306/1., 307/1. ZOO; v. *amplius infra ad 3.3.*). Ovdje zapravo ovlaštena stranka, koja davanjem odustatnine neposredno izaziva prestanak ugovora, posredno njezinim davanjem kao predmeta alternativne ovlasti nadomještava ispunjenje činidbe koju bi inače bila dužna ispuniti. Kod drugog od tih tipova ugovorna je strana ovlaštena poduzimanjem neke radnje spriječiti prestanak nekog pravnog odnosa. Tako, kad jedna strana traži raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti, ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajuće odredbe ugovora pravično izmijene (369/4. ZOO; v. *amplius infra ad 3.4.*)⁸; zatim, kad jedna ugovorna strana traži poništaj ugovora zbog prekomjernoga oštećenja, druga ga je ugovorna strana ovlaštena održati na snazi ako ponudi dopunu do prave vrijednosti (375. ZOO; v. *amplius infra ad 3.5.*). Premda sve te odredbe uređuju materijalnopравni aspekt instituta, neke od njih, ipak, naznačuju i

⁷ V. *amplius infra ad 3.2.*

⁸ Slično, u slučaju ortaštva, ako se zajednički cilj zbog promijenjenih okolnosti ne bi mogao postići bez povećanja uloga, ortak koji ne pristaje na povećanje može istupiti iz ugovora, odnosno može spriječiti da bude isključen ako pristane na povećanje (640/2.).

način njegove pravozaštitne operacionalizacije, i u tom smislu imaju obilježja (i) pravozaštitnih normi.

Zakon o parničnom postupku sadržava dvije odredbe koje se tiču instituta *facultatis alternativae*. Obje se te odredbe odnose na alternativnu ovlast koja bi se mogla nazvati procesnom zato što se utemeljuje dispozicijom tužitelja u postupku neovisno o sadržaju materijalnopravnoga odnosa među strankama. Ipak, i jedna i druga (posredno) naznačuju, što će se pokušati poslije objasniti, i određene aspekte procesnopravne operacionalizacije i tzv. pretprocesne, materijalnopravne *facultatis alternativae*. Prema prvoj od tih odredaba, ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi navede da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzet će se ta svota (40/1. ZPP). Prema drugoj od njih, ako je tužitelj u tužbi tražio da se tuženiku naloži ispunjenje neke činidbe, a istodobno je u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan umjesto te činidbe primiti neku drugu činidbu, sud će, ako prihvati tužbeni zahtjev, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe ispunjenje koje mu je naloženo ako ispuni tu drugu činidbu (327. ZPP).

Ovršni zakon sadrži dvije odredbe primjenjive općenito na alternativnu ovlast utvrđenu u ovršnoj ispravi, neovisno o načinu njezina utemeljenja, dakle neovisno o tome vuče li svoje porijeklo iz sadržaja materijalnopravnoga odnosa među strankama ili je utemeljena tek dispozicijom tužitelja u tužbi ili naknadno tijekom postupka. Prema prvoj od tih odredbi, ovršenik kojemu je ovršnom ispravom naloženo ispunjenje određene obveze, uz pravo da se od ispunjenja te obveze može osloboditi ispunjenjem neke druge činidbe određene u ovršnoj ispravi, može tu činidbu ispuniti sve dok se ovrhovoditelj makar djelomično ne namiri prisilnim ispunjenjem dužne obveze (32/1. OZ). Prema drugoj, ovrhovoditelj ima pravo na naknadu troškova ovršnoga postupka koji je obustavljen zato što je ovršenik nakon njegova pokretanja umjesto dužne obveze ispunio drugu činidbu određenu u ovršnoj ispravi (32/2. OZ).

U ovom radu instituti pretprocesne (materijalnopravne) i procesne *facultatis alternativae* nastojat će se obraditi s procesnopravnoga aspekta, s aspekta njihove procesne operacionalizacije u parničnom i ovršnom postupku. Pritom će se najprije pokušati odrediti način procesnoga ostvarenja pretprocesne, materijalnopravne alternativne ovlasti, zatim način utemeljenja i procesnopravni tretman procesne alternativne ovlasti u tom postupku, a tek nakon toga pretpostavke, granice i pravne posljedice ovršnopravne realizacije *facultatis alternativae* utvrđene u ovršnoj ispravi.

2. NEKA TERMINOLOŠKA PITANJA

Osnove prvog od *ad* 1. naznačenih tipova pretprocesne *facultatis alternativae* u Zakonu o obveznim odnosima postavljene su odredbama glave IV. (Vrste obveza), odjeljka 2. (Obveze s više činidaba), odsjeka 2. (Fakultativne obveze i fakultativne tražbine), pododsjeka I. (Fakultativne obveze). Pritom se u okviru pododsjeka I. Fakultativne obveze u odredbi članka 38. pod naslovom „Ovlaštenje dužnika“ govori da se dužnik obveza kojeg ima jednu činidbu, ali mu je dopušteno da se oslobodi svoje obveze ispunjenjem neke druge određene činidbe, može koristiti tom mogućnošću sve dok vjerovnik u ovršnom postupku ne primi potpuno ili djelomično ispunjenje činidbe. Terminološka kontradikcija između naslova pododsjeka I. Fakultativne obveze i naslova Ovlaštenje dužnika iznad članka 38. u okviru toga pododsjeka izaziva sumnju u pravilnost označivanja (terminološkoga kvalificiranja) kao fakultativne obveze instituta je bit kojeg je ovlasti dužnika da umjesto onoga što duguje ispuni nešto drugo. Težište je toga instituta na ovlasti dužnika da se svoje obveze, dakle onoga što se jedino može od njega tražiti (*arg. ex* 39/1. ZOO, v. *supra ad* 1.), oslobodi ispunjenjem nečega drugog, što indicira naslov iznad članka 38. ZOO.

Upravo se stoga čini da je naslov Ovlaštenje dužnika iznad odredbe članka 38. ZOO pravilno izabran. U tom je smislu još precizniji naslov Alternativno ovlaštenje ovršenika iznad odredaba članka 32. OZ koje uređuje ovršnopравни aspekt instituta.⁹

⁹ U Zakonu o izvršnom postupku (NN 53/91., 91/92.) umjesto izraza „alternativno ovlaštenje ovršenika“ koristio se izraz „fakultativno ovlaštenje“ dužnika. Već je bilo upozoreno da je uvođenjem toga termina bila učinjena gruba pogriješka ne samo u prevođenju latinskoga uzora *facultas alternativa* već i u indiciranju sadržaja pojma koji se tim izrazom označuje, i to stoga što se riječ fakultativan obično upotrebljava u smislu moguć, neobvezatan, eventualno: ovlašćujući, zbog čega bi izraz „fakultativna ovlast“ značio moguću, neobvezatnu, ovlašćujuću ovlast, što bi bilo na granici tautološkoga nonsensa, umjesto da se latinski uzor *facultas alternativa* prevede kao **alternativna ovlast**. Usp. Dika, u Triva-Belajec-Dika, Sudsko izvršno pravo, Opći dio, 2. izd., 1984., 130; Divković, Latinsko-hrvatski rječnik, 1900. (reprint 1980.), riječ *facultas* u jednom smislu prevodi kao lakoća, mogućnost, sposobnost, prilika, zgoda. Klaić, Rječnik stranih riječi, 1990., 408, riječ fakultativan „prijevodi“ kao „koji se može birati po volji, tj. prema izboru pojedinca; .. neobvezatan“. U austrijskoj se doktrini građanskog procesnog prava za označivanje pojma alternativna ovlast koriste termini istoga značenja: *Lösungsbefugnis*, *Alternative Ermächtigung*, *Ersetzungsbefugnis*.

U ovom će se radu radi označivanja pravnoga instituta (pojma) koji se obrađuje koristiti kao sinonimi izrazi *facultas alternativa* i alternativna ovlast.

3. PRETPROCESNA (MATERIJALNOPRAVNA) *FACULTAS ALTERNATIVA*

3.1. Općenito

Citiranim odredbama članaka 38. i 39. ZOO uređena je situacija u kojoj je dužnik prema sadržaju građanskopravnoga odnosa ovlašten osloboditi se obveze na jednu činidbu ispunjenjem neke druge određene činidbe sve dok vjerovnik u ovršnom postupku ne primi potpuno ili djelomično ispunjenje prve činidbe (38. ZOO, 32/1. OZ), situacija u kojoj je ovlast vjerovnika da traži ispunjenje prve činidbe (39/1. ZOO) zapravo ograničena ovlašću dužnika da umjesto te činidbe ispuni drugu. Tim su odredbama, dakle, obuhvaćeni slučajevi u kojima vjerovnik radi ostvarenja svoga prava na jednu činidbu mora tužiti i tražiti kondemnaciju tuženika na njezino ispunjenje i tek nakon toga ovrhu te kondemnacije, ali u kojima se dužnik može osloboditi obveze da ispuni tu činidbu ispunjenjem određene druge činidbe sve dok u ovršnom postupku vjerovnik kao ovrhovoditelj ne primi makar djelomično ispunjenje prve (dosuđene) činidbe (v. *infra* ad 3.2.). Te se odredbe ne odnose na *supra* ad 1. naznačene slučajeve u kojima jedna ugovorna strana ili obje mogu svojim radnjama izazvati prestanak pravnoga odnosa i tako svoje obveze da ispune određenu činidbu time što će poduzeti određenu pravnu radnju (v. *infra* ad 3.3.), odnosno na slučajeve u kojima se realizacija određenog prava jedne strane u pravnom odnosu da traži njegovu izmjenu ili razrješenje, dakle konstitutivnu zaštitu, može prevenirati određenim radnjama (izjavama, činidbama) protivne strane (v. *infra* ad 3.4.).

Za sve je navedene slučajeve pretprocesnih alternativnih ovlasti bitno da su one utemeljene prije pokretanja postupka ili izravno na zakonu, ili ugovorom stranaka, ili oporukom¹⁰, da, dakle, prema sadržaju materijalnopravnoga odnosa postoje u vrijeme podnošenja tužbe. Upravo se stoga s procesnopravnoga aspekta u vezi s tim alternativnim ovlastima u početku postavlja pitanje trebaju

¹⁰ Usp. Gorenc (Ćesić-Gorenc-Kačer-Momčinović-Pavić-Šerkušić-Pešutić-Slakoper-Vidović-Vukmir), Komentar Zakona o obveznim odnosima, 2005., 78, 79. To će se djelo u nastavku citirati kao Gorenc, uz navođenje broja stranice.

li one naći svoj odgovarajući izraz u konstrukciji tužbenoga zahtjeva, odnosno kakve će biti posljedice propuštanja da se one ugrade na odgovarajući način u taj zahtjev.¹¹

3.2. *Facultas alternativa* da se umjesto dužne činidbe ispuni određena druga činidba

Slučajevi u kojima je vjerovnik prema sadržaju materijalnopravnoga odnosa ovlašten tražiti ispunjenje samo jedne činidbe, ali se dužnik može osloboditi obveze da ispuni tu činidbu ako ispuni određenu drugu sve dok vjerovnik u ovršnom postupku ne primi potpuno ili djelomično ispunjenje prve činidbe (38., 39. ZOO, 32/1. OZ), zapravo su slučajevi u kojima je ovlast vjerovnika da traži ispunjenje prve činidbe ograničena ovlašću dužnika da umjesto te činidbe ispuni drugu.

U tim slučajevima vjerovnik bi, postupajući savjesno u skladu sa sadržajem materijalnopravnoga odnosa, trebao već u tužbi naznačiti da je ovlašten tražiti ispunjenje jedne činidbe, ali da se dužnik te obveze može osloboditi i ispunjenjem neke druge činidbe. On bi, štoviše, već u tužbenom zahtjevu trebao, pored zahtjeva da se tuženik osudi da mu ispuni činidbu koju ima pravo tražiti, statuirati i pravo tuženika da se te svoje obveze može osloboditi ispunjenjem određene druge činidbe. U tom bi slučaju presuda glasila da se tuženik osuđuje na ispunjenje određene činidbe, ali da se svoje obveze da ispuni tu činidbu može osloboditi ispunjenjem određene, u presudi specificirane, druge činidbe sve

¹¹ Hrvatska teorija građanskog procesnog prava nije se bavila problemima procesnopravne operacionalizacije pretprocesne alternativne ovlasti, već samo tzv. procesne *facultatis alternativae* - usp. Triva-Dika, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004., 423, 424. To vrijedi i za doktrinu na bivšem jugoslavenskom pravnom prostoru - usp.: Poznić, Građansko procesno pravo, 15. izd., 1999., 343; UDE, Civilno procesno pravo, 202, 219, ali i za austrijsku: Fasching, Zivilprozeßrecht, Lehr- und Handbuch, 2. izd. 1990., 577; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 5. izd., 2000., 266. Zanimljivo je da se i u nekim komentarima Zakona o obveznim odnosima pretprocesna (građanskopravna) *facultas alternativa* konfundira s procesnom alternativnom ovlašću - usp., npr. Crnić, Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom, 1996., u komentaru članka 409. ZOO iz 1978., preuzet 1991. (NN 53/91.; ZOO 91), koji se u biti sadržajno podudara s odredbom članka 38. ZOO 05, citira judikaturu koja se odnosi na tzv. procesnu alternativnu ovlast prema čl. 327. ZPP. Slično Gorenc, 79.

dok vjerovnik u ovršnom postupku ne primi potpuno ili djelomično ispunjenje prve činidbe; u tom bi slučaju pravo tužitelja da na temelju pravomoćne presude traži ispunjenje dosuđene činidbe bilo tom presudom ograničeno ovlašću tuženika da umjesto nje ispuni u presudi specificiranu drugu činidbu; u tom bi slučaju tužitelj kao ovrhovoditelj bio ovlašten tražiti ovrhu samo radi ispunjenja dosuđene činidbe, ali bi tuženik kao ovršenik mogao umjesto te činidbe ispuniti drugu činidbu utvrđenu u pravomoćnoj presudi kao ovršnoj ispravi sve dok se ovrhovoditelj ne bi makar djelomično namirio prisilnim ispunjenjem dužne činidbe (32/1. OZ).¹²

U Zakonu o obveznim odnosima nije izrijeком riješeno pitanje kako trebaju postupiti stranke i/ili sud kad je tužitelj u gore navedenim slučajevima u tužbi zatražio samo osudu tuženika na ispunjenje činidbe koju je ovlašten tražiti, u kojoj, dakle nije to svoje traženje ograničio ovlašću tuženika da umjesto te činidbe ispuni jednu drugu.

U traganju za odgovorom na to pitanje prethodno treba odgovoriti na pitanje kakav bi učinak imala presuda kojom bi tuženik bio samo osuđen da ispuni dužnu činidbu, dakle presuda u kojoj ne bi izrijeком bilo ustanovljeno i pravo tuženika da do određenog momenta u razvitku ovrhe umjesto te činidbe ispuni neku drugu. Čini se da je odgovor na to pitanje jednoznačan. Ako u presudi ne bude ustanovljeno pravo tuženika da se ispunjenjem neke druge činidbe može osloboditi obveze da ispuni činidbu na ispunjenje koje je osuđen, ta će se presuda moći prisilno ostvariti kao da pravo tužitelja (kao ovrhovoditelja) da traži prisilno ostvarenje činidbe koja mu je dosuđena nije prema sadržaju građanskopravnoga odnosa bilo ograničeno pravom tuženika (kao ovršenika) da umjesto te činidbe ispuni neku drugu. Na takav zaključak upućuje odredba članka 32. stavka 1. OZ po kojoj se ovršenik može poslužiti svojom alternativnom ovlasti samo ako je ona utvrđena u ovršnoj ispravi.

Dakle, budući da mogućnost pozivanja ovršenika na njegovu pretprocesnu alternativnu ovlast ovisi o tome hoće li ona biti utvrđena u presudi kao ovršnoj ispravi, tuženik bi morao moći tijekom parničnoga postupka poduzeti radnje radi operacionalizacije (zaštite) te svoje ovlasti u situaciji u kojoj tužitelj već u tužbi ne bi svoj zahtjev da se tuženik osudi da mu ispuni jednu činidbu ograničio ovlašću tuženika da mu umjesto te činidbe može ispuniti neku drugu. Problem je, međutim, u načinu na koji bi on to mogao učiniti.

¹² Na to da bi vjerovnik kao tužitelj mogao već u tužbenom zahtjevu svoje traženje da sud osudi tuženika na ispunjenje činidbe koju ima pravo tražiti nedvojbeno upućuje već citirana odredba članka 327. ZPP, koja tužitelja na takvu konstrukciju izrijeком ovlašćuje.

Naznačeni bi se problem mogao prevladati (barem) na dva načina. Prvi bi bio da bi sud u povodu prigovora tuženika da tužitelj nema pravo tražiti njegovu osudu onako kako je zatražio, dakle bez statuiranja njegove alternativne ovlasti, tužbeni zahtjev trebao odbiti kao neosnovan. U prilog takve solucije govori analogija s institutom alternativne obveze, pravne situacije u kojoj prema sadržaju građanskopravnoga odnosa dužnik ima pravo izbora između više alternativno dužnih činidbi i u kojoj on to svoje pravo zadržava sve dok se vjerovnik kao ovrhovoditelj makar i djelomično ne namiri u ovršnom postupku pokrenutom radi prisilnoga ostvarenja bilo koje od alternativnih obveza (34/1. ZOO; 31/2. OZ). Naime, ako tužitelj nije već u tužbi alternativno utužio sve dužne činidbe, takav njegov tužbeni zahtjev treba odbiti kao neosnovan jer on ima samo pravo tražiti da tuženik bude osuđen da mu alternativno ispuni sve činidbe koje mu je tako dužan ispuniti prema sadržaju građanskopravnoga odnosa. Ograničavajući svoj tužbeni zahtjev samo na jednu ili samo na neke od više alternativno dužnih činidbi, tužitelj bi arogirao sebi pravo izbora između dužnih činidbi koje nema (*arg. ex* 34. ZOO). Upravo bi stoga njegov tužbeni zahtjev koji ne bi poštovao pravo izbora tuženika bio materijalnopravno neosnovan.¹³

Drugi način na koji bi se naznačeni problem mogao prevladati bio bi da bi sud, analogno kao u povodu prigovora *non adimpleti contractus* kod dvostrano-obveznih ugovora,¹⁴ u povodu prigovora tuženika da mu u tužbi nije osigurano ostvarenje njegove alternativne ovlasti, u izreci presude, osuđujući tuženika na

¹³ U tom smislu Triva-Dika, 423, konstatirajući dužnost da se u tužbenom zahtjevu navedu alternativno sve mogućnosti ispunjenja na koje će sud osuditi tuženika ako nađe da je zahtjev osnovan, ali ne naznačujući eksplicitno da sud treba odbiti tuženi zahtjev u kojem sve alternativne mogućnosti ne bi bile navedene. Poznić, 342, 343, i Ude, 219, također se ne izjašnjavaju kakvu bi odluku sud trebao donijeti ako bi utvrdio da tužitelj u svojoj tužbi nije alternativno obuhvatio sve mogućnosti ispunjenja između kojih tuženik ima pravo izabrati jednu. Fasching, 576, ističe da je pravo izbora bitan element tužbenoga zahtjeva (*Essentiale des Anspruchs*) kod kojega se alternativne činidbe izvode iz iste činjenične osnove i da stoga tužbeni zahtjev treba odbiti ako je pravo izbora uskraćeno. Zahtjevom kojim bi se tražila dosuda samo jedne od mogućnosti čak i kad bi bio osnovan tražilo bi se *aliud*, a ne *minus* od onoga na što tužitelj ima pravo.

¹⁴ U dvostranoobveznim ugovorima nijedna strana nije dužna ispuniti svoju obvezu ako druga strana ne ispuni ili nije spremna istodobno ispuniti svoju obvezu, osim ako je što drugo ugovoreno ili zakonom određeno, ili ako što drugo ne proistječe iz naravi posla (358/1. ZOO). Ali ako u sudskom postupku jedna strana istakne da nije dužna ispuniti svoju obvezu dok i druga strana ne ispuni svoju, sud će joj narediti da ispuni svoju obvezu kad i druga strana ispuni svoju (358/2. ZOO).

ispunjenje dužne činidbe, statuirao i tu njegovu ovlast, dakle ograničio pravo tužitelja da traži ostvarenje dužne činidbe pravom tuženika da umjesto nje ispuni drugu.

Čini se da bi prirodi alternativne ovlasti više odgovarala prva navedena solucija, i to stoga što institut *facultatis alternativae* u slučajevima o kojima je ovdje riječ ima više podudarnosti s institutom alternativne obveze nego s obvezom ispunjenja koje je uvjetovano istodobnim ispunjenjem protučinidbe. Kod dvostranoobveznih ugovora tužitelj podnosi tužbu kojom utužuje ono na što ima pravo, a tuženik može tražiti da se ispunjenje onoga na što tužitelj ima pravo uvjetuje istodobnim ispunjenjem određene činidbe od strane tužitelja. Ako tuženik ne istakne taj prigovor, sud će osuditi tuženika na ispunjenje dužne činidbe, ali tuženik neće izgubiti pravo da odvojeno tuži tužitelja da mu ispuni dužnu činidbu. Kod alternativne je ovlasti problem u tome što je tužitelj koji tom ovlašću nije ograničio svoje traženje na osudu zapravo utužio nešto na što nema pravo. Tražeći da tuženik bude osuđen da mu ispuni činidbu ispunjenje koje ima pravo tražiti, ali propustivši pritom statuirati i alternativnu ovlast tuženika kojim je to njegovo pravo ograničeno, tužitelj bi zapravo pokušao ostvariti pravo koje mu onako kako ga je prezentirao ne pripada. I zato je njegov tako postavljeni zahtjev, analogno kao kod alternativne obveze, neosnovan.

S propuštanjem tužitelja da već u tužbenom zahtjevu statuirao u korist tuženika njegovu alternativnu ovlast treba izjednačiti slučaj u kojem je tužitelj u korist tuženika statuirao alternativnu ovlast koja se kvalitativno i/ili kvantitativno ne podudara s onom koja tuženiku pripada prema sadržaju građanskopravnoga odnosa.

Ono što je rečeno za slučajeve u kojima bi tužitelj podnio kondemnatornu tužbu trebalo bi *mutatis mutandis* vrijediti i za slučajeve u kojima bi podnio deklaratornu tužbu u kojoj bi tražio utvrđenje postojanja svoje tražbine neograničene alternativnom ovlašću tuženika. Takav bi tužbeni zahtjev, naime, trebalo odbiti zato što bi, ako bi pravomoćno bila utvrđena tražbina tužitelja neograničena alternativnom ovlašću tužitelja, tuženik izgubio pravo da se na tu ovlast poslije poziva u eventualnoj naknadnoj kondemnatornoj parnici.

3.3. *Facultas alternativa* da se davanjem odustatnine odustane od ugovora

Sporazumom ugovornih strana može se ovlastiti jedna ili svaka strana da odustanu od ugovora davanjem odustatnine (306/1. ZOO). Kad strana u korist

koje je ugovorena odustatnina izjavi drugoj strani da će dati odustatninu, ona više ne može zahtijevati ispunjenje ugovora (306/2. ZOO). Strana ovlaštena odustati dužna je dati odustatninu istodobno s izjavom o odustajanju (306/3. ZOO). Ako ugovaratelji nisu odredili rok do kojega ovlaštena strana može odustati od ugovora, ona to može učiniti sve dok ne protekne rok određen za ispunjenje njezine obveze (306/4. ZOO). To pravo odustajanja od ugovora prestaje i kad strana u korist koje je ugovoreno počne ispunjavati svoje obveze iz toga ugovora ili primati ispunjenje od druge strane (306/5. ZOO). Kad je uz kaparu ugovoreno pravo da se odustane od ugovora, kapara se smatra odustatninom i svaka strana može odustati od ugovora (307. ZOO). U tom slučaju ako odustane strana koja je dala kaparu, gubi je, a ako odustane strana koja je kaparu primila, vraća je u dvostrukom iznosu (307/2. ZOO).

Iz navedenih odredaba o odustatnini (i kapari) proizlazi da se prema redovitom tijeku stvari ugovorna strana koja je ovlaštena davanjem odustatnine odustati od ugovora može poslužiti to svojom alternativnom ovlašću do dospelosti njezine obveze iz ugovora (306/4. ZOO). Stoga, ako druga ugovorna strana utuži svoju tražbinu na koju ima pravo prema ugovoru prije njezine dospelosti, strana koja je bila ovlaštena od njega odustati davanjem odustatnine moći će tijekom prvostupanjskoga postupka do zaključenja glavne rasprave dok ta tražbina ne dospije izjaviti da će dati odustatninu i dati je (*arg. ex 306/2.*, 3. ZOO), i tako izazvati prestanak ugovora, pa time i utužene tražbine. U takvoj bi situaciji kondemnatorni tužbeni zahtjev trebalo odbiti kao neosnovan.

U slučaju u kojem bi prema ugovoru pravo na odustanak davanjem odustatnine postojalo i nakon dospelosti obveze, npr. sve dok ugovorne strane ne započnu s ispunjavanjem ugovora, odnosno s primanjem ispunjenja, tužbeni zahtjev u kojem tužitelj svoje traženje da sud osudi tuženika da mu ispuni činidbu koju duguje prema ugovoru ne bi ograničio pravom tuženika da davanjem odustatnine odustane od ugovora i time izazove prestanak utužene tražbine, trebalo bi odbiti iz analognih razloga kao u slučajevima obrađenim *ad 3.2.* Neovisno o tome, ako bi tijekom prvostupanjskoga postupka tuženik prije isteka roka do kojega se može poslužiti pravom da odustane od ugovora izjavio da od njega odustaje i dao odustatninu, kondemnatorni bi tuženi zahtjev trebalo odbiti zato što bi zbog toga utužena tražbina prestala postojati zbog čega bi taj zahtjev postao neosnovan.

U slučaju u kojem bi tužitelj podnio kondemnatornu tužbu prije dospelosti utužene tražbine pozivajući se na to da tuženik ozbiljno dovodi u pitanje postojanje takve tražbine, ili da će je sudskim putem morati ostvarivati nakon

dospjelosti, ili da iz drugih razloga ima za to pravni interes. (186.c ZPP), tužbeni bi zahtjev trebalo odbiti kao neosnovan ako tužitelj u njemu ne bi svoje traženje osude na ispunjenje određene činidbe ograničio pravom tuženika da od ugovora odustane i time izazove prestanak utužene tražbine. Neovisno o tome, tužbeni bi zahtjev, svakako, trebalo odbiti i ako bi tijekom prvostupanjskoga postupka prije dospelosti njegove obveze tuženik izjavio da odustaje od ugovora i dao odustatninu - iz analognih razloga kao u slučajevima *ad* 3.2.

Ako bi tužitelj podnio deklaratornu tužbu kojom bi tražio samo utvrđenje svoje tražbine neograničene pravom tuženika da davanjem odustatnine odustane od ugovora i tako izazove prestanak utužene tražbine, tužbeni bi zahtjev trebalo odbiti kao neosnovan iz analognih razloga kao u slučajevima *ad* 3.2.

3.4. *Facultas alternativa* u slučaju promijenjenih okolnosti

Ako bi zbog izvanrednih okolnosti nastalih nakon sklapanja ugovora, koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo pretjerano otežano ili bi joj nanijelo pretjerano velik gubitak, ona može (u pravilu) zahtijevati da se ugovor izmijeni ili čak i raskine (369/1. - 3. ZOO). Ipak, kad jedna strana zahtijeva raskid ugovora, ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajuće odredbe ugovora pravično izmijene (369/4. ZOO). Pri odlučivanju o izmjeni ugovora odnosno o njegovu raskidu, sud je dužan rukovoditi se načelom savjesnosti i poštenja, vodeći računa osobito o svrsi ugovora, o podjeli rizika koja proizlazi iz ugovora ili zakona, o trajanju i djelovanju izvanrednih okolnosti te o interesima obiju strana (371. ZOO).

Iz navedenih odredaba o pravima ugovorne strane za koju je zbog promijenjenih okolnosti ispunjenje obveze postalo pretjerano otežano ili bi joj nanijelo pretjerani gubitak proizlazi da ta strana može tražiti od suda ili (1) da se ugovor izmijeni ili (2) da se raskine.

Ako bi zatražila da se izmijeni, tada bi, prema općem pravilu da u tužbi treba biti postavljen određeni tužbeni zahtjev (186/1. ZPP), u tužbi morala postaviti određeni konstitutivni zahtjev o tome u kojem bi se smislu ugovorne obveze trebale izmijeniti, što znači da bi sud, ako bi našao da zatražena varijanta izmjena nije adekvatna, taj zahtjev trebao odbiti. Ta bi se stranka, eventualno, mogla poslužiti institutom supsidijarne alternacije tužbenih zahtjeva tako što

bi primarno zatražila prihvaćanje jedne varijante izmjena, a podredno druge (188/2., 3. ZPP).¹⁵

Ako bi promijenjenim okolnostima pogođena stranka zatražila raskid ugovora, protivna stranka mogla bi se braniti tako što bi tvrdila da zahtjev nije osnovan jer nema razloga za raskid, ili tako što bi se poslužila svojom alternativnom ovlašću i ponudila ili pristala na to da se odgovarajuće odredbe ugovora pravično izmijene. Pritom u citiranim odredbama nije jasno rečeno kako bi protivna stranka trebala instruirati tu svoju ponudu ili pristanak, što bi u povodu takve ponude ili pristanka tužitelj trebao učiniti odnosno kako bi sud trebao postupiti.

Što se tiče ponude tuženika, pitanje je bi li ona morala biti određena (specificirana) u smislu da bi se u njoj moralo određeno naznačiti u kojem bi smislu odgovarajuće odredbe trebalo pravično izmijeniti ili bi bilo dovoljno da se to općenito predloži i odluka prepusti sudu. Ako bi se zauzelo stajalište da bi ponuda trebala biti određena i ako bi tuženik podnio takvu ponudu, tužitelj bi mogao ustvrditi da njezinim prihvaćanjem ne bi došlo do pravične izmjene ugovora i inzistirati na raskidu, ili bi ponudu mogao prihvatiti, o čemu bi se eventualno sklopila sudska nagodba. Ako bi tužitelj unatoč tome što je tuženik dao specificiranu ponudu, inzistirao na raskidu i ako bi sud ocijenio da je ponuđena pravična izmjena ugovora, bio bi dužan odbiti raskidni tuženi zahtjev. Ako bi se zauzelo stajalište da bi bilo dovoljno da tuženik općenito, nespecificirano ponudi pravičnu izmjenu ugovora i ako bi on tako postupio, tužitelj bi, ako ne bi htio da se odbije njegov zahtjev za raskid ugovora, morao preinačiti svoj tužbeni zahtjev i zatražiti izmjenu ugovora za koju bi smatrao da bi bila pravična, eventualno istaknuti u supsidijaritetu više takvih zahtjeva s različitim varijantama izmjena. On ne bi mogao jednostavno predložiti da sud sam svojom odlukom pravično izmijeni ugovor, premda bi to odgovaralo prirodi spornoga odnosa, već bi, u skladu s općim pravilom da u tužbi treba biti postavljen određeni tužbeni zahtjev (186/1. ZPP), morao takav zahtjev ili (u supsidijaritetu) takve zahtjeve postaviti.

Čini se da bi prirodi spornoga odnosa više odgovarala prva solucija po kojoj bi tuženik trebao dati određenu ponudu, o ocjeni pravičnosti koje bi u nastavku ovisilo hoće li sud prihvatiti zahtjev za raskid ako bi tužitelj na tome inzistirao.

¹⁵ Prema odredbi članka 188. stavka 2. ZPP, tužitelj može dva tužbena zahtjeva ili više njih u međusobnoj vezi istaknuti u jednoj tužbi i tako da sud sljedeći od tih zahtjeva prihvati ako nađe da onaj koji je prije njega istaknut nije osnovan.

Ako bi tuženik prihvatio ponudu, spor bi time (u materijalnopravnom smislu) bio okončan bez potrebe donošenja sudske odluke.¹⁶ U prilog tome, iako ipak ne do kraja jasno, govori i stilizacija odredbe članka 369. stavka 4. ZOO, po kojoj protivnik može spriječiti raskid ako ponudi ili pristane da se **odgovarajuće** odredbe ugovora pravično izmijene. Njegova se ponuda mora, dakle, ticati odgovarajućih odredaba, treba uzeti onih zbog kojih je raskid zatražen. Ostaje, ipak, nejasno bi li njegova ponuda glede pravičnosti izmjene trebala biti određena ili općenita. Međutim, ako se ponuda tuženika u razmatranom slučaju shvati kao prijedlog za izmjenu određenih ugovornih stipulacija, dakle ako bi se na nju *mutatis mutandis* primijenila opća pravila po kojima ponuda treba biti takva da bi je druga strana mogla prihvatiti davanjem izjave da je prihvaća (*arg. ex 253., 262. ZOO*), ona bi i u tom slučaju trebala biti određena. Protiv druge solucije govorila bi i okolnost da bi po njoj tužitelj bio doveden u vrlo težak položaj da preuzme rizik hoće li sud tužbeni zahtjev ili (u supsidijaritetu) tužbene zahtjeve kojima bi tražio pravičnu izmjenu ugovora ocijeniti kao onaj ili kao one kojima se takva izmjena zaista i traži. Naime, ako bi sud ocijenio da izmjene koje se traže postavljenim konstitutivnim zahtjevom ili zahtjevima nisu pravične, trebao bi ga odnosno trebao bi ih odbiti - pravičnost zatraženih izmjena bila bi pretpostavka o kojoj bi ovisila njegova odnosno njihova osnovanost.

Kad je u pitanju pristanak tuženika, budući da se pristati može na odgovarajuću ponudu tužitelja, treba uzeti da bi se manifestacijom pristanka spor u materijalnopravnom smislu okončavao i da bi trebalo samo riješiti sudbinu postavljenoga zahtjeva za raskid. Idealno bi bilo kad bi stranke u takvom slučaju sklopile nagodbu. Inače bi do okončanja postupka moglo doći ili povlačenjem tužbe ili odricanjem od tužbenog zahtjeva.

De lege ferenda, ali čak i *de lege lata*, ako sudska praksa pokaže spremnost za kreativni iskorak u tom smjeru, rješenje problema moglo bi biti u tome da se sudu prizna ovlast da sam preuredi odnos među strankama kad to zahtijevaju promijenjene okolnosti, svakako ako to od njega zatraži tužitelj. Tužitelj bi, dakle, trebao moći ili zatražiti od suda da zbog promijenjenih okolnosti svojom odlukom pravično preuredi ugovorni odnos, ili, ako bi zatražio raskid, nakon

¹⁶ Da bi u takvom slučaju spor bio i u procesnopravnom smislu okončan, da bi se, dakle, parnica dovršila, stranke bi mogle sklopiti sudsku nagodbu, što bi zapravo bilo idealno rješenje. Inače bi do dovršetka postupka moglo doći ili povlačenjem tužbe ili odricanjem od tužbenoga zahtjeva.

što bi tuženik iskoristio svoju alternativnu ovlast da to predloži, preinačiti svoj zahtjev za raskid u zahtjev sudu da svojom odlukom pravično uredi taj odnos. Time bi bila inaugurirana regulacijska funkcija suda, dakle funkcija koja se ne bi svodila samo na odlučivanje o osnovanosti zahtjeva.¹⁷ Time bi bile izbjegnute situacije u kojima bi sud morao odbijati tužbene zahtjeve zato što bi ocijenio da predložene izmjene nisu pravične.

3.5. *Facultas alternativa* u slučaju prekomjernoga oštećenja

Supra ad 3.2. bilo je govora o slučaju u kojem je tužitelj prema sadržaju građanskopravnoga odnosa imao pravo tražiti ispunjenje jedne činidbe, ograničeno pravom tuženika da umjesto te činidbe do određenog stadija u ovršnom postupku ispuni jednu drugu (*arg. ex* 38. ZOO). Bilo je riječi o slučaju prave alternativne ovlasti kod koje je pravo tužitelja sadržajno ograničeno pravom tuženika, pri čemu tužitelj može svoje pravo ostvariti samo ako osigura ostvarenje prava tuženika. Ograničenje prava tužitelja pravom tuženika konstitutivni je element prava tužitelja.

Postoje, međutim, slučajevi, pored onih navedenih *ad* 3.3., u kojima prema sadržaju građanskopravnoga odnosa jedna od stranaka ima pravo tražiti poništaj toga odnosa, koji je druga ipak ovlaštena održati na snazi ako poduzme određenu radnju. Tako, ako je između činidaba ugovornih strana u dvostrano-obveznom (naplatnom) ugovoru postojao u vrijeme sklapanja ugovora očiti nerazmjer, oštećena strana može (u pravilu) zahtijevati poništaj ugovora ako za pravu vrijednost tada nije znala niti je morala znati (375/1. ZOO).¹⁸ Ugovor će, ipak, ostati na snazi ako druga strana ponudi dopunu do prave vrijednosti (375/4. ZOO).

U slučaju prekomjernoga oštećenja tužitelj bi u tužbi tražio samo poništaj ugovora, pri čemu njegovo pravo da traži poništaj ne bi ovisilo o tome hoće

¹⁷ Budući da se u ZOO-u ali i u drugim zakonima sve češće predviđaju situacije u kojima bi sud na zahtjev stranaka nešto trebao odmjeriti, urediti, nadomjestiti izostalu suglasnost stranaka, itd., kojima se, dakle, sudu daju regulatorne ovlasti, možda bi trebalo posebno urediti postupanje suda u takvim slučajevima dopuštajući, s jedne strane, strankama da sudu predlože da sam traga za odgovarajućim rješenjem (uz eventualne sugestije glede toga) umjesto da same glede njih postavljaju određene zahtjeve i, s druge strane, ovlastiti sud da tako postupi.

¹⁸ Usp. Gorenc, 572-575.

li tuženiku ponuditi dopunu do prave vrijednosti - na to upućuje citirana odredba članka 375. stavka 1. ZOO po kojoj o dispoziciji tuženika ovisi hoće li se okoristiti ovlašću da, ponudivši dopunu do prave vrijednosti, spriječi poništaj ugovora. Ta bi dispozicija tuženika po prirodi stvari morala uslijediti prije nego što se ostvare procesni uvjeti za donošenje konstitutivne odluke o poništaju ugovora. Naime, učinak konstitutivne presude nije moguće uvjetovati alternativnom ovlašću tuženika nakon njezina donošenja naknadnim izborom tuženika, a osobito ne nakon njezine pravomoćnosti. Konstitutivne odluke ne ostvaruju se prisilno, zbog čega ne bi bilo moguće tuženiku osigurati mogućnost da se svojom ovlašću okoristi tijekom ovršnoga postupka kao kod „redovite“ *facultatis alternativae* (v. *supra ad* 3.2.). One svoje preobražajne učinke proizvode *ex lege* svojom pravomoćnošću.¹⁹ Stoga se tuženiku mora omogućiti da se svojom alternativnom ovlašću okoristi tijekom prvostupanjskoga postupka do momenta do kojega može tijekom toga postupka iznositi nove činjenice i iznositi materijalnopravne prigovore.

Treba uzeti da bi moment do kojega bi tuženik kao druga strana u građanskopravnom odnosu svoju alternativnu ovlast da ugovor održi na snazi ponudivši dopunu do prave vrijednosti mogao iskoristiti bio moment zaključenja glavne rasprave u prvostupanjskom postupku. Sud, naime, sudi s obzirom na činjenično stanje koje je do tada nastalo jer stranke do toga momenta mogu tijekom prvostupanjskoga postupka iznositi nove činjenice i nove dokaze (299. ZPP²⁰). Stoga prigodom donošenja konstitutivne odluke sud nema procesnih mogućnosti uzeti u obzir činjenice koje bi nastale nakon zaključenja glavne rasprave (*arg. ex* 304. ZPP²¹). Budući da se u žalbi ne smiju iznositi nove činjenice niti isticati materijalnopravni prigovori o kojima prvostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti (352.), ponuda tuženika o dopuni do prave vrijednosti ne bi se mogla prvi put iznijeti tek u žalbi.

Ni Zakon o obveznim odnosima a ni Zakon o parničnom postupku ne daju, međutim, određen odgovor na pitanje kako bi tužitelj trebao operacionalizirati svoje pravo da ponudi dopunu do pune vrijednosti. Nije, naime, jasno bi li ta ponuda nužno morala biti bezuvjetna i određena. Bezuvjetna u smislu da bi

¹⁹ Triva-Dika, GPPP, 587.

²⁰ Prema odredbi članka 299. stavka 2. ZPP, stranke mogu tijekom glavne rasprave iznositi nove činjenice i nove dokaze, dakle do njezina zaključenja.

²¹ Prema odredbi članka 304. ZPP, kad sudac pojedinac ili vijeće zaključi da je predmet raspravljen tako da se može donijeti odluka, priopćit će da je glavna rasprava zaključena.

tuženik morao bezuvjetno priznati da je došlo do prekomjernoga oštećenja, određena u smislu da bi njegova ponuda morala biti (kvalitativno i) kvantitativno određena u pogledu onoga što smatra dopunom do prave vrijednosti. Ili bi mogla biti uvjetna u smislu da bi tuženik svoju ponudu dopune do prave vrijednosti mogao uvjetovati prejudicijalnim utvrđenjem da je došlo do prekomjernoga oštećenja odnosno neodređena u smislu da bi tuženik ponudio dopunu do prave vrijednosti prema odluci suda.²²

Tuženik bi, svakako, neovisno o stajalištu koje bi se zauzelo o tome kakva bi smjela biti ponuda, svoju ponudu mogao podnijeti bezuvjetno te je (kvalitativno i) kvantitativno odrediti, npr. naznačivši iznos za koji smatra da odgovara dopuni do prave vrijednosti i koji je spreman bezuvjetno platiti. Ako tužitelj tu ponudu ne bi prihvatio, postupak bi se u povodu zahtjeva za poništaj nastavio radi provjere odgovara li ponuđena dopuna pravoj vrijednosti. Ako bi se tijekom postupka utvrdilo da ne odgovara, pokazalo bi se da je konstitutivni zahtjev osnovan i sud bi poništio ugovor. Ako bi se utvrdilo da ponuđena dopuna odgovara pravoj vrijednosti, konstitutivni bi zahtjev trebalo odbiti jer bi pravo tužitelja da traži poništaj ugovora prestalo podnošenjem takve ponude.

Ako bi se zauzelo stajalište da ponuda treba biti bezuvjetna i određena, sud bi, ako podnesena ponuda ne bi bila prihvaćena, trebao, da bi mogao odlučiti o osnovanosti konstitutivnoga zahtjeva, provjeriti prejudicijalno odgovara li dopuni do prave vrijednosti. Ako bi utvrdio da odgovara, taj bi zahtjev odbio, a ako bi utvrdio da ne odgovara, trebao bi ga prihvatiti.

Ako bi se prihvatilo stajalište da ponuda može biti uvjetna i neodređena, sud bi morao odbiti konstitutivni tužbeni zahtjev ako bi tužitelj na njemu ustrajao, jer nakon podnošenja takve ponude tužitelj više ne bi bio ovlašten tražiti poništaj.

Nakon što bi tuženik podnio uvjetnu i neodređenu ponudu, tužitelj bi mogao preinačiti svoj tužbeni zahtjev tražeći da tuženik bude osuđen na činidbu koja bi imala značenje dopune do prave vrijednosti. Treba uzeti da bi tužitelj, preinačivši u tom smislu svoj tužbeni zahtjev, prihvatio uvjetnu i neodređenu ponudu tuženika da mu ispuni činidbu kojom bi svoju obvezu dopunio do prave vrijednosti. Time bi došlo do svojevrstne novacije pravnoga odnosa, novacije koja bi se očitovala u zamjeni (putativnoga) prava na traženje poništaja (putativnim) pravom na ispunjenje činidbe. Rješenje spora u povodu novoga kondemnator-

²² Svakako bi bile moguće i podvarijante izloženih dvaju stajališta s njihovim eventualnim kombinacijama.

noga zahtjeva ovisilo bi o utvrđenju suda je li došlo do prekomjernoga oštećenja i odgovara li zatraženi iznos dopuni do prave vrijednosti ili je premašuje.

Čini se da bi prirodi stvari više odgovarala solucija po kojoj bi druga strana (tuženik) podnošenjem uvjetne i neodređene ponude mogla spriječiti poništaj ugovora.²³ S jedne strane, ona odgovara u odredbama o prekomjernom oštećenju impliciranom zakonskom stajalištu da se ugovor, ako je to moguće i opravdano, održi na snazi. S druge strane, ona omogućuje tuženiku koji osporava da je došlo do prekomjernoga oštećenja da ugovor održi na snazi i u slučaju da se ono utvrdi, ali i to da dovede u pitanje primjerenost onoga što kao dopunu do pune vrijednosti traži tužitelj. S treće strane, ona tužitelju kojem tuženik ne bi ispunio ono na što je osuđen ne oduzima svaku mogućnost da ishodi prestanak ugovora - on bi ga zbog toga mogao raskinuti.²⁴ Pri svemu tome bi utvrđenja na kojima bi se temeljio zaključak o postojanju prekomjernoga oštećenja i uvjeta za poništaj koincidirala s utvrđenjima na temelju kojih bi sud mogao prihvatiti kondemnatorni zahtjev protiv tuženika za dopunu do pune vrijednosti.

4. PROCESNA FACULTAS ALTERNATIVA

4.1. Općenito

Osnove tzv. procesne *facultatis alternativae* postavljene su, kao što ne već reče-no, u odredbi čl. 327. ZPP, po kojoj, ako je tužitelj u tužbi tražio da se tuženiku

²³ U dvjema rješidbama Vrhovni je sud Hrvatske zauzeo stajalište (utemeljeno na odgovarajućim odredbama iz ZOO 91) da se u slučaju u kojem je druga strana ponudila dopunu do prave vrijednosti u parnici ne može osnovano ustrajati na zahtjevu za poništaj ugovora, već su time ispunjene pretpostavke za preinaku tužbe postavljanjem zahtjeva da se tuženik osudi na isplatu novčane svote u visini razlike između ugovorene cijene i prave vrijednosti (VSH: Rev-1809/90 od 16.4.1991. - Izbor 93/90.; Rev-234/89 od 8.1.1991.). Ako druga strana ne isplati novčanu svotu na koju je obvezana presudom, bile bi, prema shvaćanju Vrhovnoga suda, ispunjene pretpostavke za raskid ugovora zbog neispunjenja (Rev-234/89 od 8.1.1991.). Iz tih bi se presuda, iako one glede toga nisu do kraja jasno dorečene, moglo nazrijeti da je ta pravosudna instancija sklona stajalištu da bi nakon podnošenja (uvjetne i/ili samo neodređene) ponude tužitelj trebao preinačiti tužbu i postaviti zahtjev za osudu tuženika na činidbu kojom bi se ostvarila dopuna do pune vrijednosti, odluka koja bi ovisila o utvrđenju je li uopće došlo do prekomjernoga oštećenja te, ako bi se utvrdilo da je do njega došlo, koliko bi iznosila puna vrijednost te s time u vezi kolika bi trebala biti dopuna.

²⁴ V. prethodnu bilješku.

naloži ispunjenje neke činidbe, a istodobno je u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan umjesto te činidbe primiti neku drugu činidbu, sud će, ako prihvati tužbeni zahtjev, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe ispunjenje koje mu je naloženo ako ispuni tu drugu činidbu.²⁵

Citiranom se odredbom ovlašćuje tužitelj da već u tužbi ili poslije tijekom postupka do zaključenja glavne rasprave, neovisno o sadržaju materijalnopravnoga odnosa, svojom dispozicijom kreira za tuženika alternativnu ovlast da se svoje obveze da ispuni činidbu ispunjenje koje je tužitelj utužio, jer je na to (po svom mišljenju) bio ovlašten prema sadržaju materijalnopravnoga odnosa, oslobodi i nakon prihvaćanja takvoga njegovoga traženja ako ispuni određenu drugu činidbu. Specifičnost bi, dakle, tako kreirane alternativne ovlasti bila u tome što bi se ona utemeljivala dispozicijom tužitelja neovisno o sadržaju materijalnopravnoga odnosa među strankama.

Citirana odredba nameće potrebu da se u razradi instituta koji je njome impostiran odgovori na pitanja o pravnoj prirodi dispozicije tužitelja kojom se utemeljuje procesna *facultas alternativa*, o određenosti te alternativne ovlasti, o njezinoj ekvivalentnosti utuženoj činidbi, o vremenu tijekom kojega se ta dispozicija može poduzeti, o mogućnosti njezina opoziva i preinake, o vremenu do kojega se i kako tuženik može okoristiti svojom alternativnom ovlašću.

4.2. Pravna priroda procesne *facultatis alternativae*

4.2.1. Uvodne napomene

U domaćoj teoriji parničnoga procesnoga prava o pravnoj se prirodi procesne *facultatis alternativae* zastupa stajalište da je to institut građanskoga, materijalnoga prava²⁶, stajalište koje bi se zbog toga moglo nazvati civilističkom

²⁵ Prije Novele ZPP-a iz 2003. (NN 117/03.; Novela 2003.) odredba je članka 327. glasila: „Ako je tužitelj u tužbi tražio da mu se dosudi stanovita stvar, a istovremeno je u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan umjesto stvari primiti određenu novčanu svotu, sud će, ako prihvati tužbeni zahtjev, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi davanja stvari ako plati tu novčanu svotu“. Ta se odredba u biti sadržajno podudarala s odredbom članka 316. ZPP 56, s odredbom § 506. Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama, ali i s § 410. austrijskoga Zivilprozeßordnunga iz 1895.

²⁶ Tako Triva, u Triva-Dika, GPPP, 423, 424, zastupa stajalište, zauzeto već u prvom izdanju toga sustava iz 1965. (v. bilj. 27), kojega je bio jedini autor, da alternativna

koncepcijom o pravnoj prirodi toga instituta. Ta se koncepcija u biti podudara s koncepcijom instituta koja se zastupa i u austrijskoj doktrini.²⁷ Domaća se judikatura, izgleda, o tome nije posebno izjašnjavala.

Čini se, međutim, da bi zakonske odredbe sadržane u Zakonu o parničnom postupku koje se odnose na procesnu *facultatem alternativam*, kao i uopće na impostaciju toga instituta u strukturi parničnog procesnog prava, dopuštale i drukčije određenje pravne prirode instituta, određenje koje bi se, uvjetno rečeno, moglo nazvati procesualističkim.

4.2.2. Civilistička koncepcija

Civilistička koncepcija o pravnoj prirodi procesne *facultatis alternativae* shvaća taj institut kao institut građanskoga prava. Po toj koncepciji izjava o *facultati alternativae* predstavlja građanskopravnu ponudu tužitelja tuženiku tijekom postupka koju sud unosi u izreku presude kojom prihvaća kondemnatorni tužbeni zahtjev. O alternativnoj mogućnosti (ovlasti) sud ne može meritorno raspravljati niti meritorno odlučivati, pa ni ulaziti u adekvatnost visine iznosa koji tužitelj traži umjesto dužne činidbe. Objektivna je kumulacija ovdje prividna.²⁸ Uloga se suda svodi na prenošenje ponude tužitelja tuženiku - u krajnjoj liniji sud to čini unošenjem ponude tužitelja u izreku presude. Tužitelj može svoju ponudu opozvati sve do trenutka dok je tuženik u postupku koji je u tijeku na odgovarajući način ne prihvati, pa i nakon što je unesena u izreku presude. Tuženik stječe pravo da činidbu iz *facultatis alternativae* ispuni od tre-

mogućnost oslobođenja od obveze koju tužitelj ističe u tužbi nije tužbeni zahtjev, već **građanskopravna ponuda**, podvrgnuta pravilima građanskoga prava. Sud može tuženika osuditi samo na ispunjenje činidbe na koju je obvezan prema sadržaju građanskopravnoga odnosa. Premda se ponuda, po slovu zakona unosi u izreku presude, ona time ne gubi svoj građanskopravni značaj. Procesna pravila o pravomoćnosti na nju se ne odnose. Slično stajalište zastupaju i drugi autori na bivšem jugoslavenskom prostoru, polazeći u osnovi od istoga zakonskoga predloška. Tako Poznić, 343, kaže da izjava tužitelja „ima prirodu jedne materijalnopravne jednostrane izjave volje, za čije dejstvo je dovoljno da bude stavljena do znanja tuženom. Plaćanje novčanog iznosa u takvom slučaju je jedno ovlašćenje tuženog, koje nema značaj tužbenog zahteva, te se o njemu ne može raspravljati (*facultas alternativa solutionis*)“. Slično Juhart, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, 1962., 273.

²⁷ Usp. Fasching, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, III. Bd., 1966., 678-680.

²⁸ Triva, Građansko procesno pravo, I., 1965., 340.

nutka kad je o ponudi tužitelja obaviješten, nakon čega se s uspjehom može suprotstaviti osnovnom tužbenom zahtjevu tužitelja u parnici u tijeku i tražiti da se on kao neosnovan odbije. Iako se *facultas alternativa* unosi u dispozitiv presude, ona nema značaj njegova sastavnoga dijela niti se na nju protežu učinci pravomoćnosti. I izrekom se presude samo prenosi ponuda tužitelja tuženiku. Ako bi sud propustio *facultatem alternativam* staviti u izreku presude, mogao bi običnim pismom o tome obavijestiti tuženika.²⁹

4.2.3. Procesualistička koncepcija

Prema procesualističkoj koncepciji, koja će se ovdje pokušati prezentirati, procesna je *facultas alternativa* institut procesnoga prava. Izjava tužitelja kojom on kreira alternativna ovlast za tuženika jest njegova specifična materijalna dispozitivna parnična radnja³⁰ kojom se utječe na sadržaj i sudbinu tužbenoga zahtjeva, kojom se stoga determinira sadržaj meritornoga okončanja spora. Tom izjavom alternativna ovlast na koju se ona odnosi postaje sastavni dio tužbenoga zahtjeva i kao takvo će biti obuhvaćeno pravomoćnošću presude kojom se o njemu odlučuje. Izjava o alternativnoj ovlasti ima značenje materijalne dispozitivne parnične radnje tužitelja jer se njome mijenja pravna situacija osnovnog tužbenog zahtjeva stvaranjem jedne nove ovlasti za tuženika. Njezinim se poduzimanjem tužbeni zahtjev tužitelja sadržajno približava tužbenom zahtjevu tužitelja kojim traži osudu tuženika na ispunjenje činidbe ispunjenje koje ima pravo tražiti prema sadržaju građanskopravnoga odnosa, ali ograničeno ovlasti tuženika da umjesto te činidbe ispuni neku drugu. Upravo stoga ta radnja ima značenje i (načelno) nepovoljne parnične radnje za tužitelja jer stvaranjem jedne nove ovlasti za tuženika procesnopravna pozicija tužitelja postaje nepovoljnijom utoliko što je on nakon te dispozicije dužan trpjeti da

²⁹ Usp. Fasching, Kommentar, *op. et. loc. cit.*

³⁰ Triva-Dika, 129, kao materijalne procesne dispozicije označavaju parnične radnje kojima stranke utječu na sadržaj i sudbinu zahtjeva za pružanje pravne zaštite (predmeta spora) - neposredno (sudska nagodba) ili posredno (priznanje tužbenoga zahtjeva i odricanje od tuženoga zahtjeva) - tako da se njihov učinak prelijeva izvan granica konkretne parnice u kojoj su poduzete. Ako se prihvati teza o tome da i izjava o procesnoj *facultas alternativa* ima značenje materijalne procesne dispozicije, navedenu bi listu trebalo tako proširiti da obuhvati i tu izjavu.

tuženik ostvaruje tu svoju ovlast.³¹ Izreka pravomoćne presude koja sadržava *facultatem alternativam* pravomoćno utvrđuje i pravo tuženika prema tužitelju da umjesto činidbe iz osnovnoga zahtjeva na ispunjenje koje je osuđen ispuni činidbu koja je predmet alternativne ovlasti.

4.2.4. Polazne osnove za kritičku prosudbu izloženih koncepcija

Prigodom opredjeljenja za jednu od navedenih koncepcija o pravnoj prirodi procesne fakultativne ovlasti kao polazna bi točka svakako trebale poslužiti već opetovano citirane odredbe Zakona o parničnom postupku koje uređuju taj institut. Ipak, zbog svoje će oskudnosti te odredbe moći poslužiti tek kao osnova za posljednju kontrolu ispravnosti pojedinih od prikazanih koncepcija o pravnoj prirodi procesne *facultatis alternativae*; preko njih moći će se saznati u kojoj se mjeri izložene koncepcije uklapaju u okvire koji su Zakonom postavljeni tome institutu. Stoga će opredjeljenje za jednu od tih koncepcija ovisiti i o sposobnosti svake od njih da u okviru rješenja koje nude što uspješnije zadovolje pravopolitički opravdane interese stranaka i da se što adekvatnije uklupe u strukturu važećeg procesnog prava.

Prigodom razmatranja pravne prirode procesne *facultatis alternativae* trebalo bi zapravo odgovoriti, prvo, na pitanje o značenju izjave tužitelja o kreiranju *facultatis alternativae* i kakav je odnos *facultatis alternativae* i osnovnoga tužbenoga zahtjeva, te, drugo, je li *facultas alternativa* sadržana u izreci presude obuhvaćena njezinom pravomoćnošću. Odgovori na oba pitanja su međusobno povezani i uvjetovani.

Facultas alternativa prema članku 327. ZPP može biti sadržana već u tužbi, s time da se izjava kojom će se ona kreirati može dati i nakon podnošenja tužbe tijekom prvostupanjskoga postupka do zaključenja glavne rasprave. Prema civilističkoj koncepciji, izjava koja sadržava *facultatem alternativam* jest građanskopravna ponuda tužitelja tuženiku da umjesto činidbe iz osnovnoga

³¹ Ovdje se apstrahira od motiva koji bi eventualno mogli navesti tužitelja da kreira takvo alternativnu ovlast u korist tuženika, motiva koji bi eventualno mogli imati cilj olakšanje pozicije tuženika, ali i stvaranje uvjeta za brže i jednostavnije posredno namirenje tužitelja. Dovoljno je da se izjavom o kreaciji alternativne ovlasti ograničava ovlast tužitelja da traži ispunjenje utužene činidbe i nakon što njegov tužbeni zahtjev bude prihvaćen - ovlašću tuženika da umjesto nje ispuni neku drugu, analogno kao kod pretpresne *facultatis alterntivae*.

zahtjeva ispuni činidbu koja čini predmet alternativne ovlasti. Međutim, budući da tu „ponudu“ treba učiniti u jednom procesnom aktu tijekom postupka (u tužbi, nekom drugom podnesku ili usmeno na ročištu) i s obzirom na taj postupak jer se njome žele izazvati određene aktivnosti sudionika u postupku, ona bi, čak i kad bi se prihvatilo da ima značenje građanskopravnoga posla, bila i procesna radnja. Naime, tom se izjavom čak i s aspekta civilističke koncepcije hoće postići određeni procesnopravni učinci. Njome se hoće izazvati određena aktivnost suda (prijenos ponude), stvoriti uvjeti da se pomoću iznosa iz *facultatis alternativae* odredi vrijednost predmeta spora³² odnosno da se ona unese u izreku presude. Da je riječ i o procesnoj radnji, proizlazi iz prirode stvari - aktivnosti stranaka tijekom postupka moraju imati i svoju postupovnu svrhu inače bi ga nepotrebno opterećivale i kao takve ne bi se smjele dopustiti.³³

Prema civilističkoj koncepciji, izjava o *facultati alternativae* unesena u izreku presude ima i nakon toga značenje samo građanskopravne ponude. Takvo se stajalište, međutim, čini nelogičnim. Jer zašto bi sud ponudu koja je već prenesena (dostavom tužbe ili obavještavanjem tuženika na neki drugi način tijekom postupka, što zahtijeva načelo saslušanja stranaka), ponovo još jednom prenosio, i to u izreci presude? Uostalom ta teza ne odgovara ni onome što propisuje odredba članka 327. ZPP. Po toj odredbi, naime, sud ne prenosi izjavu o alternativnoj ovlasti, već je dužan izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe ispunjenje koje mu je naloženo ako ispuni alternativnu činidbu. Zato se ne može reći da sud u presudi prenosi tu izjavu kao ponudu, već da u

³² O tome v. *infra ad* 5.

³³ U prilog civilističke koncepcije govorila bi okolnost da procesno pravo poznaje i druge slučajeve u kojima izjave stranaka, iako dane tijekom postupka, nemaju procesnopravnih, već samo građanskopravnih posljedica. To je npr. slučaj s obavještenjem treće osobe o parnici (211. ZPP). Ipak, institut *facultatis alternativae* bitno se razlikuje od obavještenja treće osobe o parnici i izneseni bi argument stajao tek kao upozorenje da postupovno pravo poznaje i institute koji proizvode samo građanskopravne posljedice (ako se kod obavještenja treće osobe o parnici apstrahira od toga da to obavještenje može proizvesti tzv. intervencijski efekt, dakle jedan nedvojbeno procesnopravni učinak - usp. Triva-Dika, GPPP, 454 i slj., 457 i slj.), s time da se između tih dvaju instituta ne bi mogla potražiti neka dublja analogija. Obavještenjem treće osobe o parnici, prema trećem se ne mogu polučiti nikakvi procesnopravni učinci (osim, eventualno, intervencijskoga efekta), i to stoga što je za nj postupak u tijeku *res inter alios acta*. Izjava o *facultati alternativae*, međutim, tiče se upravo odnosa između stranaka koji je posredan predmet spora i njome se sadržajno modificira činidba ispunjenje koje se traži u tužbenom zahtjevu kreiranjem mogućnosti za tuženika da, ako taj zahtjev bude prihvaćen, ispuni neku drugu činidbu.

presudi statuira pravo tuženika kreirano tom izjavom. Pored toga, čini se da ni u okviru civilističke koncepcije ponuda o alternativnome ispunjenju obveze nije standardna ponuda građanskoga prava za koju bi se, ako ne bi bila prihvaćena u određenom roku, smatralo da je odbijena.³⁴ Bila bi riječ, dakle, o nekoj vrsti pendentne (produljene) ponude, specijalno konstruirane (*praeter legem*) da bi se objasnio taj institut s aspekta civilističke koncepcije, za što nema uporišta u zakonu. Sud bi, štoviše, prema civilističkoj koncepciji i ponudu tužitelja koju je tuženik prihvatio odgovarajućom izjavom tijekom postupka bio dužan unijeti u izreku presude, jednako kao i kad ne bi bila prihvaćena takvom izjavom. Zakon, naime, ne razlikuje slučajeve u kojima je tuženik prihvatio ponudu od onih u kojima je nije prihvatio odnosno od onih u kojima ju je izriječkom odbio. U svim bi tim slučajevima sud bio dužan jednako postupiti - unijeti u izreku presude alternativnu ovlast tuženika. S građanskopravnog bi aspekta, međutim, bilo logično da se ponuda koja je prihvaćena prije donošenja presude i koja je konzumirana time sklopljenim sporazumom uopće ne unese u njezinu izreku. S tog bi aspekta bilo, čini se, logičnim da se u tom slučaju u izreku presude unese postignuti sporazum stranaka odnosno njegov učinak. Ako se odredba o *facultati alternativae* u izreci presude nakon prihvaćanja „ponude“ shvati kao rezultat svojevrsnog sporazuma stranaka o tome, kao izraz novoga sadržaja građanskopravnoga odnosa, iako se to iz izreke presude neće jasno vidjeti, tada se *facultas alternativa* u izreci presude više neće smatrati ponudom izvan te izreke, već njezinim sastavnim dijelom, analogno kao što je alternativna ovlast konstitutivni dio izreke presude kojom se prihvaća tužbeni zahtjev kod preprocesne (materijalnopravne) *facultatis alternativae*³⁵ o kojoj je bilo govora *supra ad* 3.2. Pritom se iz same izreke presude u kojoj će biti sadržana i alternativna ovlast neće moći saznati je li riječ o neprihvaćenoj ponudi koja se izrekom presude i dalje „prenosi“ tuženiku ili o prihvaćenoj ponudi koja je dovela do promjene sadržaja tužbenoga zahtjeva. Moglo bi se konstatirati da se civilistička koncepcija susreće sa znatnim poteškoćama pri pokušaju da uskladi svoje teze o karakteru izjave o procesnoj alternativnoj ovlasti sa zakonskim odredbama koje uređuju taj institut.

³⁴ Prema odredbi članka 258. stavka 4. ZOO, ponuda učinjena odsutnoj osobi, a takvom bi osobom trebalo smatrati tuženika kojem je ponuda dana u dostavljenoj mu tužbi, u kojoj nije određen rok za prihvata, obvezuje ponuditelja za vrijeme koje je redovito potrebno da ponuda stigne ponudniku, da je on razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvaćanju stigne ponuditelju.

³⁵ V. *supra ad* 3.2.

Procesualistička koncepcija o pravnoj prirodi izjave o procesnoj alternativnoj ovlasti, s druge strane, ne zadovoljava se samo konstatacijom o postojanju nekih njezinih procesnopравnih učinaka koji bi joj se morali priznati, kako je *supra* rečeno, i s aspekta civilističke koncepcije. Po njoj je ta izjava materijalna procesna dispozicija tužitelja, analogno kao što su to sudska nagodba, priznanje tužbenoga zahtjeva i odricanje od tuženoga zahtjeva.

Da bi jedna procesna radnja imala značenje materijalne procesne dispozicije, da bi izravno ili posredno mogla utjecati na sadržaj i sudbinu tužbenoga zahtjeva, morala bi sadržajno determinirati meritorni ishod spora, analogno kao i sudska nagodba, priznanje tužbenoga zahtjeva i odricanje od tužbenoga zahtjeva. Odgovor na pitanje ima li izjava o kreiranju alternativne ovlasti značenje materijalne procesne dispozicije ovisit će o tome ispunjava li ta izjava zahtjeve koji jednu procesnu radnju čine takvom dispozicijom, tj. utječe li se njome izravno ili posredno na sadržaj meritornoga ishoda spora. Odgovor pak na pitanje utječe li se izjavom o alternativnoj ovlasti na sadržaj i sudbinu osnovnog tužbenog zahtjeva, ovisit će o sadržaju te parnične radnje i posljedicama koje ona proizvodi.

Po svom sadržaju, i to bi s aspekta obiju koncepcija trebalo biti nesporno, izjava o alternativnoj ovlasti stvara za tuženika mogućnost da umjesto činidbe ispunjenje koje je tužitelj utužio ispuni činidbu na koju se odnosi ta ovlast. Da bi ta izjava imala značenje materijalne procesne dispozicije, sadržajno bi trebala modificirati istaknuti kondemnatorni zahtjev. Time što bi već u tužbi uz kondemnatorni zahtjev bila istaknuta i alternativna ovlast, taj bi kondemnatorni zahtjev već u početku trebao biti sadržajno ograničen jednom ovlasti tuženika; time što bi poslije, tijekom prvostupanjskoga postupka, bila dana izjava o alternativnoj ovlasti, u početku neograničeni kondemnatorni zahtjev trebao bi postati tom ovlašću sadržajno ograničeni, modificirani tužbeni zahtjev.

U prilog tezi da je procesna izjava o alternativnoj ovlasti materijalna procesna dispozicija tužitelja govori najprije okolnost da je sud u povodu izjave o alternativnoj ovlasti dužan „izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe čije mu je ispunjenje naloženo ako ispuni tu drugu činidbu“ (327. ZPP). Sud, dakle, ne prenosi, kako to tvrde zastupnici civilističke koncepcije, ponudu tužitelja tuženiku da umjesto utužene činidbe ispuni neku drugu, koju bi tužitelj mogao opozvati sve dok tuženik ne ispuni tu drugu činidbu. On je u povodu izjave o alternativnoj ovlasti dužan u izreci presude uz kondemnaciju tuženika da ispuni jednu činidbu bezuvjetno, pa stoga i neopozivo, statuirati određenu alternativnu ovlast tuženika. Time procesna *facultas alternativa* postaje sastavni

dio izreke presude kojom se prihvaća tužbeni zahtjev. Zato bi u tom slučaju trebalo razlikovati izreku presude u širem i u užem smislu. Izreka presude u širem smislu sadržavala bi, pored izreke presude u užem smislu, dakle odluke kojom je prihvaćen kondemnatorni tužbeni zahtjev i kojom se stoga tuženiku izriče nalog na ispunjenje određene činidbe, i alternativnu ovlast tuženika da se oslobodi ispunjenja te činidbe ako ispuni neku drugu.

Stajalište da se procesna alternativna ovlast bezuvjetno i neopozivo unosi u izreku presude potvrđuje i već citirana odredba članka 32. stavka 1. OZ. Po toj odredbi ovršenik kojemu je ovršnom ispravom naloženo ispunjenje određene obveze uz pravo da se od ispunjenja te obveze oslobodi ispunjenjem neke druge činidbe određene u ovršnoj ispravi, može tu činidbu ispuniti sve dok se ovrhovoditelj makar djelomično ne namiri prisilnim ispunjenjem dužne obveze. Ta odredba, naime, ne razlikujući između tzv. pretprocesne, materijalnopravne, i procesne *facultatis alternativae*, za obje impostira isti pravni režim. To znači da će se u slučaju kad je u izreci presude uz osudu na ispunjenje jedne činidbe statuirana bilo kakva, dakle i pretprocesna i procesna, *facultatem alternativam*, ta osuda tretirati kao osuda na ispunjenje jedne činidbe sadržajno ograničena pravom tuženika kao ovršenika da umjesto te činidbe do određenoga stadija u ovršnom postupku ispuni jednu drugu.

Čini se da bi uporište za procesualističku koncepciju bilo moguće pronaći i u već citiranoj odredbi članka 40. stavka 1. ZPP, po kojoj će se, ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali je tužitelj u tužbi naveo da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzeti ta svota. Ta odredba, premda se tiče samo jedne od mogućih situacija u kojima se može konstruirati procesna alternativna ovlast, upućuje na zaključak da Zakon o parničnom postupku, kad već vrijednost predmeta spora utvrđuje prema visini iznosa iz *facultatis alternativae*, i tu ovlast tretira kao sastavni dio tužbenoga zahtjeva. Prema civilističkoj bi koncepciji odredba članka 40. stavka 1. ZPP bila neprihvatljiva jer se vrijednost predmeta spora ne može utvrđivati na temelju nečega što nije sastavni dio tužbenoga zahtjeva i time predmet spora.

Iz citiranih bi odredbi proizlazilo da bi tužitelj izjavom o alternativnoj ovlasti sadržajno modificirao pravnu situaciju čistoga kondemnatornoga zahtjeva stvaranjem jedne nove ovlasti za tuženika, da bi ta izjava imala značenje materijalne procesne dispozicije. Pravno nije ista situacija u kojoj se traži da se utvrdi da postoji odnosno u kojoj je utvrđeno da postoji *una res in obligatione* s onom u kojoj se traži da se utvrdi da postoji odnosno u kojoj je utvrđeno da postoji

una res in obligatione duae in solutione. Kondemnatorni tužbeni zahtjev ograničen alternativnom ovlašću tuženika jest u usporedbi s istim tužbenim zahtjevom koji takvom ovlašću nije ograničen sadržajno kvalitativno različit, *aliud*. To isto vrijedi i za usporedbu presude koja sadržava samo osudu na ispunjenje jedne činidbe s presudom koja sadržava tu osudu ograničenu alternativnom ovlašću tuženika.

Davanjem izjave o alternativnoj ovlasti tužitelj bi zapravo stvarao pravnu situaciju u kojoj bi se stranke nalazile kad bi prema sadržaju materijalnopravnoga odnosa već prije podnošenja tužbe postojala alternativna ovlast tuženika. U situaciji u kojoj postoji preprocesna alternativna ovlast, pravo tužitelja da traži ispunjenje određene činidbe ograničeno je pravom tuženika da umjesto nje ispuni neku drugu. Zato tužitelj u toj situaciji, utužujući svoje pravo na ispunjenje jedne činidbe, već u tužbenom zahtjevu, da mu on ne bi bio odbijen kao neosnovan, mora svoje traženje osude tuženika ograničiti alternativnom ovlasti tuženika (v. *supra ad* 3.2.). U situaciji u kojoj bi izjavu o procesnoj alternativnoj ovlasti dao tek u tužbi ili poslije toga tijekom prvostupanjskoga postupka, tužitelj bi tom dispozicijom utemeljio za tuženika alternativnu ovlast s istim učinkom kao da je ona utemeljena izvan parnice zakonom, ugovorom ili oporukom. Procesna izjava o alternativnoj ovlasti bila bi posebna osnova za utemeljenje te ovlasti s učinkom jedne materijalne dispozitivne radnje.

Gornji izvodi sadržavaju i premise za odgovor na pitanje može li *facultas alternativa* kao sastavni dio izreke presude biti pokrivena pravomoćnošću presude, na pitanje na koje civilistička koncepcija daje negativan, a procesualistička pozitivan odgovor. Prema članku 333. stavku 1. ZPP, presuda koja se više ne može pobijati žalbom postaje pravomoćna ako je njome odlučeno o zahtjevu tužbe ili protutužbe. Budući da je prema procesualističkoj koncepciji kondemnatorni tužbeni zahtjev uz koji postoji alternativna ovlast sadržajno modificirani tužbeni zahtjev, tužbeni zahtjev koji bi sadržavao kondemnatorni zahtjev ograničen takvom ovlašću tuženika, izrekom presude odlučivalo bi se o tom modificiranom tužbenom zahtjevu koji bi stoga u tom svom modificiranom obliku stjecao svojstvo pravomoćnosti.

Okolnost da bi pravomoćna presuda u izreci koje bi bila statuirana alternativna ovlast tuženika svojom pravomoćnošću pokrivala i tu ovlast,³⁶ određivala bi

³⁶ Konstatacija o alternativnoj ovlasti u izreci pravomoćne presude imala bi značenje pravomoćnoga utvrđenja prava tuženika prema tužitelju da umjesto činidbe ispunjenje koje mu je naloženo ispuni činidbu koja je predmet te ovlasti.

(prema procesualističkoj koncepciji) i njezine objektivne granice pravomoćnosti. Pravomoćna konstatacija o alternativnoj ovlasti djelovala bi prejudicijalno u drugim postupcima, u svakom slučaju u prvom redu u ovršnom postupku (*arg. ex 12/1. ZPP*³⁷). Kad ta konstatacija ne bi vezivala ovršni sud snagom pravomoćnosti, tuženik koji bi nakon momenta na koji se odnosi pravomoćnost presude³⁸ u kojoj je ona sadržana ispunio činidbu koja je predmet njegove alternativne ovlasti, da bi u ovršnom postupku mogao spriječiti provedbu ovrhe radi ispunjenja činidbe na koju je osuđen, morao bi u tom postupku drugim javnim ili ovjerovljenim ispravama dokazivati ne samo da je ispunio činidbu iz svoje alternativne ovlasti već i da je uopće tu ovlast imao.³⁹ Međutim, budući da se prema citiranoj odredbi članka 32. stavka 1. OZ ovršenik može poslužiti svojom alternativnom ovlašću utvrđenom u ovršnoj ispravi⁴⁰ do određenoga stadija u razvitku ovršnoga postupka, treba zaključiti da takvo utvrđenje veže ovršni sud analogno kao što ga veže pravomoćno utvrđenje tražbine radi ostvarenja koje se određena ovrha provodi, dakle snagom svoje pravomoćnosti.⁴¹

Procesualistički pristup problemu procesne alternativne ovlasti ne traži da se taj institut u cijelosti uklopi u shemu neke od „priznatih“ materijalnih procesnih dispozicija, dakle sudske nagodbe, priznanja tužbenoga zahtjeva i odricanja

³⁷ Prema odredbi članka 12. stavka 1. ZPP, kad odluka suda ovisi o prethodnom rješenju pitanja postoji li neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije donio (pravomoćnu) odluku sud ili drugo nadležno tijelo (prethodno pitanje), sud može sam riješiti to pitanje ako posebnim propisima nije drukčije određeno.

³⁸ O momentu na koji se odnosi pravomoćnost sudske odluke usp. Triva-Dika, GPPP, 656 i slj.

³⁹ Takav bi tuženik kao ovršenik u ovršnom postupku zapravo dokazivao da određena ovrha nije dopuštena zato što je tražbina utvrđena u ovršnoj ispravi prestala time što je ispunio činidbu iz alternativne ovlasti. Da bi mogao dokazati da je tražbina time prestala, on bi u ovršnom postupku, ako se ne bi uzelo da konstatacija alternativne ovlasti u presudi snagom pravomoćnosti potvrđuje njegovo postojanje, morao drugom javnom i ovjerovljenom ispravom dokazati da ju je imao (*arg. ex 46/1.9., 48/4. OZ*).

⁴⁰ Zapravo i samo uz uvjet da je utvrđena u toj ispravi.

⁴¹ Civilistička koncepcija uopće ne vodi računa o problemima koji bi mogli nastati ako bi se izjava o alternativnoj ovlasti i nakon što je ona utvrđena u pravomoćnoj presudi tretirala kao nekonzumirana ponuda koja bi se mogla uvijek (valjda po općim pravilima) povući. Ako bi se prihvatilo stajalište civilističke koncepcije da bi tu bila riječ o ponudi koja se može jednostrano povući do ispunjenja, tuženik bi kao ovršenik u ovršnom postupku, zato što konstatacija o alternativnoj ovlasti ne bi bila pokrivena pravomoćnošću, morao dokazivati da ponuda nije bila povučena (ili prestala obvezivati po općim pravilima) u vrijeme kad se tom ovlašću poslužio; na njemu bi glede toga bio teret dokazivanja.

od tužbenoga zahtjeva. Procesna alternativna ovlast specifična je materijalna procesna dispozicija koja se od drugih takvih radnji razlikuje kao što se one i međusobno razlikuju. Stoga bi opća pravila o materijalnim procesnim dispozicijama, njihovu opću definiciju, trebalo tako postaviti da se njima obuhvati i procesna alternativna ovlast kao „novootkrivena“ takva dispozicija.

Civilistička je koncepcija, čini se, više rezultat pravnoteorijske inercije, potencirane relativno malom praktičnom važnošću instituta procesne *facultatis alternativae*, nego izraz njegove „prave prirode“.

4.3. Sadržaj procesne *facultatis alternativae*

Prije novele Zakona o parničnom postupku iz 2003., prema prijašnjem članku 327. ZPP, ako bi tužitelj u tužbi tražio da mu se dosudi stanovita stvar, a istodobno je u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan umjesto stvari primiti određenu novčanu svotu, sud je bio dužan, ako bi prihvatio tužbeni zahtjev, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi davanja stvari ako plati tu novčanu svotu.⁴² Ta je odredba bila sadržajno usklađena s odredbom već citirane i neizmijenjene odredbe članka 49. stavka 1. ZPP, po kojoj, ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi navede da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzet će se ta svota.

Novelom 2003., uvažavajući sugestije glede toga u doktrini i sudsku praksu koja je mogućnost isticanja alternativne ovlasti proširila na sve situacije u kojima je tužitelj zatražio da se tuženik osudi na ispunjenje dužne činidbe, dakle ne samo na predaju stvari, ali je izjavio i da pristaje primiti ispunjenje bilo kakve druge činidbe, dakle ne samo isplatu određene svote novca, sankcionirana je takva praksa tako što je odredba članka 327. ZPP u cijelosti izmijenjena. Po novome, ako je tužitelj u tužbi tražio da se tuženiku naloži ispunjenje neke činidbe, a istodobno je u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan umjesto te činidbe primiti neku drugu činidbu, sud je dužan, ako prihvati tužbeni zahtjev, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe ispunjenje koje mu je naloženo ako ispuni tu drugu činidbu. Po novome, dakle, tužitelj može u tužbi tražiti osudu na ispunjenje bilo kakve činidbe i ponuditi da se umjesto te činidbe ispuni bilo koja druga činidba.

⁴² Ta se odredba sadržajno podudarala s odredbom članka 316. ZPP 56.

Činidba koja je predmet alternativne ovlasti ne mora vrijednosno odgovarati utuženoj činidbi, ona može biti veće ili manje vrijednosti. O alternativnoj mogućnosti sud ne može ni raspravljati ni odlučivati, pa ni ulaziti u ocjenu njezine adekvatnosti.⁴³

4.4. Pretprocesna i procesna *facultas alternativa*

Procesna *facultas alternativa* izraz je dispozicije tužitelja tijekom postupka. Tom dispozicijom tužitelj kreira u korist tuženika alternativnu ovlast na koju tuženik nema pravo prema sadržaju pretprocesnoga materijalnopravnoga odnosa. Takvu ovlast tužitelj može kreirati kumulativno s alternativnom ovlašću koje tuženiku pripada prema sadržaju pretprocesnoga materijalnopravnoga odnosa. Nakon toga tuženik bi imao (barem) dvije alternativne ovlasti - jednu koju je tužitelj kreirao uvažavajući sadržaj pretprocesnoga odnosa i drugu koju je rezultat njegove procesne dispozicije.

Ako bi tužitelj tijekom postupka kreirao za tuženika alternativnu ovlast tvrdeći da ona za njega proizlazi iz sadržaja pretprocesnoga odnosa, tuženik bi mogao osporiti osnovanost tužbenoga zahtjeva prigovarajući da ta ovlast nije ona koje mu prema sadržaju toga odnosa pripada. Ako bi sud utvrdio da je taj prigovor utemeljen, morao bi zahtjev odbiti. Ako bi utvrdio da nije osnovan, morao bi prihvatiti tužbeni zahtjev ograničen alternativnom ovlašću tuženika kako ga je tužitelj postavio. Kod procesne alternativne ovlasti, budući da je ono kreacija tužitelja u korist tuženika kojom se u bitnome ne pogoršava njegova pravna pozicija tijekom postupka jer se njome u njegovu korist samo otvara jedna dodatna mogućnost,⁴⁴ tuženik ne bi mogao dovoditi u pitanje njezinu podudarnost sa sadržajem pretprocesnoga odnosa.

⁴³ Usp. za hrvatsko pravo Triva-Dika, GPPP, 424, a za austrijsko Fasching, Zivilprozeßrecht, 577. U tom smislu opredijelila se i sudska praksa (VSH: Gž-3593/74 - NZp 7/75-49; VSH: Gž-560/76 - ZSO 4/77-257; VSH: Gž-966/79 - ZSO 3/79-217; VSH: Gž-5/79 - PSP 16/190; VSH: Rev-522/88 - PSP 44/160; VPSH: Pž-874/78 - PSP 16/298; VTSRH: Pž-2419/93 - Praxis 2/94).

⁴⁴ Kreacijom alternativne ovlasti tužitelj bi mogao pogoršati pravnu poziciju tužitelja i tangirati njegove interese u postupku time što bi isticanjem previsoke svote kao onoga što bi umjesto utužene činidbe bio spreman primiti mogao utjecati na utvrđivanje vrijednosti predmeta spora i time visinu troškova postupka (visinu sudskih pristojbi, troškova zastupanja, itd.), vrstu postupka (npr. redoviti postupak umjesto spora male vrijednosti), primjenu pravila o zastupanju, o reviziji, itd. (*arg. ex 35. ZPP*). V. *amplius infra ad 5*.

4.5. Povlačenje i preinaka izjave o alternativnoj ovlasti

Prema civilističkoj koncepciji, tužitelj bi mogao povući izjavu o alternativnoj ovlasti sve dok je tuženik ne bi prihvatio (ispunjenjem druge alternativne činidbe), dakle i nakon donošenja presude, pa i tijekom ovršnoga postupka. Analogno bi vrijedilo i za preinaku te izjave.

Prema procesualističkoj koncepciji, s obzirom na to da izjava o procesnoj alternativnoj ovlasti ima značenje jednostrane⁴⁵ materijalne procesne dispozicije, mogućnost da tužitelj povuče tu izjavu trebalo bi prosuđivati uz odgovarajuću primjenu pravila o drugim jednostranim materijalnim procesnim dispozicijama, dakle pravila o priznanju tužbenoga zahtjeva i o odricanju od tužbenoga zahtjeva. Budući da se priznanje tužbenog zahtjeva (331/4. ZPP) i odricanje od tužbenog zahtjeva (331.a/5. ZPP) mogu opozvati i bez pristanka tužitelja do donošenja presude tijekom prvostupanjskoga postupka, trebalo bi, *argumento a cohaerentia, a completudine, per analogiam*, uzeti da se do toga momenta može „opozvati“ i izjava o alternativnoj ovlasti. Ono što je rečeno za povlačenje alternativne ovlasti trebalo bi, *argumento a maiori ad minus, mutatis mutandis*, vrijediti i za preinaku alternativne ovlasti.

U slučaju preinake tužbenoga zahtjeva u užem smislu, dakle traženja da se tuženik osudi na ispunjenje činidbe koju (navodno) duguje prema sadržaju pretprocesnoga materijalnopravnoga odnosa, tužitelj bi mogao, ali ne bi morao povući odnosno preinačiti izjavu o alternativnoj ovlasti.

4.6. Ispunjenje alternativne ovlasti tijekom prvostupanjskoga postupka

Ako bi tuženik tijekom prvostupanjskoga postupka ispunio činidbu na ispunjenje koje ga je tužitelj ovlastio izjavom o alternativnoj ovlasti, kondemnatorni zahtjev tužitelja postao bi materijalnopravno neosnovan zato što bi ispunjenjem te činidbe prestala i tražbina s obzirom na koju je taj zahtjev istaknut, pa bi ga, ako bi tužitelj na njemu i dalje inzistirao, trebalo odbiti. Da bi, međutim, sud mogao uzeti u obzir tu okolnost, tuženik bi se tijekom prvostupanjskoga postupka morao na nju pozvati jer sud na prestanak utužene

⁴⁵ Izjava o alternativnoj ovlasti ima značenje **jednostrane** materijalne procesne dispozicije zato što za njezinu pravnu valjanost nije potrebna suglasnost druge strane. Po tome bi se ta radnja razlikovala od sudske nagodbe kao dvostrane procesne radnje, zapravo procesnoga ugovora - usp. Triva-Dika, GPPP, 345.

tražbine ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. ex 7/2., 219/2. ZPP*). Okolnost da je tuženik ispunio činidbu iz alternativne ovlasti ne može se prvi put iznijeti tek u žalbi protiv osuđujuće presude (*arg. 352. ZPP*).

Ispunjenjem činidbe iz alternativne ovlasti, ta bi ovlast izgubila svoju relevantnost i ono o čemu bi sud trebao odlučiti bio bi (neosnovani) kondemnatorni tužbeni zahtjev neograničen alternativnom ovlašću tuženika, osim ako tužitelj ne bi taj zahtjev povukao.

Nakon što bi tuženik tijekom prvostupanjskog postupka ispunio činidbu iz alternativne ovlasti, tužitelj bi mogao povući tužbu i tražiti naknadu troškova postupka (*arg. ex 158/1. ZPP*).⁴⁶

Nakon upuštanja tuženika u raspravu o meritumu za povlačenje tužbe bio bi potreban pristanak tuženika (*arg. ex 193. ZPP*). Ako bi se tuženik usprotivio povlačenju tužbe, tužitelj bi se mogao odreći tužbenoga zahtjeva, ali bi mu i u tom slučaju trebalo priznati pravo na naknadu troškova postupka (*arg. a cohaerentia, a completudine, per analogiam ex 158/1. ZPP*).

4.7. Propuštanje da se alternativna ovlast navede u izreci presude

Prema već citiranoj odredbi članka 327. ZPP, sud je dužan, ako nađe da je kondemnatorni zahtjev osnovan, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe ispunjenje koje mu je naloženo ako ispuni činidbu iz alternativne ovlasti. Zakon, međutim, ne rješava izrijekom slučaj u kojem sud propusti iz raznih razloga unijeti u presudu dispoziciju o alternativnoj ovlasti.

Prema civilističkoj koncepciji, u takvom bi slučaju sud mogao o postojanju takve ovlasti tuženika obavijestiti običnim pismom i tako sanirati svoj propust.⁴⁷ Prema procesualističkoj koncepciji, po kojoj izjava o alternativnoj ovlasti ima značenje materijalne procesne dispozicije kojom se u kvalitativnom smislu modificira kondemnatorni tužbeni zahtjev, propust suda da u izreci presudi statuirá alternativnu ovlast tuženika trebalo bi smatrati suđenjem *extra petita*, suđenjem o nečemu što nije traženo, dakle prekoračenjem tužbenoga zahtjeva. Zato bi zbog te povrede protiv takve presude bila dopuštena žalba (354/2.12.).

⁴⁶ Prema odredbi članka 158. stavka 1. ZPP, tužitelj koji povuče tužbu dužan je protivnoj stranci nadoknaditi parnične troškove, osim ako je tužbu povukao odmah nakon što je tuženik udovoljio zahtjevu tužitelja, kad mu je troškove dužan nadoknaditi tuženik.

⁴⁷ U tom smislu Triva-Dika, GPPP, 424.

Zbog toga propusta ne bi se moglo predložiti donošenje dopunske presude,⁴⁸ jer tu se nije propustilo suditi o jednom od više istaknutih zahtjeva ili dijelu jednoga (od više istaknutih) zahtjeva, već se sudilo *extra petita*.

5. FACULTAS ALTERNATIVA I ODREĐIVANJE VRIJEDNOSTI PREDMETA SPORA

5.1. Zakonsko uređenje

Prema već citiranoj odredbi članka 40. stavka 1. ZPP, ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali je tužitelj u tužbi naveo da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzet će se ta svota. Tom je odredbom postavljen kriterij za određivanje vrijednosti predmeta spora u jednom od slučajeva u kojima tužitelj može u tužbi uz tužbeni zahtjev istaknuti tzv. procesnu alternativnu ovlast - samo u slučaju u kojem se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi navede da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu. Slučaj predviđen tom odredbom odgovara impostaciji instituta procesne alternativne ovlasti prije Novele 2003. (*arg. ex. pri.* 327. ZPP; v. *supra ad* 4.3.). Prema novom uređenju, koje je bitno šire definiralo domašaj toga instituta, tužitelj može, kao što je već rečeno, uz tužbeni zahtjev na ispunjenje bilo kakve činidbe ponuditi tuženiku da mu umjesto nje ispuni bilo koju drugu činidbu (nov. 327.). Kriterij za određivanje vrijednosti predmeta spora iz odredbe članka 40. stavka 1. ZPP može, međutim, biti mjerodavan samo u slučaju koji je naveden u toj odredbi, dakle samo u slučaju kad se alternativna ovlast tiče isplate svote novca. On se ne bi mogao na odgovarajući način, *mutatis mutandis*, primijeniti kad je kao alternativna ovlast ponuđeno ispunjenje kakve druge (nenovčane) činidbe. U takvim slučajevima vrijednost predmeta spora utvrđivala bi se neovisno o vrijednosti istaknute alternativne ovlasti (*arg. ex.* 35. do 40. ZPP).

Treba uzeti da bi kriterij iz stavka 1. članka 40. ZPP bio mjerodavan i u slučaju u kojem je tužitelj, neovisno o tome što je istaknuo novčanu alternativnu ovlast, izrijekom naznačio vrijednost predmeta spora koja se sadržajno razlikuje od te ovlasti. Na takav bi zaključak upućivala odredba stavka 2. članka

⁴⁸ U tom smislu, s aspekta civilističke koncepcije, Triva-Dika, GPPP, 424.

40. ZPP koja mjerodavnost (eksplicitne) naznake vrijednosti predmeta spora uvjetuje okolnošću da se ona ne može utvrditi na koji drugi način, uključujući i primjenom kriterija iz stavka 1. toga članka.

Budući da Zakon kad je u pitanju određivanje vrijednosti predmeta spora prema odredbi članka 40. stavka 1. ZPP ne razlikuje situaciju pretprocesne *facultatis alternativae* od one procesne alternativne ovlasti, kriterij sadržan u toj odredbi bio bi mjerodavan za određivanje vrijednosti predmeta spora i u jednoj i u drugoj situaciji.

5.2. Kritika zakonskoga uređenja

Određivanje vrijednosti predmeta spora prema odredbi članka 40. stavka 1. ZPP implicira stajalište zakonodavca da tužitelj pri određivanju visine svote *facultatis alternativae* neće odrediti nižu vrijednost od prave vrijednosti utužene nenovčane činidbe, ali i stajalište da visina ponuđene svote neće bitno nadilaziti vrijednost te činidbe. Međutim, budući da bi prema toj odredbi određivanje vrijednosti predmeta spora bilo prepušteno isključivo tužitelju, on bi bio ovlašten da, određujući visinu svote alternativne ovlasti prema svojoj dispoziciji, odredi vrijednost predmeta spora te da time utječe na stvarnu nadležnost i sastav suda,⁴⁹ vrstu postupka,⁵⁰ na troškove postupka,⁵¹ ovlast za zastupanje,⁵² na pravo na reviziju⁵³ (35., 186/2. ZPP). Zakonodavno rješenje po

⁴⁹ *De lege lata*, u hrvatskom parničnom postupku vrijednost predmeta spora nije mjerodavan kriterij za određivanje stvarne nadležnosti sudova, dok će o vrijednosti predmeta spora ovisiti samo sastav u kojem će drugostupanjski sud odlučivati o žalbi protiv presude u sporovima male vrijednosti (44/1., 467/6. ZPP).

⁵⁰ Npr. na to hoće li se spor riješiti po pravilima redovite procedure ili one predviđene za sporove male vrijednosti.

⁵¹ O vrijednosti predmeta spora u pravilu ovise visina sudskih pristojbi i pravo odvjetnika na nagradu.

⁵² Ako u parnicama o imovinskopравnim zahtjevima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000,00 kuna, punomoćnici pravnih osoba mogu biti samo osobe koje imaju položen pravosudni ispit (91. ZPP). Odvjetnički vježbenik bez položenog pravosudnog ispita može zamjenjivati odvjetnika kod kojeg je zaposlen samo pred sudom prvog stupnja u postupcima kojih vrijednost predmeta spora nije veća od 50.000,00 kuna (95/3. ZPP).

⁵³ U redovitom parničnom postupku stranke spora mogu u pravilu izjaviti reviziju ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 100.000,00 kuna (382/1.1. ZPP), a u postupku pred trgovačkim sudovima ako prelazi 500.000,00 kuna (497. ZPP).

kojemu bi tužitelj slobodno i definitivno bio isključivo ovlašten da, određujući visinu svote alternativne ovlasti, određuje vrijednost predmeta spora bilo bi u protivnosti s načelom o ravnopravnosti pravnih subjekata u postupku pred sudom,⁵⁴ načelom zabrane zlorabe procesnih ovlasti,⁵⁵ ali i sa stajalištem prihvaćenim pri određivanju vrijednosti predmeta spora u slučajevima u kojima se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu da i tuženik mora moći isprovocirati kontrolu primjerenosti u tužbi naznačene vrijednosti predmeta spora (40/2. - 5. ZPP). Upravo bi stoga trebalo sudu priznati pravo da, po službenoj dužnosti ili u povodu prigovora tuženika, kad posumnja da je tužitelj određivanjem prekomjernoga iznosa svote alternativne ovlasti otvorio pitanje stvarne nadležnosti, sastava suda, vrste postupka, ovlasti za zastupanje, prava na izjavljivanje revizije ili prava na naknadu troškova postupka, najkasnije na prvom ročištu brzo i na prikladan način provjeri primjerenost tako određene vrijednosti predmeta spora i da sam odredi tu vrijednost - neovisno o visini svote alternativne ovlasti (*arg. ex* 40/3. ZPP). Takvo bi rješenje zahtijevalo stanoviti kreativni iskorak sudske prakse, a svoju bi utemeljenost moglo pronaći u navedenim načelima ustavnoga poretka i postupovnoga prava.

6. PROCESNOPRAVNA OPERACIONALIZACIJA *FACULTATIS ALTERNATIVAE* U OVRŠNOM POSTUPKU

Mogućnost procesnopravne operacionalizacije *facultatis alternativae* u ovršnom postupku ovisit će o tome je li ona utvrđena u ovršnoj ispravi, je li činidba iz alternativne ovlasti ispunjena prije isteka roka za žalbu protiv rješenja o ovrsi ili naknadno te o tome hoće li ovršenik moći ispunjenje te činidbe u ovršnom postupku dokazati kvalificiranim ispravama.

Prema odredbi članka 32. stavka 1. OZ, ovršenik kojemu je ovršnom ispravom naloženo ispunjenje određene obveze uz pravo da se od ispunjenja te obveze može osloboditi ispunjenjem neke druge činidbe određene u ovršnoj ispravi, može tu činidbu ispuniti sve dok se ovrhovoditelj makar djelomično ne namiri prisilnim ispunjenjem dužne obveze. Iz te odredbe proizlazi da je pretpostavka za to da se ovršenik posluži svojom alternativnom ovlašću da ona bude utvrđena u ovršnoj ispravi. *A contrario*, ako ona ne bi bila utvrđena u

⁵⁴ Svi su državljani Republike Hrvatske i stranci jednaki pred sudovima (26. Ustava).

⁵⁵ Sud je dužan spriječiti svaku zlorabu prava u postupku (10/1. ZPP).

ovršnoj ispravi, ovršenik se na nju ne bi mogao pozvati u tom postupku. Citirana odredba indicira i vrijeme do kojeg bi se u ovršnom postupku ovršenik mogao okoristiti tom svojom ovlašću - sve dok se ovrhovoditelj makar djelomično ne namiri prisilnim ispunjenjem dužne obveze.

Ako bi se ovršenik nakon momenta na koji se odnosi pravomoćnost presude kojom je utvrđena alternativna ovlast poslužio tom ovlašću, zbog toga bi zapravo prestala utužena tražbina radi prisilnoga ostvarenja koje je ovrha zatražena i određena, pa bi se ovršenik mogao u žalbi protiv rješenja o ovrsi pozvati na tu okolnost, istaknuti u njoj tzv. opozicijski prigovor (*arg. ex* 46/1.9. OZ)⁵⁶. Ako to ne bi učinio, rješenje o ovrsi postalo bi pravomoćno i ovršenik se u ovršnom postupku više ne bi mogao na to pozivati, osim ako ne bi dokazao da taj razlog nije mogao iz opravdanih razloga istaknuti već u roku za žalbu protiv toga rješenja (*arg. ex* 47. i 48. OZ). Ako bi pravodobno izjavio žalbu zbog tog razloga, sud bi je prvoga stupnja bio dužan dostaviti ovrhovoditelju radi očitovanja u roku od osam dana (*arg. ex* 48/1. OZ). Ako bi ovrhovoditelj priznao postojanje toga razloga, sud bi bio dužan obustaviti ovrhu (*arg. ex* 48/2. OZ). Ako bi ovrhovoditelj osporio postojanje toga razloga ili ako se ne bi očitovao u roku osam dana, sud prvoga stupnja bio bi dužan donijeti bez odgode rješenje kojim bi ovršenika uputio da u roku od petnaest dana od pravomoćnosti toga rješenja pokrene tzv. opozicijsku parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom zbog toga što je tražbina radi ostvarenja koje je ovrha određena prestala postojati ispunjenjem jedne druge tražbine (*arg. ex* 48/3., 5., 51. OZ). Iznimno sud neće ovršenika uputiti na parnicu, već će prihvatiti njegovu žalbu, ukinuti provedene radnje i obustaviti ovrhu ako on njezinu osnovanost dokaže javnom ili javno ovjerovljenom ispravom, odnosno ako su činjenice na kojima se temelji njegova žalba zbog navedenoga razloga općepoznate ili se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmnjevama (*arg. ex* 48/3. OZ). Okolnost da je ovršenik upućen na opozicijsku parnicu ili da ju je pokrenuo u pravilu ne sprječava provedbu ovrhe i ostvarenje ovrhovoditeljeve tražbine (*arg. ex* 48/6. OZ).

Ovršenik bi zato što se poslužio svojom alternativnom ovlašću nakon isteka roka za žalbu protiv rješenja o ovrsi mogao, pozivajući se na to da je zbog toga prestala tražbina radi ostvarenja koje se ovrha vodi (46/1.9. OZ), podnijeti žalbu protiv rješenja o ovrsi i nakon njegove pravomoćnosti (*arg. ex* 48/1. OZ) (tzv. izvanrednu žalbu). On bi žalbu mogao podnijeti sve do dovršetka

⁵⁶ Usp. Dika, Ovršni zakon, 2005., 85.

ovršnoga postupka (48/2. OZ). Ovršenik bi bio dužan u toj žalbi istaknuti sve razloge koje bi mogao istaknuti u vrijeme njezina podnošenja (48/3.1. OZ). Sud je, naime, dužan odbaciti naknadno podnesenu izvanrednu žalbu koja se temelji na razlozima koje je ovršenik mogao istaknuti u prije podnesenoj žalbi (48/3.2. OZ). Podnošenje izvanredne žalbe u pravilu ne djeluje suspenzivno (48/4. OZ).

Izvanrednu žalbu sud je dužan dostaviti bez odgode ovrhovoditelju, koji se o njoj može očitovati u roku od osam dana (50/1. OZ). Kad primi odgovor na žalbu ili kad protekne rok za odgovor, sud je dužan, prema okolnostima slučaja, zakazati ročište radi raspravljanja o žalbi ili će donijeti rješenje bez održavanja ročišta, osim kad su ispunjeni uvjeti za upućivanje stranke na parnicu (50/2. OZ). Rješenjem o žalbi sud će žalbu odbaciti ili prihvatiti, osim u slučaju kad su ispunjeni uvjeti za upućivanje na parnicu (50/3.1. OZ). Ako žalbu prihvati, sud prvoga stupanja dužan je ukinuti provedene radnje i obustaviti ovrhu (50/3.2. OZ). Osnovanost žalbe ocjenjuje se s obzirom na stanje stvari u vrijeme odlučivanja o žalbi (50/4. OZ).

Ako rješenje o izvanrednoj žalbi ovisi o utvrđivanju neke sporne činjenice, sud je dužan uputiti ovršenika da u roku petnaest dana od dana pravomoćnosti toga rješenja pokrene parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom (51/12. OZ), osim ako rješenje o toj žalbi ovisi o utvrđenju spornih činjenica postojanje kojih ovršenik može dokazati javnom ili javno ovjerovljenom ispravom, odnosno ako su one općepoznate ili se njihovo postojanje može utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmnjevama, kad je sud ovlašten o osnovanosti žalbe odlučiti u ovršnom postupku (51/2.1. OZ). Ako žalbu prihvati, dužan je ukinuti provedene radnje i obustaviti ovrhu, a ako je ne prihvati, dužan je uputiti ovršenika na parnicu (51/2.2. OZ). Tužbu kojom pokreće parnicu na koju je upućen ovršenik može utemeljiti samo na razlozima koje je istaknuo u žalbi u povodu koje je upućen na parnicu (51/3. OZ). Ako ovršenik u povodu naknadno podnesene žalbe nakon isteka roka bude također upućen na parnicu, dužan je razloge zbog kojih je izjavio tu žalbu istaknuti u parnici na koju je prethodno upućen ako u njoj još uvijek nije zaključena glavna rasprava (51/4. OZ) jer je sud u suprotnom dužan odbaciti tužbu (51/5. OZ). Na temelju pravomoćne presude kojom je utvrđeno da ovrha nije dopuštena, sud nadležan da odlučuje o žalbi dužan je ukinuti, na prijedlog ovršenika, provedene radnje i obustaviti ovrhu (51/6. OZ).

Ako se ovrha na temelju rješenja o ovrsi protiv kojega je podnesena redovita ili izvanredna žalba provede prije nego što se glavna rasprava u prvostupanjskom

parničnom postupku zaključi, ovršenik može do zaključenja glavne rasprave, i bez pristanka ovrhovoditelja kao tuženika, preinačiti tužbu tako što će zatražiti od suda da ovrhovoditelju naloži da mu vrati ono što je neosnovano stekao ovrhom te da mu naknadi štetu koju je zbog toga pretrpio, uključujući i troškove ovrhe u kojoj je ovrhovoditelj ostvario svoju tražbinu (52/1. OZ). Šteta na naknadu koje ovršenik ima pravo obuhvaća i razliku između vrijednosti unovčenog predmeta ovrhe i cijene po kojoj je on unovčen (52/3. OZ). Na novčane iznose povrat kojih traži ovršenik ima pravo na zakonske zatezne kamate od kada je ovrhovoditelj neosnovano stekao novčana sredstva iz njegove imovine odnosno od unovčenja dijelova imovine ovršenika (52/3. OZ).

7. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Procesnopravna operacionalizacija instituta *facultatis alternativae* u parničnom i ovršnom postupku ovisi o tome je li riječ o tzv. pretprocesnim, materijalnopравnim, ili o tzv. procesnim alternativnim ovlastima. Analiza pojedinih slučajeva tzv. pretprocesne *facultatis alternativae* pokazuje da se na sve njih ne može primijeniti isti procesni tretman, da jedan način ostvarenja tih ovlasti vrijedi kad je riječ o alternativnim ovlastima kod kojih se ispunjenje dužne činidbe može nadomjestiti ispunjenjem neke druge, od slučajeva kod kojih se alternativne ovlasti sastoje u pravu ugovorne strane da poduzimanjem određene radnje izazove prestanak određenog pravnog odnosa, odnosno kod kojeg je ugovorna strana ovlaštena poduzimanjem neke radnje spriječiti prestanak nekog pravnog odnosa. Analiza tih različitih slučajeva naglasila je i potrebu da se *de lege ferenda* preispitaju klasična postupovna rješenja koja sada stoje na raspolaganju radi njihove procesnopravne operacionalizacije, odnosno da se uvede poseban način određivanja predmeta spora i procesne elaboracije slučajeva u kojima se od suda očekuje regulacijska intervencija.

Analiza tzv. procesne *facultatis alternativae* stavila je u pravi plan pitanje pravne prirode toga instituta, zapravo problem pravilnosti i utemeljenosti na važećem zakonodavstvu klasične, civilističke koncepcije o njegovoj pravnoj prirodi, te je nametnulo potrebu da se institut pokuša objasniti u procesnopravnom ključu. *De lege ferenda* bilo bi svakako korisno kad bi se zakonodavno uređenje instituta dogradilo kako bi se izbjegle nejasnoće i dvojbe koje sada izaziva na teorijskoj razini i u praksi.

Summary

Mihajlo Dika*

**ON PROCEDURAL LAW OPERATIONALISATION
OF THE INSTITUTE OF FACULTATIS ALTERNATIVAE
IN THE CROATIAN LAW**

The article outlines the legal foundations of the regulation of the institute of facultatis alternativae in Croatian law and points to the need to differentiate between the two categories of this institute - the so-called pre-procedural, substantive law category, and the so-called procedural alternative authorization from the viewpoint of its legal procedural operationalization in civil and distress procedure. Cases are analysed of pre-procedural facultatis alternativae in which the fulfilment of due action can be substituted by fulfilment of another action and those in which alternative authorizations consist of the right of a contractual party to cause the cessation of a legal relationship by undertaking a certain action and those in which a contractual party is authorized to prevent the cessation of a legal relationship by undertaking certain actions. The author points to the need for their different treatment in procedural law and elaborates a methodology for their gradual realization. Within the analysis of the so-called procedural facultatis alternativae the author re-examines the well-foundedness of the so-called classical, civil law conception of the institute and explains its legal nature by developing a new procedural law conception according to which the procedural facultas alternativa would have the significance of a substantive procedural disposition. The contents and categories of alternative authorization are explored, as well as the possibilities of repeal and alterations of the statement of this authorization, the effects of its fulfilment in the course of the proceedings of the first degree, and consequences of non-inclusion into the verdict. From the aspect of both categories of alternative authorization, the problem of the impact of their expiry on the determination of the value of the object of dispute, as well as the procedural legal operationalization of the institute in distress proceedings are discussed. In conclusion, the author points to the need for further legislative development of procedural law aspect of fulfilment of both categories of the institute.

Key words: facultas alternativa, preprocedural and procedural alternative authority, civil law, civil and enforcement procedure

* Mihajlo Dika, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Mihajlo Dika **

ZUR PROZESSRECHTLICHEN OPERATIONALISIERUNG DES INSTITUTS DER *FACULTATIS ALTERNATIVAE* IM KROATISCHEN RECHT

In dieser Arbeit werden zunächst die gesetzlichen Grundlagen zur Regelung des Instituts der facultatis alternativae im kroatischen Recht umrissen. Dabei wird hinsichtlich seiner prozessrechtlichen Operationalisierung im Streit- und im Zwangsvollstreckungsverfahren die Notwendigkeit festgestellt, die Unterscheidung zwischen zwei Kategorien dieses Instituts zu treffen: der so genannten vorprozessualen, materiellrechtlichen und der so genannten prozessualen Ersetzungsbefugnis. Es werden zum einen Fälle der vorprozessualen facultatis alternativae analysiert, in denen die geschuldete Leistung durch eine andere Leistung ersetzt werden kann, und zum anderen solche Fälle, in denen die Ersetzungsbefugnis im Recht der Vertragspartei besteht, durch Vornahme einer bestimmten Handlung das Erlöschen eines bestimmten Rechtsverhältnisses herbeizuführen beziehungsweise dies zu verhindern. Es wird auf die erforderliche unterschiedliche prozessrechtliche Behandlung hingewiesen, und für einzelne Fälle wird die Verfahrenstechnik erarbeitet, die zu ihrer Verwirklichung führt. Im Rahmen einer Analyse der so genannten prozessualen facultatis alternativae wird die Begründetheit der so genannten klassischen, zivilistischen Konzeption dieses Instituts überprüft und der Versuch unternommen, seine rechtliche Natur durch die Entwicklung einer neuen prozessualistischen Konzeption zu erklären, nach der die prozessuale facultas alternativa die Bedeutung einer materiellen prozessualen Disposition hätte. Untersucht werden der Inhalt dieser Kategorie der Ersetzungsbefugnis, die Möglichkeit der Rücknahme und nachträglichen Änderung der Erklärung dieser Befugnis, die Wirkungen ihrer Erfüllung während des erstinstanzlichen Verfahrens sowie die Folgen der Nichtaufnahme in den Urteilsspruch. Mit Blick auf beide Kategorien der Ersetzungsbefugnis wird erörtert, welche Auswirkung ihre Postulierung auf die Bestimmung des Streitwerts hat und wie das Institut im Zwangsvollstreckungsverfahren zu operationalisieren ist. Abschließend wird festgestellt, dass der prozessrechtliche Aspekt der Verwirklichung beider Kategorien dieses Instituts legislativ sorgfältiger geregelt werden sollte.

Schlüsselwörter: facultas alternativa, vorprozessuale und prozessuale Ersetzungsbefugnis, Bürgerliches Recht, Streit- und Zwangsvollstreckungsverfahren

** Dr. Mihajlo Dika, Professor an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb