

dr. Luigi Varanelli

POGODBENO PRAVO IV

Patologija pogodbe

Drugi del

LEXPERA®

GV
ZALOŽBA

Ljubljana 2018

Predgovor

Knjiga *Pogodbeno pravo IV* je nadaljevanje prejšnje, *Pogodbeno pravo III*, saj obravnava vprašanja, povezana s patologijo pogodbe. Pojavni obliki te – patologija akta in patologija razmerij – sta nedvomno področje pogodbenega prava, na katerem se poraja največ vprašanj in dilem. Tudi sam sem bil presenečen nad mnogo dilemami, na katere sem naletel ob pisanju, o čemer se pozoren bralec lahko prepriča v knjigi. Nekatere so se izkazale za nerešljive, na primer pri razlikovanju med bistveno zmoto, kjer je pogodba le izpodbojna, in nesporazumom, kjer pogodba niti ne nastane.

Tako kot vsaka strokovna monografija je tudi ta v resnici rezultat skupinskega dela, čeprav se čast ob njenem izidu pripiše samo avtorju. Pri tem projektu so mi pomagali in me spodbujali številni kolegi, za kar se jim iskreno zahvaljujem. Ne morem mimo odvetnika dr. Jorga Sladiča, ki mi je pomagal pri iskanju ustrezne tuje literature, vrhovne sodnice Nine Betetto in upokojene vrhovne sodnice Marije Krisper Kramberger. Na pomoč so mi priskočili pri vprašanjih, ki jim sam nisem bil kos. Zahvaljujem se tudi potrpežljivemu osebju knjižnice Pravne fakultete v Ljubljani, še posebno Mojci Perhaj. Strmih stopnic, ki so jo zaradi mene neštetokrat vodile v klet knjižnice in nazaj, ji nikoli ni bilo težko prehoditi.

V Ljubljani, junija 2018

dr. Luigi Varanelli

Kazalo

Kratice	15
I. Izigravanje zakona s pogodbo	19
1. Kako razumeti izigravanje zakona	19
2. Pravna podlaga izigravanja zakona	22
3. Načini izigravanja zakona	23
4. Kako razlikovati izigravanje zakona od pravno dopustne izbire pogodbenih tipov in pogodbenih določil	30
5. Imperativna norma kot predmet izigravanja zakona s pogodbo	33
6. Ekvivalentnost pravno-ekonomskega izida pri izigravanju zakona s pogodbo	35
7. Pogoji in sestavine pravne operacije izigravanja zakona s pogodbo. Objektivna in subjektivna teorija	36
8. Sankcije v primeru izigravanja zakona. Izjeme	38
9. Izigravanje zakona in simulacija: podobnosti in razlike	42
10. Izigravanje zakona (<i>fraus legis</i>) in izigravanje upnikov (<i>fraus creditorum</i>): podobnosti in razlike	43
11. Izigravanje davčnih predpisov	44
12. Izigravanje zakona v mednarodnem zasebnem pravu	46
13. Sankcije za izigravanje v mednarodnem zasebnem pravu	48
14. Izigravanje zakona v evropskem pravu	49
II. Ničnost splošnih pogodbenih pogojev	53
1. Standardizacija pogodb	53

2.	Evolucija in zaščita šibkejše pogodbene stranke v evropskem pravnem prostoru. Razvoj pogodbene pravičnosti v slovenskem pravnem prostoru.....	54
3.	Analiza in komentar prvega odstavka 121. člena OZ (ničnost nekaterih splošnih pogojev).....	57
4.	Analiza in komentar drugega odstavka 121. člena OZ (ničnost nekaterih splošnih pogojev).....	60
5.	Splošni pogodbeni pogoji v potrošniških pogodbah.....	64
6.	Uskladitev med ureditvijo v OZ in specialno potrošniško ureditvijo.....	68
7.	Usoda potrošniške pogodbe, ki vsebuje nepošteno pogodbene pogoje. Možnost ugotoviti delno ničnost nepoštenega pogodbenega pogoja	69
8.	Posledice ugotovitve ničnosti splošnega pogoja za konkretno pogodbeno razmerje. Konvalidacija nepoštenega pogodbenega pogoja	71
9.	Pravni standard jasnosti in razumljivosti splošnega pogoja. Posledice nejasnosti in nerazumljivosti.....	73
III.	Ničnost pogodbe: procesna ureditev	75
1.	Uvod	75
2.	Pravna narava in predmet ničnostne tožbe	75
3.	Aktivna legitimacija pri vložitvi ničnostne tožbe. Subjekti, ki se lahko sklicujejo na ničnost pogodbe. Procesno ravnanje pogodbenih strank	77
4.	Ugotovitev ničnosti po uradni dolžnosti.....	79
5.	Ugotavljanje ničnosti po uradni dolžnosti in vprašanje delne ničnosti. Poskus uskladitve 88. z 92. členom OZ	85
6.	Uskladitev med določilom 92. člena OZ in pravilom o relativni ničnosti.....	87
7.	Razmerje med pavlijansko in ničnostno tožbo. Stališče Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 259/2013	90
8.	Neomejeno uveljavljanje ničnosti. Zastaranje kondikcijskih zahtevkov	92
9.	Do kdaj je mogoče uveljavljati ničnost v postopku pred sodiščem prve stopnje. Uveljavljanje ničnosti v pritožbenem postopku. Uveljavljanje ničnosti pred Vrhovnim sodiščem....	95

10. Ničnostna tožba in umik tožbe. Sodba na podlagi odpovedi. Sodna poravnava v ničnostni pravdi. Sosporništvo	98
11. Ničnost sodne poravnave. Vprašanje ničnosti neposredno izvršljivega notarskega zapisa	101
IV. Izpodbojna pogodba	105
1. Izpodbojnost na splošno	105
2. Izpodbojni razlogi	107
3. Posledice izpodbojnosti pogodbe. Aktivno in pasivno legitimirani subjekti. Postopki za razveljavitev izpodbojne pogodbe. Ugovor izpodbojnosti. Prenehanje pravice zahtevati razveljavitev izpodbojne pogodbe. Pravila o oblikovanju tožbenega zahtevka	113
4. Delna izpodbojnost. Izpodbijanje ničnega pravnega posla	122
5. Konvalidacija izpodbojne pogodbe. Možnost delne konvalidacije	124
6. Učinkovanje izpodbojne pogodbe	128
7. Kondikcijski zahtevki iz razveljavljene izpodbojne pogodbe ...	132
V. Zmota	137
1. Uvod: nedorečene meje zmote v pogodbenem pravu	137
2. Zmota kot napaka volje	139
3. Pojem bistvene zmote. Vrste zmote	142
4. Vprašanje taksativnosti razlogov iz prvega odstavka 46. člena OZ. Nove in atipične oblike zmote. Zmota v okoliščinah, ki se štejejo za odločilne	155
5. Pravna zmota (<i>error iuris</i>)	157
6. Koordinacija med pravilom <i>ignorantia legis non excusat</i> in pravno zmoto. Možnost sklicevanja na pravno zmoto kot izpodbojni razlog v slovenskem sistemu. Zmota o pravni ureditvi pogodbenega razmerja	162
7. Razlikovanje med pravno in dejansko zmoto. Oris pravil, standardov in kriterijev opravičljivosti pravne zmote. Zmota v razlagi pravne norme. Pravna zmota in poravnava. Omejitve pri sklicevanju na pravno zmoto	165
8. Zmota v lastništvu stvari oziroma imetništvu pravice. Zmota v avtorstvu umetniškega dela oziroma v določitvi obdobja njegovega nastanka. Zmota v zazidljivosti zemljišča ..	168

9.	Vprašanje zmote v vrednosti predmeta. Zmota v ceni	171
10.	Zmota v nagibu (motivna/nagibna zmota)	175
11.	Zmota v nagibu pri neodplačni pogodbi	178
12.	Zmota v predvidevanju: vpliv zmotnega predvidevanja prihodnjih dogodkov na veljavnost pogodbe. Zmota o donosnosti	181
13.	Zmota v kakovosti predmeta	184
14.	Zmota v izračunu (kalkulacijska zmota)	185
15.	Obojestranska (skupna) zmota. Zmota in genetično pomanjkanje pogodbene kavze. Zmota, nesporazum in nesoglasje	187
16.	Zmota v izjavi (nepristna zmota ali pomota). Zmota v prenosu s sodobnimi tehničnimi sredstvi. Jezikovna zmota .	189
17.	Postranska zmota	196
18.	Zmota, neizpolnitev in jamčevalni zahtevki	197
19.	Subjektivni pogoj: skrbnost pogodbene stranke pri sklenitvi pogodbe in opravičljivost zmote. Posredna izjava. Čas, v katerem je zmota relevantna	200
20.	Vzročna zveza med zmoto in sklenitvijo pogodbe kot nujni pogoj za razveljavitev pogodbe	205
21.	Incidenčna zmota	207
22.	Dokazovanje zmote in dokazovanje vzročne zveze. Pomen škode pri zmoti. Vprašanje nepoštenosti druge pogodbene stranke. Zmota v lastnosti predmeta ali osebe pri sklenitvi predpogodbe	209
23.	Zmota in nevednost. Sklenitev pogodbe v dvomu: ali se pogodbenik lahko sklicuje na bistveno zmoto	211
24.	Kdaj pogodbe kljub bistveni zmoti ni mogoče razveljaviti: sprememba pogodbe, sprejetje tveganj ali pogodbeni izključitev pravil o zmoti, razlaga zmote v luči načela vestnosti in poštenja, spoznavnost zmote	212
25.	Posebna določila o zmoti v primeru poravnave in pripoznave dolga	215
26.	<i>De lege ferenda</i>	216
VI.	Prevara	219
1.	Pojem prevare. Prevara z zapeljevanjem in prevara z izkoriščanjem	219

2.	Ali kršitev dolžnosti informiranja vedno privede do neveljavnosti pogodbe. Razmerja med prevaro in bistveno zmotu. Varstvo šibkejše pogodbene stranke in vloga načela vestnosti in poštenja	223
3.	Vzročna zveza med prevaro in zmotu. Možnost razveljavitve pogodbe, tudi kadar zmotu ni bistvena	226
4.	Pogoj za razveljavitve pogodbe zaradi prevare. Vprašanje koristoljubja ali škode. Klavzule o izključitvi pravice do razveljavitve pogodbe zaradi prevare. Procesni pogledi	230
5.	Namerna prevara in prevara iz malomarnosti. Razlikovanje med namero spraviti koga v zmotu in namero po sklenitvi pogodbe (razmerja med sredstvom in ciljem)	234
6.	<i>Dolus bonus</i> : ko prevara ne privede do razveljavitve pogodbe. Kršitev pravil o oglaševanju. Pravica do laganja pri sklenitvi pogodbe o zaposlitvi	238
7.	Prevara, ki jo je storil kdo tretji. Prevara pri večstranski pogodbi	240
8.	Incidenčna prevara	243
9.	Prevara v nagibu	246
10.	Dvostranska prevara	247
11.	Razmerja med (civilno) prevaro in (kazensko) goljufijo	247
12.	Prevara in bistvena zmotu. Položaj pogodbenika, kadar sta stranki izključili uporabo pravila o bistveni zmoti	249
13.	Prevara v zavarovalnih pogodbah	251
VII.	Grožnja	253
1.	Grožnja kot napaka volje. Meja med grožnjo in fizično silo . . .	253
2.	Kdaj je grožnja pravno relevantna	257
3.	Grožnja z uveljavljanjem pravice. Obstoje pravice kot logična predpostavka dopustnosti grožnje	264
4.	Ali se grožnja presoja objektivno ali subjektivno	268
5.	Grožnja tretje osebe. Vprašanje subjektivnega elementa pri grožnji	273
6.	Grožnja in strahospoštovanje (<i>metus reverentialis</i>). Mejni primeri. Grožnja, ki izvira iz okoliščin	275
7.	Procesni pogledi	276

VIII. Čezmerno prikrajšanje	279
1. Institut čezmernega prikrajšanja kot izraz načela enake vrednosti dajatev	279
2. Čezmerno prikrajšanje na splošno	280
3. Procesni pogledi	283
4. Pogodbe, pri katerih je razveljavitev zaradi čezmernega prikrajšanja izključena	287
5. Oderuška pogodba in čezmerno prikrajšanje: podobnosti in razlike	289
6. Ali je institut čezmernega prikrajšanja smiseln	289
 IX. Patologija razmerja – institut spremenjenih okoliščin	293
1. Iz patologije akta v patologijo razmerja. Pogodba in čas. Razporeditev tveganj med pogodbenikoma	293
2. Razvoj instituta skozi zgodovino. Slovenska rešitev	295
3. Predpostavke instituta spremenjenih okoliščin	298
4. Negativna predpostavka: toleranca in normalno poslovno tveganje	310
5. Spremenjene okoliščine pri denarnih obveznostih. Finančne težave dolžnika	314
6. Razveza ali sprememba pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin. Dolžnosti in upravičenja pogodbenikov	316
7. Razpolaganje s spremenjenimi okoliščinami. Vnaprejšnja odpoved sklicevanju na spremenjene okoliščine: pogoji in omejitve	322
8. Procesni pogledi na spremenjene okoliščine. Ali je spremenjene okoliščine mogoče uveljavljati z ugovorom. Učinkovanje sodbe	324
9. Trajna pogodbeno razmerja (pogodbe s trajno ali zaporedno izpolnitvijo). Uporaba 112. člena OZ v primerih, ko obstaja odstopno upravičenje v korist pogodbene stranke	326
10. Razmerja med 112. členom in četrtim odstavkom 33. člena OZ (spremenjene okoliščine pri sklenitvi predpogodbe)	327
11. Spremenjene okoliščine pri darilni pogodbi in drugih neodplačnih pravnih poslih	329
12. Spremenjene okoliščine pri gradbeni pogodbi	330

X. Patologija razmerja – nemožnost izpolnitve	333
1. Nemožnost izpolnitve kot druga oblika patologije pogodbenega razmerja	333
2. Pojem nemožnosti izpolnitve. Polje delovanja 116. člena OZ. Subjektivna (relativna) in objektivna (absolutna) nemožnost . .	334
3. Analiza posameznih oblik nemožnosti: materialna, pravna, moralna, ekonomska in krajevna nemožnost	338
4. <i>Genus perire non censetur</i> . Plačilna nesposobnost in nemožnost izpolnitve denarnih obveznosti. Drugi primeri, ko je sklicevanje na nemožnost izključeno. Pravilo notranjega vzroka. Nemožnost pri opustitvenih obveznostih in obligacijah prizadevanja	340
5. Dolžnikova odgovornost kot kriterij izključitve delovanja 329. člena OZ. Posledice nemožnosti. Procesna pravila	343
6. Trajna in začasna nemožnost. Delna nemožnost. Nemožnost pri kumulativnih obveznostih	348
7. Ali nemožnost izpolnitve predmeta obveznosti zadene celotno pogodbo in kdaj	351
8. Nadomestni <i>commodum</i>	352
9. Naknadna možnost izpolnitve predmeta obveznosti	353
10. Ko je za nemožnost odgovoren upnik.	354
11. Konvencionalne spremembe ureditve o nemožnosti izpolnitve predmeta obveznosti	355
12. Nemožnost izpolnitve v Konvenciji Združenih narodov o pogodbah o mednarodni prodaji blaga	356
Dodatek 1	359
Primeri, ko so sodišča priznala bistveno zmoto.	359
Primeri, ko sodišča niso priznala bistvene zmote	363
Dodatek 2	365
Zmota in njeni paradoksi: zakaj problem zmote ni rešljiv.	365
Dodatek 3	369
Literatura	371
Stvarno kazalo	383

I. Izigravanje zakona s pogodbo

1. Kako razumeti izigravanje zakona

Izigravanje zakona s pogodbo (fraudolencia, fraudulencia ali fravdulencia)¹ je pojav, star, kot je staro pravo. Od nekdanj je človek iskal sisteme in metode, kako obiti zakonske prepovedi, kako preprečiti uporabo zanj škodljive norme, kako preseči meje, ki jih je postavilo pravo; njegova domišljija je ravno na tem področju včasih dosegala neslutene pravne višine. pojem

Da bi razumeli, kako in zakaj lahko pride do izigravanja zakona, moramo narediti nekaj korakov nazaj in se osredotočiti na sam jezik in sporazumevanje med ljudi. Besede, ki tvorijo vsak jezik, imajo gibljiva semantična polja: beseda je netočen človeški umotvor, njene konceptualne meje so pogosto zabrisane, nejasne, podvržene različnim razlagam. Vsaka beseda, najbolj kratek stavek, najbolj preprosta stavčna struktura so lahko podvrženi različnim, včasih celo med seboj nasprotujočim si razlagam. Morda se sliši protislovno, vendar je bogastvo vsakega jezika ravno v tej nepopolnosti, v možnosti iskanja različnih pomenov, ki so pogosto odvisni tudi od semantičnega okolja, v katerem je beseda uporabljena. Nihče ne bi zmozel napisati soneta z matematičnimi znaki ali enačbami; ne bi bilo nobenega prostora za domišljijo. Tega se verjetno ne zavedamo, toda človekova domišljija najde ravno v zabrisanih in barvitih kombinacijah besed svoje glavno sredstvo. gibljivost
semantičnih polj
besed

Če je poezija umetnost kombiniranja besed v sugestivne stavčne strukture, niti pravo ni ostalo imuno za to. *Pravo je skupek pravil družbenega sožitja, izraženih z jezikovnimi znaki.* Ker je pravna norma sestavljena ravno iz teh jezikovnih znakov, je neizogibno, da je njeno semantično polje gibljivo, nedorečeno, pogosto nejasno. Pravni jezik si zato lahko predstavljamo kot ribiško jezik in pravo

¹ O terminologiji prim. L. VARANELLI, *Izigravanje zakona s pogodbo*, Pravna praksa 26/2000 (priloga), str. VII in nasl.; A. BERDEN, *Ali se prav piše »fraudulencia« ali »fraudolencia«?*, Pravna praksa 28/2000, str. 46; M. KALIN GOLOB, O pisavi iz latinščine prevzetih besed, Pravna praksa 29-30/2000, str. 47.

mrežo: vanjo se ujamejo številni pomeni, nekateri pa, kot majhne ribe, ji vseeno uidejo. In prav v tej semantični mreži ali, drugače rečeno, v luknjičavosti, nepopolnosti in nedorečenosti jezika najdemo izigravanje zakona.

rimsko pravo

Stari Rimljani so dokaj hitro dojeli nepopolnost jezika, saj so tudi prvi razvili obsežno teorijo izigravanja zakona, ki v različnih variantah še vedno polni strani knjig sodobnih pravnikov. Še danes nedaleč od Rima pogosto slišimo rek *Ko začne veljati neki zakon, se takoj najde luknja*.² V rimskem pravu se je namreč razvila teza, da sestavlja pravno normo ne le beseda ali črka (*verbum*), temveč tudi duh (*sententia*) ali um (*mens*).³ To pomeni, da se pravnik ne sme ustaviti pri besedah, črkah ali, drugače rečeno, ne sme samo pluti na površju pravnega stavka, temveč se mora potopiti v globlji pomen teh besed, razumeti mora smisel in namen, ki se vidita skozi črke.

² »Uscita la legge, trovato l'inganno«, kar bi dobesedno prevedli »ujavljen zakon, najdena prevara«. Podobno v Nemčiji, kjer je znan rek »Wo lex voran, da fraus Gespänn«. V zvezi s tem se mi zdijo zanimive besede velika jurista Jheringa, ki je zapisal, da je v življenju prav »umetnost, ki je varovala pravo in s katero se je pravo razvijalo in izpopolnjevalo, ista umetnost, s katero so to pravo izigrali in obšli. [...] Starorimska zvitost je bila plodna pri odkrivanju metod izigravanja zakona; ko je neka metoda postala prepovedana, se je takoj našla druga; ko jo je zakon podil iz njenega brloga, si je dokaj hitro našla drugega.« R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 3. del, Leipzig, par. 57, str. 362 in nasl. (prevod L. V.).

³ Ta pogled najdemo v znanem Paulusovem reku *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvus legis verbis sententiam eius circumvenit*. Glej PAULUS, *Libro singulari ad legem Cinciam* (L. 29, D. 1.3). Paulus tu razlikuje *contra legem agere* od *in fraudem legis agere*. V prvem primeru je ravnanje v nasprotju s črko zakona, v drugem z njegovim duhom. Razlikovanje med tema dvema kategorijama je le opisno, saj je bil v rimskem pravu duh zakona enako pomemben kot črka zakona: »Verbum 'ex legibus' sic accipiendum est, tam ex legum sententia quam ex verbis.« (L. 6, par. 1, D. 50,16). V resnici se je teorija izigravanja zakona, kot jo danes poznamo, v rimskem pravu razvijala le počasi. Ko je začel veljati kak zakon, so domiselni rimski trgovci vedno takoj našli luknjo, ki jo je moral pozneje zakonodajalec dopolniti z zakonom. Razlog je bil v tem, da so na zakon in njegove prepovedi gledali le skozi »črko«, ne pa skozi »duh«. Zakonodajalec se je torej stalno prilagajala raznovrstnim manevrom, namenjenih izigravanju v njej vsebovane prepovedi. Šele v pozni republikanski dobi so polagoma začeli gledati na pravno normo tudi skozi »duh«. V ta namen je pri izigravanju zakona jezikovna razlaga prepustila prostor teleološki razlagi. Kot je zapisal Celsus: »Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.« (D. 1,3,17). To spremembo zelo jasno povzame R. Zimmermann: »As a result of this purposive (or teleological) approach, *agere in fraudem legis* came to be equated with *agere contra legem*: transactions which were contrary to the spirit of the law were just as much a violation of it as those that contravened its words.« R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, str. 705. O izigravanju zakona v rimskem pravu prim. še V. KOROŠEČ, *Rimsko pravo*, 1. del, Ljubljana, 2002, str. 80 in nasl.; J. KRANJEC, *Rimsko pravo*, Ljubljana, 2010, str. 233 in nasl.; I. PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Dunaj, 1892, str. 20 in nasl. O izigravanju zakona v sodobnem pravu prim. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1997, str. 249; K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, str. 740; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft (I in II)*, Berlin, 1992, str. 350 in nasl.; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4. knjiga (*Les obligations*), Pariz, 2000, str. 350 in nasl.; P. GIULIANO, *Il contratto* (ur. P. Fava), Milano, 2012, str. 713 in nasl.; C. M. BIANCA, *Diritto civile - Il contratto*, Milano, 1987, str. 586 in nasl.; M. RAVLJEN, *Obid zakona*, Pravni letopis 2016, str. 163 in nasl. Zgoraj navedeno pojmovanje izigravanja zakona je sprejela tudi naša sodna praksa. V sklepu Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. II Cp 1708/2014 z dne 29. 7. 2014 je bilo razloženo, da je »obid zakona (*fraudem legis agere*) tisto ravnanje, ki sicer ne pomeni kršitve črke predpisa, nasprotuje pa samemu namenu zakonodajalca«. Enako v sklepu Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. II Cp 2524/2012 z dne 8. 5. 2013.

Beseda je le sredstvo razumevanja pravnega stavka, zato ne more biti ločena od sporočila, ki ga nosi, to sporočilo pa dojamemo le s pravilno *razlago* pravnega določila. Razlaga zato postane nujno in nepogrešljivo sredstvo, ki pravniku omogoča spoznavanje pomena in dometa pravne norme. Kot je zapisal Bernard Vonglis, »nepopolnost jezika kot sredstvo prenosa misli [...] je vzrok razlage na splošno, še posebej pa vzrok razlage zakona«. ⁴

Tu smo prišli do osrčja vprašanja izigravanja zakona s pogodbo. Ko pogodbenika izigravata zakon s pogodbo, se prilagajata črki zakona, a kršita njegov duh. Razhajanje med črko in duhom zakona je torej podlaga za izigravanje zakona. Pogodbeni stranki uporabljata ali celo zlorabljata nepopolnost zakonskega jezika v svoj prid, saj niti zakonodajalec ne more biti popoln pri formuliranju pravnih stavkov. Ko pogodbeni stranki skleneta pogodbo, sta lahko prepričani, da je veljavna, ker pač navidezno ne sodi v področje delovanja imperativne norme; včasih pa se celo zavedata, da zlorabljata jezikovno nepopolnost in nedorečenost zakonskega besedila, in skleneta pogodbo v upanju, da se bo sodišče ustavilo pri črki zakona, tako da bo njuna kršitev ostala skrita in bo obšla mreže, ki jih je postavil zakonodajalec. Takšno razmišljanje je za pravnika seveda napačno. Tako kršitev črke zakona kot tudi kršitev njegovega duha sta nedopustni. ⁵

črka in duh zakona

Razlikovanje med *contra legem agere* (ravnati v nasprotju z zakonom) in *in fraudem legis agere* (izigravati zakon) je samo opisno, ne vsebinsko, saj se nanaša le na način, kako je kršitev izvedena. ⁶ V prvem primeru imamo

contra legem in in fraudem legis:
ali obstajajo razlike

⁴ B. VONGLIS, *L'esprit et la lettre de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique* (vol. XXIV des publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris), Pariz, 1968, str. 22.

⁵ Oseba, ki izigrava zakon, skuša upravičiti svoje ravnanje z jezikovno, dobesedno razlago besedila pravne norme, pozablja pa, da je treba vsak predpis vedno brati v luči cilja, ki ga pravna norma skuša doseči ravno z obidenim predpisom. V nekem prejšnjem članku o izigravanju zakona sem s preprostim primerom orisal mehanizem delovanja pravne norme pri izigravanju zakona: »Če je z občinskim odlokom prepovedano hoditi naokoli v preglobokih dekoltejih, ugovor drzne ženske, ki hodi naokoli zgoraj brez, da zanjo predpis ne velja, češ da nima dekolteja, seveda ne bi bil sprejemljiv. Dobesedno sklicevanje na pravno normo bi ji morda dalo celo prav, a je več kot očitno, da tudi hoditi naokoli zgoraj brez predstavlja primer, ki še kako sodi v področje delovanja zakona.« L. VARANELLI, *Izigravanje zakona, Analiza sredstev izigravanja t. i. Lahovnikovega zakona*, Pravna praksa 45-46/2016, str. 14.

⁶ Podobno tudi K. Linckelmann, ki je zapisal, da v sodobnem pravu razlikovanje med *contra legem agere* ter *in fraudem legis agere* nima nobene pravne osnove, saj je norma kršena tako v prvem kot v drugem primeru. K. LINCKELMANN, *Sicherheitsübereignungen*, *Archiv für bürgerliches Recht*, VII, 1893, str. 219. Nasprotno pa F. Messineo, ki meni, da imamo pri *contra legem agere* neposredno kršitev zakona, pri *in fraudem legis agere* pa poskus izigravanja prepovedi. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, 2. knjiga, Milano, 1972, str. 285. O tem prim. še W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, str. 350; M. RAVLJEN, *Obid zakona*, str. 171 in nasl. Tudi rimsko pravo poznega republikanskega obdobja je izigravanje zakona in njegovo kršitev enako obravnavalo. R. Zimmermann je o izigravanju zapisal: »... was treated in the same way as if the parties had agreed to what the law forbade directly and *expressis verbis*.« R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, str. 705.

O avtorju

Luigi Varanelli je leta 1998 v Trstu diplomiral iz prava. Na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani je leta 2002 dosegel naslov magistra, leta 2004 pa doktorja pravnih znanosti. Leta 2013 je v Trstu diplomiral tudi iz psihologije.

Raziskuje in obravnava različne tematike obligacijskega prava, specializiral pa se je predvsem za področje pogodbenega prava. V domačih in tujih strokovnih revijah je objavil več kot 110 člankov in prispevkov, v katerih obravnava različne vidike obligacijskih razmerij. V središču njegovega akademskega zanimanja so tudi posamezni segmenti gospodarskega in statusnega prava, predvsem insolvenčni postopki. Intenzivneje se ukvarja še z mednarodnim in evropskim pravom.

V okviru združenja INSOL Europe je predaval na več mednarodnih strokovnih konferencah, s svojimi znanstvenimi prispevki pa sodeluje tudi kot predavatelj na domačih izobraževalnih dogodkih.

Leta 2005 ga je Ministrstvo za pravosodje imenovalo za člana izpitne komisije za pravniški državni izpit (področje gospodarsko pravo). Je tudi član izpitne komisije za sodne tolmače (2013).

Od leta 2004 deluje kot odvetnik v Ljubljani. Pridobil je kvalifikacije odvetnik specialist za evropsko pravo ter arbiter Gospodarske zbornice Slovenije.