

*Dr. Damjan Možina**

Naknadna nemožnost izpolnitve obveznosti in njen pomen za obligacijsko pravo

1. Uvod

Institut nemožnosti izpolnitve obveznosti ima v slovenskem Obligacijskem zakonu konceptualno pomembno, v sodni praksi pa razmeroma obrobno vlogo. Pravzaprav je vlog več, pojem nemožnosti pa ni homogen. Po najsplošnejši definiciji gre za nemožnost izpolnitve, kadar dolžnik ne more izpolniti pogodbene obveznosti, tako kot je dogovorjena, čeprav to želi. Za analizo tega precej zapletenega instituta je potrebno pojem nemožnosti natančneje opredeliti in razlikovati: nemožnost izpolnitve obveznosti, ki obstaja ob sklenitvi pogodbe (začetna nemožnost), od nemožnosti, ki nastane kasneje (naknadna nemožnost); nemožnost vsakogar, da izpolni obveznost (objektivna nemožnost), od dolžnikove nemožnosti izpolniti obveznost, pri čemer bi nekdo tretji obveznost še lahko izpolnil (subjektivna nemožnost); ter nemožnost, za katero stranka odgovarja, od nemožnosti, za katero ne.

Ključna diferenciacija izhaja iz časa nastopa nemožnosti: začetna (objektivna) nemožnost v našem pravu povzroči ničnost pogodbe, saj je možnost izpolnitve splošna predpostavka veljavnosti pravnega posla.¹ Predmet te razprave pa je nemožnost izpolnitve, ki nastopi v času po veljavni sklenitvi pogodbe – naknadna nemožnost.² Njene funkcije so različne in odvisne od odgovornosti strank: kadar dolžnik zanjo ne odgovarja, nemožnost povzroči prenehanje njegove obveznosti (329. člen OZ in

* Docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Tako 35. člen OZ (člen 47. ZOR), nekatere sodobnejše pravne ureditve pa poznajo drugačne rešitve. O začetni nemožnosti glej avtorjevo razpravo: *Impossibilium nulla obligatio est? Začetna nemožnost izpolnitve v slovenskem in primerjalnem pogodbenem pravu*, v: ZZR LXVI (2006), str. 175 in nasl.

² Posamezne vidike teme je avtor obravnaval tudi v doktorski disertaciji, ki je bila objavljena pod naslovom *KRŠITEV POGODBE pri GV Založbi leta 2006*.

354. člen ZOR), praviloma pa tudi pogodbe (116. in 138. člen ZOR), medtem ko pomeni nemožnost, za katero dolžnik odgovarja, eno od oblik kršitve pogodbe s posebej določenimi pravnimi posledicami (tretji odstavek 117. člena OZ). Posebej je urejen tudi položaj, ko za nemožnost dolžnikove izpolnitve odgovarja upnik (prvi in drugi odstavek 117. člena OZ ter 138. člen ZOR).

Slovensko obligacijsko pravo v skladu s kontinentalnopravno tradicijo sistema pravil o kršitvi pogodbenih obveznosti ne gradi na enotnem pojmu kršitve pogodbe, ampak se izhodiščno sprašuje o vzroku oziroma načinu kršitve in glede na to razlikuje tri osnovne tipe kršitev: zamudo (neizpolnitev), izpolnitev z napako (nepravilno izpolnitev) in nemožnost izpolnitve obveznosti.³ Položaj nemožnosti izpolnitve obveznosti v sistemu pravil o kršitvi pogodbe je mogoče razložiti le z zgodovinskim razvojem kontinentalnega prava, izhodišče katerega je rimsko pravo.

Sodobne tendence v primerjalnem pravu gredo v smeri enotnega pojma kršitve pogodbe, s čimer institut naknadne nemožnosti izpolnitve obveznosti odpade kot posebna oblika pogodbe in podlaga za razbremenitev dolžnika. Nemožnost izpolnitve pomeni (le) omejitev zahtevka na izpolnitev v naravi. Tak pristop je značilen za akte unificiranega prava – Konvencijo ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG) in Načela evropskega pogodbenega prava (PECL) ter za nekatere sodobnejše zakonodaje, kot npr. za nizozemski NBW, v precejšnji meri pa tudi za nemški BGB po reformi leta 2002.

2. Naknadna nemožnost izpolnitve v rimskem pravu

2.1. Splošno

Uvodoma naj spomnimo na dve značilnosti rimskega (obligacijskega) prava: prvič, nanj ni mogoče gledati kot na sistematično in celovito ureditev, ki bi jo lahko primerjali z današnjimi civilnopravnimi kodifikacijami ali teoretičnimi deli.⁴ Poskusi sistematizacije so nastajali mnogo kasneje, nekateri šele v 20. stoletju. Pristop rimskih pravnikov je bil izrazito kazuističen in odvisen predvsem od tipa tožbe (*actio*), ki je bila uporabna v konkretnem primeru. Rimsko civilno pravo ni poznalo današnje delitve na materialno in procesno pravo; temeljilo je na sistemu tožb, ki so se

³ Razlike med predpostavkami in posledicami zamude (neizpolnitve) ter nepravilne izpolnitve posameznih pogodb, zlasti prodajne (t. i. jamčevanje), izhajajo predvsem iz rimskopravnih *actio redhibitoria* in *actio quanti minoris*, kjer se je za razliko od splošne pogodbene odgovornosti, ki temelji na krivdnem načelu, uveljavila objektivna odgovornost prodajalca za napake, kot njena protiutež pa kratki zastaralni roki. Glej Možina, KRŠITEV POGODBE (2006), str. 41 in nasl., ter Možina, Predpostavke in časovni okvir odgovornosti prodajalca za stvarne napake, v: Podjetje in delo (2008) 3–4.

⁴ To velja zlasti za klasično obdobje rimskega prava, ki traja nekako od začetka Avgustovega principata (27 pr. n. št.) do konca Dioklecijanove dobe (ok. 300 n. št.).

izoblikovale skozi stoletja. Iz posamezne tožbene formule so bili razvidni pogoji za obsodbo in s tem tudi materialnopravni elementi dejanskega stanu.⁵ Drugič, za razumevanje koncepta pogodbenih obveznosti je pomembno razlikovanje med *actiones stricti iuris* in *actiones bonae fidei*⁶ oziroma togimi in gibkimi pravnimi posli.⁷ Kriterij razlikovanja med njimi je stopnja preudarka, ki ga je imel sodnik v sporu. Pri strogih tožbah je sodnik odločal le, ali obstaja obveznost, kot izhaja iz formule. Zlasti v primerih, ko se je tožbena formula glasila na točno določen predmet obveznosti (*certum*), kar je bila lahko individualno določena stvar ali tudi določena količina natančno določenih generičnih stvari ali denarja, je bila sodnikova naloga le v tem, da je ugotovil, ali dolžnik ta predmet dolguje (obsodba) ali ne (oprostitev).⁸ Več možnosti diskrecije je imel sodnik v primerih, ko se je tožba glasila na *quidquid ... dare facere oportet*, npr. v primerih, ko se je stipulacija glasila na *incertum*.⁹ Najširša možnost preudarka pa je bila na voljo pri gibkih tožbah, kjer se je tožbena intencija glasila na *quidquid ... dare facere oportet ex fide bona*.¹⁰

2.2. Stroge obveznosti

Pri strogih obveznostih, ustanovljenih npr. s stipulacijo, ki se glasi na dajatev individualno določene stvari (*certam res dare*), bi naknadna nemožnost, npr. uničenje stvari, načeloma pomenila, da bi moral sodnik dolžnika oprostiti, kajti tožbena formula je pojmovno predpostavljala, da stvar obstaja in jo je mogoče izročiti (*Si paret ... Pamphilum servum dare oportere*) ter da je mogoče oceniti njeno vrednost (*... quanti ea res est ...*).¹¹ Ker je tak rezultat v primeru, ko dolžnik odgovarja za nastop nemožnosti (npr. ubije sužnja, ki bi ga moral izročiti), očitno nezadovoljiv, so si rimski pravniki pomagali s preprosto fikcijo – šteli so, da stvar v času postopka še obstaja in torej obveznost traja naprej – *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationis*.¹² Vrednost izpolnitve je upniku nadomestila obsodba na denarni znesek (*condemnatio pecuniaria*). Kljub nemožnosti torej dolžnik pri *actiones cer-*

⁵ Kaser, *RÖMISCHES PRIVATRECHT* (1971), str. 483.

⁶ Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 783.

⁷ Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 33, pojasnjuje vzrok za razlikovanje med strogimi in gibkimi posli s tem, da so *bonae fidei negotia* pravzaprav dvostransko obvezne pogodbe (predvsem prodaja – *emptio venditio*), *stricti iuris* pa enostransko obvezne pogodbe (npr. stipulacija).

⁸ Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 31.

⁹ *Ibidem*; Kaser, *RÖMISCHES PRIVATRECHT* (1971), str. 485.

¹⁰ Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 32; Kaser, *RÖMISCHES PRIVATRECHT* (1971), str. 485.

¹¹ Korošec, *RIMSKO PRAVO* (1994), str. 239; Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 784; Kaser, *RÖMISCHES PRIVATRECHT* (1971), str. 513.

¹² Paul. D. 45, 1, 93, 3; Krek, *OBLIGACIJSKO PRAVO* (1937), str. 59; Kaser, *RÖMISCHES PRIVATRECHT* (1971), str. 514; Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 784; Honsell, Mayer-Maly, Selb, *Römisches Recht* (1987), str. 245; Rabel, *UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG* (1907), str. 25.

tae zaradi perpetuacije obveznosti odgovarja odškodninsko. Ključno vprašanje, kdaj je mogoče naknadno nemožnost pripisati dolžniku, se je reševalo po načelih, ki so veljala za posamezno pravno razmerje (poenostavljeno: *dolus* in *culpa*).¹³ Podobno je veljalo za primer, ko izpolnitev ni bila povsem onemogočena, ampak je dolžnik še vedno lahko izročil stvar, ki pa se je poškodovala oziroma poslabšala. Kadar je bilo poslabšanje mogoče pripisati dolžniku, ga taka izpolnitev ni razbremenila obveznosti, ... *qui hominem dari promisit et vulneratum a se offert, non liberatur*.¹⁴ Dolžnikova obveznost je bila spet perpetuirana, kajti štelu se je, da tožbeni intenciji *rem dare oportere* ni bilo zadoščeno, čeprav je bila stvar izročena, zato je upnik lahko še vedno zahteval izpolnitev.¹⁵ Ob ugotavljanju vrednosti stvari pa je sodnik upošteval vrednost, ki jo je upnik že prejel, in dolžnika obsodil na plačilo razlike.¹⁶

Načelo perpetuacije v primeru dolžnikove odgovornosti je veljalo tudi v primeru dolžnikove zamude – če je predmet obveznosti postal nemogoč po naključju in brez dolžnikove krivde, vendar v času njegove zamude, je bila obveznost perpetuirana, kajti tudi zamuda je izhajala iz dolžnikove krivde.

Če dolžnik za nastop nemožnosti ne odgovarja, je svoje obveznosti prost. Če ima pri tem kakšno korist od tega, da je bil zaradi nemožnosti oproščen obveznosti (npr. prodajalec, ki mu je bila prodana stvar ukradena, je dobil zahtevek zoper tatu), mora to korist, t. i. nadomestni *commodum*, odstopiti kupcu.¹⁷

Učinek dolžnikove oprostitev, kadar za nemožnost ne odgovarja, ima le objektivna nemožnost (izpolnitev nemogoča vsakomur), ne pa tudi subjektivna nemožnost (izpolnitev nemogoča dolžniku, nekdo tretji bi jo lahko opravil). Tako kot začetna subjektivna nemožnost ne vpliva na nastanek obveznosti, naknadna subjektivna nemožnost ne vpliva na njen nadaljnji obstoj. Kdor je obljubil nekaj, kar je bilo in ostalo objektivno mogoče, je torej garantiral svojo zmožnost, da bo to tudi izpolnil.¹⁸

Dolžnikova oprostitev zaradi naknadne nemožnosti se nanaša le na obveznosti z individualno določenim predmetom (*species*). Pri drugih obveznostih *stricti iuris*, ki se niso nanašale na individualno določeno stvar, npr. s stipulacijo izgovorjena obveznost izročitve določene količine po vrsti določenih stvari (*genus*) ali obveznost izročitve določene denarne vsote, fiktivna perpetuacija ni bila potrebna za vzpostavitev dolžnikove odgovornosti.¹⁹ Nastop nemožnosti je pojmovno izključen, dokler na svetu še obstaja kakšna stvar iste vrste oziroma denar na sploh.

¹³ Glej Možina, KRŠITEV POGODBE (2006), str. 28–32.

¹⁴ Iul. D. 46, 3, 33, 1.

¹⁵ Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 787.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Krek, OBLIGACIJSKO PRAVO (1937), str. 58, ki navaja Ulp. D. 47, 2, 14; ter Gai. D. 18, 1, 35, 4 in § 37, I, 2.

¹⁸ Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 785.

¹⁹ *Ibidem*, str. 788.

2.3. Gibke obveznosti

V primeru tožb s *formula incerta*, s katerimi so se iztoževale predvsem gibke obveznosti (*negotia bonae fidei*), zlasti obveznosti iz konsenzualnih kontraktov (npr. *emptio venditio*), fikcija perpetuacije obveznosti v primeru propada primarno dolgovanega predmeta obveznosti ni bila potrebna.²⁰ Tožbena formula se namreč ni glasila le na izročitev ali vrnitev določene stvari, ampak na *quidquid ... dare facere oportet* – z dodatkom *ex fide bona* ali brez njega – dolžnik torej ni bil zavezan le dati določeno stvar, ampak »dati ali storiti« vse, kar mora dolžnik storiti na podlagi posla, v tem primeru prodaje.²¹ To je vključevalo tudi morebitno subsidiarno dajatev – denarno odškodnino, zato lahko rečemo, da je načelo perpetuacije že vključeno v pojem obveznosti.²² Odločilni dejavnik za obsodbo oziroma oprostitev je spet standard odgovornosti dolžnika v danem pogodbenem razmerju. Zaradi drugačnega koncepta obveznosti torej nemožnost izpolnitve ne pomeni posebne kategorije kršitve pogodbe s specifičnimi posledicami. Dolžnik na splošno odškodninsko odgovarja za neizpolnitev ali nepravilno izpolnitev obveznosti, kadar mu je to glede na konkreten tip pogodbe mogoče pripisati, oziroma z drugimi besedami, kadar prekrši obveznost skrbnosti in dobre vere v konkretnem obligacijskem razmerju.²³

3. Nadaljnji razvoj v kontinentalnem pravu

Že v Justinijanovem času je z zatonom klasičnega formularnega procesa in uveljavitvijo kognicijskega postopka odpadla potreba po razlikovanju med obveznostmi iz procesnih razlogov. Za vzpostavitev dolžnikove odgovornosti v primeru uničenja predmeta obligacije *certum dare* tako ni bila več potrebna *perpetuatio obligationis*, saj so se vse tožbe reševale po načelih *aequitas* – ostala je torej le še *bonae fidei iudicia*.²⁴ Ne glede na razlog, zaradi katerega dolžnik ni izpolnil pogodbe, je bil lahko obsojen na odškodnino. Kljub temu je bila *perpetuatio obligationis* inkorporirana v Justinijanovo kodifikacijo, kar je begalo kasnejše generacije pravnikov.²⁵

V obdobju občega prava pojem nemožnosti (*impossibilitas*) sicer ni neznan ali nepomemben in se preučuje v kontekstu začetne nemožnosti.²⁶ Naknadna nemožnost pa ni posebna kategorija kršitve pogodbe. Če je dolžnik kriv za uničenje, odgovarja po enakih načelih, kot če na katerikoli drug način ni izpolnil pogodbene

²⁰ Rabel, UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG (1907), str. 25.

²¹ Krek, OBLIGACIJSKO PRAVO (1937), str. 73; Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 789.

²² Krek, OBLIGACIJSKO PRAVO (1937), str. 59.

²³ Kaser, RÖMISCHES PRIVATRECHT (1971), str. 514.

²⁴ Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 807.

²⁵ *Ibidem*, str. 808.

²⁶ Glej Možina, Impossibillium nulla obligatio est?, v: ZZR LXVI (2006), str. 175 in nasl.

obveznosti. Če dolžnik ni kriv, je svoje obveznosti prost. Pomembno je torej le, ali je dolžnik izpolnil svojo obveznost, in če je ni, ali je neizpolnitev mogoče pripisati njegovi krivdi.

Takšnemu konceptu je sledil francoski Code civil, katerega pravo kršitve pogodbe temelji na enotnem zakonskem dejanskem stanu neizpolnitve – *inexécution* (1147. člen Code civil).²⁷ Dolžnik odgovarja, če ne dokaže, da neizpolnitev temelji na zunanjem vzroku, ki ga ni mogoče pripisati dolžniku, oziroma, z drugimi besedami – na višji sili (*force majeure*). Načelo razbremenitve zaradi nemožnosti je izrecno omenjeno le v zvezi z uničenjem stvari pri prodajni pogodbi.²⁸ Slednje je do tretje novele (1917) veljalo tudi za drugo t. i. naravnopravno civilno kodifikacijo, avstrijski ODZ.²⁹

Pomembnejšo vlogo v pravu kršitve pogodbe je institut nemožnosti pridobil v času nemške pandektistike. Avtor novih idej je bil Friedrich Mommsen, ki je, izhajajoč iz razsvetljenskih in naravnopravnih idej (predvsem krivdnega načela), na rimskopravnih virih utemeljil koncept nemožnosti izpolnitve, ki je pokrival vse primere, ko dolžnik obveznosti ni mogel izpolniti.³⁰ Pri tem se je zgledoval predvsem po obveznostih *stricti iuris* rimskega prava.³¹ Nemožnost je postala široka konceptualna abstrakcija za celo vrsto situacij. Razlikovalo se je: začetno in naknadno, naravno in pravno, absolutno in relativno, objektivno in subjektivno, trajno in začasno, popolno in delno ter navidezno in resnično nemožnost, pri čemer so bile pravne posledice v konkretnem primeru odvisne od uvrstitve v to tipologijo nemožnosti.³² O delni nemožnosti se je npr. govorilo tudi v primeru izpolnitve z napako. Razlog za tako širok pojem nemožnosti teorija vidi v širokem pojmu vsebine obveznosti (*Leistung*), kajti nemožnost se definira glede na vsebino obveznosti. Tako se je v predstavah

²⁷ Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 808; Zweigert, Kötz, EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG (1996), str. 494 in nasl. Vendarle 1147. člen Code civil omenja tudi *retard* (dolžnikovo zamudo) kot posebno obliko kršitve pogodbe.

²⁸ Code civil, člen 1302.

²⁹ ODZ pozna nekoliko širši pojem nemožnosti, saj v § 1447 piše: »Z naključno pogubo določne stvari preneha vsaka obveznost, celo ta, da se povrne njena vrednost. To načelo velja tudi za tiste primere, v katerih postane po kakšnem drugem naključju nemogoče, obveznost izpolniti ali dolg plačati. Vsikdar pa mora dolžnik to, kar je dobil, da izpolni obveznost, nazaj dati ali povrniti liki pošteni posestnik, toda tako, da se ne okoristi s škodo drugega.« S tretjo novelo ODZ (1917) je bila naknadna nemožnost urejena v § 920: »Ako se izpolnitev onemogoči po krivdi zavezanca ali vsled naključja, za katero je on odgovoren, sme druga stranka ali zahtevati povračilo škode radi neizpolnitve ali odstopiti od pogodbe. Ako je izpolnitev deloma onemogočena, ima pravico, da odstopi, ako je posneti iz narave posla ali iz namena dajatve, znanega zavezancu, da mu delna izpolnitev ni na korist.«

³⁰ Zweigert, Kötz, EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG (1996), str. 486 in nasl.; Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 810, ki napotuje na: Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (1853).

³¹ Zimmermann, Konturen eines europäischen Vertragsrechts, v: Juristen Zeitung (1995), str. 477, 480. O Mommsenovem pojmu nemožnosti glej npr. Huber, LEISTUNGSSTÖRUNGEN I (1999), str. 74 in nasl.

³² Zimmermann, LAW OF OBLIGATIONS (1996), str. 810.

snovalcev BGB pojem vsebine obveznosti (še) pokrival s celotnim programom ravnanja dolžnika glede na konkretno obligacijsko razmerje. Vsebina obveznosti ni bila določena le s predmetom, temveč individualizirana tudi z vsemi drugimi modalitetami – krajem, časom in kakovostjo. Tedaj je šlo za nemožnost že, če je izpolnjeno v katerem koli smislu odstopalo od dolgovanega in tega ni bilo več mogoče popraviti. To velja tudi za izpolnitev z napakami, dogmatično pa pravzaprav tudi za zamudo, čeprav je bila iz praktičnih razlogov obravnavana posebej.³³ Tako širok pojem nemožnosti se po uveljavitvi BGB v nemški teoriji in praksi ni uveljavil, po prevladujočem mnenju pa gre za nemožnost (le), če ne dolжник ne kdo tretji ne more več uresničiti predmeta obveznosti (*endgültige Unerbringlichkeit der Leistung*) – gre torej za objektivno in trajno nemožnost.³⁴ Mommsen je želel subjektivni dejanski stan, na katerem temelji pogodbeni odgovornost v starejšem občem pravu, nadomestiti z objektivnim, ki naj bi ga predstavljala nemožnost.³⁵ Kritiki mu očitajo pretiran abstraktni konceptualizem in neustrezno črpanje rimskopravnih virov,³⁶ v 19. stoletju pa so njegove ideje zadovoljile željo po urejenih in čistih znanstvenih konceptih in prek vplivnega učbenika Bernharda Windscheida vplivale najprej na pruski civilni zakonik (ALR), kasneje pa na BGB in kodifikacije, ki so se zgledovale po njem.³⁷

4. Ureditev v primerjalnem pravu

Ureditev naknadne nemožnosti je imela osrednji položaj v pogodbenem pravu predvsem v nemškem BGB pred reformo obligacijskega prava leta 2002, saj je ta zakon v splošnem delu poznal le dve obliki kršitve pogodbe: zamudo in nemožnost.³⁸ Naknadna nemožnost izpolnitve je bila urejena v § 275 in nasl., posledice v vzajemnih pogodbah pa v §§ 323–325 BGB. Čeprav je zakon z objektivno naknadno nemožnostjo izenačil subjektivno nemožnost, teorija poudarja, da za nakna-

³³ Emmerich, *DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN* (1991), str. 21.

³⁴ O razvoju pojma nemožnosti v nemškem pravu glej: Emmerich, Komentar k § 275, *MÜNCHENER KOMMENTAR* (1994), r. št. 7, str. 783.

³⁵ Rabel, *UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG* (1907), str. 28 in nasl.

³⁶ Glej npr. Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 810; Zweigert, Kötz, *EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG* (1996), str. 86.

³⁷ Glej Huber, *LEISTUNGSSTÖRUNGEN I.* (1999), str. 77.

³⁸ Kot korekcija se je že kmalu po uveljavitvi BGB razvil institut t. i. pozitivne kršitve pogodbe (*positive Vertragsverletzung*), glej Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Folgen*, v: *Festschrift 26. Deutscher Juristentag, Berlin 1902*. V okviru tega instituta je sodna praksa obravnavala izpolnitvene motnje, ki jih zakon ni uredil, predvsem izpolnitev z napako izven jamčevalnega režima (*Schlechterfüllung*), kršitev stranskih pogodbenih obveznosti ter kršitve t. i. zvestobe pogodbi (*Leistungstreuepflicht*). O pozitivnih kršitvah pogodbe glej: Emmerich, Uvodni komentar k § 275, *MÜNCHENER KOMMENTAR* (1994), r. št. 218 in nasl., str. 724.

dno subjektivno nemožnost dolžnik v večini primerov odgovarja.³⁹ Če dolžnik za nastop nemožnosti ne odgovarja, ga § 275 BGB razbremenjuje obveznosti. Obstoje nemožnosti in tudi svojo neodgovornost zanjo mora dokazati dolžnik (§ 282 BGB). Kadar pa dolžnik za izpolnitveno oviro odgovarja, je zakonski dejanski stan nemožnosti (§§ 280, 324 in 325 BGB) hkrati tudi podlaga njegove odgovornosti.⁴⁰ Merilo odgovornosti za nemožnost je načeloma krivdno načelo (§ 276 BGB), razen kadar odgovarja strožje: pri generičnih (§ 279 BGB) in denarnih obveznostih se dolžnik ne more razbremeniti s sklicevanjem na nemožnost izpolnitve.⁴¹ V obdobju po prvi svetovni vojni se je institut nemožnosti v nemškem pravu uporabljal tudi v smislu t. i. gospodarske nemožnosti, tj. situacije, kjer je sama izpolnitev še mogoča, vendar je zaradi izrednih dogodkov (npr. spremembe vrednosti denarja) postala za dolžnika izredno otežena.⁴² Kasneje so se ti primeri reševali z institutom odpada poslovne podlage (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), ki je primerljiv z institutom spremenjenih okoliščin.⁴³

Na vprašanje, zakaj je zakonodajalec iz velikega števila možnih izpolnitvenih motenj v središče zakonske ureditve postavil prav pojem naknadne nemožnosti, ki v praksi pomeni razmeroma redek mejni primer, teorija odgovarja takole: pripravljavci BGB so med pravnimi sredstvi za kršitev pogodbe dali načelno prednost izpolnitvenemu zahtevku in želeli zagotoviti, da bi upnik lahko kar najdlje zahteval (le) izpolnitev v naravi.⁴⁴ Ker so izhajali iz načela odgovornosti dolžnika za vse zakrivljene kršitve obveznosti, je bilo zanje osrednje vprašanje predvsem, kdaj lahko upnik namesto zahtevka na izpolnitev v naravi preide na odškodninski zahtevek ali odstopno upravičenje.⁴⁵ To je brez nadaljnega mogoče le v primeru nemožnosti, ko je dokončno jasno, da dolžnikove izpolnitve ne bo.

Po reformi nemškega obligacijskega prava nemožnost nima več funkcije razbremenitve dolžnika vseh pogodbenih obveznosti, temveč izključi le izpolnitveni zahtevek. Takšen učinek imajo vse oblike nemožnosti (glej novi § 275 BGB). Če dolžnik odgovarja za nemožnost, lahko upnik po § 283 BGB zahteva odškodnino namesto izpolnitve. Glede meril odgovornosti novi BGB načeloma vztraja pri krivdnem načelu, ki pa velja le, kolikor ni določena ali iz siceršnje vsebine obligacijskega razmerja ne izhaja strožja ali milejša odgovornost (§ 276 BGB). BGB opredeljuje dva taka primera: prevzem garancije in prevzem rizika priskrbe – slednji se nanaša na polo-

³⁹ Larenz, *LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS* (1987), str. 305.

⁴⁰ Heinrichs, *Komentar k § 275, PALANDT BGB* (1997), r. št. 3, str. 326.

⁴¹ Več Možina, *KRŠITEV POGODBE* (2006), str. 115–119.

⁴² Glej npr. Emmerich, *DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN* (1991), str. 78; Larenz, *LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I* (1987), str. 316.

⁴³ Glej Heinrichs, *Komentar k § 242, PALANDT BGB* (1997), r. št. 112 in nasl., str. 235. Danes je doktrina kodificirana v § 313 BGB.

⁴⁴ Emmerich, *DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN* (1991), str. 11.

⁴⁵ Emmerich, *Uvodni komentar k § 275, MÜNCHENER KOMMENTAR* (1994), r. št. 18, str. 669.

žaje, ki jih je pokrival stari § 279 BGB. Usodo nasprotne (upnikove) obveznosti v primerih, ko je izpolnitveni zahtevek po § 275 BGB izključen, določa § 326 BGB: obveznost *ipso iure* ugasne. Tako po starem kot po novem pravu ima upnik pravico, da od dolžnika v primerih, ko njegova izpolnitev postane nemogoča, zahteva prepustitev morebitnega nadomestnega predmeta ali zahtevka, npr. zahtevka zoper zavarovalnico ali odgovorno osebo. Upnik mora tak surogat seveda vračunati v zahtevek na odškodnino namesto izpolnitve, pri vzajemnih pogodbah pa se njegova obveznost nasproti dolžniku zmanjša sorazmerno z vrednostjo prejetega nadomestila. Kljub uvedbi enotnega pojma kršitve obveznosti (*Pflichtverletzung*) in prvotni nameri odstranitve instituta nemožnosti pa ta institut po reformi še vedno (oziroma spet) igra razmeroma pomembno vlogo v nemškem pravu kršitve pogodbe: odškodninska odgovornost dolžnika in odstop od pogodbe sta urejeni ločeno glede na to, ali gre za kršitev izpolnitvenega interesa pri še mogoči izpolnitvi ali pa izpolnitev ni mogoča.⁴⁶

Naknadna nemožnost je podobno kot v nemškem pravu pred reformo urejena v švicarskem in italijanskem pravu, vendar zaradi nekoliko drugačne zasnove prava kršitve pogodbe nima osrednjega pomena. Švicarski OR v 119. členu določa, da obveznost ugasne, če postane njena izpolnitev nemogoča zaradi okoliščin, za katere dolžnik ne odgovarja.⁴⁷ Vprašanje, za katere okoliščine dolžnik odgovarja, se rešuje po splošnih določbah o pogodbeni odgovornosti, predvsem po 97. členu OR.⁴⁸ Pri vzajemnih pogodbah dolžnik odgovarja za že prejete nasprotne izpolnitve na podlagi pravil o neupravičeni obogatitvi ter izgubi zahtevek na bodoče nasprotne izpolnitve. Izvzeti so primeri, ko nevarnost preide na upnika že pred izpolnitvijo pogodbe. Če dolžnik za nastop nemožnosti odgovarja, obveznost ne preneha, temveč na njeno mesto stopi obveznost povrnitve škode. Čeprav zakon upniku v tem primeru ne daje izrecno odstopnega upravičenja, ga večinsko mnenje priznava na podlagi analogije.⁴⁹ Zakon prav tako ne določa obveznosti izročitve nadomestnega *commodum*, ki pa jo priznava tako teorija kot sodna praksa.⁵⁰ V italijanskem pravu 1256. člen Codice civile določa, da obveznost ugasne, kadar izpolnitev postane nemogoča zaradi vzroka, ki ga ni mogoče pripisati dolžniku. Vprašanje odgovornosti se rešuje po splošnih pravilih. Kadar je nemožnost začasna, dolžnik v času njenega trajanja za zamudo ne odgovarja.

⁴⁶ Več Možina, Kršitev pogodbe in pravne posledice v nemškem obligacijskem pravu po reformi BGB, v: Podjetje in delo (2006) 2, str. 303–331.

⁴⁷ Upoštevana je le objektivna nemožnost – glej Wiegand, Komentar k 119. členu, KOMMENTAR (1992), r. št. 6, str. 650.

⁴⁸ Prvi odstavek 97. člena: »Če obveznosti ni mogoče izpolniti ali je ni mogoče izpolniti pravilno, dolžnik odškodninsko odgovarja za nastalo škodo, če ne dokaže, da mu ni mogoče pripisati nobene krivde.«

⁴⁹ Weber, Komentar k 97. členu, BERNER KOMMENTAR (2000), r. št. 118, str. 83.

⁵⁰ Wiegand, Komentar k 119. členu, KOMMENTAR (1992), r. št. 15, str. 652; Bucher, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (1988), str. 425.

V vsakem primeru pa obveznost ugasne, kadar nemožnost traja tako dolgo, da glede na naravo obveznosti in njenega predmeta od dolžnika ni več mogoče zahtevati izpolnitve, ali kadar upnik nima več interesa po prejemu izpolnitve. Posledice nemožnosti v vzajemnih pogodbah so določene v 1463.–1465. členu Codice civile. Stranka, ki je zaradi nemožnosti oproščena, ne more zahtevati izpolnitve druge stranke in mora vrniti, kar je od nje prejela, po pravilih neupravičene pridobitve.

V sistemih *common law* se vpliv naknadnih sprememb okoliščin na pogodbeno razmerje obravnava v okviru doktrine *frustration* (Anglija)⁵¹ oziroma *impracticability*⁵² (ZDA). Različnim razlogom, zaradi katerih ni prišlo do izpolnitve, *common law* ne daje sistemskega značaja, za dejanski stan kršitve pogodbe pa je odločilno le, da izpolnjeno v kakršnemkoli smislu odstopa od dolgovanega. Pravni red priznava, da utegne sprememba okoliščin povzročiti, da izpolnitev ni več mogoča oziroma je izjalovljen namen pogodbe, tako da pogodbeno obveznost postane nekaj povsem drugega od tistega, kar se je stranka zavezala s pogodbo.⁵³ Razbremenitev dolžnika pa ne temelji na tem, da mu ni mogoče očitati krivde, temveč se šteje, da glede na dogovor strank in smisel pogodbe rizika določene izpolnitvene ovire ni prevzel.

V Konvenciji ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG) in Načelih evropskega pogodbenega prava (PECL) je sistem pravnih sredstev upnika v primeru dolžnikove kršitve pogodbe zgrajen na enotnem pojmu kršitve pogodbe (*non-performance*), institut nemožnosti pa ni potreben. Za kršitev gre tudi, kadar se dolžnik v posameznem primeru reši odškodninske odgovornosti za kršitev s sklicevanjem na razbremenitvene razloge (79. člen CISG oz. člen 8:108 PECL).⁵⁴ Posledice izpolnitvene motnje na pogodbeno razmerje so odvisne od teže motnje: upnik lahko odstopi od pogodbe le, če je dolžnikova kršitev bistvena, tj. je upnik v bistvenem prikraššan za to, kar je lahko po pogodbi upravičeno pričakoval in je bilo takšno prikrajšanje za dolžnika predvidljivo.⁵⁵ V primeru, ko izpolnitev obveznosti trajno izostane, ker ni mogoča, bo šlo praviloma za bistveno kršitev, ki omogoča odstop. V primeru objektivne in trajne nemožnosti (v kontinentalni terminologiji) je torej pojem bistvene kršitve iz CISG načeloma usmerjen v isto posledico kot v vzajemni pogodbi v kontinentalnem pravu, tj. prenehanje obveznosti strank in s tem razveljavitev pogodbe. Glede mehanike odstopa je med CISG in PECL razlika: medtem ko mora po CISG nasprotna stranka od pogodbe (z izjavo) odstopiti, saj CISG ne pozna *ipso facto*

⁵¹ Glej Treitel, *LAW OF CONTRACT* (2003), str. 866 in nasl.

⁵² Glej UCC §2-615 ter Restatement of Contracts 2nd, § 261. Stranka, ki se želi razbremeniti s sklicevanjem na naknadni dogodek oziroma naključje, mora tako dokazati štiri pogoje: (1) da je ta dogodek povzročil neizvedljivost (*impracticability*) izpolnitve, (2) da je bil nenastop tega dogodka temeljna predpostavka sklenitve pogodbe, (3) da na njeni strani ni krivde ter (4) da stranka ni obljubila, izrecno ali konkludentno, da bo obveznost izpolnila kljub neizvedljivosti, glej: Farnsworth, *CONTRACTS* (2004), str. 643.

⁵³ Glej odločbo House of Lords v zadevu *Davis Contractors Ltd. V. Fareham U.D.C.* (1956) A.C. 696.

⁵⁴ Glej Možina, *KRŠITEV POGODBE* (2006), str. 138 in nasl.

⁵⁵ Člen 25 CISG ter člen 8:103 PECL. Več Možina, *KRŠITEV POGODBE* (2006), str. 136 in 150.

razveljavitve pogodbe, PECL predvidevajo izjemo za primer, ko je neizpolnitev opravičena zaradi popolne in trajne ovire – tedaj je pogodba razveljavljena s pojavom ovire, ne da bi bilo treba nasprotno stranko obvestiti. V primeru (objektivne) nemožnosti, za katero stranka ne odgovarja, torej PECL določajo avtomatično prenehanje pogodbe. Tako CISG kot PECL določajo, da se upnik ne more sklicevati (tj. nima nobenih zahtevkov) na dolžnikovo neizpolnitev, ki jo je sam povzročil.⁵⁶

Tudi nizozemsko pravo za razbremenitev dolžnikove odgovornosti za neizpolnitev ne uporablja instituta naknadne nemožnosti. Dolžnik odškodninsko odgovarja v vsakem primeru, ko izpolnitev ni popolna. Enotni pojem kršitve obveznosti iz členov 6:74 in 6:265 NBW tako zajema vse položaje, ko dolžnik ne izpolni popolnoma pogodbenih obveznosti, ne glede na vrsto in vzrok (*iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis*). Pojem neizpolnitve je nevtralen v smislu, da je neodvisen od tega, ali je dolžnik za neizpolnitev oproščen (razbremenjen) – tudi oproščena neizpolnitve je neizpolnitev.⁵⁷ Funkcija pojma nemožnosti je le v tem, da upniku ni treba spravljati dolžnika v zamudo z opominom, ki vsebuje tudi določitev primernege roka za izpolnitev, kot sicer velja v nizozemskem pravu.

5. Naknadna nemožnost izpolnitve obveznosti v slovenskem pravu

5.1. Pojem nemožnosti izpolnitve

O nakladni nemožnosti izpolnitve obveznosti govorimo, kadar je izpolnitev, ki je bila ob sklenitvi pogodbe mogoča, postala nemogoča kasneje. V OZ so posledice nakladne nemožnosti urejene predvsem v dveh skupinah določb. Splošne posledice nakladne nemožnosti izpolnitve na obveznost, ki veljajo tudi za enostranske in neposlovne obveznosti, so določene med načini prenehanja obveznosti (329.–331. člen OZ). Posledice nakladne nemožnosti izpolnitve dolžnikove obveznosti za vzajemno pogodbeno razmerje so uvrščene v poglavje o »dvostranskih« (bolje: vzajemnih) pogodbah (116. in 117. člen OZ), kar je z vidika sistematike nekoliko nenavadno; najbrž bi bilo primerneje, če bi bil vrstni red obrnjen – najprej splošne in nato posebne posledice.⁵⁸ Poleg tega OZ ureja vidike nakladne nemožnosti še v določbah o ari (65. člen OZ), odškodnini zaradi kršitve obveznosti (240. člen OZ), nastopu nemožnosti v dolžnikovi zamudi (četrti odstavek 239. člena OZ) ter alternativnih (388. in 389. člen OZ) in fakultativnih obveznostih (391. člen OZ). Nemožnost je neposredno ali posredno omenjena tudi pri ureditvi nekaterih pogodb v posebnem delu, npr. pri prodajni pogodbi (439. člen OZ) in pogodbi o delu (632. člen OZ). S pravili o ne-

⁵⁶ Glej 80. člen CISG in člen 8:101 (3) PECL.

⁵⁷ Veldman, Komentar k členu 1:301, PECL AND DUTCH LAW – A COMMENTARY (2002), str. 59.

⁵⁸ Tako tudi: Jankovec, VIDOV I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 24.

možnosti, za katero ne odgovarja nobena stranka, se deloma prekrivajo tudi pravila o prehodu nevarnosti naključnega uničenja in poškodovanja (npr. 436. člen OZ).

Zakon pojma nemožnosti ne definira. Po večinskem mnenju teorije je v smislu 329. člena OZ relevantna le objektivna (tudi: »absolutna« ali »splošna«) nemožnost: obveznosti, kakor je dogovorjena, ni mogoče izpolniti, tj. nihče je ne more izpolniti.⁵⁹ Nasprotno pa subjektivna (tudi: »relativna« ali »osebna«) nemožnost, kjer dolжник obveznosti ne more izpolniti, vsaj nekdo tretji pa bi jo lahko, ne omogoča razbremenitve dolžnika. Razmejevanje med objektivno in subjektivno nemožnostjo ni vedno preprosto.⁶⁰ Za objektivno nemožnost pa gre tudi v primeru, ko dolжник ne more izpolniti obveznosti, vendar je bila pogodba sklenjena glede na njegove osebne lastnosti (npr. z arhitektom ali slikarjem).⁶¹ V starejši teoriji se po vzoru nemškega prava govori tudi o t. i. gospodarski nemožnosti (situaciji, ko izpolnitev sicer ni onemogočena, a bi sprememba okoliščin od dolžnika zahtevala povsem nesorazmeren napor ali stroške),⁶² vendar se vse od uveljavitve ZOR ti primeri rešujejo z uporabo pravil o spremenjenih okoliščinah. Z dejansko (fizično, naravno) nemožnostjo je izenačena pravna nemožnost (nedopustnost).⁶³

Pomemben je tudi čas nastopa nemožnosti: če nemožnost nastopi, ko je dolжник v zamudi, se s sklicevanjem nanjo ne more več razbremeniti odgovornosti, saj v zamudi odgovarja tudi za naključje, kar imenujemo odgovornost za *casus mixtus* (četrti odstavek 239. člena OZ). Dolжник se lahko razbremeni le, če dokaže, da bi nemožnost nastopila v vsakem primeru, torej tudi če bi bil sam pravočasno izpolnil.⁶⁴ S tem dolжник izpodbije vzročno zvezo med zamudo in uničenjem.

⁵⁹ Jankovec, VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 69 in 74; Juhart, Uvodni komentar k 329. členu v: OZ S KOMENTARJEM II (2004), str. 433 (»splošna« nemožnost); Loza, Komentar k 354. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I (1983), str. 1109; Perović, Komentar k 137. členu, KOMENTAR (1980), str. 440. Obstajajo pa tudi mnenja, naj se enako kot objektivna obravnava tudi subjektivna nemožnost (Radišić, Komentar k 354. členu, KOMENTAR (1980), str. 896), pa tudi t. i. praktična nemožnost – situacija, ko ima dolжник z izpolnitvijo takšne težave in stroške, da jo moramo glede na načelo vestnosti in poštenja šteti za nemogočo (Krulj, Komentar k 354. členu, KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I (1983), str. 407).

⁶⁰ Tako npr. v primeru, ko dolžniku stvar, ki bi jo moral izročiti upniku, ukrade ali odvzame oziroma noče vrniti (npr. zaradi izvrševanja pridržne pravice) tretja oseba. Stvar še obstaja in bi jo bilo mogoče, vsaj teoretično, od nje »pridobiti« in izročiti (subjektivna nemožnost). Drugo možno stališče je, da gre tu za objektivno nemožnost.

⁶¹ Glej odločbo Višjega sodišča v Ljubljani v zadevi I Cpg 816/2005 z dne 26. 10. 2006 (smrt projektanta).

⁶² Glej npr. Jankovec, VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 54, ki navaja Vukovičeva stališča; ter Šmalcelj, Pravno-politička vrednost pojma »nemogućnosti« činidbe u obveznom pravu, v: Naša zakonitost, (1976) 7-8, str. 98.

⁶³ Drugače velja glede začetne nemožnosti, kjer se dopustnost predmeta in kavze obravnava posebej, glej 35. in 39. člen OZ.

⁶⁴ Zakon sicer izrecno govori o uničenju stvari, vendar se določba nanaša na vsako nemožnost izpolnitve.

5.2. Naknadna nemožnost kot razlog razbremenitve dolžnika

5.2.1. Splošno

Kot pravi zakon, obveznost preneha, če postane njena izpolnitev nemogoča zaradi okoliščin, za katere dolžnik ne odgovarja (prvi odstavek 329. člena OZ).⁶⁵ Določba o prenehanju obveznosti pomeni, da je dolžnik razbremenjen tako obveznosti izpolnitve v naravi kot odškodninske odgovornosti za neizpolnitev. Iz določbe izhaja, da ima nemožnost tak učinek le v primeru, ko dolžnik ne odgovarja za okoliščine, v katerih je nastopila. To pomeni, da samo dejstvo nemožnosti nima samostojne funkcije, saj dolžnika razbremeni le nemožnost, za katero ne odgovarja. Ključna je torej dolžnikova neodgovornost oziroma razbremenitev odgovornosti. Zakon postavlja domnevo, da dolžnik za nemožnost odgovarja, dolžnik pa mora ob zatrjevanju, da gre za nemožnost, svojo neodgovornost tudi dokazati (drugi odstavek 329. člena OZ); pravilo je sicer odveč, saj ga je mogoče izpeljati tudi iz splošnih pravil o dokaznem bremenu. Kadar je nemožnost delna, kar predpostavlja deljivo obveznost, obveznost preneha le v nemogočem delu. Prenehanje obveznosti nastopi le, če je nemožnost izpolnitve obveznosti trajna. Če je nemožnost začasna, kar se ocenjuje glede na naravo pogodbe in pričakovano trajanje nemožnosti (ob zapadlosti), je izpolnitev obveznosti načeloma le suspendirana. V določenih primerih pa je čas izpolnitve tako pomemben, da neizpolnitev ob zapadlosti povzroči prenehanje pogodbe na podlagi zakona (fiksni posli – 104. člen OZ). Tedaj začasna nemožnost preraste v trajno.

Dolžnik, čigar izpolnitev postane nemogoča, je dolžan o tem nemudoma obvestiti upnika.⁶⁶ Čeprav o tem ni neposredne izrecne določbe, lahko to obveznost izpeljemo iz splošne notifikacijske obveznosti, po kateri morata stranki druga drugo pravočasno obvestiti o dejstvih, ki vplivajo na njuno razmerje (245. člen OZ).

5.2.2. Nadomestni *commodum*

Prenehanje obveznosti izpolnitve pa ne pomeni nujno tudi konca obligacijskega razmerja. Če je dolžnik prost obveznosti zaradi nemožnosti, mora upniku odstopiti morebitno pravico do tretje osebe, ki jo dobi zaradi nemožnosti, npr. odškodninski zahtevek proti tretji osebi ali zahtevek proti zavarovalnici – t. i. nadomestni *commodum* (331. člen OZ, 356. člen ZOR). Namen tega, iz rimskega in občega prava prevzetega pravila, ki izhaja iz domnevne volje strank in načela pravičnosti, je korekcija

⁶⁵ Popolnoma enako določbo vsebuje italijanski Codice civile v prvem odstavku 1256. člena: *«L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.»*

⁶⁶ Juhart, Komentar k 116. členu, KOMENTAR I (2004), str. 613; Cigoj, Komentar k 354. členu, KOMENTAR (1984), str. 1134; Loza, Komentar k 354. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I (1983), str. 1109; Radišić, Komentar k 354. členu, KOMENTAR (1980), str. 896.

pravila, da nevarnost naključne nemožnosti nosi upnik.⁶⁷ Upnik naj ima možnost zahtevati tisto, kar je v premoženju dolžnika stopilo na mesto izvirnega predmeta obveznosti (surogat).⁶⁸ Zato dolžniku ni treba dati več, kot je dobil (npr. od zavarovalnice), nasprotno pa mora, če je dobil nadomestilo velike vrednosti, dati vse, kar je dobil. Če se upnik odloči za nadomestni *commodum*, si mora prejeto vrednost vračunati v morebitni odškodninski zahtevek zoper dolžnika.

5.2.3. Merila odgovornosti

V določbi o pravnih posledicah nemožnosti (329. člen OZ) zakon razbremenilnih okoliščin ne opredeli. Osnutek ZOR, Konstantinovičeva Skica, je v tej določbi vseboval posebno razbremenitveno normo, ki pa v končno različico zakona ni bila sprejeta.⁶⁹ Ker je posledica nemožnosti neizpolnitev obveznosti in odškodninska odgovornost, je treba ključno vprašanje – odgovornost za »okoliščine«⁷⁰ – presojati po splošni določbi za razbremenitev pogodbene odškodninske odgovornosti – 240. člen OZ (263. člen ZOR).⁷¹ Z vidika odškodninske odgovornosti pa ni pomembno, ali dolžnik ni izpolnil, ker ni mogel izpolniti ali ker ni hotel izpolniti, temveč le, ali za neizpolnitev odgovarja. Pojem nemožnosti torej pri razbremenitvi odškodninske odgovornosti v resnici ne opravlja prav nobene funkcije. Edino relevantno vprašanje je, ali je okoliščine, zaradi katerih je dolžnik kršil pogodbo, mogoče pripisati njegovi sferi odgovornosti.

O naravi odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe v jugoslovanskem in slovenskem pravu je bilo izraženo veliko različnih mnenj,⁷² katerih obravnava bi preseгла okvire tega prispevka. Zakon določa, da je dolžnik prost odgovornosti za škodo, če dokaže, da je do kršitve obveznosti⁷³ prišlo »zaradi okoliščin, nastalih po sklenitvi pogodbe, ki jih ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti«. Takšen koncept razbremenitve se veliko bolj kot razbremenitvi po krivdnemu načelu (zakon krivde sploh ne omenja) približuje konceptu razbremenitve na podlagi

⁶⁷ Emmerich, Komentar k § 281, MÜNCHENER KOMMENTAR (1994), r. št. 1, str. 918.

⁶⁸ Larenz, LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS (1987), str. 309.

⁶⁹ Skica, 309. člen: »Obveza prestaje, kad njeno izpolnjenje postane nemogoče usled slučaja više sile, i uopšte usled događaja, za koji dužnik ne odgovara, a koji se desio posle njenog nastanka.«

⁷⁰ Zakon izraz uporablja nedosledno, v 116. in 117. členu OZ je v smislu »okoliščin« govor o »dogodku«, podobno Dolenc, Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi, v: Pravosodni bilten (2004) 2, str. 264.

⁷¹ Jankovec, VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUĆNOSTI (1982), str. 139; Juhart, Komentar k 116. členu, KOMENTAR I (2004), str. 612; Loza, Komentar k 354. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I (1983), str. 1109.

⁷² Glej pregled pri Možina, KRŠITEV POGODBE (2006), str. 349–356.

⁷³ Iz jezikovne razlage besedila 240. člena OZ bi izhajalo, da se določba nanaša le na nemožnost izpolnitve in zamudo (»ni mogel izpolniti«, »zamudil z izpolnitvijo«), v resnici pa se določba uporablja za vse kršitve pogodbe.

nepredvidljivih in neobvladljivih okoliščin, ki se je uveljavil tudi v sodobnih aktih pogodbenega prava (glej npr. 79. člen CISG, člen 8:108 PECL).⁷⁴ Dolžnik se lahko razbremenil le, če dokaže nastop nepredvidljivih okoliščin izven svojega področja nadzora. Takšno stališče vedno bolj zavzema tudi novejša slovenska sodna praksa.⁷⁵

Osnovno merilo razbremenitve je spodobnost obvladovanja izpolnitvenih ovir (»okoliščin«): za tiste ovire, za katere je mogoče od dolžnika že na podlagi njegove oblasti nad procesi priprave, organizacije in izvedbe izpolnitve pogodbe pričakovati, da jih bo preprečil oziroma obvladal, dolžnik vedno odgovarja.⁷⁶ V dolžnikovo sfero rizika vedno spada tudi njegova finančna zmogljivost: dolžnik se ne more sklicevati, da nima finančnih sredstev, potrebnih za izpolnitev.⁷⁷ To je splošno pravno načelo, ki je imanentno gospodarskemu in pravnemu sistemu in ima svoj izraz predvsem v stečajnem in izvršilnem pravu.⁷⁸ Pravni red se ne more spuščati v raziskovanje, zakaj posameznik v konkretnem primeru nima dovolj finančnih sredstev za izpolnitev obveznosti, ker bi bilo tako raziskovanje brez meja in bi nujno vodilo k arbitrarni porazdelitvi življenjskih priložnosti in rizikov.⁷⁹ Vsekakor pa lahko stranki z dogovorom nadomestita zakonsko ureditev. Če npr. dolžnik prevzame obveznost, da bo izpolnil v vsakem primeru, se odškodninske odgovornosti za neizpolnitev ne more razbremeniti s sklicevanjem na nemožnost, čeprav zanjo sicer ne bi odgovarjal.

5.2.4. Nemožnost izpolnitve in generične obveznosti

Kot izhaja iz 330. člena OZ (355. člen ZOR), se pravilo o prenehanju obveznosti zaradi nemožnosti, za katero dolžnik ne odgovarja, nanaša samo na individualno določene obveznosti (*species*). Na nemožnost pa se ne more sklicevati dolžnik, čigar predmet obveznosti je določen po vrsti (*genus*), kajti kljub temu, da brez njegove odgovornosti propadejo vse generične stvari, ki jih ima, o objektivni nemožnosti pojmovno ni mogoče govoriti, dokler na svetu še obstajajo drugi primerki te vrste. Gre za načelo, da *genus* ne more propasti (*genus perire non censetur*), zato velja, da mora dolžnik predmet obveznosti priskrbeti drugje. Dolžnik se ne more razbremeniti s sklicevanjem na to, da za morebiti dražjo priskrbo nima dovolj finančnih

⁷⁴ Glej Možina, KRŠITEV POGODBE (2006), str. 352 in nasl. Podobno tudi Plavšak, Komentar k 240. členu, KOMENTAR II (2004), str. 214. Marko Ilešič govori o »objektivni koncepciji v njeni milejši obliki« v: OZ Z UVODNIMI POJASNILI (2003), str. 40.

⁷⁵ Glej npr. obrazložitev VSS v sodbah II Ips 279/2005 z dne 7. 6. 2007 ter II Ips 149/2003 z dne 11. 3. 2004. V nekoliko starejših odločbah VSS govori še o subjektivni odgovornosti, glej VSS III Ips 6/93 z dne 11. 2. 1992 ter II Ips 584/96 z dne 22. 10. 1997.

⁷⁶ Stoll, Komentar k 79. členu, KOMENTAR CISG (2000), r. št. 20, str. 765; Jankovec, VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 101.

⁷⁷ Medicus, »Geld muß man haben« – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, v: AcP 188 (1988), str. 489, 494.

⁷⁸ Larenz, LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I. (1987), str. 168.

⁷⁹ Tako Emmerich, Komentar k § 278, MÜNCHENER KOMMENTAR (1994), r. št. 5, str. 907.

sredstev, saj bi to pomenilo (neupoštevno) subjektivno nemožnost. Na (objektivno) nemožnost se lahko sklicuje le, če propade celotna vrsta oziroma izpolnitev generične obveznosti postane prepovedana (npr. tako, da je izvzeta iz pravnega prometa). Riziko naključnega propada svojih generičnih stvari (predmetov obveznosti), namenjenih za izpolnitev, torej nosi dolžnik.

Dolžnikovo odgovornost v primeru generičnih obveznosti pa lahko veliko bolje kot s pojmovno izključenostjo nastopa nemožnosti pojasnimo s pojmom rizika priskrbe (angl. *procurement risk*, nem. *Beschaffungsrisiko*). Pri generičnih obveznostih dolžnik prevzame obveznost, da bo v primeru izpolnitvenih ovir predmet obveznosti priskrbel drugje.⁸⁰ Logika je naslednja: v tržnem gospodarstvu ima skoraj vsaka (nadomestna, torej jo lahko opravi tudi nekdo tretji) storitev oziroma dajatev svojo ceno, tako da skorajda ni primerov, ko dolžnik ne bi mogel, seveda z ustrezno visokimi stroški, k svoji izpolnitvi pritegniti tretjega.⁸¹ Praviloma je torej takšno izpolnitveno motnjo mogoče odpraviti, vprašanje je le, do katere meje je primerno na ta način povečane stroške izpolnitve naložiti dolžniku. Tudi tu obstaja »meja žrtvovanja«, ki ga je od dolžnika še mogoče zahtevati, kajti tudi generične obveznosti niso absolutne. Mejo lahko določimo z uporabo instituta spremenjenih okoliščin (112. člen OZ).⁸²

V pravnem prometu so čiste generične obveznosti redke, saj je *genus* pogosto individualiziran (koncentriran) z določitvijo množice stvari, na katere je omejena dolžnikova obveznost (npr. vino lastne proizvodnje, blago iz skladišča). Dolžnikova obveznost preneha, če je uničena celotna množica (drugi odstavek 330. člena OZ). Koncentracija *genusa* in s tem obseg dolžnikovega rizika lahko izhaja iz izrecnega ali konkludentnega dogovora strank (npr. iz klavzule »pod pogojem možnosti dobave«, »s pridržkom pravočasne dobave sebi«),⁸³ narave pogodbe, okoliščin posla ali običajev.⁸⁴ Tudi pri generičnih obveznostih je torej tako kot pri pogodbenih razmerjih na splošno odločilno,

⁸⁰ Emmerich, *DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN* (1991), str. 93. Tudi obveznost z individualnim predmetom (*species*) je lahko izjemoma obveznost priskrbe. Za tak primer gre, če se nekdo drugemu zaveže, da mu bo priskrbel neko individualno določeno stvar (npr. določeno sliko), ki pa mu ne pripada in jo mora torej najprej priskrbeti sebi. Tedaj je predvsem vprašanje razlage pogodbe, kako daleč seže riziko, da stvari ne bo priskrbel. Morda je obljubil le, da si bo prizadeval priskrbeti stvar, ali pa je garantiral uspeh. Glej Larenz, *LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS I.* (1987), str. 318.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Tako tudi Dolenc, Komentar k 112. členu, KOMENTAR I (2004), str. 600. Napačno stališče pa je zavzelo Vrhovno sodišče, odločba v zadevi III Ips 17/93 z dne 7. 4. 1993.

⁸³ Glej Možina, KRŠITEV POGODBE (2006), str. 116 in 141.

⁸⁴ V nemškem pravu se uporablja naslednja klasifikacija generičnih obveznosti: (1) tržno usmerjena generična prodaja (*marktbezogener Gattungskauf*), pri kateri prodajalec (dolžnik) obljubi široko garancijo priskrbe, (2) prodaja iz prodajalčevega skladišča (*Vorratskauf, Vorratsschuld*), pri kateri je prodajalčeva obveznost omejena na pravilno disponiranje z zalogo, ter (3) enostavna generična prodaja (*einfacher Gattungskauf*), ki je vmes med prodajo iz skladišča in tržno generično prodajo in pri kateri prodajalec garantira organizacijo in operacijo svojih proizvodnih zmogljivosti. O klasifikaciji glej: Huber, *LEISTUNGSSTÖRUNGEN I* (1999), str. 587 in nasl.

katere rizike je dolžnik glede na smisel in naravo pogodbe prevzel. Tu pa je merodajna splošna razbremenitvena določba iz 240. člena OZ. Prevzem rizikov je širši pri mednarodnih poslih in v trgovini na debelo, medtem ko bo v primeru proizvajalcev pogosto mogoče govoriti o omejeni generični obveznosti, pri čemer bo riziko (konkludentno) omejen npr. na stvari v skladišču ali na stvari lastne proizvodnje.

5.2.5. Nemožnost kot omejitev izpolnitvenega zahtevka

Izpolnitve nemogočega ni mogoče zahtevati. Izključitev izpolnitvenega zahtevka (zahtevka na izpolnitev v naravi, *in forma specifica*) je najnaravnejša posledica nemožnosti izpolnitve. To je tudi edini logični pomen Celzovega pravila (*Impossibilium nulla obligatio est*).⁸⁵ Pri tem ni pomembno, ali gre za objektivno ali subjektivno nemožnost, niti kdo zanjo odgovarja in kdaj je nemožnost nastopila: vsaka nemožnost izključi izpolnitveni zahtevek.⁸⁶ Samoumevno je, da izpolnitve obveznosti, ki je dolžnik ne more izpolniti, od njega ni mogoče izsiliti, zato mora biti izpolnitveni zahtevek v primeru vsakršne nemožnosti izključen že po materialnem pravu. Člen 329 OZ daje drugačen vtis, saj določa prenehanje obveznosti le v primeru nemožnosti, za katero dolžnik ne odgovarja. Izključitev izpolnitvenega zahtevka pa seveda še ne pomeni, da je dolžnik razbremenjen tudi odškodninske odgovornosti za neizpolnitev. Podobno kot nemožnost je treba glede izpolnitvenega zahtevka obravnavati tudi situacijo, kjer izpolnitev sicer ni nemogoča, vendar bi dolžniku povzročila nesorazmerne stroške oz. napor.⁸⁷

5.3. Posledice naknadne nemožnosti v vzajemnih pogodbah

Pri vzajemnih obveznostih se v primeru nemožnosti dolžnikove obveznosti zastavlja vprašanje o usodi nasprotne (upnikove) obveznosti. Zakon glede na odgovornost za nemožnost razlikuje tri položaje: ko za nemožnost ne odgovarja nobena od strank (116. člen OZ), ko za nemožnost odgovarja upnik (prvi odstavek 117. člena OZ) in ko za nemožnost odgovarja dolžnik (tretji odstavek 117. člena OZ).

5.3.1. Za nemožnost ne odgovarja nobena od strank

Kadar za nemožnost ne odgovarja nobena stranka in obveznost dolžnika preneha, preneha (OZ: »ugasne») *ipso iure* tudi obveznost nasprotne stranke – upnika; če

⁸⁵ D. 50, 17, 185.

⁸⁶ Tako tudi Juhart, Komentar k 329. členu, KOMENTAR II (2004), str. 435; Jankovec, VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 75.

⁸⁷ Glej Možina, *Impossibilium nulla obligatio est?*, v: ZZR LXVI (2006), str. 193.

je ta že kaj izpolnil, lahko zahteva nazaj po pravilih o neupravičeni obogatitvi (prvi odstavek 116. člena OZ). Pravilo izhaja iz sinalagmatične narave pogodbe. Prenehanje nastopi le, če je nemožnost popolna in zajema celotno dolžnikovo obveznost. Če je nemožnost delna, kar predpostavlja deljivo obveznost, je nadaljnji obstoj pogodbe odvisen od upnika: če delna izpolnitev »ne ustreza njegovim potrebam«, lahko od pogodbe odstopi, sicer pa pogodba ostane v veljavi, upnik pa ima »pravico zahtevati sorazmerno zmanjšanje svoje obveznosti« (drugi odstavek 116. člena OZ). Če obveznost ni deljiva, delna nemožnost pomeni popolno nemožnost. Zakon ne določa, v kakšnem času lahko upnik izjavi odstop, teorija pa govori o primernem roku po tem, ko je izvedel za nemožnost.⁸⁸

Zakon pri določitvi avtomatičnega prenehanja ne upošteva morebitnega nadomestnega *commoduma*, npr. odškodninskega zahtevka ali zahtevka zoper zavarovalnico. Zlasti pri menjalni pogodbi bi utegnil imeti upnik interes, da bi se pogodba nadaljevala, na mesto dolžnikove izvirne izpolnitve pa bi stopil nadomestni zahtevke. Teorija utemeljeno graja togost zakonske ureditve in predlaga smiselno uporabo določbe drugega odstavka 117. člena in drugega odstavka 104. člena OZ: upnik lahko nemudoma po tem, ko je izvedel za nemožnost, dolžnika obvesti, da vztraja pri pogodbi in namesto dogovorjene izpolnitve zahteva odstop pravice proti tretji osebi.⁸⁹

5.3.2. Za nemožnost odgovarja upnik

Ureditev posledic nemožnosti, za katero odgovarja upnik (prvi in drugi odstavek 117. člena OZ), se zgleduje po nemškem pravu.⁹⁰ Teorija jo utemeljuje s tem, da je dolžnik, če ne odgovarja za nemožnost, sicer prost obveznosti, vendar pri vzajemnih pogodbah izgubi svoj zahtevek na nasprotno (upnikovo) izpolnitev. Ta rešitev se ne zdi pravična v primeru, ko za nemožnost odgovarja upnik, kajti ni dopustno, da bi nekdo svoje pravice uveljavljal na podlagi tega, da je z ravnanjem, za katero odgovarja, drugi stranki preprečil izpolnitev obveznosti.⁹¹ Zato zakon določa, da v tem (redkem) primeru riziko nosi upnik – dolžnik je prost svoje obveznosti izpolnitve, hkrati pa obdrži zahtevek na nasprotno izpolnitev.⁹² Ker pa želi zakon le preprečiti oškodovanje dolžnika zaradi izpolnitvene ovire, za katero odgovarja upnik, ne pa na splošno izboljšati dolžnikovega položaja glede na pravilno izpolnjene pogodbe, si mora dolžnik v izpolnitev, ki jo mora opraviti upnik, vračunati vse tisto, kar je prihranil zaradi tega, ker je bil prost lastne obveznosti, ali pridobil tako, da je svoje

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Juhart, Komentar k 116. členu, KOMENTAR I (2004), str. 614.

⁹⁰ Glej § 324 BGB pred reformo in drugi odstavek § 329 BGB (po reformi).

⁹¹ Heinrichs, Komentar k § 324, PALANDT BGB (1997), r. št. 1, str. 409.

⁹² Prvi odstavek § 324 BGB pred reformo.

delovne moči uporabil drugače oziroma slaboverno opustil pridobiti. Sem spadajo tudi vse koristi, ki jih dolžnik dobi iz prvotno dolgovanega predmeta obveznosti, sicer jih ne bi dobil, kot npr. ostanki predmeta obveznosti, predvsem pa izkupiček iz njegove drugačne uporabe.⁹³

5.3.3. Za nemožnost odgovarja dolžnik

Kadar dolžnik odgovarja za okoliščine, ki so povzročile nemožnost, gre za kršitev pogodbe. Na mesto dolžnikove obveznosti izpolnitve v naravi stopi obveznost povrnitve škode zaradi neizpolnitve. Dolžnikova odgovornost se do protidokaza tudi domneva. Če dolžnik (objektivno) ne more izpolniti, a za to odgovarja, je pravzaprav enako, kot če dolžnik ne izpolni iz kateregakoli drugega razloga. Razlika je le, da nastop (tako objektivne kot subjektivne) nemožnosti izključi izpolnitveni zahtevek, zato lahko upnik takoj, brez morebitnega dodatnega roka, zahteva odškodnino namesto izpolnitve.

Tako Konstantinovičeva Skica kot ZOR za ta primer nista predvidela posebnega pravila, kar je, bržkone zaradi dejstva, da zakon precej natančno ureja precej redkejši položaj nemožnosti, za katero odgovarja upnik, marsikoga zmedlo. Ureditve v Skici in ZOR očitno izhajajo iz tega, da se nemožnost, za katero dolžnik odgovarja, obravnava enako kot »neizpolnitev«, ⁹⁴ tj. položaj, ko je izpolnitev možna, vendar je dolžnik ni opravil. Veljalo je, da ima upnik v takem primeru pravico odstopa od pogodbe.⁹⁵ V tem primeru seveda postavev naknadnega roka nima smisla, saj do izpolnitve v naravi ne more več priti. Izpolnitvena obveznost *ex lege* preide v svoj surogat – odškodninsko obveznost.

Ta položaj pokriva tudi določba o pravici do odstopa zaradi kršitve pogodbe pred zapadlostjo (t. i. anticipirana kršitev pogodbe, 107. člen OZ). Če se izpolnitev onemogoči pred zapadlostjo, izpolnitveni zahtevek preneha, na njegovo mesto pa v trenutku nastopa nemožnosti stopi odškodninski zahtevek (odškodnina namesto izpolnitve). Že pred zapadlostjo je namreč »očitno, da ena stranka ne bo izpolnila svoje obveznosti«, zato dobi upnik odstopno upravičenje in odškodninski zahtevek (107. člen OZ).

Če upnik ne želi odstopiti od pogodbe, jo lahko nadaljuje, na mesto primarne obveznosti pa stopi odškodninska obveznost (povečana za morebitno škodo zaradi zamude), v katero se všteje morebitni nadomestni *commodum*. Upnik utegne imeti interes za ohranitev pogodbe pri menjalni pogodbi, saj mu pri pogodbah, kjer je njegova izpolnitev denarna in se odškodnina računa po diferenčni metodi, načeloma ne more koristiti.

⁹³ Emmerich, DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN (1991), str. 150.

⁹⁴ Tako tudi Jankovec, VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI (1982), str. 19.

⁹⁵ Cigoj, TEORIJA OBLIGACIJ (1980), str. 347.

Slovenski zakonodajalec je, očitno izhajajoč iz mnenja, da gre za pravno praznino, želel položaj, ko za nemožnost odgovarja dolžnik, izrecno urediti. V zakon je dodal pravilo iz ODZ (§ 920), po katerem lahko tedaj »druga stranka po svoji izbiri zahteva odškodnino zaradi neizpolnitve ali pa odstopi od pogodbe in zahteva povrnitev škode« (tretji odstavek 117. člena OZ). Glede na prej izraženo mnenje sicer ni šlo za vprašanje, ki bi zahtevalo izrecno ureditev, zlasti upoštevajoč kopico bolj problematičnih določb, ki jih slovenski zakonodajalec ob pripravi OZ ni spremenil. Novo pravilo je vendarle vsebinsko utemeljeno, čeprav mu lahko očitamo terminološko nedoslednost: v istem stavku govori o »odškodnini zaradi neizpolnitve« in »povrnitvi škode«. To bi lahko pomenilo podlago za (povsem napačno) stališče, da upnik v primeru odstopa od pogodbe ne more zahtevati odškodnine za neizpolnitev (pozitivni interes),⁹⁶ tako kot je veljalo v nemškem pravu pred reformo BGB. Zakon je s tem želel povedati le, da v prvem primeru na mesto nemožne izpolnitve stopi odškodnina (skupaj z morebitno odškodnino za zamudo), ki se »zamenja« za upnikovo izpolnitev, gre za t. i. teorijo zamenjave (surogacije). V drugem primeru pa upnik odstopi od pogodbe in prav tako zahteva odškodnino zaradi neizpolnitve, pri tem pa sam ne izpolni svoje obveznosti. Menjava se ne opravi, odškodnina pa se povrne po diferenčni metodi. Obe metodi imata pri pogodbah, kjer je upnikova obveznost denarna, npr. pri prodaji, enake rezultate, različni rezultati pa so možni, kadar je upnikova obveznost nedenarna, npr. pri menjavi. Upnik bo imel tako interes pogodbo obdržati v veljavi, če bo želel svojo izpolnitev unovčiti za odškodninski surogat dolžnikove izpolnitve. Ta surogat lahko pomeni tudi nadomestni *commo-dum*.

5.4. Nemožnost izpolnitve in spremenjene okoliščine

Po sklenitvi pogodbe lahko sprememba okoliščin, v katerih je bila sklenjena, povzroči ne le, da pogodbe ni več mogoče izpolniti (nemožnost izpolnitve), ampak je lahko sama izpolnitev še mogoča, vendar postane za eno stranko skrajno otežena (oteženost). Tu prihaja v poštev uporaba instituta spremenjenih okoliščin, ki se v kontinentalni teoriji označuje tudi z izrazom *clausula rebus sic stantibus* (112.–115. člen OZ, 133.–136. člen ZOR). Institut spremenjenih okoliščin ima veliko skupnega z institutom naknadne nemožnosti izpolnitve: oba obravnavata vpliv naknadnih sprememb na pogodbeno razmerje, oba omogočata dolžniku razbremenitev po zelo podobnem konceptu (naknadne in nepredvidljive okoliščine izven dolžnikovega nadzora, prim. 112. in 240. člen OZ).⁹⁷ Res pa je, da se institut spremenjenih okoliščin v nasprotju z nemožnostjo nanaša na položaj, ko je izpolnitev faktično še mogoča, vendar bi od dolžnika zahteval povsem nesorazmeren trud oziroma namena

⁹⁶ Juhart, Komentar k 117. členu, KOMENTAR I (2004), str. 617.

⁹⁷ Več Možina, KRŠITEV POGODBE (2006), str. 368–372.

pogodbe ni več mogoče doseči. Drugače so tudi pravne posledice: medtem ko z nemožnostjo izpolnitve obveznost sama preneha (pod pogojem, da je dolжник uspešno dokazal okoliščine iz 240. člena OZ), ima v spremenjenih okoliščinah dolжник zahtevek na sodno razvezo pogodbe, ki jo izreče šele sodišče, pri tem pa ima glede na dokaj široko zakonsko formulacijo iz 112. in 114. člena OZ precej diskrecijske pravice.

6. Sklep

Institut naknadne nemožnosti, ki po eni strani omogoča razbremenitev dolžnika in vodi v prenehanje pogodbe, po drugi – kadar dolжник za nemožnost odgovarja – pa pomeni posebno obliko kršitve pogodbe, se je v kontinentalnem pravu uveljavil zaradi močnega vpliva nemške pandektistike in BGB. Avtorji takšnega koncepta nemožnosti so svoj navdih črpali iz rimskega prava, pri tem pa so se zgledovali po strogih tožbah, v katerih se je zaradi specifičnosti rimskega prava v klasičnem obdobju uporabljala fikcija perpetuacije obveznosti, s katero je bilo mogoče vzpostaviti dolžnikovo odgovornost v primeru, ko je dolgovana stvar po njegovi krivdi propadla ali se poslabšala. V kasnejšem razvoju rimskega prava se je pogled na pojem obligacije spremenil: vse obligacije so se presojale po načelih gibkih obveznosti, kar je pomenilo, da dolжник ni bil več togo zavezan izročiti določene stvari, ampak je moral dati ali storiti vse, kar se je od njega pričakovalo na podlagi dobre vere, vključno z odškodnino v primeru zakrivljenega propada stvari. Kljub temu pa je bila *perpetuatio obligationis* vključena v Justinijanovo kodifikacijo, kar je begalo kasnejše generacije pravnikov.

Danes ideja perpetuacije v primeru nemožnosti ni več potrebna, saj v primeru neizpolnitve (iz kateregakoli razloga) na mesto obveznosti izpolnitve načeloma stopi odškodnina za neizpolnitev, dolжник pa ima možnost razbremenitve. Poseben institut nemožnosti, zgrajen na ideji perpetuacije, nima pravega smisla. Edina in naravna posledica nemožnosti izpolnitve obveznosti je, da izpolnitve ni mogoče zahtevati v naravi (izključitev izpolnitvenega zahtevka). To mora veljati za vsako obliko nemožnosti in ne glede na dolžnikovo odgovornost zanjo. Dolžnikova odgovornost se presoja v okviru razbremenitve odškodninske odgovornosti za neizpolnitev, kjer pa ni pomembno, ali dolжник ni izpolnil, ker ni mogel, oziroma za kakšno vrsto nemožnosti gre, temveč le, ali dolжник za neizpolnitev odgovarja.

V slovenskem pravu je institut nemožnosti izpolnitve urejen podobno kot v nemškem BGB pred reformo (2002), le da ima glede na nekoliko drugačno zasnovo prava kršitve pogodbe bistveno manjši pomen. Slovenska ureditev je primerljiva z ureditvijo švicarskega OR in italijanskega Cc. Sodobni trendi v primerjalnem pravu jasno kažejo v smer enotnega pojma kršitve pogodbe in odprave instituta naknadne nemožnosti izpolnitve. Tudi analiza domače pravne ureditve pokaže, da je institut

nemožnosti, kakršnega določa OZ, pravzaprav odveč. Če bi, hipotetično gledano, določbe 329.–331. člena ter 116. in 117. člen OZ črtali, se pravni položaj strank skorajda ne bi spremenil.⁹⁸ Pri razbremenitvi odgovornosti dolžnika za neizpolnitev pojem nemožnosti namreč ne igra nobene vloge, saj je pomembna le razbremenitvena določba 240. člena OZ. Glede nemožnosti generičnih obveznosti ponuja pojem obveznosti priskrbe boljšo razlago kot načelo *genus perire non censetur*, uporablja pa se v okviru splošne razbremenitvene določbe. Izključitve izpolnitvene zahtevka v primeru vsakršne nemožnosti izpolnitve zakon ne določa, a kljub temu velja. Posledice naknadne nemožnosti dolžnikove izpolnitve na pogodbeno razmerje so v načelu enake posledicam neizpolnitve kakršnekoli druge izpolnitve. V tem smislu so določbe 116. in 117. člena OZ pravzaprav odveč. Edina razlika glede na »običajno« neizpolnitev je, da pri nemožnosti postavljanje naknadnega primerne roka za izpolnitev ni smiselno, ker do izpolnitve ne more več priti, kar pa je pokrito s 106. členom OZ. Nastop naknadne nemožnosti izpolnitve je pokrit tudi z določbo 107. člena OZ (pričakovana kršitev pogodbe). Pravni red mora v tej zvezi odgovoriti le na vprašanje, ali se v primeru nemožnosti izpolnitve (tj. neizpolnitve, kjer izpolnitev ni možna) pogodba razveže *ipso iure* ali z izjavo stranke. Glede na to, da utegne imeti stranka interes, da se pogodba nadaljuje, na mesto izpolnitve v naravi pa stopi odškodninska obveznost ali tudi nadomestni *commodum*, se zdi druga možnost primernejša. Utemeljena je tudi določitev obveznosti prepustitve nadomestnega *commoduma*. Vprašanje posledic v primeru, ko za nemožnost odgovarja upnik, pa je mogoče rešiti s preprosto določbo, ki pravzaprav velja že na podlagi splošnih načel: upnik se ne more sklicevati na lastno ravnanje v nasprotju s pogodbo.

Institut naknadne nemožnosti izpolnitve obveznosti bi torej lahko brez posebnih težav črtali iz OZ. S tem se, kot rečeno, pravni položaj strank ne bi spremenil. S korakom proti enotnemu pojmu kršitve pogodbe in enotnemu obravnavanju njenih pravnih posledic pa bi postalo pogodbeno pravo nekoliko preprostejše, razumljivejše in jasnejše.

⁹⁸ Morda bi lahko izjemo pomenil 331. člen OZ, vendar bi bilo obveznost izročitve nadomestnega *commoduma* bržkone mogoče izpeljati tudi iz splošnih načel.

Literatura

- Bucher, Eugen: SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT – ALLGEMEINER TEIL (2. izd.), Schulthess, Zürich 1988.
- Busch, Danny; Hondius, Ewoud H.; van Kooten, Hugo; Schelhaas, Harriët N.; Schrama, Wendy M.: THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW AND DUTCH LAW – A Commentary, Kluwer Law International, The Hague etc. 2002.
- Cigoj, Stojan: Komentar k 354. členu, v: S. Cigoj, VELIKI KOMENTAR OBLIGACIJSKIH RAZMERIJ, I.–IV. knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984–1986, str. 1134.
- Cigoj, Stojan: TEORIJA OBLIGACIJ: SPLOŠNI DEL OBLIGACIJSKEGA PRAVA, Uradni list RS, Ljubljana 2000 (ponatis 1981).
- Dolenc, Mile: Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi, v: Pravosodni bilten 2 (2004), str. 264.
- Dolenc, Mile: Komentar k 112. členu, v: OBLIGACIJSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (ur. M. Juhart; N. Plavšak), I. in II. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003–2004, str. 598–607 (I. knjiga).
- Emmerich, Volker: DAS RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN (3. izd.), C. H. Beck, München 1991.
- Emmerich, Volker: Uvodni komentar k § 275, komentar k § 275, § 278 in § 281, v: MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB (izd. K. Rebman, F. J. Säcker), Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 3. izd., C. H. Beck, München 1994, str. 669, 724, 783, 907, 918.
- Farnsworth, Allan E.: CONTRACTS (4. ed.), Aspen Publishers, New York 2004.
- Heinrichs, Helmut: Komentar k §§ 242, 275 in 324, v: BÜRGERLICHES GESETZBUCH – mit Einführungsgesetz (Auszug), Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 des 2. WKSchG), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung (ur. P. Bassenge, O. Palandt), 56. izd., 64. izd., C. H. Beck, München 1997, 2005, str. 235, 326, 409.
- Honsell, Heinrich; Mayer-Maly, Theo; Selb, Walter: RÖMISCHES RECHT (4. izd.), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York 1987.
- 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.), Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Ilešič, Marko: OBLIGACIJSKI ZAKONIK (OZ) Z UVODNIMI POJASNILI MARKA ILEŠIČA IN STVARNIM KAZALOM, Uradni list RS, Ljubljana 2003.

- Jankovec, Ivica: VIDOVI I POSLEDICE NEMOGUČNOSTI ISPUJENJA UGOVORNE OBAVEZE, Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politološka istraživanja, Beograd 1982.
- Juhart, Miha: Komentar k členom 116, 117, 329 in uvodni komentar k členu 329, v: OBLIGACIJSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (ur. M. Juhart; N. Plavšak), I. in II. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003–2004, str. 612–614 (I. knjiga), 433, 435 (II. knjiga).
- 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 VERTRAGSRECHT, TEILE I UND II (Principles of European Contract Law), prevod v nemški jezik: von Bar, Christian; Zimmermann, Reinhard; nemška izdaja: Sellier, München 2002.
- Konstantinović, Mihailo: OBLIGACIJE I UGOVORI – SKICA ZA ZAKONIK O OBLIGACIJAMA I UGOVORIMA, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969.
- Korošec, Viktor: RIMSKO PRAVO – DEL 1: SPLOŠNI DEL, OSEBNO, STVARNO IN OBLIGACIJSKO PRAVO (2. izd., 3. ponatis), Uradni list, Ljubljana 1994.
- Kozioł, Helmut; Welser, Rudolf: GRUNDRISSE DES BÜRGERLICHEN RECHTS, Bd. 1., ALLGEMEINER TEIL, SCHULDRECHT (6. izd.), Manz, Wien 1983.
- Krek, Gregor; Korošec, Viktor: ZGODOVINA IN SISTEM RIMSKEGA ZASEBNEGA PRAVA, 2. ZVEZEK – Krek, Gregor: OBLIGACIJSKO PRAVO, Družba Sv. Mohorja, Celje 1937.
- Krulj, Vrleta: Komentar k 354. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I (ur. B. T. Blagojević, V. Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983, str. 407.
- Larenz, Karl: LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS – BAND I: ALLGEMEINER TEIL, 14. A., C. H. Beck, München 1987.
- Loza, Bogdan, Komentar k 354. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA I (ur. B. T. Blagojević, V. Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983, str. 1109.
- Medicus, Dieter: »Geld muß man haben« – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, v: Archiv für die civilistische Praxis 188 (1988), str. 489–510.
- Možina, Damjan: Kršitev pogodbe in pravne posledice v nemškem obligacijskem pravu po reformi BGB, v: Podjetje in delo 2 (2006), str. 303–331.
- Možina, Damjan: Potrošniška prodajna pogodba v evropskem in slovenskem pogodbenem pravu, v: Podjetje in delo 2 (2004), str. 310–330.
- Možina, Damjan: KRŠITEV POGODBE, GV Založba, Ljubljana 2006.
- Perović, Slobodan: Komentar k 137. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA (ur. S. Perović; S. Stojanović), Kulturni centar – Gornji Milanovac/Pravni fakultet – Kragujevac 1980, str. 440.

- Plavšak, Nina: Komentar k 240. členu, v: OBLIGACIJSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (ur. M. Juhart; N. Plavšak), I. in II. knjiga, GV Založba, Ljubljana, 2003–2004, str. 214 (II. knjiga).
- Rabel, Ernst: Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine Kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, v: Rabel, Ernst: GESAMMELTE AUFSÄTZE (ur. Leser, Hans G.), Bd. 1, Arbeiten zum Privatrecht (1907–1930), Mohr Siebeck, Tübingen 1965.
- Radišič, Jakob: Komentar k 354. členu, v: KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA (ur. S. Perović; S. Stojanović), Kulturni centar – Gornji Milanovac/Pravni fakultet – Kragujevac, 1980, str. 896.
- Stoll, Hans: Komentar k 79. členu, v: KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT – DAS ÜBEREINKOMMEN DER VEREINTEN NATIONEN ÜBER VERTRÄGE ÜBER DEN INTERNATIONALEN WARENVERKAUF – CISG (ur. P. Schlechtriem), 3. izd., Beck, München 2000, str. 765.
- Šmalcelj, Želimir: Pravno-politička vrijednost pojma »nemogućnosti« činidbe u obveznom pravu, v: Naša zakonitost (1976) 7-8, str. 98–115.
- Treitel, Guenter H.: THE LAW OF CONTRACT (11. izd.), Sweet & Maxwell, London 2003.
- Veldman, Muriël: Komentar k členu 1:301, v: THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW AND DUTCH LAW – A COMMENTARY (ur. D. Busch; E. H. Hondius, H. van Kooten, H. N. Schelhaas, W. M. Schrama). Kluwer Law International, The Hague etc. 2002, str. 59.
- Weber, Rolf H.: Komentar k 97. členu, v: BERNER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT, Band VI.: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2000, str. 83.
- Wiegand, Wolfgang, Komentar k 119. členu, v: KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT – OBLIGATIONENRECHT I, Art. 1-529 OR (izd. H. Honsell; P. N. Vogt; W. Wiegand): Basel, Helbing & Lichtenhahn 1992, str. 650.
- Zimmermann, Reinhard: Konturen eines europäischen Vertragsrechts, v: Juristen Zeitung (1995), str. 477–490.
- Zimmermann, Reinhard: THE LAW OF OBLIGATIONS – ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION, Oxford University Press, London 1996.
- Zweigert, Konrad; Kötz, Hein: EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG – AUF DEM GEBIETE DES PRIVATRECHTS (3. izd.), Mohr Siebeck, Tübingen 1996.

Supervening Impossibility of Performance and Its Significance for the Law of Obligations

Summary

In the Slovenian Obligations Code (2002), a descendent of the Yugoslav Obligations Act (1978), the supervening impossibility of performance of an obligation plays a significant conceptual role but it is much less important in the case law. There are different forms of impossibility and legal consequences depend on this classification: initial (at the conclusion of the contract) and supervening impossibility, objective and subjective impossibility and impossibility for which one of the parties is liable as opposed to the one where none of the parties is liable. The Obligations Code adopts the traditional continental approach to supervening impossibility: the notion of (objective) subsequent impossibility serves as the tool for the exoneration of the debtor, if he proves his non-liability for the event causing the impossibility (art. 329 Obligations Code). The obligation of the debtor is extinguished, causing, as a rule, also the extinguishment of the reciprocal obligation of the creditor (art. 116 Obligations Code). On the other hand, the situation where the debtor is liable for the event causing the impossibility, is being treated as a special case of breach of contract, beside the so called non-performance (default) and defective performance (warranty for material and legal defects of the performance).

The significant role of impossibility in some continental codes can be explained by the influence of German law, especially the German legal science of the 19th century, upon the development of other civil codes in continental Europe. In classical Roman law, the concept of *perpetuatio obligationis* was used in *stricti iuris* obligations, e.g. stipulation, to establish liability for damages in cases where a debtor was to deliver a specific thing which got destroyed due to his fault. In other kinds of obligations, especially bona fide obligations, this concept was not necessary, because the idea of perpetuation was incorporated in the concept of obligation. This concept later prevailed and was used for all obligations. However, Friedrich Mommsen, the author of the 19th century German concept of impossibility, seems to have been inspired by the latter concept. He developed a complicated system of different forms of impossibility, which was later accepted into the BGB (1900), where impossibility and default were the only forms of breach of contract.

Recent developments in comparative law demonstrate a different approach: a uniform notion of breach of contract and a uniform concept of exemption from the liability of debtor. Impossibility of performance is (merely) a limitation of specific performance. This is the approach of the CISG and the PECL and also of some modern codes, like the Dutch NBW and, to some extent, the reformed German BGB.

In Slovenian law, the concept of supervening impossibility is similar to the concept in German BGB before the reform, though it is less important due to a different structure of the system of ruler for breach of contract. It is comparable to the concept in the Swiss Obligationenrecht and in the Italian Codice civile. The analysis shows that the notion of impossibility does not play any role in the exoneration of the debtor. In fact, the whole system of rules for supervening impossibility could be struck out of the Code right now without any significant changes (the only exception being the claim for substitute *commodum*). The only relevant provision for exemptions from contractual liability is art. 240 Obligations Code, according to which the debtor is exempt from damages for breach of contract if he proves that the breach was due to unforeseeable circumstances beyond his control. Whether the debtor hasn't performed because he could not or would not is not relevant, relevant is only his liability for non-performance. The only logical consequence of impossibility of performance is the exclusion of specific performance. Here, it doesn't matter whether the impossibility is initial or supervening, objective or subjective and whether the debtor, creditor or nobody is liable. If the debtor can not perform his obligation *in natura*, there is no claim for specific performance. Of course, this does not yet mean that the debtor is not liable for damages for non-performance. The consequences of supervening impossibility upon the reciprocal obligation of the other party are, in fact, the same as the consequences of any other non-performance, the only difference being that creditor doesn't need to set additional time to the debtor before termination. The situation is covered by articles 105 and 106 Obligations Code; art. 117 par. 3 Obligations Code, dealing specifically with impossibility, is superfluous. The supervening impossibility is also covered by art. 107 Obligations Code (anticipatory breach of contract). The question that the legislator needs to solve is whether the termination in cases of impossible performance is done by the notice of the party or *ipso iure*. In the light of the fact, that the party might be interested in continuing the contractual relationship, where a claim for damages or a claim for the so called substitute *commodum* substitutes the claim for specific performance, the first option seems to be more suitable. A provision for the duty of the cession of the substitute *commodum* (e.g. a claim against the insurance company or the third party, liable for impossibility) is also well grounded. The question of legal consequences in case where the creditor is liable for impossibility can be answered by a very simple provision, which could also be deducted from the general principles: the creditor can not invoke his own act by which he is breaching the contract, against the debtor.

Therefore, the regulation of supervening impossibility could easily be abolished in Slovenian law of obligations. This would not affect the legal position of the parties, since it is covered by other rules for breach of contract. However, this step in the direction of the uniform notion of breach of contract and more uniform regulation of its consequences would make the contract law simpler, more intelligible and clearer – in short: better.

UDK 347.447.7(497.4)

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV – LXVIII. LETNIK, 2008, STRANI 175–201

*Dr. Damjan Možina***Naknadna nemožnost izpolnitve obveznosti in njen pomen za obligacijsko pravo**

Na koncept naknadne nemožnosti izpolnitve iz OZ je vplival nemški BGB (pred reformo), in je primerljiv s švicarskim in italijanskim pravom. Precej zapleten institut omogoča razbremenitev dolžnika in vodi v prenehanje pogodbe, po drugi strani pa pomeni tudi posebno obliko kršitve pogodbe. Analiza domače pravne ureditve pokaže, da pojem nemožnosti pri razbremenitvi dolžnika ne igra nobene vloge, saj je odločilna le splošna razbremenitvena določba člena 240 OZ. Edina logična posledica nemožnosti je izključitev zahtevka na izpolnitev v naravi, nanaša pa se na vsakršno nemožnost. Posledice nemožnosti v vzajemnih pogodbah so enake posledicam kakršnekoli druge neizpolnitve, le da postavitve dodatnega roka pred odstopom ni smiselna. Institut naknadne nemožnosti bi bilo mogoče brez posebnih težav črtati, s čimer bi se približali trendom v primerjalnem pravu, ki gredo v smeri enotnega pojma kršitve pogodbe.

Ključne besede: nemožnost izpolnitve, naknadna nemožnost, kršitev pogodbe, izpolnitveni zahtevki, odškodnina za kršitev pogodbe, razbremenitev odškodninske odgovornosti, odstop od pogodbe

UDK 347.447.7(497.4)

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV – VOLUME LXVIII, 2008, PP. 175–201

Dr. Damjan Možina

Supervening Impossibility of Performance and Its Significance for the Law of Obligations

The concept of supervening impossibility in the Slovenian Obligations Code was influenced by the German BGB before the reform and is comparable to the one in Swiss and Italian law. This rather complicated institute enables exoneration of the debtor and leads to extinguishment of the contract; on the other hand it is a form of breach of contract. The analysis of Slovenian law shows that the notion of impossibility doesn't play a role in exoneration of debtor since only the general exemption clause is relevant. The only natural consequence of impossibility is the exclusion of specific performance and it applies to any form of impossibility. The consequences upon the reciprocal obligation are the same as in any other case of non-performance, except that the setting of additional time for performance before termination is superfluous. The regulation of supervening impossibility could easily be abolished, thus bringing Slovenian contract law closer to trends in comparative law and a uniform notion of breach of contract.

Keywords: impossibility of performance, supervening impossibility, breach of contract, specific performance, damages for breach of contract, exemptions, termination of contract