

Dr. Damjan Možina*

Impossibilium nulla obligatio est? Začetna nemožnost izpolnitve v slovenskem in primerjalnem pogodbenem pravu

1. Uvod

»Pogodba je nična, če je predmet obveznosti nemogoča«, določa čl. 35 OZ (čl. 47 ZOR). Pravilo, ki ga poznajo tudi drugi kontinentalni pravni redi, se navadno pojasnjuje z maksimo slavnega rimskega pravnika Publija Juvencija Celza: »*Impossibilium nulla obligatio est*«. Gre za načelo častljive starosti, katerega veljava se zdi aksiomatična, njegov pomen pa samoumeven: nihče ne more biti zavezan dati ali storiti nekaj, česar ne more – *non potest* predpostavljati. Od nemožnosti, ki nastopi v času sklenitve pogodbe (začetna nemožnost), razlikujemo nemožnost, ki nastopi po sklenitvi pogodbe (naknadna nemožnost) in pomeni posebno vrsto izpolnitvene motnje, za katero zakon določa pravne posledice glede na to, ali in katera od strank zanjo odgovarja.¹ Pravilo o ničnosti kot posledici začetne nemožnosti ter razmerje do podobnih situacij je v teoriji že dlje časa predmet kritike. Sodobne tendence v primerjalnem pravu kažejo na drugačno vlogo instituta nemožnosti: tako npr. v nizozemskem pravu in reformiranem nemškem BGB nemožnost izpolnitve obveznosti ni več razlog za neveljavnost pogodbe, temveč (le) omejitev izpolnitvenega zahtevka. Podobno velja za sodobne akte unificiranega pogodbenega prava: Načela evropskega pogodbenega prava (PECL) ter Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (PICC),

* Docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Celz., Dig. 50, 17, 185.

² R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 687; S. Perović, v: S. Perović, D. Stojanović (ur.), Komentar ZOO (1980), str. 229, piše: »Pošto se nemoguće ne može izvršiti, ... a ugovor se upravo zaključuje da bi se izvršio, logično je što se zaključio da njegov predmet bude moguć.«

³ Obveznost preneha, če postane objektivno nemogoča in se dolžnik po čl. 240 OZ razbremenil odgovornosti za okoliščine, ki so jo povzročile (čl. 329–331 OZ). Posledice v vzajemnih pogodbah so določene v čl. 116 in 117 OZ.

pa tudi za Konvencijo ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG). Namen prispevka je osvetliti in kritično ovrednotiti kompleksno problematiko začetnih izpolnitvenih ovir v slovenskem in v nekaterih tujih pravnih redih. Ključna vprašanja, na katera želimo odgovoriti, so: vpliv nemožnosti na veljavnost pogodbe, vpliv nemožnosti na obveznost izpolnitve v naravi, odškodninska odgovornost za neizpolnitev nemogoče obveznosti ter možnost razbremenitve odškodninske odgovornosti.

2. Zgodovinsko ozadje

Poleg Celzove maksime so v rimskem pravu znani še drugi citati, ki izražajo misel, da obljuba, ki je ni mogoče uresničiti, nima pravnega učinka.⁴ Sodobna doktrina poudarja, da Celzova maksima v rimskem pravu ni imela takšne aksiomatične veljave, kakršno ponekod uživa danes, in ni na splošno povzročila neveljavnosti vsake pogodbene obveznosti. Neveljavnost se je nanašala predvsem na primere, ko je bila obveznost že spočetka povsem absurdna, tako da bi bilo njeno sankcioniranje s strani pravnega reda nesmiselno; pogosto se primeroma navaja stipulacija mrtvega sužnja (kot živega) ter stipulacija hipocentava, ki je v antiki pomenil celo simbol nečesa, kar ne obstaja.⁵ Neveljavnost je povzročila le objektivna nemožnost, in sicer predvsem v naravnih, fizičnih oblikah, npr. dajatev neobstoječega predmeta, ali pa kot pravna nemožnost, npr. prodaja stvari, ki je *res extra commercium*.⁶ Prodaja neobstoječe rečnine je po drugi strani veljavna.⁷ Kadar je vsebina obveznosti objektivno mogoča in je le konkreten dolžnik ne more izpolniti, govorijo rimski pravniki o *difficultas*, ki ne vpliva na veljaven nastanek obveznosti, dolžnik pa odgovarja za neizpolnitev. Tako je veljavna prodaja tuje stvari, prav tako pa upniku odgovarja dolžnik, ki nima denarja, da bi poravnal dolg.⁸ Teorija poudarja, da je začetna nemožnost povzročila neveljavnost predvsem togih obveznosti (*negotia stricti iuris*), npr. stipulacij, kjer je tožbena formula pojmovno predstavljala obstoj predmeta obveznosti, medtem ko so bile pri gibkih obveznostih (*negotia bonae fidei*), npr. prodajni pogodbi, posledice določene bolj fleksibilno, razočaranemu kupcu pa se

je večših priznavala tudi *actio empti*.⁹ Tako je bila deloma že v klasičnem pravu, deloma pa po Justinijanovi kodifikaciji, veljavna prodaja (ne pa stipulacija) svobodnega človeka (kot sužnja), volilo neobstoječe stvari ter prodaja *res sacrae* ali *religiosae*.¹⁰ Vendarle pa je bila prodajna pogodba neveljavna, če je bila stvar pred sklenitvijo pogodbe uničena, ne da bi stranki vedeli.¹¹ Če je prodajalec vedel za uničenje, kupec pa ne, je pogodba veljala, prodajalec pa je odgovarjal odškodninsko.¹² Tudi če je ob sklenitvi nemogoča dajatev kasneje postala mogoča, obveznost ni postala veljavna.¹³ Izjema velja za primer, ko je bila obveznost sklenjena pod odložnim pogojem ali z začetnim rokom in je postala možna pred nastopom pogoja oziroma roka.¹⁴

Nadanjši razvoj pogodbenega prava na evropskem kontinentu je v veliki meri temeljil na rimskopravnih podlagi. Avtorji iz obdobja glosatorjev, komentatorjev (t.i. postglosatorjev) ter zgodovinske šole še razlikujejo med prodajo in stipulacijo: le pri slednji nemožnost povzroči neveljavnost.¹⁵ V obdobju naravnopravne šole se pogled na začetno nemožnost spremeni: pogodbena obveznost je mogoče pripisati promisorju le, če je izraz njegove svobodne volje, kot racionalno biije pa se človek lahko zaveže samo tisto, kar je zmogočen storiti.¹⁶ Nemogoča zaveza ne more biti predmet volje. Pojem nemožnosti, na katerega sta vplivali moralna teologija in etika, postane subjektiven: relevantna ni (le) objektivna nemožnost, ampak zmogočnost izpolnitve (*potestas*) konkretnega dolžnika.

Čeprav je že avstrijski ODZ formaliral pravilo, da obveznost ne more imeti nemogočega predmeta (§ 878), se današnje pojmovanje začetne nemožnosti večinoma pripisuje Friedrichu Mommsenu, enemu najvljudnejših avtorjev v obdobju pandektstike, katerega koncept nemožnosti je bil sprejet v BGB. Nemožnost je postala široka konceptualna abstrakcija in skupni imenoalec za celo vrsto situacij, pojem pa izrazito razvejani: razlikovali so denimo začetno in naknadno, naravno in pravno, objektivno in subjektivno, trajno in začasno ter popolno in delno nemožnost, pravne posledice v konkretni situaciji pa so bile odvisne od uvrstitve v to tipologijo nemožnosti.¹⁷

⁹ Navaja se npr. Paul. D. 19, 1, 21 pr.: «Si sterilis ancilla sit, causus partus veni, ... cum id emptor ignoraverit, ex emptio tenetur venditor». R. Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 686; V. Emmerich, *DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN* (2003), str. 24; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht* (1987), str. 116. V tem smislu tudi: G. Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 56.

¹⁰ E. Rabel, *UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG* (1907), str. 24.

¹¹ Paul. D. 18, 1, 15 pr.

¹² Paul. D. 18, 1, 57.

¹³ Paul. D. 50, 17, 29: «Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere».

¹⁴ G. Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 57, ki navaja Pomp. D. 45, 1, 31.

¹⁵ R. Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 691, ki navaja, da je Savigny (najslavnejši pripadnik zgodovinske šole) šel prodajo za veljavno, razen če je kupec vedel za uničenje objekta obveznosti.

¹⁶ R. Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 692.

¹⁷ O Mommsenovem pojmu nemožnosti glej: U. Huber, *LEISTUNGSSTÖRUNGEN I* (1909), str. 74 in

nasled. Razlog za tako širok pojem nemožnosti vidi teorija v širokem pojmu vsebine obveznosti (*Leistung*), kajti nemožnost se definira glede na vsebino obveznosti. Tako se je v predkavalnih snovalcev BGB pojem vsebine obveznosti (še) pokrival s celotnim programom ravnanja dolžnika glede na konkretno obligacijsko

⁴ *Cui. 3, 97: «Si id, quod dari stipulatus, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio ...»*; *Cui. 3, 99; Cui. D. 44, 7, 1, 9; Ulp. D. 45, 1, 82 (o stipulaciji stvari, ki kupcu ne pripada); Pomp. D. 18, 1, 8 pr.: «Nec emptio nec venditio sine re quae veniat potest intelligi» (glede prodaje neobstoječe stvari); *Cui. D. 44, 7, 1, 9; Paul. D. 45, 1, 83, 5 (prodaja sužnja, za katerega se izkazuje, da je svoboden)*.*

⁵ R. Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 687; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht* (1987), str. 116.

⁶ *Iust. Inst. 3, 19 § 1: «At si quis res, quae in rerum natura no n est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus est, quoniam vivens credidit, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio»*; glej: E. Rabel, *UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG* (1907), str. 26; V. Emmerich, *DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN* (2003), str. 24.

⁷ E. Rabel, *UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG* (1907), str. 25.

⁸ M. Kaser, *RÖMISCHES PRIVATRECHT* (1971), str. 490.

⁹ G. Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 57; E. Rabel, *UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG* (1907), str. 29.

Mommensen je, izhajajoč iz naravnopravnih teorij o svobodi volje, absolutiziral Celzovo maksimo in predpisal avtomatično ničnost vseh pogodb z objektivno nemogočim predmetom obveznosti, kar je utemeljeval z rimskopravnimi viri.³⁰ Poleg prekomernega abstraktnega konceptualizma mu kritiki očitajo, da se je zgledoval predvsem po stipulaciji in ne po prodajni pogodbi.³¹ Danes se v bran Mommensen poudarja, da je BGB v § 306 pravzaprav le kodificiral pravilo, ki je veljalo že v občen, pa tudi v pruskem pravu.³²

3. Začetne izpolnitvene ovire v slovenskem pravu

3.1. Objektivna začetna nemožnost in njene pravne posledice

Tako kot OZ v čl. 34 II in 35 (čl. 46 II, 47 ZOR) tudi umogi drugi pravni redi poznajo pravilo, po katerem začetna (objektivna) nemožnost predmeta obveznosti prepreči veljaven nastanek pogodbe.³³ Labko je dejanska ali pravna, glede slednje pa ničnost izhaja že iz zahteve, da mora biti predmet obveznosti dopusten (čl. 35 OZ). OZ (ZOR) za razliko od osnutka zakona, Konstantinovičeve Skice, ki izrecno govori o objektivni nemožnosti,³⁴ pojma nemožnosti ne definira, vendar teorija povečini poudarja, da povzroči ničnost le objektivna nemožnost.³⁵ Le-ta lahko pojmovno nastopi le pri individualno določenih predmetih obveznosti, (prave) generične obveznosti pa niso nemogoče, dokler »na svetu« se obstajajo primerki, pa čeprav izven dolžnikovega dosega. V tem smislu se položaj pri objektivni začetni nemožnosti ne razlikuje od položaja pri naknadni nemožnosti.³⁶ Praviloma mora biti nemožnost trajna, vendar tudi že začasna (prehodna) nemožnost povzroči ničnost, če ne gre za primer iz čl. 36 OZ; pogodba, katere učinek je vezan na pogoj ali rok, je kljub začetni nemožnosti veljavna, če postane predmet pogodbe do nastopa pogoja oziroma roka zopet mogoč. V teh

razmerje: vsebina obveznosti ni bila določena le s predmetom, temveč individualizirana tudi z ostalimi modalitetami – krajem, časom in kvaliteto. Po tem pojmovanju gre za nemožnost že, če izpolnjeno v kateri koli smislu odstopa od dolgovane in tega ni več mogoče popraviti. Takšen pojem nemožnosti se po uveljavljivi BGB v nemški teoriji in praksi ni uveljavil. O pojmu nemožnosti v nemškem pravu glej tudi: V. Emmertich, v: MünchKommB (1994), § 275, R. 7, str. 783.

³⁰ R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 694; glej E. Mommensen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (1853).

³¹ R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 694 in nsl.; R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 694 in nsl.

³² U. Huber, LEISTUNGSGESTORUNGEN I (1999), str. 98.

³³ Švicarski OR v čl. 20, avstrijski ODr v § 878, francoski Code civil v čl. 1128 in 1601, italijanski Codice civile v čl. 1346 in 1418, nemški BGB pred reformo v § 306. Izpolnitev mora biti nemogoča ne le dolžniku, temveč vsakomur (objektivna nemožnost) – Thode v: MünchKommB zum BGB (1994), § 306, str. 1030; P. Rummel, v: Kommentar zum ABGB (1990), § 878, str. 1101.

³⁴ M. Konstantinović, SKICA (1969), čl. 23 I: »Što je, s kakim nemogućno ne može biti predmet ugovora«.

³⁵ I. Jančovec, VIDOV I POSLEDICE NEMOŽNOSTI (1982), str. 37; B. Vizner, KOMENTAR (1987), str. 217; S. Perović, v: S. Petrović, D. Stojanović (ur.), Komentar ZOO (1980), str. 229; V. Kranjc, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem I (2003), str. 283; S. Cigoj, KOMENTAR I (1984), str. 175.

primerih pogodba retroaktivno konvalidira, kar pomeni izjemo od čl. 35 ter 90 OZ, ki se nanaša predvsem na primer, ko je pogodba sklenjena pod pogojem, da predmet postane mogoč.³⁷ Če je izpolnitev ob sklenitvi pogodbe mogoča in nemožnost izpolnitve nastopi kasneje, gre za naknadno nemožnost, ki ne vpliva na nastanek pogodbe.

Kadar je izpolnitev le delno nemogoča, velja pravilo iz čl. 35 OZ načeloma le za nemogoč del, celotna pogodba pa ni nična, če le lahko obstane brez ničnega dela in ta zanj ni bil pogoj ali odločilen nagib (čl. 88 I OZ). Določba izraža načelo, naj se pogodba po možnosti ohrani in veljavi (*favor contractus*).³⁸

Posledica ničnosti pogodbe je, da pravice in obveznosti ne nastanejo oziroma ugasnejo. Sklicevanje na nemožnost bo predvsem v interesu dolžnika, ki se bo s tem razbremenil odgovornosti za neizpolnitev. Stranki morata druga drugi vrniti, kar sta na podlagi nične pogodbe prejeli, v prvi vrsti v naravi, sicer pa civillno, po načelih neupravičene obogatitve.³⁹

Kljub temu, da pogodba z nemogočim predmetom ne nastane, pa obstaja možnost odškodninske odgovornosti, s čimer želijo pravni redi omiliti strogost ničnostne sankcije. Tako npr. avstrijsko, italijansko in švicarsko pravo prikrašani stranki omogočajo, da od svoje sopogodbence, ki je ob sklenitvi pogodbe vedela ali bi bil morala vedeti za nemožnost, zahteva povrnitev škode, ki jo je pretrpela zaradi zaupanja v veljavnost pogodbe.⁴⁰ Gre za krivdno odgovornost za t.i. negativni pogodbeni interes (*relativne interest*), ki skuša stranko postaviti v premoženjski položaj, kot da pogodba ne bi bila nikoli sklenjena, zajema pa predvsem naslednje postavke: izdatke v zvezi s sklenitvijo pogodbe, izdatke, nastale v zaupanju na pravilno izvedbo posla (npr. priprava na sprejem izpolnitve, odškodninska odgovornost iz pogodb, ki jih je stranka sklenila s tretjo osebo

³⁷ Glej čl. 330 I OZ. Načelo velja le za prave, t.j. nekonkretizirane (čl. 330 II OZ) generične obveznosti. V tuji teoriji se načelo *genus perit non censetur uteretur* s prevzemom rizika prisrbe (*Reschaffungsrisiko*, *procurantur risk*) prodajalec, je dolžan prisrketi generične stvari, ne glede na to, če njegovi primerki propadejo. Riziko prisrbe je pri generični prodaji iz lastne zaloge ali proizvodnje znanjsan na prisrbo stvari iz te omnejene vrste (mnogoče) blaga, pri prodaji specijes pa izjemni in nastopi le, če ga je prodajalec izrecno prevzel. Glej: H. Stoll, v: P. Schlechtriem, Kommentar CISG (2000), Art. 79, R. 30–32, str. 769.

³⁸ Tako izrecno: M. Konstantinović, SKICA (1969), čl. 23 II, str. 20.

³⁹ Podobno misel vsebuje tudi določba čl. 439 II in III OZ, ki določa posledice delne začetne nemožnosti pri prodajni pogodbi in na katero lahko prav tako gledamo kot na dopolnitev pravila iz čl. 35 OZ: v primeru delne nemožnosti je usoda pogodbe prepuščena kupcu, ki lahko odstopi od pogodbe, če zaradi delne nemožnosti ni mogoče doseči namena pogodbe oziroma če obstaja tak občaj, ali pa ostane pri pogodbi in zniža ceno. Pravilo se sicer navidez razlikuje od tistega iz čl. 88 I OZ, ki ne omejuje upnikove izbire, vendar pa je pogoj za obratitev pogodbe v obeh primerih primerljiv: da ni obraten bistven del upnikovega interesa. Takšno rešitev Cigoj utemeljuje s kavzo (S. Cigoj, KOMENTAR III (1985), str. 1380), vsebinsko pa je sorodna kriteriju bistvene kisave pogodbe iz CISG (PECL, PICC), po katerem je odstop od pogodbe dopusten le, kadar ima odstopanje izpolnitvega od dolgovane določeno tezo in onemogoča dosežanje namena pogodbe (bistvena kisave) – glej: čl. 25 CISG, čl. 8:103 PECL, čl. 7:3.1. PICC.

⁴⁰ Čl. 87 OZ. Glej: A. Poljanec-Pavčnik, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem I (2003), str. 514.

⁴¹ Glej § 878 ODr, čl. 1338 Codice civile, za švicarsko pravo: E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 249. V nemškem pravu pred reformo je § 307 BGB prikrašani stranki omogočal povrnitev škode zaradi zaupanja (neg. interes), po visini omnejene s pozitivnimi interesi.

v primeru, če so že ob sklenitvi pogodbe obstajale stvarne ali pravne napake, ki jih ni bilo mogoče odpraviti ali pa celo lastnosti tehnično sploh ni bilo mogoče zagotoviti.⁴⁰ Pravila o odgovornosti prodajalca za napake (jamčevanje) imajo prednost pred pravilom o ničnosti. Prodajalec odgovarja za brezhlbnost (obstoje zadrževanih lastnosti) času prehoda nevarnosti (praviloma ob izročitvi) ne glede na to, ali so napake obstajale že prej in tudi ne glede na to, ali je zanje vedel. S tem, ko prodajalec zagotovi, da stvar nima napak, pravzaprav obljubi, da bo v primeru napake odgovarjal.

V teoriji in (tudi) sodni praksi velja, da je določba o ničnosti zaradi objektivne začetne nemožnosti dispozitivne narave.⁴¹ Stranki se lahko izrecno ali molče dogovorita, da bo dolžnik izpolnil obveznost v vsakem primeru in s tem razširila njegovo odgovornost. Če dolžnik garantira, da je izpolnitev možna, potem se odgovornost za neizpolnitev ne more razbremeniti s sklicevanjem na začetno nemožnost.⁴² To je v skladu s pogodbeno avtonomijo: če ne gre za primer zlorabe šibkejših stranke oziroma ravnanja v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja, lahko stranki dolžnikovo odgovornost razširita tudi na primer, za katerega sicer ne odgovarja, čl. 241 OZ. Ni videti utemeljenega razloga, zlasti pa javnega interesa, zaradi katerega bi pravilo iz čl. 35 OZ v tem smislu pomenilo omejitve pogodbene svobode. Tako stališče ni v nasprotju s konceptom ničnosti v slovenskem pravu, ki se odnaka od apriorističnih stališč klasične teorije in omogoča fleksibilne rešitve: preden sodnik razglasi ničnost, mora s teleološko razlago ugotoviti, ali »namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo« (čl. 86 I OZ).⁴³

Na vprašanje, ali sta stranki s sklenitvijo pogodbe ob zavedanju potencialne nemožnosti želeli doseči prevzem garancije, ali pa sta nemara sklepali pogodbo pod pogoji, da bo izpolnitev možna, je treba odgovoriti z razlago pogodbe. Problematiko lepo ilustrirata dva starejša primera iz angleške sodne prakse, ki se nanašata na zakup rudnikov. V prvem se je zakupnik zavezal, da bo izkopal najmanj 1000 ton glinice dnevno in plačal določeno vsoto zakupnine na tono, kasneje pa se je izkazalo, da v rudniku v resnici sploh ni bilo toliko glinice. Sodišče je šlo, da zakupnik ne odgovarja za razliko, saj ni garantiral, da je mogoče iz rudnika izkopati dovolj glinice.⁴⁴ V drugem primeru se je zakupnik rudnika premoga zavezal, da bo izkopal določeno minimalno količino premoga in da bo plačal določeno minimalno zakupnino *v vsakem primeru*. Sodišče je tu šlo, da mora to zakupnino plačati, čeprav ni bilo toliko premoga v rudniku, saj sta se stranki zavedali rizika in ga prenesli na zakupnika.⁴⁵ Sklep o prevzemu garancije

⁴⁰ Glej npr. odločbo BGH z dne 9.7.1970, obj. v BGHZ 54, 236 ter v NJW 1970, 3021; odločbo BGH z dne 21.12.2000, obj. v NJW 2001, 1642.

⁴¹ K. Lorenz, LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I (1987), str. 103.

⁴² Ujankovec, VIDEOVI POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 53. Tako tudi v avstrijskem (Reinhardt, v: Rummel, Kommentar zum ABGB, tč. 18, 1380), švicarskem (E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 248) in nemškem pravu (pred reformo: H. Heinrichs, v: Palandt BGB (1997), § 306, Rn. 2, str. 385).

⁴³ A. Poljanec-Pavčnik, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem I (2003), str. 507.

⁴⁴ Clifford v. Watts (1870), L.R. 5 C.P. 577.

⁴⁵ Bute v. Thompson (1844) 13 M.&W. 487.

se bo ponujal predvsem tedaj, kadar bo riziko (začetne) nemožnosti glede na mnenje v prometu mogoče uvrstiti v sfero dolžnikove odgovornosti, med običajna tveganja pri pogodbah določene vrste. Pri profesionalnih osebah bo prevzem in obseg rizika mogoče domnevati v večji meri kot pri fizičnih osebah.

Nenazadnje pa tudi alkatorne pogodbe (npr. *emptio spei*)⁴⁶ niso nične, če se upanje ne uresniči. To velja po mnenju nekaterih tudi, če se izkaže, da je bila izpolnitev že ob sklenitvi pogodbe objektivno nemogoča, pa čeprav stranki tega nista mogli vedeti.⁴⁷ Stranki sta riziko zavestno dodelili eni od njiju. Pogodbo o prodaji bodoče stvari pa lahko skleneta tudi pod pogoji, da bo sploh nastala (*emptio rei speratae*).⁴⁸

3.3. Subjektivna začetna nemožnost

Zakoni pa praviloma ne urejajo začetne subjektivne nemožnosti, t.j. situacije, kjer je izpolnitev obveznosti dolžniku nemogoča, lahko pa bi jo opravi (vsaj) nekdo tretji ali dolžnik s pomočjo tretjega (t.i. nezmožnost, nem. *Unmöglichkeit*). Na podlagi razumevanja določbe o nemožnosti (čl. 35 OZ) lahko *a contrario* sklepamo, da subjektivna nemožnost na veljaven nastanek pogodbe ne vpliva. Pogodba torej velja, upnik pa una na voljo izpolnitveni zahtevki (ki ga dolžnik seveda ne more izpolniti) oziroma zahtevki za odškodnino za neizpolnitev (pozitivni pogodbeni interes).⁴⁹ Jankovec piše, da je taka rešitev nediskutabilna v tolikšni meri, da je izrecna določba o tem, da le objektivna nemožnost povzroči ničnost, povsem odveč.⁵⁰ Pravna varnost in z njo povezano zaupanje v pogodbeno pravo naj bi od dolžnika zahtevala, da pred sklenitvijo pogodbe ve oziroma se prepriča, ali jo bo tudi zmožen izpolniti.⁵¹ S tem ko se nekdo zaveže izpolniti obveznost, zbuja vtis, da je tega tudi zmožen, druga stran pa se na to zanese, zato je treba njeno zaupanje varovati.⁵² Ker je dolžnik sposoben oceniti svojo izpolnitveno zmožnost mnogo bolje od upnika, naj nosi tudi riziko (subjektivne) nemožnosti. Odgovornost za neizpolnitev se zlasti ne more razbremeniti s sklicevanjem na to, da že v času sklenitve pogodbe ni imel dovolj finančnih sredstev, kajti finančna

⁴⁶ Ti. kup nade (§ 1276 ODrZ).

⁴⁷ Tako: E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 248.

⁴⁸ Ti. kup nadejane stvari (§ 1275 ODrZ).

⁴⁹ V nemškem pravu pred reformo je bilo glede subjektivne nemožnosti poleg tega, pod kakšnimi pogoji lahko upnik namesto izpolnitve v naravi zahteva odškodnino ali odstopi od pogodbe, sporno, ali dolžnik za začetno subjektivno nemožnost odgovarja krivdno (tako kot pri naknadni subjektivni nemožnosti) ali ne glede na krivdo. Uveljavilo se je slednje stališče, govori se o garancijski odgovornosti. Glej npr. V. Emmerich, v: Münchener Kommentar zum BGB (1994), vor § 275, Rn. 16, str. 669, s podatki o sodnih odločbah; U. Huber, LEISTUNGSSTÖRUNGEN I (1999), str. 530 in nsl.; K. Lorenz, LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I (1987), str. 101.

⁵⁰ I. Jankovec, VIDEOVI POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 38.

⁵¹ Ibidem ter Ž. Šmalcelj, Pravno-politična vrednotenje pojma »nemožnost« čimdalje u obveznom pravu, Naša zakonitost, št. 7–8/1976, 113.

⁵² K. Lorenz, LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I (1987), str. 101.

zmožnost vedno sodi v dolžnikovo področje rizika.¹⁸ Za subjektivno nemožnost gre deminno, kadar prodajalec ni lastnik oziroma ne razpolaga s stvarjo, ki jo prodaja. Prodaja tuje stvari je seveda veljavna (440. čl. OZ). Prodajalec jo je dolžan priskrbeti, sicer odškodninsko odgovarja za neizpolnitev. To velja tudi v primeru, če sploh ni obstajala možnost, da bi jo prodajalec pridobil oziroma izpolnil pogodbo. Pri strogo osebnih oziroma nenadomestljivih izpolnitvah pomeni dolžnikova subjektivna nemožnost tudi že objektivno nemožnost. Če se npr. kipar zaveže izdelati kip, ga v primeru, če zbolí in ne more več delati, ne more namesto njega narediti nihče drug.

Ker se splošna določba za razbremenitev odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe nanaša le na okoliščine, nastale po sklenitvi pogodbe, se dolžnik s sklicevanjem na začetno subjektivno nemožnost načeloma ne more razbremeniti odgovornosti po čl. 240 OZ in v tem smislu odgovarja v vsakem primeru.¹⁹ Čigoj predlaga, da naj bi se enako kot objektivna nemožnost obravnavala tudi »neizpolnjenost«, t.j. situacija, ko je izpolnitev še mogoča, vendar bi za dolžnika pomenila izreden napor, kolikor dolžnik zanjo ob sklenitvi pogodbe ne ve.²⁰ S tem želi Čigoj uporabo doktrine spremenjenih okoliščin raztegniti tudi na začetne izpolnitvene motnje. Predlog je zanimiv, vendar pa se določba čl. 112 OZ izrecno nanaša le na okoliščine, ki »nastanejo po sklenitvi pogodbe«. Dolžnikova odgovornost je gotovo utemeljena v primeru, ko je dolžnik za svojo neizpolnjenost vedel in se je vseeno neomejeno zavezal. Če pa dolžnik zanjo ni vedel in mu nevednost ni mogoče očitati, okoliščina pa tudi ne sodi med rizike, za katere je dolžnikova odgovornost pri pogodbah takšne vrste običajna (arg. iz čl. 114 OZ), bi bilo primerno dolžniku omogočiti razbremenitev.²¹

Dolžnik se lahko razbremenil odgovornosti za neizpolnitev obveznosti, ki je bila ob sklenitvi pogodbe (subjektivno) nemogoča, tudi z izpolnjenjem pogodbe zaradi zmote.²² Predpostavka je, da je njegova zmotna bistenja in opravičljiva (čl. 46 OZ), izpolnjevanje pa v okviru zakonskih rokov (čl. 99 OZ). Opravičljivost zmote pomeni, da dolžniku ni mogoče očitati, da za lastno neizpolnjenost izpolnitve ob sklenitvi pogodbe ni vedel. Tako kot pri razbremenitvi odškodninske odgovornosti za negativni interes (čl. 91 OZ), ki lahko spremlja objektivno nemogočo pogodbo, je torej jedro razbremenitve v opravičeni nevednosti za začetno izpolnitveno oviro. Seveda pa v primeru uspešnega

¹⁸ Gley: D. Medicus, »Geld muß man haben« – Unvermögen und Schuldververtrag bei Geldmangel, AcP 188 (1988), 499.

¹⁹ Seveda pa ni izključno sklicevanje na morebitne druge, naknadne izpolnitvene ovire (po čl. 240 OZ), ali naknadno spremenjene okoliščine (čl. 112 OZ).

²⁰ S. Čigoj, KOMENTAR I (1984), str. 175.

²¹ Razbremenitev po čl. 240 OZ se sicer izrecno nanaša le na naknadne okoliščine. Vendar bi bilo mogoče sklepati tudi drugače, če štejemo, da dolžnik odgovarja tudi tedaj, kadar izpolnitvene motnje sicer ni mogel preprečiti, odpraviti ali se ji izogniti, vendar je bila ob sklenitvi pogodbe zanj predvidljiva (tako: S. Čigoj, Pogodbeni odškodninska odgovornost, Zbornik znanstvenih razprav, let. 43 (1983), 67; ter: I. Jankovec, VIDOV I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 142), potem bi sledilo, da dolžnik ne odgovarja, če ni vedel ali bi moral vedeti za možnost nastopa izpolnitvene ovire (ki je ni mogoče preprečiti, odpraviti ali se ji izogniti).

²² I. Jankovec, VIDOV I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 38.

izpolnjanja »pogodbениk, pri katerem je vzrok izpolnjenosti«, sopogodbениku, ki ni vedel in ni bil dolžan vedeti za vzrok izpolnjenosti, odgovarja za škodo zaradi razveljavitve pogodbe (negativni interes), in to objektivno, ne glede na krivdo (čl. 97 OZ).²³ Ker je izpolnjenost zaradi zmote mogoče le *inter partes*, predvsem pa je časovno omejeno, bi bilo z vidika načela *pacta sunt servanda* ter pravne varnosti tudi v primerih objektivne nemožnosti primernejše od ničnosti in odgovornosti po čl. 91 OZ.

4. Kritika kontinentalnega koncepta začetne nemožnosti

Opisana ureditev začetne nemožnosti je v teoriji že dlje časa predmet kritike.²⁴ Izhodišče kritike je v določitvi ničnosti kot posledici začetne objektivne nemožnosti. Iz trditve, da od nikogar ni mogoče zahtevati, česar ne more (*impossibilium nulla obligatio*), namreč ne izhaja nujen logični sklep, da mora biti pogodba, (pravni posel), usmerjena v nemogočo izpolnitev, v vsakem primeru nična.²⁵ Seveda je jasno, da od dolžnika ni mogoče zahtevati izpolnitve, ki je ne more opraviti. To velja ne glede na to, ali je nemožnost objektivna ali subjektivna, začetna ali naknadna, ter ali in kdo zanjo odgovarja. Nemožnost izpolnitve pa ne pomeni, da obveznosti ne more biti, ampak le, da je ni mogoče izpolniti v naravi. Pogodba se sicer sklene, da bi se izpolnila, vendar vsebina obveznosti ni le izpolnitev v naravi (primarna obveznost) – če do nje iz kakršnegakoli razloga ne pride, lahko na njeno mesto stopi odškodnina za neizpolnitev (sekundarna obveznost). Pravilo o ničnosti kot posledici nemožnosti gre v svojem učinku preko Celzovega reka, saj ne določa le nenastanka nemogoče obveznosti, ampak ničnost celotne pogodbe, kar ina za posledico odpad nasprotne obveznosti in vseh stranskih obveznosti.

Kot kažejo primer prodaje neobstoječe terjatve in druge opisane izjeme pravila o ničnosti, je nastanek pogodbe, pri kateri obveznost izpolnitve v naravi že spočetka nadomesti odškodnina za neizpolnitev, povsem mogoč. Nenazadnje pogodba tudi v primeru, če obveznost postane nemogoča po sklenitvi pogodbe, ne preneha avtomatično, temveč šele glede na to, ali dolžnik odgovarja, kar se do protidokaza po čl. 240 OZ tudi domneva. Možnost izpolnitve v naravi (izpolnjenost) ne sodi k bistvu obveznosti.²⁶

²³ Vprašanje krivde se rešuje v okviru vprašanja o opravičljivosti zmote.

²⁴ Glej npr.: Z. Šnalec, Pravno-politična vrednost pojma »nemogućnost« čimdalje u obveznosti pravi, Naša zakonost, št. 7–8/1976, 98; E. Rabel, UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG (1907), isti: Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, oboje v: Gesammelte Aufsätze (1963); R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 695 in nsl.; K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996), str. 486; V. Emmert, v: Münchener Kommentar zum BGB (3. izd.), vor § 275, čl. 8, str. 667; R. Thode, v: Münchener Kommentar zum BGB (3. izd.), § 306, rs. 3 in 4, str. 1077; E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 247.

²⁵ E. Rabel, UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG (1907), str. 8 in nsl.; R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 683.

²⁶ E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 247.

Bistvena je dolžnikova obljuba, na katero se druga stranka lahko razumno zanesa. Če predmet izpolnitve ni bil *prima facie* nemogoč, se *ex post* ugotavljanje, ali je bila izpolnitev v resnici sploh možna, in posledično izničenje pogodbe, ne zdita primerni posledici. Ob tem velja opozoriti na značilnosti instituta ničnosti: učinkovanje ničnosti same po sebi, pravica vsakogar, ki ima pravni interes, da uveljavlja ničnost (in s tem poseže v tuje pogodbeno razmerje), pravilo, da mora sodišče ničnost upoštevati po uradni dolžnosti, časovna neomejenost ugotavljanja ničnosti. Strankama se lahko zgodi tudi, da za ničnost svoje pogodbe sploh ne vesta.

Problematična se zdi tudi razlika pri obravnavanju začetne objektivne in subjektivne nemožnosti. Objektivna nemožnost povzroči ničnost, dolžnik pa lahko krivdno odgovarja za negativni interes, in sicer tudi v primeru, če je za nemožnost ob sklenitvi pogodbe vedel, medtem ko se dolžnik na subjektivno nemožnost načeloma sploh ne more sklicevati in odgovarja za pozitivni interes ne glede na to, ali je zanj vedel oziroma bi moral vedeti ali ne. V obeh primerih obstaja možnost izpodbijanja zaradi znane. Z vidika strank sta objektivna in subjektivna nemožnost pravzaprav enaki: v obeh primerih dolžnik ne more izpolniti (v naravi). Podobne primere je treba obravnavati podobno. Tudi argument, da se človek zaveže le za tisto, kar je zmogočen storiti, se nanaša tako na objektivno kot subjektivno nemožnost. Dognatične razlike se izostrijo ob težavah pri razumevanju: ugotavljanje, ali je izpolnitev nemogoča subjektivno ali objektivno, je lahko namreč stvar vrednotenja. Tako v primeru prodane, a še neizročene (individualne) stvari, ki jo je prodajalcu brez njegove vednosti pred sklenitvijo pogodbe ukradla tretja oseba, pojmovno ne more iti za objektivno nemožnost, saj stvar še obstaja in bi jo bilo (vsaj teoretično) še mogoče izročiti. Po drugi strani pa se je mogoče postaviti tudi na stališče, da je praktično skoraj izključeno, da bi dolžnik stvar dobil nazaj, in da gre v bistvu za situacijo, ki je zelo podobna objektivni nemožnosti.⁶² Vrednostno neskladje se kaže tudi pri raznejitvi glede na trenutek sklenitve pogodbe: če je npr. prodana stvar »tik pred« sklenitvijo pogodbo ukradena, je pogodba (vsaj po enem od stališč) veljavna, dolžnik pa odgovarja za pozitivni interes. Če pa je stvar tik pred sklenitvijo pogodbe uničena, je pogodba zaradi objektivne nemožnosti nična (čl. 35 oziroma 438 OZ), dolžnik pa krivdno odgovarja za negativni interes. Če je stvar uničena tik po sklenitvi pogodbe, pogodba velja, dolžnik pa se lahko razbremenil odškodninske odgovornosti s sklicevanjem na naknadno nemožnost, če dokaže, da ni mogel izpolniti zaradi nepredvidljivih izpolnitvenih ovir izven svojega nadzora (čl. 329 v povezavi s čl. 240 OZ).⁶³ Trenutek sklenitve, od katerega so odvisne različne pravne posledice, je pri tem z vidika strank lahko povsem naključen, čas uničenja pa utegne biti težko ugotovljiv.

⁶² Mnenje o objektivni nemožnosti prevladuje npr. v švicarski teoriji – E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 248.

Poudarja se tudi, da je z ničnostjo ter odškodninsko odgovornostjo »aktive« stranke za negativni interes zastavljen legitimni interes upnika na odškodnini za neizpolnitev (pozitivni interes). Pogodba v upniku zbudi razumno pričakovanje, da bo ob zapadlosti prejel obljubljeni izpolnitev. Ali je bila izpolnitev v času sklenitve pogodbe v resnici mogoča, ga pravzaprav ne zanima. Če se kasneje izkaže, da izpolnitev, kot je bila dogovorjena, že spočetka ni bila mogoča, bi lahko upnik pričakoval, da bo z odškodnino postavljen v položaj, v katerem bi bil, če bi bila pogodba pravilno izpolnjena.⁶⁴

Tuja teorija opozarja na take pomisleke in priporoča čim bolj restriktivno uporabo določb o posledicah začetne nemožnosti.⁶⁵ Sodna praksa skuša posledice pravila o ničnosti korigirati tudi z (dopolnjujočo) razlago pogodbe, po kateri stranka prevzame garancijo za možnost izpolnitve.⁶⁶ Pogosto se citira odločba OLG Hamburg iz leta 1910, kjer je šlo za prodajo 1000 zabojev krompirja s Kanarskih otokov »na krovu ladje Thekla, med plovo«. Izkazalo se je, da je bilo v resnici naloženih le 160 zabojev. Kljub temu, da je šlo za začetno nemožnost, ker prodane (specifične) stvari v resnici niso obstajale, pa sodišče pogodbe ni razglasilo za nično in je prikrajšani stranki prisodilo odškodnino za neizpolnitev, ker je šlo, da pri prodaji tovaru, ki pluje, kupci razumneje pogodbeno izjavo prodajalca kot garancijo oziroma prevzem garancije, da je bil tovar na ladjo tudi naložen.⁶⁷

⁶³ Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe v našem pravu ne temelji na krivdnem načelu. Nekateri govorijo o mešani subjektivno-objektivni konceptu oziroma omiljeni objektivni odgovornosti (M. Ilseš, OZ z uvodnimi pojasnili (2003), str. 407; Z. Dorcic, v: S. Perović, D. Stojanović, Komentar ZOO (1980), str. 762), medtem ko drugi na odgovornost gledajo objektivno: dolžnik odgovarja, če vzrok za kršitev izvira iz njegove sfere, kar se tudi domneva – N. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem II (2003), str. 208 in 214. Avtorica priznava, da so po gramatikalni razlagi razbremenitvi razlog lahko tudi dolžnikove notranje okoliščine, a meni, da je »treba vsaj pri presoji odgovornosti profesionalnih oseb določiti predhodnost raztegnitve na vsa tveganja, ki izvirajo iz njihove sfere delovanja«. Za te razlike, ki jih dolžnik lahko in zato tudi mora obvladovati (»notranjaj« tveganja), dolžnik odgovarja, za »zunanjaj« tveganja, ki jih ne more in jih tudi ni dolžan obvladovati, pa ne.

⁶⁴ R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 696.

⁶⁵ Glej npr. R. Thode, v: MünchKommB zum BGB (1994) § 306, rs. 3, str. 1038; P. Rummel, Kommentar zum ABGB (1990), § 878, str. 1101; E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 47.

⁶⁶ E. Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 248; K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996), str. 486, ki med drugim navajata primer, da se arhitekt naročniku zaveže, da bo opravil dogovorjeno prenosno hišo za določen znesek; če se izkaže, da za ta denar tega hišice ne bi mogel opraviti, pogodba ni nična, razlaga pa bi bržkone pokazala, da se je arhitekt zavezal morebitne višje stroške nositi sam.

⁶⁷ OLG Hamburg (1910) 65, Seufferts Archiv N. 160.

Podobno stališče je zavzelo High Court of Australia v primeru *McRae v Commonwealth Disposals Commission*.⁷⁴ Vodilna odločba v common law na tem področju pa je *Counter v. Hastic* (1856), kjer je šlo za prodajo določene količine žita, naloženega na določenih ladjah, vendar stranki nista vedeli, da se je žito začelo kvariti in ga je moral kapitan že pred sklenitvijo pogodbe prodati, da bi preprečil še večjo izgubo. Sodišče je tožbo na odškodnino zavrnilo, saj je pogodbo razlagalo v smislu, da sta stranki kontrahirali pod pogojem, da stvar obstaja. V kasnejših angleških odločbah so sodišča podobne primere obravnavala kot obojestransko zmotno (*common mistake*), ki omogoča izpodbijanje.⁷⁵ Angleški Sale of Goods Act (1979) sicer, podobno kot kontinentalno pravo, v sec. 6 določa, da je prodaja specifičnih stvari, ki so bile ob sklenitvi pogodbe brez vednosti strank uničene, neveljavna, vendar pa sodna praksa vedno skrbno preverja, ali iz razlage pogodbe morda ne izhaja, da je stranka prevzela riziko možnosti svoje izpolnitve.⁷⁶

Stališče o prevzemu garancije oziroma rizika so sodišča in teoretični vedno zastopali pri začetni subjektivni nemožnosti, kjer je dolžnik ne glede na krivdo zavezan povrniti nasprotni stranki pozitivni interes, če se izkaže, da pogodbe že ob sklenitvi ni bil zmožen izpolniti. Zdi se torej, da je resnično vprašanje tako pri začetni objektivni kot subjektivni nemožnosti, katere od strank nosi riziko dolžnikove ne(z)mogućnosti izpolnitve.⁷⁷ Nanj je treba odgovoriti z razlago pogodbe in upoštevanjem običajev.

Kot razlog pravila o ničnosti zaradi nemožnosti se pogosto navaja, da pravni red ne more podpirati pogodb, ki so že spočetka očitno brez predmeta in smisla.⁷⁸ Gre za utemeljen pravnopolični argument. Nekako v tem smislu na pojem začetne nemožnosti gledajo v avstrijskem pravu, ODZ pravi: „Kar je *unavornost nemožnost*, ne more biti predmet *veljavne pogodbe*“ (§ 878). Teorija razume pod »naravnost nemožnost« pravno nemožnost (nedopustnost) in fakčno absurdnost – pogodbeno obljubo, katere izpolnitev bi razumni pogodbeniki v trenutku sklenitve pogodbe morali šteti za izključeno.⁷⁹ Vendar se zdi, da bi bilo mogoče odkrivanje pravnega varstva absurdnim pogodbam doseči tudi drugače. Postavlja se vprašanje, ali sta bili izjavi strank, ki sta pripeljali do sklenitve očitno nemožne pogodbe, sploh svobodni in resni. Na obljubo dolžnika, da bo upr. »plaval okrog sveta« ali »izvrtal luknjo skozi središče zemlje« gotovo ni mogoče gledati kot na resno obljubo. Tudi druga stranka se na takšno obljubo ne more razumno zanesti.

⁷⁴ (1951) 84 C.L.R. 337. Tožena stranka je tožeci prodala razbitno tankerja za prevoz nafte, ki naj bi ležal pod vodo na morskem grebenu, v njem pa naj bi bila nafta. Kupci so poslali reševalno odpravo, da bi tanker izvlekli, izkazalo pa se je, da ga tam sploh ni bilo. Sodišče je odločilo, da je tožena stranka s pogodbo implicitno obljubila, da se tanker na navedenem kraju nahaja, zaradi kršitve te obljube pa odgovarja odškodninsko.

⁷⁵ Glej: G. H. Treitel, LAW OF CONTRACT (2003), str. 293 in nsl.

⁷⁶ K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996), str. 508.

⁷⁷ K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996), str. 487; R. Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 697.

⁷⁸ K. Lorenz, LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I (1987), str. 99.

⁷⁹ H. Kötz, R. Wehber, Grundriss des bürgerlichen Rechts (1983), str. 112; Podobno: Rummel, Kommentar zum ABGB (1990), § 878, rs. 5, str. 1103.

Menim, da bi bilo potrebno pojem objektivne začetne nemožnosti tudi v naštem pravu *de lege lata* razlagati v smislu očitne nemožnosti, s čimer bi omejili doseg pravila o ničnosti. Razen tega bi bilo ugotavljanje, ali je predmet obveznosti mogoč, omejeno na čas sklenitve pogodbe, saj bi bilo v primeru, če predmet ob sklenitvi ne bi bil očitno nemožec, *ex post* ugotavljanje, ali je bil v resnici objektivno mogoč ali ne, izključeno. *De lege ferenda* pa bi bilo primerneje slediti sodobnim trendom in črtati določbo o ničnosti zaradi začetne nemožnosti. Pogodba bi morala kljub začetni (objektivni ali subjektivni) nemožnosti veljati, dolžnik pa bi moral načeloma odškodninsko odgovarjati za njeno neizpolnitev (pozitivni interes, omejen z načelom predvidljivosti). Izven primerov, kjer stranke izhajajo iz tega, da riziko začetne nemožnosti nosi ena stranka, pa se dolžnik odgovornosti za neizpolnitev lahko razbremeni, če bi pogodbo izpolnil zaradi zmotne; pogoj je, da za začetno izpolnitveno oviro ni vedel in je njegova zmotna opravičljiva. V tem primeru (objektivno) odgovarja za negativni interes. Povsem drugo, čeprav v tem kontekstu ne nespornostno vprašanje pa je, ali naj do izpodbijanja pogodbe zaradi znote pride z izjavo stranke, ali pa sme pogodbo razvezati le sodišče.

5. Začetna nemožnost v nizozemskem in novem nemškem pravu

Nizozemski NBW nemožnosti ne določa med razlogi za neveljavnost pravnih poslov, kakršni so upr. nasprotovanje morali, javnemu redu in kršitev zakona ter nedoločljivost vsebine obveznosti.⁷⁴ Začetna nemožnost torej ne povzroči neveljavnosti, teorija pa poudarja, da se dejanski stan pogosto prekriva z obojestransko zmotno, ki omogoča izpodbijanje pogodbe.⁷⁵ Nemožnost (tako začetna kot naknadna) v nizozemskem pravu pomeni predvsem omejitve izpolnitvenega zahtevka. Teorija govori o absolutni (logični) in relativni nemožnosti, pri čemer pod slednjo razume pravno nemožnost (preprečevanost), pa tudi situacijo, kjer bi izpolnitev nasprotovala »višjemu« interesu (upr. grožnja življenju, svobodi, zdravju, časti).⁷⁶

Z nemško reformo obligacijskega prava v letu 2002 je bil črtan § 306 BGB, ki je za nemožec obveznost določal sankcijo ničnosti.⁷⁷ Po novem začetna nemožnost ne vpliva na veljavnost pogodbe (§ 311a I BGB). Pogodba torej lahko nastane brez primarne obveznosti izpolnitve v naravi, kar je po mnenju teorije nenavadna, a

⁷⁴ Glej: čl. 3:40 in 6:227 NBW.

⁷⁵ Ob odsotnosti izrecne določbe o veljavnosti nastanka pogodbe z nemožnim predmetom se pravilo med drugim utemeljuje s parlamentarno zgodovino nasajanja NBW – Van Rossum, M.M., v: Busch, Danny et al. (ur.), PECL and Dutch law – a commentary, 193. Glej čl. 6:228 (1) c NBW.

⁷⁶ Loos, M.B.M., v: Busch, Danny et al. (ur.), PECL and Dutch law – a commentary, str. 354.

⁷⁷ O reformi glej: D. Možina, Kršitev pogodbe in pravne posledice v nemškem obligacijskem pravu po reformi BGB, Podjetje in delo, št. 2/2006, 303–331; B. Rajčelj, Nova ureditev pogodbenih sankcij v nemškem pravu, Podjetje in delo, št. 1/2003, 36–53.

priznana dognatična kategorija.⁷⁷ Upnik lahko po svoji izbiri zahteva odškodnino namestno izpolnitve, ali pa povrnitev stroškov, ki so mu nastali v zaupanju na izpolnitev, odškodninske odgovornosti pa ni, če dolžnik ob sklenitvi pogodbe za izpolnitveno oviro ni vedel in za svojo nevednost tudi ne odgovarja (§ 311a II BGB). Konstrukcija zahtevka, ki je po eni strani usmerjen v pozitivni interes, po drugi pa se glede razbremenitve odgovornosti nanaša na vednost o izpolnitveni oviri, je zanimiva, saj v trenutku, na katerega se nanaša dolžnikova nevednost, pogodba, ki je predpostavka pozitivnega interesa, še ne obstaja. Temelj dolžnikove odgovornosti zato ni dejstvo, da je kljub vednosti oziroma krivdni nevednosti za oviro sklenil pogodbo, temveč preprosto, da obveznosti ni izpolnil.⁷⁸ Njegova razbremenitev pa se nanaša na opravičeno nevednost za oviro, torej informacijski deficit.⁷⁹ BGB tako priznava, da gre pri začetni nemožnosti v bistvu za problem znore. Zakon zahteva od dolžnika, da se v dvomljivih primerih še pred sklenitvijo pogodbe prepriča o svoji zmožnosti izpolnitve. Če mu nevednosti in krivde mogoče očitati, odgovornosti ni.⁸⁰ Zaradi različnih naveznih točk odgovornosti in krivde velja § 311a II BGB za samostojno podlago zahtevka.⁸¹ Medtem ko je stari § 306 BGB určjal le razmeroma redek primer začetne objektivne nemožnosti, novi § 311a BGB enotno obravnava vse oblike nemožnosti, zanje pa načeloma velja krivdna odgovornost.⁸² Če pa dolžnik prevzame garancijo izpolnitve, se s tem odpove sklicevanju na § 311a II BGB in za začetno oviro odgovarja ne glede na to, ali jo je poznal oziroma bi jo moral poznati.⁸³ Novi § 311a II BGB velja tudi za odškodninsko odgovornost prodajalca za izpolnitev prodajne pogodbe z napako v primerih, ko skladnosti s pogodbo že splošna ni mogoče doseči (§ 275 I BGB) ali pa jo je mogoče doseči le z nesorazmernimi napori (§ 275 II BGB). V prvo skupino sodijo praktično najbolj relevantni primeri, ko prodana stvar mima pogodbi ustreznega izvora oziroma pristnosti ali nima take zgodovine, kot obljublja prodajalec, npr. prodaja karantoliranega vozila kot nekarantoliranega.⁸⁴

⁷⁷ C. W. Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ / 2001, 499, 506; E. Faust, v: P. Huber, E. Faust, Schuldrechtsmodernisierung, str. 208.

⁷⁸ W. Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB (2004), § 311a, Rn. 15, str. 1536; E. Faust, v: P. Huber, E. Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), str. 210.

⁷⁹ R. Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, 271, 299; E. Faust (v: P. Huber, E. Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002) to opisuje tako, da šteje dolžnikovo vednost oziroma krivdno nevednost o oviri za pogoj odgovornosti, njen temelj pa je v neizpolnitvi obveznosti.

⁸⁰ Nekateri zato predlagajo, naj se analogno uporablja določba o povrnitvi negativnega interesa v primeru izpolnitvenj pogodbe zaradi znore, drugi pa menijo, naj v sistemu krivdne odgovornosti škoda, za katero niče ni kriv, nosi tisti, ki mu je nastala, glej: H. Henrichs, v: Palandt BGB (2005), § 311a, Rn. 14, str. 484; W. Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB (2004), § 311a, Rn. 41, str. 1502.

⁸¹ C. W. Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung, str. XIV; Henrichs, v: Palandt BGB (2005), § 311a, Rn. 6, 484; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, str. 210; drugje: W. Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izd. (2004), § 311a, Rn. 4, str. 1554.

⁸² § 276 BGB: dolžnik odgovarja za naklep in malomarnost, če iz pogodbe ali siceršnje vsebine obligacijskega razmerja, posebej pa prevzema garancije (*Garantieübernahme*) ali rizika prisrbe (*Beschaffungsrisiko*) ne izhaja strožja (ali milejša) odgovornost.

⁸³ E. Faust, v: P. Huber, E. Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), str. 214.

⁸⁴ W. Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB (2004), § 311a, Rn. 13, str. 1556.

6. Začetna nemožnost v unificiranem pravu

6.1. Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG)

V CISG ni določbe o začetnih izpolnitvenih ovirah, saj konvencija iz področja uporabe izključuje vprašanja veljavnosti pogodbe, ki v mnogih pravnih redih zajemajo tudi možnost izpolnitve. V teoriji je zato sporno, ali so razbremenilni razlogi iz čl. 79 CISG omejeni na naknadne izpolnitvene ovire. Večina vendarle meni, da ne gre za pravno praznino, ki bi onemogočala uporabo nacionalnega prava (po katerem bi bila pogodba nična), saj CISG v določbi čl. 68 CISG, ki urca prehod nevarnosti naključnega uničenja za blago, prodano med prevozom, posredno priznava, da pogodba zaradi začetne nemožnosti ni nična. Po tej določbi nevarnost načeloma preide ob sklenitvi pogodbe, vendar pa je lahko odločilen že trenutek izročitve prevozniku, kadar okoliščine kažejo na to, da je kupec že od tedaj hotel prevzeti riziko.⁸⁵ Tedaj mora kupec plačati ceno, čeprav je bilo blago v času med prehodom nevarnosti in sklenitvijo pogodbe uničeno oziroma poškodovano – riziko je prešel retroaktivno. Če pa je ob sklenitvi prodajalec vedel ali bi moral vedeti za uničenje, nosi riziko sam.

Naslednje vprašanje pa je, ali lahko začetna izpolnitvena ovira pomeni *impediment beyond control* v smislu razbremenitve po čl. 79 CISG. Pri tem ni dvoma, da prodajalec neomejeno odgovarja, če je za izpolnitveno oviro ob sklenitvi pogodbe vedel.⁸⁶ Več težav je s situacijo, ko prodajalec za izpolnitveno oviro ni vedel. Nekateri menijo, da je možnost razbremenitve pri začetnih izpolnitvenih ovirah, predvsem pa napakah, ki obstajajo že ob sklenitvi pogodbe, izključena.⁸⁷ Večina pa šteje tudi začetne izpolnitvene ovire za ovire v smislu čl. 79 CISG, vendar ob tem poudarja, da bo razbremenitev praviloma izključena, ker bi moral prodajalec tako oviro, čeprav izven njegovega področja rizika, upoštevati ob sklepanju pogodbe.⁸⁸

⁸⁵ Taka okoliščina je predvsem obstoj prevoznega zavarovanja, tako: B. Nicholas, v: C. M. Bianca, M. J. Bonell, Commentary (1987), Art. 68, str. 498.

⁸⁶ Izključitev možnosti razbremenitve se deloma učenjuje s tem, da bi dolžnik začetno izpolnitveno oviro lahko lahko upošteval ob sklepanju pogodbe – tako: D. Tallon, v: C. M. Bianca, M. J. Bonell, Commentary (1987), Art. 79, 577, deloma pa s tem, da dolžnik rednoma (možne) prevzame riziko odstranitve ovire in s tem neomejeno odgovornost, kar izključuje uporabo razbremenitvenih norm – tako: H. Stoll, v: P. Schlechtriem, Kommentar CISG (2000), Art. 79, Rn. 19, str. 765.

⁸⁷ J. O. Honold, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES, Art. 79, 427, ki to učenjuje s historizirano pojma "impediment" v unificiranem pravu.

⁸⁸ H. Stoll, v: P. Schlechtriem, Kommentar CISG (2000), Art. 79, Rn. 18, 764.

razbremenit odškodninske odgovornosti po splošnih pravilih razbremenitve (čl. 240 OZ) ali z uporabo instituta spremenjenih okoliščin (čl. 112 OZ), glede začetnih ovir pa s sklicevanjem na zmoto.

Načela pogodbenega prava izključujejo izpolnitveni zahtevek tudi v primerih, ko so predmet obveznosti storitve osebnega značaja ali storitve, ki so odvisne od osebnega razmerja.¹⁰⁸ Ureditev izhaja iz naslednjih misli: sodba, ki bi dolžnika prisiljevala k osebnim opravi storitve, bi posegala v njegovo osebno svobodo; na ta način »izsiljenje« storitve praviloma ne bi dosegale pričakovane kvalitete; sodišče bi imelo pri nadzoru izvrševanja težave.¹⁰⁹ Argumenti so utemeljeni, slovenska pravna ureitev pa popolnoma drugačna: Zakon o izvršbi in zavarovanju v čl. 226 predvideva prisiljevanje dolžnika v opravo t.i. nenadomestne storitve s plačevanjem denarnih kazni državi.¹¹⁰ V primernost in učinkovitost takega prisiljevanja dvomim, vprašljiva pa je tudi njegova skladnost z Ustavno RS (upr. s pravico do osebne svobode, varstvom osebnosti in dostojanstva v postopkih, v nekaterih primerih pa tudi s svobodo umetniškega in znanstvenega ustvarjanja). Pri nenadomestnih storitvah izhaja omejena možnost izvršitve že iz narave pogodbe. Upnikovi interesi morajo priti do izraza pri odškodnini, naravne omejitve izvršljivosti pa je treba upoštevati pri oblikovanju pogodbe. Materialnopravna omejitev izpolnitvenega zahtevka v teh primerih bi prihranila zapleten, neučinkovit in neprijeten izvršilni postopek. Vendar pa podrobnejša obravnava tega vprašanja presega okvire prispevka.

8. Zaključek

Ničnost pogodbe ni najprimernejša, sploh pa ne nujna posledica objektivne nemožnosti izpolnitve v času sklenitve pogodbe. Nemožnost izpolnitve ne pomeni, da obveznost in s tem pogodbe ne more biti, temveč le, da nemogočega ni mogoče izpolniti v naravi. Kot kaže primer prodaje neobstoječe terjatve in druge izjeme pravila o ničnosti, pa je povsem mogoče, da na mesto nemogoče izpolnitve v naravi stopi odškodnina za neizpolnitev. Ničnost zaradi začetne nemožnosti pomeni, da je dolžnik razbremenjen odgovornosti za neizpolnitev, vendar pa dolžnik, ki je vedel ali bi moral vedeti za razlog neveljavnosti pogodbe, odškodninsko odgovarja po merilu interesa zaupanja v veljavnost pogodbe (negativni interes). Gre za krivdno odgovornost po doktrini *culpa in contrahendo*, očitek dolžniku pa je, da je sklenil pogodbo kljub vednosti oziroma krivdni nevednosti za nemožnost. Po drugi strani pa subjektivna nemožnost ne prepreči nastanka pogodbe, dolžnik pa polno odgovarja objektivno za pozitivni interes. Tolikšna razlika v obravnavanju obeh situacij se zdi neutemeljena, kar se kaže pri težavah z razmejevanjem. *De lege lata* predlagam omejitev dosega določbe čl. 35

¹⁰⁸ Čl. 9:102 II lit. c PECL.

¹⁰⁹ Komentar PECL, str. 480.

¹¹⁰ Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-UPB2: Ur.l. RS, št. 44/2006).

OZ z razlago pojma nemožnosti kot očitne fiktivne absurdnosti izpolnitve v smislu avstrijskega prava. Pravilo o ničnosti ima svojo utemeljitev kvečjemu v načelu, da pravni red ne more podpirati pogodb, ki so *prima facie* absurdne, ki pa ga je mogoče uresničiti tudi na druge načine. Sodišča bi morala z razlago pogodbe ugotavljati tudi, ali stranki morda nista izhajali iz tega, da riziko (začetne) nemožnosti nosi ena od njiju. *De lege ferenda* pa se zavzemam za drugačno izhodišče: črtanje določbe o ničnosti zaradi začetne nemožnosti. Možnost izpolnitve obveznosti v naravi namreč ne sodi k bistvu obveznosti in pogodbe. Bistvena je dolžnikova obljuba: če je svobodna in resna in se lahko upnik nanjo razumno zanes, naj pogodba velja, dolžnik pa naj odgovarja za njeno neizpolnitev. Tako objektivna kot subjektivna nemožnost ne bi smeli preprečiti nastanka pogodbe, dolžnik pa bi v obeh primerih načeloma odgovarjal za neizpolnitev (pozitivni interes). Kot kaže (tupa) sodna praksa, obstajajo primeri, kjer je treba eno stranko obravnavati, kot da je sprejela riziko, ki vključuje tudi riziko začetne nemožnosti. Izven teh primerov pa bi se dolžnik lahko razbremenil odgovornosti, če bi pogodbo izpodbil na podlagi tega, da za začetno izpolnitveno oviro ni vedel in da je njegova zmotna opravičena. Takšen koncept se mi zdi preprostejši in dogmatično pravilnejši od obstoječega. Kot rečeno, pomeni Celzova maksima (le), da obveznost ni mogoče izpolniti v naravi, in še ne rešuje vprašanja odgovornosti. Osnovna funkcija pojma nemožnosti je tako v omejitvi izpolnitvenega zahtevka, ta pa mora biti izključen že po materialnem pravu ne glede na to, ali je nemožnost objektivna ali subjektivna, začetna ali naknadna ter ali zanjo stranka odgovarja ali ne. Če dolžnik ne more izpolniti, izpolnitve od njega ni mogoče zahtevati. Pri omejitvi izpolnitvenega zahtevka je potrebno upoštevati temeljna načela obligacijskega prava in enako kot nemožnost obravnavati tudi situacijo, kjer bi izpolnitev obveznosti v naravi za dolžnika izjemoma pomenila napor ali stroške, ki so očitno nesorazmerni z upnikovim interesom na izpolnitvi. V teh primerih se mora upnik zadovoljiti z odškodninskim zahtevkom.

Seznam literature

- Bianca, C.M., Bonell, M.J. (izd.): Commentary on the International Sales Law – the 1980 Vienna Sales Convention, Milano, Giuffrè, 1987.
 Bucher, Eugen: SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT – ALLGEMEINER TEIL, 2. izd., Schulthess, Zürich, 1988.
 Busch, Danny et al. (ur.): The Principles of European Contract Law and Dutch Law – A Commentary, The Hague etc., Kluwer Law International, 2002.
 Canaris, Claus-Wilhelm (izd.): Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, C.H. Beck, 2002.

Gigoj, Stojan: KOMENTAR OBLIGACIJSKIH RAZMERIJ – Veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih, I–IV. Kujiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984 – 1986.

Čigoj, Stojan: **TEORIJA OBLIGACIJ: SPLOŠNI DEL OBLIGACIJSKEGA PRAVA**,

Uradni list RS, Ljubljana, 2000 (ponatis 1981).

Emmerich, Volker: **DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN**, 5. izd., München, C.H. Beck, 2003.

Honsell, Heinrich, Mayer-Maly, Theo, Selb, Walter: **Römisches Recht**, 4. izd., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1987.

Huber, Peter, Faust, Florian: **Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht**, München, Beck, 2002.

Huber, Ulrich: **LEISTUNGSSTÖRUNGEN**, 1. zv., Die allgemeinen Grundlagen, Der Tatbestand des Schuldnerverzugs, Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände; zbirka: **Handbuch des Schuldrechts**, 9. zv., (Gernhuber, Joachim – izd.), Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

Jankovec, Ivica: **VIDOV I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI ISPUNJENJA UGOVORNE OBAVEZE**, Institut društvenih nauk, Centar za pravna i politološka istraživanja, Beograd, 1982.

Juhart, Miha, Plavšak, Nina (ur.): **Obligacijski zakonik s komentarjem I–IV**, GV Založba, Ljubljana, 2003–2004.

Kaser, Max: **DAS RÖMISCHE PRIVATRECHT**; Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. izd., Beck, München, 1971.

Kommission für Europäisches Vertragsrecht: **Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts: Teile I und II (Principles of European Contract Law)**, prevod v nemški jezik: von Bar, Christian; Zimmermann, Reinhard; nemška izdaja: Sellier, München, 2002, cit. kot: »Kommentar PECL«.

Konstantinović, Mihailo: **OBLIGACIJE I UGOVORI – SKICA ZA ZAKONIK O OBLIGACIJAMA I UGOVORIMA**, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1969.

Kozioł, Helmut, Weber, Rudolf: **Grundriß des bürgerlichen Rechts**, Bd. 1., Allgemeiner Teil, Schuldrecht, 6. izd., Manz, Wien, 1983.

Krek, Gregor, Korosec, Viktor: **ZGODOVINA IN SISTEM RIMSKEGA ZASEBNEGA PRAVA**, 2. zvezek – Krek, Gregor: **OBLIGACIJSKO PRAVO**, Družba Sv. Mohorja, Celje, 1937.

Larenz, Karl: **LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS – Band I: Allgemeiner Teil**, 14. A., C. H. Beck, München, 1987.

Medicus, Dieter: »Geld muß man haben« – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, Archiv für die civilistische Praxis 188 (1988), 499.

Možina, Damjan: **Krštev pogodbe in pravne posledice v nemškem obligacijskem pravu po reformi BGB**, Podjetje in delo, št. 2/2006, 303–331.

Možina, Damjan: **Potrošniška prodajna pogodba v evropskem in slovenskem pogodbenem pravu**, Podjetje in delo 2/2004, 310–330.

Palandt, Otto (ust.), Bassenge, Peter et al.: **Bürgerliches Gesetzbuch – mit Einführungsgesetz (Auszug), Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Hausürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz zur Regelung der Mithöhe (Art. 3 des 2. WKSchG), Produkthaftungsgesetz, Erbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung**, 56. izd., C. H. Beck, München, 1997, ter 64. izd. (2005).

Pavlič, Peter: **O nezmogljivosti dajatve**, Slovenski pravnik, let. LVII, št. 10–12 (1943), 181.

Perović, Slobodan, Stojanović, Dragoljub (ur.): **Komentar zakona o obligacionim odnosima**, Kulturni centar – Gornji Milanovac, Pravni fakultet – Krugujevac, 1980.

Rabel, Ernst: **DIE UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG. EINE KRITISCHE STUDIE ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH**, Weimar, Böhlau, 1907, objavljeno v: Rabel, Ernst: **Gesammelte Aufsätze** (Leser, Hans G., ur.), Bd. 1, Arbeiten zum Privatrecht (1907–1930), Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.

Rebman, Kurt, Sacker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland (ur.): **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 4. izd., München, C.H. Beck, 2003 (ter 3. izd., 1994).

Rummel, Peter (izd.) et al.: **Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht – in 2 Bänden**, 1. knjiga, 2. izd., Manz, Wien, 1990.

Salma, Jožef: **OBLIGACIONO PRAVO – OPŠTI DEO: Osnovna načela, ugovori i prouzrokovanje štete**, IRO Naučna knjiga, Beograd, 1988.

Schlechtriem, Peter (izd.): **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG**, 3. izd., Beck, München, 2000.

Šmalcelj, Željimir: **Pravno-politička vrijednost pojma „nemogućnosti“ činidbe u obveznom pravu**, Naša zakonitost, št. 7–8/1976, 98–115.

Treitel, Guenter H.: **THE LAW OF CONTRACT**, 11. izd., London, Sweet&Maxwell, 2003.

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law: **UNIDROIT PRINCIPLES of International Commercial Contracts** 2004, Rome, 2004.

Vizner, Boris: **KOMENTAR ZAKONA O OBVEZNIM (OBLIGACIONIM) ODNOSIMA**, Zagreb, 1978.

Zimmermann, Reinhard: Remedies for Non-Performance, The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law, Edinburgh Law Review, Vol. 6 (2002), 271-314

Zimmermann, Reinhard: THE LAW OF OBLIGATIONS - ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION, Oxford University Press, 1996.

Zweigert, Konrad, Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung - auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. izd., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

Impossibilium nulla obligatio est? Initial Impossibility in Slovenian and Comparative Contract law

Summary

Similar to certain other continental codes the Slovenian Obligations Code adopted a rule that a contract is void, if at the time of its conclusion, the performance of the contract is impossible. This solution goes back to a well known Roman-law principle implemented by Iuvenius Celsus: *impossibilium nulla obligatio est*. In the light of recent trends in comparative law, (the Dutch NBW and the reformed German BGB, as well as the Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,) where impossibility no longer prevents the valid conclusion of a contract, but (only) excludes its specific performance, the aim of the article is to illuminate and to critically evaluate the concept and consequences of initial impossibility in Slovenian and continental contract law.

Following the historical background of the concept of impossibility, the article starts with the analysis of the existing law. The contract is void, if at the time of conclusion, its performance is impossible for all (objective impossibility). However, this does not mean that the debtor has no liability. The codes try to correct the harsh sanction of voidness by shifting the liability problem to a different context: the debtor is not liable for the *non-performance* (and expectation interest) of the contract, since the contract does not exist, but rather for the *conclusion* of the contract for which he knew or should have known is impossible (void), the measure of damages being reliance interest. There are exceptions to this rule, such as the sale of a receivable, where the seller warrants the existence of the receivable at the time of the conclusion of the contract. The liability of the seller for material and legal defects also represents an exception. The rule does also not apply if the parties have consciously shifted the risk of the (initial) impossibility to one of them, which means that the voidness-rule seems to be a dispositive one. The situation in which the performance is impossible for the debtor, but a third party could - at least theoretically - still perform (subjective impossibility), does not prevent the valid conclusion of the contract and the debtor is fully liable (objectively, for expectation interest). A different treatment of situations, which are, at least from the perspective of the involved parties, in fact the same (the debtor cannot perform) contradicts the basic legal principle of treating similar problems similarly, especially in the light of problems regarding delimitations of objective and subjective impossibility. The impossibility of the contractual obligation does not mean that the contract cannot exist. It only means that a specific performance cannot be claimed, but the liability for non-performance might most certainly exist. The possibility of performance is thus not the essence of a contract. The debtor's promise is essential: if the creditor can reasonably rely on it, the debtor should be liable for non-performance (expectation interest). The present law

deprives the creditor of the expectation interest, allowing only reliance interest even if the debtor concluded the contract knowing that the performance is impossible.

As far as the present law is concerned, the author recommends the limitation of the impossibility rule by applying it only to situations where performance is *prima facie* impossible, even absurd. The courts should also carefully examine whether the parties considered the risk to be borne by one of them. *De lege ferenda* abolition of the voidness rule is recommended in conformity with the modern trends in comparative contract law. Objective as well as subjective impossibility should not prevent from the conclusion of a valid contract. The debtor should be generally liable for the expectation interest, but should have the possibility of exoneration by avoiding the contract on the grounds of a mistake, if his mistake was excusable. In this case he should be liable for reliance interest.

Impossibilium nulla obligatio est only means that impossible obligations cannot be performed. The basic function of impossibility is the exclusion of the claim for a specific performance. According to the Principles of contract law, German BGB, Dutch NBW and CISG, this claim is also limited if a specific performance of a non-monetary obligation would cause the debtor unreasonable effort or expenses. In these exceptional cases the creditor loses the specific performance but retains his claim for damages. Although the Slovenian Obligations Code lacks a general rule of this kind, it could be construed on the basis of one specific provision, the general principle of good faith and legal theory. The *de lege ferenda* relationship between a specific performance and damages should be explicitly regulated in general contract law.