

## НОВА РЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ „FACULTAS ALTERNATIVA“ У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Институција коју је познало већ римско право, а коју је опште право назвало „*facultas alternativa*“ је преузета и у нови Закон о облигационим односима. Римско право је имало у виду само дужниково факултативно право: дужник је дужан само један предмет, али он се може ослободити обавезе тиме да да повериоцу неки други одређени предмет: *una res in obligatione, plures sunt in solutione* (Paul. D. 44, 7, 44; 5: *Si ita stipulatus sim: „si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus“*. Крек Грегор, Облигацијско право, *Zgodovina in sistem rimskega zasebnega prava*, Цеље 1937, 49). Као случајеви „*fakultas alternativa*“ римско права се наводе *actiones poenales, laesio enormis, arrha poenitentialis, stipulatio poenae*. Ако је код ноксалне тужбе власник роба, који је неком другом лицу проузроковао штету, треба да да одштету, он се је могао своје обавезе разрешити тиме да је уместо накнадне штете тужиоцу препустио роба самога. Код *laesio enormis* је у првом реду купац који није купио ствар за *iustum pretium* него испод половине вредности те ствари био дужан да ствар врати, а да се и њему врати куповна цена, али имао је и *facultas*: дозвољено је било да доплати разлику до висине праве вредности ствари и тако постићи да продаја остаје на снази (С 4, 42, 2, Корощец Виктор, Римско право, 1. дел, Љубљана 1967, 230; „...*humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimida pars veri pretii soluta sit; Diocl. C. 4, 44, 2 interpolir, confer: C. eod. 8, Крек op. cit. 318*). Код *arrha poenitentialis* (данашња одустаница) је под утицајем посткласичног грчког појмовања права свака од стране уговорнице могла жртвовати уговор тиме да плати *duplum* онога износа који је примила као агу или ако је агу дала, да се том износу одриче (С. 4, 21, 17, 2 из 1. 528; види и I. 3, 23, пр; Крек op. cit. 191). *Stipulatio poenae* је значила преузимање условне обавезе за случај да се безусловно уговорена престаџија не изврши (*Pamphilus dari spondes? spondeo. Si non dederis, centrum dari spondes? spondeo*). Уговорна казна се је могла уговорити и као „*facultas alternativa*“, ако је било уговорено да има дужник право да се реши своје обавезе испуњења тиме да плати казну (поена) (Крек op. cit. 85). Позната је била и неправна уговорна казна код које је уговорна

казна основна обавеза а страна се може разрешити тиме да да̄ неку другу уговорену престацију: *si Pamhilum non dederis centum dare spon-des? spondeo.* (Paul. D. 44. 7, 44, 5: *Si ita stipulatus sim: „si fundum non dederis centum dare spondes?” sola centum in stipulatione sunt in exso-lutione fundus).*

Друкчије него римско право уводи Закон о облигационим одно-сима поред факултативних обавеза и факултативна потраживања. Пра-вна природа факултативних потраживања је била у теорији спорна, па је у модерном праву потребно да и законодавац у погледу њих заузме своје становиште (види чл. 411 ЗОО). Али, и факултативне обавезе нису остале сасвим у оквирима традиционалних решења (види чл. 409 и 410 ЗОО). Потребна је анализа која покушава установити смисао усвојених решења.

1. *Факултативне обавезе.* Закон даје дефиницију појма факултати-вне обавезе у члану 409 ЗОО (који носи натпис „Овлашћење дужника у факултативној обавези”). Законска дефиниција гласи: „Дужник чија обавеза има један предмет, али му је допуштено да се ослободи своје обавезе дајући неки други одређени предмет, може се користити том могућношћу све док поверилац у поступку принудног извршења не добије потпуно или делимично предмет обавезе”.

У погледу оног дела дефиниције која говори о ослобођењу дуж-ника давањем неког другог предмета него што је у обавези нема раз-лике између уређења у нашем праву и уређењима у другим правним поретцима. Међутим, многи правни системи помињу само алтернативну облигацију; они ћуте о факултативном овлашћењу. У француском праву је нпр. одређена алтернативна облигација у чл. 1189 до 1196 Code civil. Неки се аутори жале да Code civil не садржи факултативне облигације које су у пракси много важније од алтернативних облигација, чему се је чудити пошто има много римских текстова који одређују такве слу-чајеве (Ripert Georges, Boulanger Jean, *Traité de droit civil*, Tome II, Paris 1957, 496). Али, дефиницију коју теорија даје садржи елемент либерирања испоруком друге престације него оне што је у обавези. Раз-лика од алтернативне обавезе је у томе што алтернативна облигација ствара обавезе двају престација које су у истом плану (Marty Gabriel, Raynaud P, *Droit civil*, II, Paris 1962, 770; Mazeaud Henri, Leon, Jean, *Leçons de droit civil*, Tome II, Paris 1969: „Le débiteur ne doit qu'une seule prestation, mais il a la faculté de se libérer en exécutant une autre pre-station déterminée. Il n'y a ici qu'une seule prestation, non seulement, in solutioné, mais, in obligationé...”).

Доктрина наводи разне случајеве: факултативна облигација постоји ако страна мора испоручити одређену робу, али се она може ослобо-дити те обавезе тиме да плати одређену своту новца (Marty Reunaud op. cit. 771). Често су обавезе креиране тестаментом на терет наследника, али тестатор дозвољава наследницима да се од обавезе растере тиме да испоруче повериоцу неку другу ствар (Ripert-Boulanger op. cit. 497). „*Facultas alternativa*” је уређена и прописима закона: *lésion* — преко-мерно оштећење — даје интересенту права да понуди додатак цене до

праве вредности ствари коју је купио односно придобио поделом имовине како би остала продаја односно подела имовине на снази (чл. 891 и 1681 Code civil); чл. 1079 мод. законом 7. фебр. 1938. Када по члану 2131 Code civil предмет хипотеке, некретнина, због уништења односно оштећења, не представља више довољну гаранцију може дужник који жели спречити наплату дуга дати додатну вредност на којој се оснује хипотека). Отац и мајка који не могу платити издржавање за дете могу понудити да дете буде код њих и тако од њих прима издржавање директно (чл. 211 Code civil).

Право common law не познаје израз facultas alternativa. Ипак му институција није непозната: говори се о опцији, о правој односно пословној опцији (а „true“ or „business“ option. Та опција састоји се у томе да контракт спецификује појединачну примарну односно базичну облигацију која може да буде испуњена на одређени начин ако носилац опције не изабере други начин. За common law је карактеристично да се наглашава да опција постоји само у корист носилаца права опције. Није дужан носилац права да води рачуна о интересима и погодности односно непогодности друге стране уговорнице односно друге стране у облигацији (Reardon Smith Line Ltd. v. Ministry of Agriculture /1963/ A. C. 731; Chitty on Contracts (23. ed.) Vol. I, Лондон 1968, 534 (paragraph 1137: „In a „business option the contract specifies a single, primary or basic obligation to be performed in one way, unless the holder of the option chooses to substitute another way, and does so by effective exercise of his option; this power of option is conferred by the contract on the option-holder solely for his advantage and in exercising the option. The holder is not bound to consider the convenience or the interest of the other party.) Случај Реардон је познат и због великих искључења одговорности у бродарском уговору „Charter party“: excepted risks, Anson' a Law of Contract (A. G. Guest) 23. ed. Oxford 1971, 454).

Немачко право говори о алтернативним облигацијама, али не помењује „facultas alternativa“. У §§ 262 до 265 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) су уређене само избрини дугови (Wahlschulden). У доктрини се узимају у дефиницији како битни елементи везаности једног дуга, а могућност ослобођења тог дуга са испоруком другог предмета испуњења. Наглашава се да је поверилац дужан да се задовољи са таквом алтернативном престацијом коју му нуди дужник (Hier kann der Gläubiger nur eine bestimmte Leistung verlangen, dem Schuldner ist aber das Recht eingeräumt, sich durch eine andere Leistung- z. B. durch eine Geldzahlung- von seiner Schuld zu lösen. Der Gläubiger muss die ihm angebotene Ersatzleistung als Erfüllung annehmen Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, München 1970, 126; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 1973, 258). Као случајеви „facultas alternativa“ (Ersatzbefugnis, alternative Ermächtigung, Lösungsbefugnis, Abfindungsbefugnis) се у немачкој доктрини наводи право код купње новог аутомобила да се урачуна старо возило (BGHZ 46, 338; Dubischer, Alt gegen neu beim Kauf, Juristenzeitung 1969, 175; Esser Josef, Schuldrecht, Karlsruhe 1970, 118; Larenz op. cit. 127: Der Käufer schuldet hiernach den festgesetzten Preis in voller

Höhe, hat aber das Recht, einen Teil seiner Geldschuld durch Hingabe seines gebrauchten Wagens zu tilgen). Macht er davon keinen Gebrauch, muss er den vollen Kaufpreis zahlen). „Facultas alternativa“ је одређена и законском нормом која одређује да може страна уместо у страном новцу платити и у домаћем новцу (Larenz op. cit. 126). У многим случајевима у њемачком BGB може дужник уместо дуговане ствари платити одговарајућу суму новца (251, II, 257, 528 I 2, 775 II, 1087 II, 1712 II BGB; Ennescherus Ludwig, Lehmann Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1954, 40; Fikentscher Wolfgang, Schuldrecht, Berlin, New York 1971, 131).

Много има случајева „facultas alternativa“ одређених уговором. Такав је и случај када странке уговоре да дужник може да плати уместо новцем хартијама од вредности (Fikentscher op. cit. 131; Ennescherus op. cit. 40; RG JR Nr. 853; RG 127, 350).

И *швицарско право* не познаје посебног уређења „facultas alternativa“ као институције, него извлачи карактеристике те институције из појединих случајева које одређује закон. Као и друга упоредна доктрина стоји и швајцарска доктрина на становишту, да је код те врсте обавеза дужника дужан само једно испуњење (престацију) али да страна има право да да, односно тражи друго замениво испуњење. Као случајеви такве facultas се наводе престација у домаћем новцу ако тражбина гласи на страни новац (чл. 84 Закона о облигацијама OR- Obligationenrecht); бирање између испуњења и одустачка од уговора у случају када је уговорена одустаница (чл. 158. 3 OR); плаћање робом уместо новцем (судска одлука BGE 50 II, 40; Guhl Theo. Das Schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1972, 72).

Уређење „facultas alternativa“ не садржи ни *италијански codice civile*. Доктрина заступа становиште као и остало упоредно право: само једна обавеза постоји, али дужник има могућност да изврши неко друго давање („...c'è una sola prestazione obbligatoria, ma il debitore ha la possibilità di eseguire una prestazione diversa“, Trabucchi Akberto, Istituzioni di diritto civile, Padova 1952, 450). Као случајеви „facultas alternativa“ се наводе: када је цена закупа одређена у стварима, се може платити закуп и у новцу; дуг у иностраној валути се може платити у домаћој валути; било која престација се може заменити и плаћањем „multa poenitentialis“ (Trabucchi, op. cit. 451).

Нови законници социјалистичког система (Грађански законик Мађарске народне републике из 1959. године, Грађански законик РСФСР из 1964. године, Пољски грађански законик од 1964. године, Ческословенски законик од 1964. године и Цивилни законик њемачке демократске републике од 1975. године) не садрже правила којима би била опћениго уређена институција „facultas alternativa“.

Аустријски општи грађански законик који је важно односно чија правила су била примењивана на великом делу подручја Југославије је био доста широк, тако да је могла доктрина из § 906 извући и институцију „facultas alternativa“. Тај члан тражи само да се може обећање испунити на различите начине и не захтева да су у дужничком односу

више престација (као што то тражи њемачки BGB у чл. 262). Ипак, је аустријска доктрина изразила мисао да постоји код факултативне облигације о облигацијама различитих интересних положаја тако да се за њих не могу поставити нека општа начела (Gschntzer Franz образложење чл. 906 у Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, IV Band, Wien 1968, 371). Као случајеви „*facultas alternativa*“ се набрајају: § 483: одступање ствари на којој постоји сервитута уместо плаћања трошкова за издржавање те ствари; § 650: одређивање главног легата уместо подлегата; § 693: враћање легата или његове постојеће вредности уместо доприноса; § 934: накнада недостатне вредности уместо враћања ствари код прикраћења преко половине; § 951: плаћање недостатне вредности уместо враћања дара (уколико је повређен нужни део) наследника (Ehrenzweig Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd, 1. Hälfte, Das Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1928. 16s).

У неким системима, нарочито у њемачкој теорији се наглашава да је разлика између факултативних и алтернативних облигација мала, а неки чак тврде да никаква разлика не постоји (BGH, LM Nr. 6 ad § 946, Fikentcher op, cit. 131). Ипак, већина теоретичара види разлику: она постоји у само једној престацији која је у облигационој вези код „*facultas alternativa*“. То се покаже у случају када постаје испуњење оне престације која је у облигационој вези као немогуће (Gschntzer op. cit. 371). Случајно уништење стварно ослобађа дужника (Ehrenzweig op. cit. 16). Уништење ствари (давања) која је намењена као *facultas* нема никаквог утицаја на облигацију; захтев на примену престације тиме није повређен. Али чим је ствар која је у облигационој вези уништена, дужник је своје обавезе ослобођен. „*Facultas alternativa*“ је привилегија а не дужност (Esser op. cit. 118): никакав пристанак повериоца није потребан (Palandt op. cit. 258). Велика разлика са алтернативном облигацијом је и у томе што изјава дужника да ће извршити факултативну обавезу нема никакав утицај на садржину примарне обавезе. Таква изјава не ствара постојање нове обавезе за дужника на факултативну престацију и право повериоца да наплати ту престацију. Поверилац може наплатити само првобитну тражбину. Дужник је тек тада ослобођен када стварно испоручи своје факултативно давање (односно обави факултативно испуњење чињења (RGZ 94, 60; Larenz op. cit. 126. Ennesцерus op. cit. 41.). Ако се дужник позива направо замене испуњења он је дужан да то право докаже (Ennesцерus op. cit. 41).

Поставило се је питање да ли је испуњење секундарне престације и заблуде пучоважно. Данас судска пракса у Њемачкој стоји на становишту да кодикција у случају такве заблуде није допуштена због заштите добре вере у промету (RG 120, 280 следећи, Ennesцерus 41, Larenz op cit. 127).

Становиште да се немогућношћу испуњења главне престације гаси обавеза иако још постоји могућност испуњења факултативне престације, заступају: талијанска доктрина (Trabucchi op. cit. 451: non ha rilievo il fatto che sia rimasta possibile l'altra prestazione che era in facoltà di debitore), швицарска доктрина (Die Fakultativobligation untersteht grund-

sätzlich den Vorschriften über das einfache Schuldverhältnis, Guhl op. cit. 72), енглеска судска пракса и теорија (Chitty op. cit. 534 — „Hence, if performance of the primary obligation is impeded or frustrated, the option-holder is not obliged to exercise his choice as to permit performance in the substituted way”) и француска доктрина (Reynaud-Marty op. cit. 771: „La situation est alors différente de celle que constitue l'obligation alternative où les deux prestations sont sur le même plan”). Француска доктрина наглашава да је дужник ослобођен ако се ствар главне престације уништи или постаје недозвољена (Mazeaud op. cit. 934: „... si l'objet dû vient à périr par cas fortuit ou si la prestation due est illicite, l'obligation s'éteint”. Ripert-Boulanger op. cit. 497: „La perte fortuite de la chose qui est objet de l'obligation, ou l'impossibilité d'exécuter le fait promis, entraîne la libération du débiteur. Celui-ci, en effet, n'est jamais tenu de remettre la chose qui est in facultate solutionis. C'est une solution différente de celle qui est admise dans l'obligation alternative. Si c'est la chose ou la prestation in facultate solutionis qui périt ou devient d'une exécution impossible, l'obligation est alors pure et simple. Le débiteur n'est pas libéré par cette perte ou impossibilité”).

У том погледу значи норма југословенског облигационог права нешто сасвим ново и неочекивано. Сасвим у складу са упоредним правом и његовом теоријом је одређено да је само једно од уговорених давања у облигационој вези: „Поверилац у факултативној обавези може захтевати од дужника само предмет обавезе, а не и други предмет, којим дужник, ако хоће, може такође испунити своју обавезу (чл. 410, 1 ЗОО). Али питање либерализације у случају пропасти престације односно немогућности испуњења (иако за то уништење односно испуњење дужник не одговара): „Кад предмет обавезе постане немогућ услед догађаја за који дужник не одговара, поверилац може тражити само накнаду штете, али се дужник може ослободити обавезе дајући предмет који је овлашћен дати уместо дугованог предмета” (чл. 410, ст. 2 ЗОО). Закон дакле налаже дужнику објективну одговорност за испуњење примарне обавезе, иако узрок за неиспуњење не произилази из дужникове сфере.

Потребно је одговорити на питање зашто је законодавац дужнику наложио толики терет одговорности који не постоји и на снову општих правила о терету ризика односно одговорности дужника. У досадашњој југословенској теорији нису запажена решења у смислу у којем је пошчао Закон о облигационим односима. Теоретичари заступају решења која постоје и у упоредном праву: „Ако дуговани предмет пропадне услед догађаја за који дужник не одговара (внша сила, кривица повериоца) онда се облигација гаси односно дужник се ослобађа обавезе испуњења”, Перовић Слободан, Облигационо право I (3. изд.) 1976, 58. „Најчешће се код факултативне облигације даје дужнику овлашћење да он место дугованог предмета да други предмет. Поверилац има права да захтева само дуговани предмет и ако се догоди да дуговани предмет пропадне услед више силе, поверилац не може да захтева други предмет. Код факултативне облигације нема избора, јер се у ствари дугује само један

предмет”, (Милошевић Лубиша, Облигационо право, Београд 1977, 279). „Када код облигационоправног односа, који је факултативан са становишта дужника, пропадне услед више силе, коју дужник дугује као правну обавезу, обавеза се гаси уколико је предмет обавеза био индивидуално одређена ствар” (Борђевић Живомир, Станковић Владан, Облигационо право, Београд 1974, 78). Још у нацртима закона (1976. г) је било решење исто као што је обичајно у упоредном праву: „Кад предмет обавезе постаје немогућ услед догађаја за који дужник не одговара, обавеза престаје. Кад предмет обавезе постане немогућ услед догађаја за који дужник одговара, поверилац може тражити само накнаду штете, али се дужник може ослободити обавезе дајући предмет који је овлашћен дати место дугованог предмета (чл. 381 Нацрта, април 1976; чл. 390 Нацрта, септембар 1976).

Тешко је замислити оправдање норме члана 410 која налаже неодговорном дужнику да сноси ризик неиспуњења када је било испуњење спречено из разлога ван дужникове сфере. По општем правилу новог облигационог права дужник одговара за делимичну или потпуну немогућност испуњења (иако ту немогућност није скривио) само ако је наступила после његовог доласка у доцњу, за коју одговара (чл. 262, ст. 4 ЗОО). Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи (чл. 263 ЗОО). Очито јесте да је овако одређена општа одговорност далеко мања од одговорности која терети факултативно обавезаног дужника, а то упркос томе што је у чл. 409 декларисано у погледу факултативног овлашћења начело да је један предмет у обавези. Тај би предмет требао да буде под општим режимом просте облигације.

Никаквог разлога, дакле, нема да се поступа дужником из факултативне облигације строже него с дужником општег типа. Изгледа дакле да је законска формулација са теоретских гледишта промашена. Изгледа чак као да је у тексту грешка. Оне последице које уређује други став члана 410 закона би могле да добро служе у случају када пада на дужника одговорност за немогућност предмета обавезе: тада би била оправдана одредба да поверилац може тражити накнаду штете. Умесна би била и „*facultas alternativa*”: ако та *facultas* постоји у случају прве престације није разлог зашто да се не признаје и за престацију која на основу закона ступа на њезино место: за накнаду штете која се даје на основу одговорности за неиспуњење. Реч „не” је дакле сувишна. Цели став два би требао да буде став три тога члана. А став два би требао да буде формулисан као што стоји у нацрту (види цитат горе).

Питање од којег времена даље производи дејство изјављена воља дужника да да уместо примарне факултативну престацију је у закону решено у смислу теорије упоредног права. Ако страна изјави да жели испунити факултативни предмет, она се може још преодомислити јер последице кориштења овлашћења да се испуни други предмет дејствују тек од оног момента даље када се замена предмета испуњења стварно

изврши: то произлази из одредбе да се дужник може користити могућношћу да да̂ неки други предмет све док поверилац у поступку принудног извршења не добије потпуно или делимично предмет обавезе (чл. 409). (Пријашње право и право орз: „Die Ersetzungsbefugnis des Schuldners drückt sich in Klage und Urteil so aus, dass der Anspruch nur auf die Hauptleistung erichtet ist, dem Beklagten aber die Myglichkeit der Ersetzung eröffnet ist: Gschnitzer op. cit. 371.” „...le créancier agissant en justice ne peut demander que l'objet de l'obligation et que le tribunal ne peut prononcer de condamnation qu pour cet objet. Il appartient ensuite au débiteur de se libérer, s'il le veut, par autre prestation, Douai, 21 mars 1891, D. 92. 2. 549; Ripert-Boulanger op. cit. 497).

2. *Факултативна потраживања*. Prima facie се код факултативних потраживања поставља питање да ли смислено она могу претстављати нешто друго него алтернативну обавезу дужника: ако разлике нема, онда нема ни разлога за увођење неке посебне институције факултативног потраживања. Ако је код факултативног потраживања положај такав да може поверилац тражити од дужника једно или друго испуњење, а дужник је дужан да на тај захтев испуни тражену престацију онда је тако први као и други предмет у алтернативној обавези: од повериоца овиси, за коју од алтернативних могућности се одлучи. Поверилац има facultas, а дужника веже алтернативност: он не зна за које ће се од испуњења поверилац определити, па су према томе сва испуњења алтернативно везана.

Унаточ томе се у теорији данас опште признаје да постоји и посебна институција факултативног потраживања, ипак образложење какве се ситуације сматрају као факултативна потраживања се каткада не дају или су јако оскудна (Guhl op. cit. 72; Милошевић, op. cit. 279; Борбевић-Станковић, op. cit 77). Данашња правна наука која образлаже ту институцију наглашава да може поверилац тражити од дужника уместо одређене престације неку другу престацију (Ennessegerus op. cit. 41). Случајеви: страна — купач возила истиче могућност да под одређеним условима тражи неки други тип аутомобила.

Као најтипичнији случај поверилачке „*facultas alternativa*” која је основана на закону се помиње законита дужност накнаде штете када поверилац може тражити уместо реституције у пријашње стање накнаду штете у новцу (Ennessegerus op. cit. 41; Esser op. cit. 118). Анализа тих тражбина показује да постоје унаточ сличности битне разлике између алтернативне облигације и факултативних потраживања. Код алтернативних облигација постоји једнака веза за све престације у облигационом односу. Код факултативних потраживања не постоји једнакост. Престације су у различитим линијама (Ennessegerus op. cit. 41). У ствари се ради о једној обавези која се може трансформисати у другу обавезу (обавезу друге престације) једностраном изјавом повериоца. Та изјава има дакле конститутиван карактер. Увјек постоји само једна обавеза. Пре изјаве једна обавеза, а после изјаве друга обавеза. Свака од тих обавеза има карактеристике просте обавезе. Она обавеза која у даном моменту постоји, може да постане немогућа и дужник је због тога ослобођен.



У сваком стадију може дужник да обавезу ликвидира с испуњењем: није дакле дужан како и код алтернативне облигације да чека на изјаву друге стране којом би се одредила која од престација треба да се оствари (Larenz op. cit. 127; Esser op. cit. 119, 120; Ennescherus op. cit. 42: RG 126, 403; нејасно образложење код Gschnitzer op. cit. 372); тај теоретичар не види разлике између алтернативне облигације и факултативног потраживања.

У том смислу треба интерпретирати и одредбу нашег закона о факултативном потраживању: Кад је уговором или законом предвиђено да поверилац може захтевати од дужника неки други одређени предмет, дужник је дужан предати му тај предмет ако поверилац то захтева (чл. 411, ст. 1 ЗОО). Тек изјавом повериоца (захтевањем) настаје обавеза за други предмет, а тиме престаје обавеза у погледу првог предмета. До тога момента је ипак и друга престација у облигационој вези толико, да дужник могућност те престације не сме обезуспешити. До те границе се ипак аналогно примењивају и правила факултативним и алтернативним обавезама.

*др Стојан Цигој*

## РЕЗЮМЕ

Новые решения в отношении „факультас алтернатива“  
в югославском законе

В отношении факультативных обязательств в новом законе об облигационных отношениях постановляется, что только одно из договорных дающих находится в облигационной связи: кредитор может требовать от должника только предмет обязательства, а не любой другой предмет, которым должник, если желает, может выполнить свое обязательство (ст. 410. 1). Но неожиданно установлен случай гибели денежных возмещений т.е. невозможность выполнения. Постановляется, что в случае, когда предмет обязательства станет невозможным в следствие событий, за которые должник не отвечает, кредитор может требовать возмещения ущерба, но должник может освободиться от обязательства, предложив равноценный предмет вместо предмета долга (ст. 410. 2). Этим закон определяет объективную ответственность должника в выполнении перво-степенных обязательств, хотя причина для невыполнения не происходит из сферы должника. Нет причины, чтобы такое бремя возложить на должника. Для такой строгой точки зрения по обременению должника нет поводов в сопоставительном законе. Такие решения югославская теория не защищала и ни общие принципы нового закона не определяют такую строгую ответственность должника (ст. 263). Не видеть причину, почему факультативно обязанный должник отвечает иначе, хуже, нежели в режиме простой облигации. Ставится вопрос, не подкралась ли в текст ошибка, которую следовало бы исправить. Последствия, определенные упомянутым предписанием, могли бы сослужить хорошее дело, в случае, когда падает на должника ответственность за невозможность выполнения обязательств. Тогда было бы оправданным постановление о том, что кредитор может требовать возмещения ущерба. Весь параграф два статьи 410, значит, следовало, бы перечести в параграф три той же статьи. А следовало бы упорядочить параграф два, который устанавливает случаи невозможности выполнения обязательств, за которые должник не отвечает: такой параграф уже существовал в проекте и совершенно соответствовал и нашей точке зрения и сопоставительному праву. Такой параграф гласил: „Когда предмет обязательства становится невозможным для выполнения вследствие событий, за которые должник не отвечает, обязательство прекращается. „За этим следовал текст третьего параграфа, напоминающий наш настоящий второй параграф: „Когда предмет обязательства становится невозможным для выполнения вследствие событий, за которые должник отвечает, кредитор может получить возмещение ущерба, а должник может освободиться от обязательств, давая равноценный предмет вместо договоренного предмета.“

## A SUMMARY

*New Solutions in Respect of the optional Alternative in Yugoslav Law*

In respect of the optional obligation, the new Law on Obligation Relations has determined that only one of the contracted objects shall be in an obligation relationship, and not the other object as well, but with which the debtor, if he so wishes, may also settle his obligation (Article 410,1.). It is a surprise, though, as to the way the question of the inability of settlement has been solved. It has been provided that the creditor may claim compensation of damage in a case where the object of the obligation has become an „impossibility" due to causes outside the debtor's responsibility, but the debtor may release himself of the obligation by surrendering an object which has been authorised for surrender instead of the object in the debtor's custody (Article 410). Thus the Law determines the debtor's objective responsibility for the settlement of his primary obligation although the cause of non-fulfilment (or non-settlement) does not originate from the debtor's side. There is no reason for placing such a burden on the debtor's shoulders. There is no example of such a rigid point of view on account of the debtor in comparative law. This solution has not been adopted in the theory of Yugoslav law either, nor have the general principals of the new Law laid down such rigid responsibilities of the debtor (Article 263). There is no foreseeable reason why the optionally responsible debtor should answer to his obligation in a more rigid way, other than in the regime of a simple obligation. The question is, has there been made a mistake in the text, which should be rectified. The consequences provided by the above outlined regulation could serve a purpose in case of the debtor's responsibility for the impossibility of settlement. In that case the provision allowing the creditor to claim compensation of damage would be justified. Therefore, paragraph 2 of Article 410 should be placed under paragraph 3 of the same Article. Then there should be inserted a new paragraph 2 listing the cases of impossibility of settlement outside the debtor's responsibility: such a paragraph already existed in the Draft and was in line with our and comparative law. That paragraph reads: „In a case when the object of the obligation becomes ‚impossible' due to a cause outside the debtor's responsibility, his obligation ceases". This was followed by a text resembling the existing paragraph 2: „When the object of an obligation has become ‚impossible' due to a cause outside the debtor's responsibility, the creditor may claim compensation of damage but the debtor may release himself of the obligation by surrendering an object which has been authorised for surrender instead of the contracted object".

## RÉSUMÉ

*„Nouvelles solutions au sujet de facultas alternativae dans le droit yougoslave”*

Au sujet de l'obligation facultative la nouvelle Loi relative aux rapports d'obligation détermine que seulement l'une des prestations stipulées par le contrat est en relation d'obligation: le créancier peut exiger du débiteur seulement l'objet de l'obligation, et non point un autre objet, par lequel le débiteur peut, s'il le veut, de même exécuter son obligation (article 410, premier alinéa). Mais soudainement est réglé le cas du déperissement de la prestation, c'est à dire de l'impossibilité de l'exécution. Il est déterminé que dans le cas que l'objet de l'obligation devient impossible par suite des événements pour lesquels le débiteur n'est pas responsable, le créancier peut réclamer la compensation des dommages, mais le débiteur peut se libérer de l'obligation en donnant l'objet qui est remis en bonne et due forme au lieu de l'objet qui est dû. (article 140, deuxième alinéa). La Loi a déterminé de cette façon la responsabilité objective du débiteur pour l'exécution de l'obligation primaire quoique la cause de l'inexécution ne provient pas de la sphère du débiteur. Il n'y a pas de raisons qu'une telle charge soit attribuée au débiteur. Pour un point de vue aussi sévère à la charge du débiteur il n'y a pas de modèle dans le droit comparé. La théorie yougoslave ne s'est pas intéressée à une telle solution, de même les principes généraux de la nouvelle loi ne déterminent pas une responsabilité aussi sévère du débiteur (article 263). On ne voit pas la raison pourquoi le débiteur facultativement obligé devrait répondre autrement, plus sévèrement, que dans le régime de la simple obligation. La question se pose si une erreur ne s'est glissée dans le texte qu'il faudrait corriger. Les conséquences que détermine la prescription décrite pourraient servir utilement quand c'est au débiteur qu'incombe la responsabilité pour l'impossibilité de l'obligation. Dans ce cas la disposition serait justifiée que le créancier peut réclamer les dommages-intérêts. L'alinéa deux tout entier de l'article 410 devrait être, par conséquent, l'alinéa trois de ce même article. Et il faudrait intercaler l'alinéa deux qui détermine les cas de l'impossibilité pour lesquels le débiteur ne répond pas: un tel alinéa existait déjà dans le projet et il était entièrement en conformité avec les vues de notre droit, ainsi que du droit comparé. Cet alinéa était ainsi rédigé: Quand l'objet de l'obligation devient impossible par suite des événements pour lesquels le débiteur n'est pas responsable, l'obligation prend fin. Ce passage a été suivi du texte du troisième alinéa qui rappelle notre deuxième alinéa actuel: quand l'objet de l'obligation devient impossible par suite des événements pour lesquels la responsabilité du débiteur n'est pas engagée, le créancier peut demander seulement la réparation des dommages, mais le débiteur peut se libérer de l'obligation en donnant l'objet qu'il est autorisé de donner à la place de l'objet stipulé par le contrat.