

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.426.4:340.142(497.4)

Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo

DR. ANA BOŽIČ PENKO,
vrhovna sodnica na
Vrhovnem sodišču RS

Splošno sprejeto je prepričanje, da je Zakon o obligacijskih razmerjih (v nadaljevanju ZOR), ki je po osamosvojitvi Republike Slovenije ostal poglavitni pravni vir obligacijskega prava v državi, dokaj ustrezno urejal odnose med ljudmi, da je upošteval primerjalnopravna spoznanja in evropsko pravno tradicijo in da so bile njegove osnovne rešitve v skladu s slovensko pravno miselnostjo. Zato je bila njegova temeljna koncepcija prenesena v Obligacijski zakonik (v nadaljevanju OZ).¹

V pretežnem delu velja to tudi za pravno področje nepogodbenih nepremoženjskih škod. Interpretativno določbo o tem, kaj se šteje za nepremoženjsko škodo, vsebuje 132. člen: enako kot po ZOR povzročitev telesnih in duševnih bolečin in strahu drugemu ter dodatno, na novo, še okrnitev ugleda pravne osebe. Duševne bolečine nato OZ razčleni (1) glede na izvor na tiste, ki jih oškodovanec trpi zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, razžalitve dobrega imena in časti, okrnitve svobode ali osebnostne pravice (prvi odstavek 179. člena), smrti bližnjega (prvi odstavek 179. člena in prvi odstavek 180. člena), posebno hude invalidnosti bližnjega (drugi odstavek 180. člena) in kršitve dostojanstva (181. člen), ter (2) glede na osebo, zoper katero je bilo storjeno škodno dejanje, na duševne bolečine zunanjega izvora, ki jih oškodovanec trpi zaradi smrti ali posebno težke invalidnosti bližnjega, in na druge (prej naštet) duševne bolečine lastnega izvora, ki jih oškodovanec trpi zaradi posega v lastno telesno in (ali) duševno integriteto.² Za doslej navedene nepremoženjske škode fizične osebe, tako za že nastale (179. do 181. člen) kot za bodoče (182. člen), je oškodovanec upravičen do denarne odškodnine. Nedenarna satisfakcija je določena za primer kršitve osebnostne pravice, in sicer

¹ Marko Ilešič, Uvod k Obligacijskemu zakoniku, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2001, str. 19 in 20.

² Ana Božič Penko, Strah kot nepremoženjska škoda, Scientia iustitia, Cankarjeva založba, Ljubljana 2003, str. 89 in nasl.

kot zaveza oškodovalcu preklicati izjavo, s katero je bila povzročena kršitev, objava sodbe ali popravka ali drugo dejanje, s katerim je mogoče doseči namen, ki se doseže z odškodnino (178. člen).

Za nepogodbene nepremoženjske škode, ki se popravljajo z denarno odškodnino, je za fizične osebe po OZ ohranjena (že pred uveljavitvijo ZOR in tudi po njej v delu teorije grajana³) subjektivna koncepcija, objektivna koncepcija pa je sprejeta za nepremoženjsko škodo pravnih oseb.

V sodni praksi že od obdobja veljavnosti ZOR v zvezi z nepogodbeno nepremoženjsko škodo fizičnih oseb prevladujejo stališča, da je njihov krog zaprt (da zakon ureja *numerus clausus* nepremoženjskih škod), da so pravno priznana škoda samo z zakonom določene posledice posega v oškodovančevo telesno in (ali) duševno integriteto (telesne in duševne bolečine in strah), da v krog upravičencev do denarne odškodnine poleg neposrednih oškodovancev spadajo samo v zakonu izrecno navedeni posredni oškodovanci, da je funkcija odškodnine v oškodovančevi satisfakciji.

V hierarhiji vrednot so nepremoženjske nad premoženjskimi; med ustavnimi določbami prevladujejo tiste, ki varujejo prve. Njihovo odškodninsko varstvo pred slovenskimi sodišči je široko, ni pa, kot to velja za premoženjske pravice, neomejeno.⁴ S časom in spremenjenimi družbenimi razmerami se nepremoženjske vrednote spreminjajo. Spreminjajo se tudi načini njihove kršitve. Varstvo, če naj bo učinkovito, mora slediti obojemu. Ali obligacijski predpisi, ki z izjemo manjših novosti, ki jih je prinesel OZ, veljajo že skoraj štiri desetletja, tako varstvo še lahko dajejo?

Teorija meni, da temeljne rešitve odškodninskega prava ne potrebujejo prenove, a dodaja pomislek, da se sodišča (pre)togo odzivajo na spremenjene družbene razmere.⁵ Ugotavlja tudi, da se pojem nepremoženjske škode v novejši sodni praksi vendarle razvija.⁶ Zato je utemeljen razmislek o primernosti vztrajanja pri navedenih stališčih, ki v sodni praksi prevladujejo, in

³ Stojan Cigoj, Avtomobilist, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1982, str. 235; Stojan Cigoj, Temelji in meje nepremoženjske škode, Simpozij o pravni problematiki nepremoženjske škode, Portorož, 6.–8. 10. 1977, str. 22; Aldo Radolović, Neimovinska (nematerijalna) škoda po Zakonu o obveznih odnosima, v: Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka, 1981, str. 152. Povzeto po Božić Penko, str. 19.

⁴ Damjan Možina, Nepremoženjska škoda zaradi izgube počitnic: Leitner pri nas doma, Podjetje in delo, št. 1/2014, str. 41–56 (»Nepremoženjske pravne dobrine so v slovenskem pravu na splošno priznana dobrina. Iz njihovega položaja v ustavni hierarhiji pravnih dobrin, ki je načeloma višji od položaja premoženja, bi lahko sklepali, da je takšno tudi njihovo odškodninsko varstvo, ki ga zagotavlja obligacijsko pravo. Vendar pa, če sledimo zakonu, ni čisto tako: medtem ko načeloma vsak poseg v premoženje pomeni priznano premoženjsko škodo, so pravno priznane le tiste oblike nepremoženjske škode, ki jih opredeljuje zakon.«).

⁵ Špelca Mežnar, Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo, št. 6–7/2008, str. 1284–1293.

⁶ Možina, prav tam.

če bi pretehtala presoja, da niso več ustrezna, ali jih je mogoče spremeniti brez normativnih sprememb.

1. *Numerus clausus* oblik nepremoženjskih škod in upravičencev do odškodnine?

Prvi razmislek se nanaša na vprašanje oblik nepremoženjskih škod, ki se fizičnim osebam popravljajo z denarno odškodnino: predvsem, ali je krog škod, navedenih v 179. členu OZ, zaprt. Da je tak, je Vrhovno sodišče že velikokrat izrecno poudarilo, tudi v nekaj novejših odločbah, na primer v zvezi z zavrnitvijo zahtevka za plačilo odškodnine zaradi kršitve volilne pravice⁷ in v zvezi z zavrnitvijo zahtevkov za odškodnino zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku, uveljavljanih po določbah OZ.⁸ Pojasnilo je, da je zakonodajalec načrtno vpeljal *numerus clausus* oblik nepremoženjske škode, za katere je mogoče zahtevati denarno odškodnino, kar pomeni, da ne gre za pravno praznino, temveč je glede drugih bolj ali manj podobnih nepremoženjskih škod izključil možnost uveljavljanja denarne odškodnine z analogno uporabo pravil o denarni odškodnini za pravno priznane oblike nepremoženjske škode. V novejši literaturi nekateri avtorji taki razlagi zakona pritrujejo,⁹ na drugi strani pa je izraženo prav nasprotno prepričanje: da je krog oblik priznane nepremoženjske škode zaprt, naj ne bi bila izrecna zahteva zakona, ampak stališče sodne prakse.¹⁰

Menim, da so pravno priznane nepremoženjske škode fizične osebe, ki se popravljajo z denarno odškodnino, v 179. členu OZ naštetje taksativno. Pri tem izhajam predvsem iz jezi-

⁷ Sodba II Ips 99/2013 z dne 15. 11. 2015.

⁸ Na primer odločbe II Ips 470/2009 z dne 7. 7. 2009, II Ips 305/2009 z dne 24. 6. 2009 in II Ips 591/2008 z dne 24. 6. 2009. Pojasnilo je, da pravica do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, prav tako pa tudi pravica do učinkovitega pravnega sredstva, nista osebnostni pravici, zato tožnik svojega zahtevka ne more utemeljiti neposredno na 179. členu OZ, ki priznava denarno odškodnino za duševne bolečine zaradi okrnitve osebnostne pravice. Niso namreč vse temeljne človekove pravice tudi osebnostne pravice. Nekaterne temeljne pravice lahko kršijo tako država kakor drugi subjekti, nekatere – med njimi tudi pravica do sodnega varstva – pa so lahko usmerjene le proti državi. Temeljne in osebnostne pravice se vsebinsko prekrivajo, kadar gre za zaščito istih temeljnih dobrin. Vendar pa pravice, katerih kršitev uveljavlja tožnik, niso namenjene varovanju objekta, ki ga varujejo osebnostne pravice, to je varovanju človekove osebnosti in osebnih dobrin.

⁹ Na primer Ilešič, prav tam, str. 31 in 32, pojasnjuje, da odškodninsko pravo kljub nekaterim sugestijam, da bi bilo treba razširiti možnost priznavanja denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, ni bilo spremenjeno. Dunja Jadek Pensa, v: Nina Plavšak in soavtorji, Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 1023 in nasl., kot oblike pravno priznanih nepremoženjskih škod obravnava tiste, ki so v OZ taksativno naštetje. Glej še Matic Kumer, Starši mrtvorojenih otrok imajo pravico vedeti, kje so posmrtni ostanki, Pravna praksa, št. 31-32/2014, str. 32-33, ter Franci Očepek, Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne)priznanja nepremoženjske škode, Pravna praksa, št. 28/2013, str. 22.

¹⁰ Možina, prav tam.

kovne razlage, ki je z drugimi metodami razlage ni mogoče preseči. Hkrati pa menim, da bi bilo mogoče ažurnost odzivnosti odškodninskega prava, tudi sodne prakse, na družbene spremembe, spremembe vrednot in nove oblike škode v pomembni meri zagotoviti brez zakonske spremembe, s široko, odprto razlago zakonsko določenih oblik nepremoženjske škode (telesne bolečine, duševne bolečine in strah) in zakonsko omejenih izvorov duševnih bolečin (zmanjšanje življenjske aktivnosti, skaženost, kršitev osebnostne pravice ...); oboje namreč zakon določa izrazito abstraktno¹¹ oziroma kot pravne standarde.¹² Tako bi v obstoječi (zaprti) sistem pravno priznanih oblik nepremoženjske škode lahko umestili nove pojavne oblike posledic posegov v telesno in duševno integriteto oškodovancev. Namen zakona je, da oškodovanec prejme odškodnino za telesno in duševno trpljenje.

Ob taki, široki razlagi sodna praksa že dolgo kot telesne bolečine šteje na primer nevšečnosti med zdravljenjem, zdravniške preglede, jemanje zdravil in podobno, Vrhovno sodišče je kot duševne bolečine v pravih zaradi odškodnine zaradi čezmernih imisij štel motnjo duševnega ravnovesja, psihično neugodje, napetost,¹³ čeprav gre v obeh primerih za občutja oziroma stanja, ki sicer po splošnem razumevanju ne dosegajo standarda telesnega oziroma duševnega trpljenja (bolečin).

Izvor telesnih bolečin je v večini odškodninskih pravih telesna poškodba, čeprav so znani tudi primeri, ko je telesno trpljenje povzročila duševna travma. Vendar zakon pravice do odškodnine za telesne bolečine ne pogojuje z izvorom, temveč zgolj z dejstvom njihovega nastanka. Drugače je pri duševnih bolečinah. Pri teh zakon pravico do odškodnine pogojuje z enim od taksativno naštetih izvorov: zmanjšanjem življenjske aktivnosti, skaženostjo, razžalitvijo dobrega imena in časti, okrnitvijo svobode, kršitvijo osebnostne pravice in smrtjo bližnjega. Tudi ti viri duševnih bolečin so določeni abstraktno oziroma kot pravni standardi. Nekatere je sodna praksa že razlagala zelo široko; za zmanjšanje življenjske aktivnosti je na primer štela izgubo šolskega leta.

Na področju izvorov duševnih bolečin je precej razlagalnega prostora pri kršitvi osebnostnih pravic; tako je mogoče opredeliti številne posege v osebnost, tudi take, ki pomenijo nove oblike škod. Osebnostnih pravic kot izvora duševnih bolečin iz 179. člena OZ ne definira (in tudi ZOR jih ni). V tem je lahko njegova prednost. Ustava v 35. členu zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti in osebnostnih pravic. Te drugače

¹¹ Možina, prav tam.

¹² Božič Penko, prav tam, str. 69.

¹³ Na primer odločbe II Ips 409/2009 z dne 18. 10. 2010, II Ips 576/2008 z dne 9. 7. 2008; iz obrazložitve slednje: »Odločitev o škodi je sodišče utemeljilo z ugotovitvijo, da tožniki zaradi neprestanega hrupa, vibracij in onesnaženega ozračja, ki je posledica bistveno povečanega prometa po ulici, ob kateri živijo, trpijo zaradi nespečnosti, utrujenosti in motenj duševnega ravnovesja. Ugotovljeno škodo je pravilno opredelilo kot duševne bolečine zaradi kršitve osebnostne pravice do zdravega življenjskega okolja.«

od človekovih pravic, ki varujejo človeka pred posegi države v pravno varovane sfere, varujejo vsakega posameznika tudi v razmerju do drugih posameznikov.¹⁴ Obseg in oblike njihovega civilnopravnega varstva ureja OZ. Ker ne ta ne Ustava ne določa seznama osebnostnih pravic,¹⁵ je sodni praksi prepuščena odločitev, ali je glede na razvoj kulture, sistema vrednot in pravne zavesti družbe nastopila potreba po pravni zaščiti določene osebne nepremoženjske dobrine.¹⁶ V novejši sodni praksi je Vrhovno sodišče tako pritrdilo stališčem, da so bile kršene osebnostne pravice tožnikov v primeru imisij, ker je bila kršena pravica do zdravega življenjskega okolja,¹⁷ v primeru nestrokovnega postopanja sodnika pri izdaji začasne odredbe o varstvu in vzgoji otroka med razveznim postopkom njegovih staršev, zaradi česar je bil otrok po nepotrebnem preseljen v novo okolje k očetu, kar je doživljal travmatično in ga je zaznamovalo, s čimer je bila kršena njegova pravica do spoštovanja družinskega življenja,¹⁸ v primeru, ko je tožnica kljub jemanju kontracepcijskih tablet zanosila, ker so druga zdravila zmanjšala njihovo učinkovitost, metode zdravljenja pa so indicirale splav, ker je bila kršena njena pravica do svobodnega odločanja o rojstvu otroka¹⁹ (v nasprotnem primeru, ko se je tožnica odločila za splav, ta pa ni »uspel« in je rodila zdravega otroka, pa je presodilo, da rojstvo zdravega otroka ne pomeni škode²⁰), v primeru zahtevka za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi izgubljenega užitka počitnic oziroma dopusta, ker so bile osebnostne pravice kršene zaradi kršene pravice do osebne integritete.²¹

¹⁴ Ludvik Toplak, v: France Arhar in soavtorji, Komentar Ustave Republike Slovenije (ur. Lovro Šturm), Fakulteta za podiplomske in evropske študije, 2002, str. 369.

¹⁵ O »neopredeljenosti« osebnostnih pravic glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 919/2007 z dne 17. 9. 2009.

¹⁶ Petar Klarić, v: Ivica Crnić in soavtorji, Odgovornost za neimovinsku škodo zbog povrede prava osobnosti u vezi s radom, Narodne novine, Zagreb 2007, str. 16.

¹⁷ Primerjaj odločbe II Ips 919/2007 z dne 17. 9. 2009, II Ips 409/2009 z dne 18. 10. 2010, II Ips 576/2008 z dne 9. 7. 2008 in številne druge.

¹⁸ Sodba II Ips 195/2012 z dne 19. 6. 2014.

¹⁹ Glej sodbo II Ips 736/2005 z dne 24. 5. 2007.

²⁰ Sodba II Ips 834/2009 z dne 19. 5. 2011.

²¹ Glej sklep II Ips 160/2013 z dne 23. 4. 2015. V tem primeru je šlo za vprašanje odškodnine za pogodbeno škodo (kršitev pogodbe o turističnem potovanju), ki se priznava po 5. členu Direktive Sveta 90/314/EGS z dne 13. 6. 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih, ki je Slovenija še ni implementirala, kot nalaga sodba SEU C-168/00 z dne 12. marca 2002, izdana v zadevi Simone Leitner proti Deutschland GmbH Co. Kg, zato je bilo treba presoditi, ali je mogoče zaradi zavezujočega učinka sodbe nepremoženjsko škodo zaradi izgubljenega užitka počitnic uvrstiti v katero od Z OZ priznanih oblik nepremoženjske škode. V hrvaški teoriji se Petar Klarić v prispevku Odgovornost za neimovinsku škodo zbog povrede ugovora o organiziranju putovanja (Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, Posebni broj, Zagreb 2006, str. 381–397), zavzema za priznavanje odškodnine za nepremoženjsko škodo že v okviru določb Zakona o obveznih odnosih, predvsem iz naslova posega v duševno integriteto pa tudi v čast in dobro ime potnika. V navedenem zakonu je sicer izrecno uzakonjena pravica do odškodnine za nepremoženjsko škodo, nastalo zaradi kršitve pogodbe, nepremoženjsko škodo pa pomeni že sama kršitev katere od osebnostnih pravic (sprejet je bil objektivni koncept nepremoženjske škode), ki niso naštet taksativno.

Praviloma je oškodovanec v smislu OZ samo tisti, ki je utrpel neposredno škodo. Drugače je glede nepremoženjske škode izrecno določeno v 180. členu OZ: zaradi smrti ali posebno hude invalidnosti neposrednega oškodovanca pripada za duševne bolečine, ki jih trpijo zaradi tega, odškodnina (tudi²²) njegovim bližnjim – posrednim oškodovancem.²³ V istem členu je določen krog upravičencev do odškodnine: ožji družinski člani, to so zakonec, otroci in starši, pod pogojem trajnejše življenjske skupnosti pa še bratje in sestre ter zunajzakonski partner.²⁴ Toda ali je krog ožjih družinskih članov, ki so navedeni v prvem in drugem odstavku, zaprt in omejen na naštete posredne oškodovance? V teoriji so bila stališča o tem v času veljavnosti ZOR deljena. Sodna praksa od tedaj in tudi po uveljavitvi OZ šteje, da so upravičenci navedeni taksativno, njihov domnevno zaprti krog pa je vendarle delno razprla tako, da je kot v zakonu navedene ožje družinske člane štela tudi druge osebe, ki so bile z umrlim ali so s posebno hudo invalidno osebo v razmerju, ki ga je mogoče po vsebini poistoteti z razmerjem z zakoncem, staršem ali otrokom. Tako je Vrhovno sodišče v primeru, ko je umrli vnuk pred smrtjo živel v skupnem gospodinjstvu s starimi starši, stara mati pa mu je nadomeščala zaposleno mater, sprejelo pravno mnenje, da lahko poleg zakonca, otrok in staršev med ožje družinske člane spadajo tudi stari starši, če konkretne okoliščine to upravičujejo.²⁵ Hrvaška sodna praksa je v času veljavnosti ZOR odškodnino priznala vnuku za smrt babice, ki mu je v vsakem pogledu nadomeščala drugje živeče starše, otrokom za smrt očima, ki jim je v vsem zamenjal očeta, mačehi za smrt pastorka, ker je bilo razmerje med njima primerljivo z razmerjem med materjo in otrokom.²⁶

Objekt varstva so torej najintenzivnejše, globoke čustvene vezi med neposrednim in posrednim oškodovancem. Zakon izhaja iz splošno sprejete izkušnje, da se take vezi stkejo med člani najožje družine, ki jih po mojem razumevanju v prvem odstavku 180. člena OZ v oklepaju našteva pojasnjevalno in ne taksativno, izključujoč druge (nenaštete) osebe, katerih razmerje z neposrednim oškodovancem je po siceršnji vsebini in intenziteti čustvovanja primerljivo, pa hkrati v pravkar navedenem pomenu tudi omejevalno. Standard ožje družine je treba razlagati elastično, a restriktivno, ker gre za posredne oškodovance, ki so do odškodnine upravičeni samo izjemoma. Na to napotuje tudi zakonska določba drugega odstavka 180. člena OZ,

²² V primeru posebno hude invalidnosti sta do odškodnine upravičena tako neposredni kot posredni oškodovanec.

²³ Določba prek siceršnjih meja širi pravno relevantno vzročnost in s tem obseg škode, za katero odgovarja oškodovalec: čeprav posredni oškodovanci trpijo zaradi stanja neposrednega oškodovanca, svojega bližnjega, je pravno relevanten vzrok njihovega trpljenja ravnanje povzročitelja tega stanja.

²⁴ OZ je v celoti obdržal krog upravičencev iz ZOR, v primeru posebno hude invalidnosti neposrednega oškodovanca pa ga razširil tudi na brate in sestre, če je med njimi in neposrednim oškodovancem obstajala trajnejša življenjska skupnost.

²⁵ Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča RS z dne 21. in 22. 12. 1992, Poročilo VSS 2/92.

²⁶ Glej odločbe Okrožnega sodišča Zagreb Gž-3564/84 z dne 8. 5. 1984 ter Vrhovnega sodišča Hrvaške Rev 727/2005 z dne 4. 1. 2006 in Rev-259/87 z dne 20. 5. 1985.

da so bratje in sestre neposrednega oškodovanca upravičeni do odškodnine le pod pogojem trajnejše življenjske skupnosti z njim; ne glede na bližnjo stopnjo sorodstva se zanje torej ne domneva najtesnejša čustvena povezanost z neposrednim oškodovancem, če z njim niso živeli. Merila, kdaj se šteje, da je šlo za skupno življenje, je sodna praksa že izoblikovala.²⁷

Da je ena takih oseb zunajzakonski partner, pove določba četrtega odstavka 180. člena OZ. Primeri pravno priznane zunajzakonske skupnosti niso problematični. Treba pa se bo šele izreči, ali je do odškodnine zaradi posebno hude invalidnosti ali smrti bližnjega upravičen njegov zunajzakonski partner, če so obstajali zadržki, zaradi katerih bi bila zakonska zveza med njima neveljavna oziroma če niso bile izpolnjene predpostavke iz 12. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (v nadaljevanju ZZZDR), na primer zaradi mladostnosti, zato, ker je bil kateri od njiju ali oba formalno še vedno v zakonski zvezi, čeprav je življenjska skupnost z zakoncem prenehala. Zavzemam se za pritrdilen odgovor v primeru dalj časa trajajoče življenjske skupnosti, temelječe na medsebojni čustveni navezanosti, zaradi katere je škoda posrednega oškodovanca resnična. V primeru smrti ali posebno hude invalidnosti bližnjega je objekt varstva čustvena navezanost in ta objekt je prizadet tudi v pravno hibnih zvezah (skupnostih). ZZZDR izenačuje pravne posledice zunajzakonske skupnosti in zakonske zveze le glede razmerij, ki jih ureja sam. Določitev predpostavk za veljavnost in pravne posledice zunajzakonske skupnosti na drugih pravnih področjih (zunaj družinskega prava) je prepuščena drugim, področnim zakonom.²⁸ Eden teh je tudi OZ, ki v 180. členu upravičenja do odškodnine ne pogojuje z obstojem zunajzakonske skupnosti, ki je pravno priznana z ZZZDR.

Pred sodno prakso je tudi opredelitev do vprašanj, ali (in če, pod kakšnimi pogoji) so upravičeni do odškodnine partnerji v istospolnih zvezah (pri čemer je treba ločiti registrirane, ki so v bistvenem podobne zakonski zvezi,²⁹ od neregistriranih, zunajzakonskih, ki pravno še niso

²⁷ Glej na primer odločbe II Ips 79/1979, II Ips 406/2007, II Ips 620/2006, II Ips 478/2003.

²⁸ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča U-I-111/95 z dne 5. 3. 1998.

²⁹ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča U-I-425/2006 z dne 2. 7. 2009, s katero je bila ugotovljena neustavnost določbe 22. člena Zakona o registraciji istospolnih partnerskih skupnosti (v nadaljevanju ZRIPS) glede dedovanja, omejenega le na delež zapustnika na skupnem premoženju. Iz obrazložitve: »Registrirana partnerska skupnost je razmerje, ki je po vsebini podobno zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti. Tudi za to skupnost je bistvena značilnost stabilna povezanost dveh oseb, ki sta si blizu, si medsebojno pomagata in se podpirata. Etično in čustveno bistvo registrirane partnerske skupnosti, ki ga izraža 8. člen ZRIPS, po katerem se morata partnerici ali partnerja medsebojno spoštovati, si zaupati in si medsebojno pomagati, je podobno kot pri skupnosti med žensko in moškim. Tudi pravna ureditev tega razmerja je podobna zakonski zvezi. ZRIPS partnerjema prav tako zagotavlja določene medsebojne pravice in dolžnosti, varuje šibkejšega partnerja, ureja pravni položaj do tretjih oseb, države in socialnega okolja. Na področju premoženjskih razmerij med trajanjem registrirane skupnosti je ZRIPS skoraj v celoti prevzel ureditev premoženjskega režima med zakoncema iz ZZZDR (9. do 18. člen ZRIPS). Ureja tudi dolžnost preživljanja partnerja, ki nima dovolj sredstev za preživljanje (19. člena ZRIPS). Je pa zakonodajalec drugače uredil dedovanje med partnerji registrirane skupnosti. Pri tej skupnosti ni uzakonil, kot to velja za zakonsko zvezo, domnevne volje

priznane), rejniki in rejenci, krušni starši in pastorki ter v medsebojnih razmerjih otroci iz takih družin, ki niso bratje in sestre, na primer otroci zakoncev ali zunajzakonskih partnerjev iz prejšnjih zvez, sorejenci.

Da je do odškodnine zaradi smrti starša upravičen nasciturus, če je seveda rojen živ, je Vrhovno sodišče že večkrat izreklo. Menim, da bi moralo tako odločiti tudi, če bi starš pred otrokovim rojstvom postal posebno hud invalid.

Kaj pa obrnjeno? Ali so starši upravičeni do odškodnine zaradi smrti še nerojenega otroka? Revizijo, ki je bila dopuščena glede tega vprašanja,³⁰ je Vrhovno sodišče iz formalnih razlogov zavrglo.³¹ Novi hrvaški zakon pravico staršev zaradi smrti nerojenega otroka izrecno določa;³² sodna praksa njihovega vrhovnega sodišča pa jo je priznavala že na podlagi 201. člena ZOR, po vsebini identičnega 180. členu OZ.³³ Tudi nekaj odločb domačih pritožbenih sodišč je na to vprašanje odgovorilo pritrdilno.³⁴ S takimi odločitvami soglašam. Nasciturus ima vsa

umrlega partnerja, da tudi, če ne naredi oporoke, z dediščino ekonomsko preskrbi osebo, s katero si deli življenje. Tako pri zakonski zvezi kot pri registrirani partnerski skupnosti ima zapustnikova domnevna volja podlago v istih življenjsko izkustvenih in etičnih premislekih – zagotoviti tistemu, s katerim je bil zapustnik čustveno, intimno, premoženjsko in življenjsko kar najtesneje povezan, tudi po svoji smrti premoženjsko varnost in stabilnost.«

³⁰ Sklep II DoR 474/2010 z dne 27. 1. 2010.

³¹ Sklep II Ips 234/2011 z dne 8. 3. 2012.

³² Tretji odstavek 1101. člena Zakona o obveznim odnosima (uporablja se od 1. 1. 2006): »Pravico do pravične denarne odškodnine imajo tudi starši v primeru izgube spočetega, a nerojenega otroka.« Enako je njihovo vrhovno sodišče odločilo že pred sprejemom tega zakona, ko je veljalo besedilo 201. člena ZOR, ki take določbe ni imelo. Glej sodbo Rev-1446/98 z dne 26. 3. 2003.

³³ Odločba Rev-1446/98 z dne 26. 3. 2003, Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske, 1/03, str. 70. Glej še Ivica Crnić, Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i abecedno kazalo pojmov, Četvrto, bitno izmijenjeno i dopunjenom izdanje, Zagreb 2010, str. 1489.

³⁴ Glej sodbo VSL II Cp 1159/1994 z dne 12. 4. 1995 o priznanju odškodnine materi za smrt nerojenega otroka v sedmem mesecu nosečnosti (»O tem, da bi bilo mogoče zahtevati odškodnino za duševne bolečine zaradi izgube nerojenega otroka, v 201. členu ZOR sicer ni govora, vendar pa je te določbe ZOR tudi ne izključujejo. Glede na okoliščine primera je po mnenju pritožbenega sodišča tako odškodnino mogoče prisoditi.«), sodbo VSL II Cp 1790/2003 z dne 28. 1. 2004 o priznanju odškodnine očetu nerojenega otroka, ki je umrl v sedmem mesecu nosečnosti (»Ni pomembna samo navezanost kot trdi tožena stranka, temveč tudi pričakovanje, sicer pa ta okoliščina na katero se sklicuje tožena stranka lahko vpliva le na višino prisojene odškodnine.«), sodbo VSK Cp 12/2008 z dne 17. 9. 2008 o priznanju odškodnine materi nerojenega otroka, ki je umrl v 11. tednu nosečnosti (»Pritožbeno sodišče se ne strinja z razlago tožene stranke, da tožnici odškodnina ne gre, ker je šlo šele za 11 tednov star plod, na katerega tožnica ni bila navezana in da bi ji kvečjemu šla odškodnina, če bi bil plod star 7 mesecev. Starost ploda po mnenju pritožbenega sodišča ni pomembna, kajti gre za izgubo nerojenega otroka, kar pomeni razočaranje, da otroka ne bo rodila in prav zato tožnici odškodnina gre.«) in sodbo VSL II Cp 1339/2010 z dne 7. 7. 2010 o priznanju odškodnine očetu nerojene deklice, ki je umrla 10 dni pred predvidenim terminom poroda in je bila že popolnoma razvita, tehtala je 2,70 kg, in če bi se rodila na dan škodnega dogodka, ne bi bila nedonošenka (»Nerazumno bi bilo delati razliko med čustveno povezavo očeta z otrokom tik pred njegovim rojstvom in enako povezavo tik po rojstvu. Prvostopenjsko sodišče je zato pravilno umestilo to tožnikovo škodo med primere posegov, ki jih določa 180. člen OZ.«).

obeležja življenja kot biološkega stanja.³⁵ Če ne bi bilo tako, pač (zaradi škodnega dogodka) tudi umreti ne bi mogel. Če se otrok zaradi poškodbe (civilnega delikta) ali kršitve pogobe (na primer zaradi medicinske napake med vodenjem nosečnosti ali med porodom) rodi kot posebno hud invalid, sodišča staršem pravice do odškodnine ne odrekajo.³⁶ Ni razumnega razloga, da bi jim jo odrekla za še hujšo posledico – smrt. Lahko pa se zastavi vprašanje pravne podlage. Je to določba prvega odstavka 180. člena OZ – ali jo je mogoče razlagati tako, da je kot otrok mišljen tudi otrok, ki se še ni rodil? Pomislek bi lahko bil, da v pravnem pogledu (noben ali ne dovolj star) nasciturus sploh (še) ni otrok. Na različnih pravnih področjih je to vprašanje rešeno različno. Po dednem pravu velja velja nasciturus ne glede na starost za rojenega pod (odložnim) pogojem, da je rojen živ;³⁷ toda pogoj rojstva živega otroka je pomemben zaradi pridobitve dedne pravice, ki pripada samo pravnemu subjektu,³⁸ za nasciturus pa velja, da nima samostojne pravne subjektivitete. Dedno pravo torej interese nerojenega otroka varuje pred drugimi dediči, ki bi sicer podedovali njemu pripadajočo zapuščino, in je to varstvo po naravi stvari relevantno samo, če se otrok rodi živ. Po ZZZDR nasciturus ni otrok, zato ni subjekt v družinskopravnih razmerjih. Po rojstvu pa ima pravice do obeh staršev.³⁹ Pravilnik o pogojih in načinu opravljanja mrliskopregledne službe za (mrtvorjenega) otroka šteje (mrtev) plod, ne glede na njegovo težo in dolžino, če je nosečnost trajala najmanj 22 tednov.⁴⁰ Iz Uredbe o odpadkih⁴¹ in Strokovnih podlag za pripravo programa za obvladovanje in preprečevanje bolnišničnih okužb je mogoče razumeti, da so vsi zarodki ne glede na starost medicinski odpadki, v praksi porodnišnic pa se za (mrtvorjene) otroke štejejo zarodki, rojeni po 22. tednu nosečnosti ali težji od 500 gramov.⁴²

Zavzemam se za razlago, da je treba kot otroka v smislu določbe prvega odstavka 180. člena OZ obravnavati tudi nerojenega otroka. Jezikovna razlaga je ne izključuje. In ker, kot je bilo že poudarjeno, objekt varstva ni neposredni oškodovanec, torej v tem primeru (nerojeni) otrok, pač pa čustvovanje posrednega oškodovanca – starša (veselje pričakovanja rojstva, priprava nanj, navezanost na plod, katerega obstoj, gibanje, napredovanje, podoba in zdravstveno stanje je mogoče s sodobnimi tehnologijami spremljati praktično od začetka nosečnosti, ga

³⁵ Tako Ivica Crnić, Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete, Organizator, Zagreb 2013, str. 69.

³⁶ Primerjaj odločbi II Ips 671/2008 z dne 20. 11. 2008 in II Ips 615/2007 z dne 7. 5. 2009.

³⁷ Določba je odraz splošnega pravila *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*.

³⁸ Primerjaj prvi in drugi odstavek 125. člena Zakona o dedovanju: »(1) Dedič je lahko samo tisti, ki je živ ob uvedbi dedovanja. (2) Otrok, ki je bil že spočet ob uvedbi dedovanja, velja za rojenega, če se rodi živ.«

³⁹ Karel Zupančič, Varstvo življenja pred rojstvom in osebnostne pravice ženske, ki ga nosi, Medicina in pravo, Maribor 1994, str. 153.

⁴⁰ Uradni list RS, št. 56/93 in 15/08.

⁴¹ Uradni list RS, št. 103/11.

⁴² Povzeto po Kumer, navedeno delo.

spoznavati in ga vključiti v družino že pred rojstvom), najbrž tudi namenska razlaga ne.⁴³ Uzakonitev odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi smrti nasciturusa v primerjalnem hrvaškem pravu (Zakon o obveznim odnosima iz leta 2005) tej razlagi pritrjuje; tamkajšnji komentatorji spremembo zakona utemeljujejo z zavzemanjem teorije za obravnavano rešitev že pred sprejemom ZOR⁴⁴ in z dejstvom, da gre za pravico, ki se je v sodni praksi priznavala že prej (po ZOR).⁴⁵ Da je tako, izhaja iz Orientacijskih kriterijev, ki jih je Vrhovno sodišče Hrvaške sprejelo leta 2002 (v času veljavnosti ZOR), v njih pa je za primer izgube ploda določilo odškodnino v orientacijski višini 75.000 kun (za živorojenega pa, za primerjavo, 220.000 kun).

In če tak razmislek ne drži, ali je ustrezna pravna podlaga za odškodnino (obema) staršema za duševno trpljenje zaradi smrti nerojenega otroka določba prvega odstavka 179. člena OZ – je smrt nasciturusa kršitev osebnostne pravice staršev? Ali ne pomeni protipravna prekinitev nosečnosti posega v osebnostno pravico, na primer do življenja in zdravja, podvrsta katere je po mnenju teorije tudi pravica do nadaljevanja življenja s potomci?⁴⁶ Ali pa v pravico do zasebnosti? Poseg v telesno integriteto bi namreč pomenil podlago le za mater.

2. Podedljivost odškodnine za nepremoženjsko škodo

OZ v 184. členu⁴⁷ določa, da je odškodnina za nepremoženjsko škodo v primeru, ko oškodovanec umre, preden mu je bila izplačana, predmet dedovanja, odstopa, pobota in izvršbe samo pod pogojem, da mu je bila pred smrtjo prisojena s pravnomočno sodbo ali priznana s pisnim sporazumom. V celoti je torej povzel vsebino 201. člena prej veljavnega ZOR. Za tega pa je Ustavno sodišče ugotovilo, da je (bil) v neskladju z Ustavo.⁴⁸ Razveljavilo je sklep Vrhovnega sodišča,⁴⁹ s katerim je na podlagi te določbe spremenilo sodbo sodišča druge stopnje, ki je potrdilo sodbo prvostopenjskega sodišča o prisoji odškodnine za nepremoženjsko škodo; spremenilo jo je tako, da je pritožbo povzročitelja škode (toženca) zaradi pomanjkanja pravnega interesa pritožnika zavrglo. Pravni interes je po mnenju Vrhovnega sodišča odpadel zato, (1) ker

⁴³ Barbara Novak, O naravi osebnostnih pravic, Podjetje in delo, št. 6-7/2000, str. 991–999, v zvezi z namenom določbe 201. člena ZOR (zdaj 180. člena OZ) ponudi razmislek, da »omenjena določba sicer predvideva, da je tretji posegel v dobrine (življenje) še živega posameznika, vendar se zdi, da bi bilo svojcem v prihodnje (tudi glede na ratio omenjene določbe) treba priznati pravico do povrnitve nepremoženjske škode zaradi kršitve njihovih osebnostnih pravic tudi, če tretji poseže v dobrine mrtvega (na primer v truplo)«.

⁴⁴ Na primer Marko Kalodera, naknada neimovinske štete, Rasprava iz komparativnog prava, Zagreb 1941.

⁴⁵ Crnić, Zakon o obveznim odnosima, str. 496.

⁴⁶ Tako na primer Nikola Gavella, Osobna prava, 1. dio, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2000, str. 30.

⁴⁷ »(1) Terjatev za povrnitev nepremoženjske škode preide na dediče samo, če je bila priznana s pravnomočno sodbo ali pisnim sporazumom. (2) Pod enakimi pogoji je lahko ta terjatev predmet odstopa, pobota in izvršbe.«

⁴⁸ Odločba U-I-88/15-9, Up-684/12-32 z dne 15. 10. 2015.

⁴⁹ Sklep II Ips 643/2008 z dne 19. 3. 2012.

je oškodovanec pred odločitvijo pritožbenega sodišča umrl, (2) ker je pravica oškodovanca do odškodnine za nepremoženjsko škodo osebna (vezana na njegovo osebo) in kot taka ni ne v pravnem prometu ne podedljiva in (3) ker bi glede na določbo 204. člena ZOR odškodninska terjatev za povrnitev nepremoženjske škode postala premoženjska (in s tem podedljiva) šele, ko bi bila sodba pravnomočna, ter (4) ker pritožbeno sodišče pritožbe tožene stranke sploh ne bi smelo meritorno obravnavati, saj v času odločanja ni bila več podana procesna predpostavka obstoja stranke iz 80. člena Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP), te pomanjkljivosti pa ni bilo mogoče odpraviti, ker je procesno nasledstvo vezano na univezalno nasledstvo po materialnem pravu – pri fizičnih osebah na dednopravno nasledstvo, to pa ni možno prav v primerih, kakršni je obravnavani, ko je sporna pravica (ker ni pravnomočno prisojena) še vedno nepremoženjska, osebna in s tem nepodedljiva. Vrhovno sodišče je izrecno poudarilo strogost zakonodajalčevega stališča, po katerem je pravnomočnost sodbe pogoj za podedljivost odškodnine za nepremoženjsko škodo (da terjatev za povrnitev nepremoženjske škode ne spada v zapuščino oškodovanca, ki je umrl po izdaji sodbe sodišča prve stopnje, a preden je sodba postala pravnomočna). Ustavno sodišče je soglašalo z Vrhovnim sodiščem, da je terjatev za povračilo nepremoženjske škode, glede na svoj namen, strogo osebne narave in da je zakonodajalčevi presoji prepuščeno, ali in kdaj osebna pravica zahtevati povračilo nepremoženjske škode izgubi osebno naravo, ter da navedeno pomeni, da je zakonodajalčevi presoji praviloma prepuščena tudi odločitev, pod katerimi pogoji je ta terjatev podedljiva. Presodilo pa je, da z ustavno pritožbo napadena zakonska določba nasprotuje ustavnemu načelu enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave, ker omogoča različno obravnavanje v bistvenem enakih dejanskih položajev. Pojasnjuje, da je treba šteti, da so v bistvenem enakem položaju dediči tistih oškodovancev, ki so v istem času utrpeli nepremoženjsko škodo in v istem času tudi izrazili voljo, da za utrpeljeno škodo dobijo zadoščenje v obliki denarne odškodnine; zato zakonska ureditev, ki podedljivost terjatev za plačilo nepremoženjske škode veže na trenutek pravnomočnosti sodbe, s katero je oškodovancu prisojena denarna odškodnina, enake položaje obravnava neenako. Če je škoda osebna in je odškodninska terjatev osebne narave, potem iz narave stvari izhaja kvečjemu, da sta tudi glede vprašanja, ali se strogo osebna narava terjatve pretvori v premoženjsko (in s tem podedljivo), bistveni izražena volja in ravnanja oškodovanca. Navedeno utemeljuje z okoliščinami, da različni sodni postopki trajajo različno dolgo, tudi zaradi zavlačevalnih manevrov povzročiteljev škode, zato lahko nekateri oškodovanci, ki so sočasno utrpeli škodo in sočasno zahtevali njeno povrnitev, pred smrtjo že razpolagajo s pravnomočno sodbo, drugi pa ne – in dedičev teh (drugih) zakon ne ščiti. Za tako razlikovanje pa ni ustavno dopustnega razloga.

Do vprašanja, ali se terjatev pretvori v premoženjsko z zunajsodno zahtevo in kakšno (pisno ali ustno) ali z vložitvijo tožbe, se ni opredelilo.

Novi hrvaški Zakon o obveznih odnosima je v 1005. členu uzakonil prehod terjatve za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo na dediče (ter tudi odstop, pobot in izvršbo) na podlagi

pisne zahteve ali tožbe. Spremembo zakona komentatorji utemeljujejo z večjo pravičnostjo rešitve za dediče in s stališčem, da oškodovančeva zahteva za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo že s tem, ko jo je (na predpisan način) podal, ni več strogo osebna.

3. Odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe?

Odgovornost za škodo ima lahko nepogodbeno ali pogodbeno podlago. V zvezi s pogodbeno podlago se v zadnjem času vrstijo razprave o vprašanju, ali je kršitelj pogodbe sopogodbenu, kateremu je s kršitvijo pogodbe povzročil škodo, dolžan povrniti samo premoženjsko ali tudi premoženjsko škodo. Mnenja so deljena.⁵⁰ Deljena so zaradi različne interpretacije določb 239. do 246. člena OZ, ki urejajo odgovornost za pogodbeno škodo. V teoriji prevladuje stališče, da gre samo za specialne določbe, saj velja, da se za povrnitev škode, nastale s kršitvijo pogodbene obveznosti, smiselno uporabljajo določbe OZ o povrnitvi nepogodbene škode (246. člen OZ).⁵¹ Zadrega v razumevanju namena zakona izvira prvenstveno iz določbe prvega odstavka 243. člena; ta predpisuje, da ima upnik pravico do povračila *navadne škode in izgubljenega dobička*, ki bi ju *moral dolжник pričakovati* ob kršitvi pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila ali bi mu morala biti tedaj znana. Nasprotniki priznanja pravice do odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe to določbo, ker sta v njej navedena navadna škoda in izgubljeni dobiček, ki sta obliki premoženjske škode, razlagajo kot *omejitev odškodnine na premoženjsko škodo* oziroma kot izključitev nepremoženjske. Zagovorniki pa, nasprotno, štejejo, da je namen določbe *omejitev odškodnine za premoženjsko škodo le na predvidljivo*, na tisto, ki jo je oziroma bi jo moral kršitelj pogodbe pričakovati ob kršitvi, torej kot izključitev nepričakovane (nepredvidljive) premoženjske škode, in da nepremoženjska škoda ni predmet urejanja te določbe. V zvezi z nepremoženjsko škodo napotujejo na določbo 246. člena OZ, ta pa na smiselno uporabo določb o nepogodbeni škodi, za nepogodbeno škodo pa je oškodovanec upravičen tudi do povrnitve nepremoženjske škode.

Dodaten argument za rešitev, da povrnitev nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe ni izključena, vidim še v določbi drugega odstavka 239. člena OZ, ki daje upniku v primeru,

⁵⁰ Da gre za pogodbeno škodo odškodnina le za premoženjsko škodo, menijo na primer Nina Plavšak, v: Nina Plavšak in soavtorji, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, II. knjiga, Gospodarski vestnik Založba, Ljubljana 2003, str. 222; France Ocepek, *Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne)priznanja nepremoženjske škode*, *Pravna praksa*, št. 28/2013, str. 22; Mile Dolenc, *Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi*, *Pravosodni bilten*, št. 2/2004, str. 281. Da je oškodovanec upravičen tudi do odškodnine za nepremoženjsko škodo, menijo Špelca Mežnar, *Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja*, *Odvetnik*, št. 60/2013, str. 28 in nasl.; Damjan Možina, *Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe*, *Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Izbrane teme iz civilnega prava*, Ljubljana 2006, str. 33 in nasl.; Petar Klarić, *Odštetno pravo*, *Narodne novine*, Zagreb 2003, str. 253 in nasl.

⁵¹ Primerjaj Špelca Mežnar, *Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta pravna vprašanja*, *Odvetnik*, št. 60/2013, str. 28 in nasl.

kadar dolžnik ne izpolni obveznosti ali zamudi z izpolnitvijo, pravico zahtevati odškodnino za škodo, ki mu je zaradi tega nastala. Ker določbe o odgovornosti za pogodbeno škodo nimajo specialnih določb o pravno priznanih škodah, je treba uporabiti splošno interpretativno določbo (definicijo pravno priznane škode) iz 132. člena, po kateri je škoda premoženjska in nepremoženjska.⁵²

Potreben pa je še razmislek, ali določba drugega odstavka 239. člena OZ pomeni samostojno pravno podlago za odgovornost za pogodbeno nepremoženjsko škodo.⁵³ Ta odgovornosti ne omejuje na premoženjsko škodo, kar pomeni, da je povzročitelj dolžan povrniti tudi nepremoženjsko škodo. Tej določbi sledijo določbe o oprostitvi (240. člen OZ), razširitvi (241. člen OZ) ter o omejitvi in izključitvi odgovornosti (242. člen OZ). Vse navedene določbe se nanašajo na temelj odgovornosti. Sledi jim 243. člen, ki določa obseg odškodnine (za katero je temelj podan po predhodnih določbah): za premoženjsko škodo, ki je nastala s kršitvijo pogodbe in »le« iz navadne malomarnosti (ne pa hude malomarnosti ali naklepno), jo omejuje na tisto škodo, ki je bila predvidljiva. Uzakonjena je torej izjema od načela popolne odškodnine. Omejitev odškodnine za nepremoženjsko škodo na njen vnaprej predvidljivi obseg pa ni določena. To ne pomeni nevarnosti komercializacije nepremoženjskih dobrin: tudi pri pogodbeni škodi ni odgovornosti, če ni pravno priznane vzročne zveze med škodnim dejanjem (kršitvijo pogodbe) in škodo; pri pogodbah, katerih predmet je zagotovitev nepremoženjskih dobrin, je nepremoženjska škoda adekvatna (tipična, predvidljiva, pričakovana) posledica,⁵⁴ pri drugih pogodbah taka posledica ni izključena,⁵⁵ je pa redkejša.⁵⁶

Novi hrvaški Zakon o obveznih odnosima je uvedel pravni institut pogodbene odgovornosti za nepremoženjsko škodo.⁵⁷ To je storil tako, da je dolžnost povrnitve nepremoženjske škode navedel poleg dolžnosti povrnitve navadne škode in izgubljenega dobička in jo navezal na pogoj predvidljivosti. Komentatorji pa poudarjajo, da vsaka kršitev pogodbe ne bo imela za posledico obveznosti dolžnika plačati odškodnino za nepremoženjsko škodo, temveč bo ta

⁵² Petar Klarić, *Odštetno*, str. 256, meni, da je določba drugega odstavka 239. člena OZ (tedaj 262. člena ZOR) samostojna pravna podlaga za priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe.

⁵³ Prav tam.

⁵⁴ Razočaranje, duševno trpljenje zaradi neuspele lepotne operacije, telesne bolečine zaradi poškodbe na neustrezno urejenem smučišču in podobno.

⁵⁵ Na primer najemodajalec krši najemno pogodbo na način, da nasilno vstopi v stanovanje in najemnika in njegovo družino vrže na cesto, s čimer prizadene njihove osebnostne pravice, zaradi česar so prizadeti, vznemirjeni (duševno trpijo).

⁵⁶ Na primer zamuda pri izročitvi stanovanja, avtomobila.

⁵⁷ Prvi odstavek 346. člena določa, da ima upnik zaradi kršitve pogodbe pravico do povrnitve navadne škode in izgubljenega dobička ter do *pravilne odškodnine za nepremoženjsko škodo*, ki bi jih dolžnik lahko predvidel kot posledice kršitve pogodbe v času sklepanja pogodbe na podlagi dejstev, ki so mu bila ali bi mu morala biti tedaj znana.

odvisna od vseh okoliščin vsakega konkretnega primera, teže kršitve in trajanja ter intenzitete upnikovih duševnih bolečin kot posledice kršitve pogodbe.⁵⁸

V slovenski literaturi so avtorji pomemben prispevek pri iskanju adekvatnega odgovora na opisano dilemo pričakovali od razvoja (do tedaj tako rekoč neobstoječe) sodne prakse. Ta pa je v zadnjem času napravila nekaj korakov prav v smeri afirmacije odškodnine za nepremoženjsko škodo, nastalo zaradi kršitve pogodbe.

Tako je Vrhovno sodišče zavrnilo revizijo v primeru, ko je bila oškodovanki prisojena odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi medicinske napake pri zdravljenju v ožjem smislu (opravljanju bronhoskopije z zamašenim drenom, zaradi česar je prišlo do zastoja srca, neoskrbljenosti možganov s kisikom, v posledici navedenega pa do hude telesne in duševne prizadetosti), pri tem pa je zavzelo stališče, da je razmerje med zdravnikom oziroma zdravstveno ustanovo in bolnikom praviloma pogodbene narave (izjema na primer velja, ko zdravnik ravna v nui). Obveznost bolnika je plačilo opravljene storitve, ki ga opravi sam ali prek skladov zdravstvenega zavarovanja, obveznost zdravnika pa je izpolnitev dogovorjene zdravstvene storitve, ki ima običajno značilnosti obligacije prizadevanja. V pravni teoriji se zdravniška pogodba opredeljuje kot podjemna pogodba. Če zdravnik ne ravna v skladu s standardi, ki jih nalaga strokovna doktrina, in bolniku nastane škoda, gre za kršitev pogodbenega razmerja. Zato je pritrdilo revidentki, da sklicevanje na strokovno napako pomeni uveljavljanje poslovnih odškodninskih odgovornosti.⁵⁹

V primeru, ko je bila oškodovanki zaradi operativne odstranitve pooperativne kile dana spinalna anestezija, pri kateri je prišlo do predrtja ene od žil v spinalnem kanalu in posledične plegije, pa je razmejilo, kdaj je pogodba sklenjena (in od tedaj dalje je škoda pogodbenega), ali že ob pričetku izpolnjevanja zdravnikove pojasnilne dolžnosti ali šele potem, ko na njeni podlagi ustrezno informirani pacient poda soglasje h konkretnemu posegu oziroma drugemu načinu zdravljenja. Šlo je namreč za primer, ko je oškodovanka anesteziistki očitala, da je ni opozorila na možnost predrtja žil v spinalnem kanalu in na posledico plegije, saj se sicer za tako vrsto anestezije (ali sploh za operacijo) ne bi odločila. V sodbi je zavzeto stališče, da izpolnitev pojasnilne dolžnosti ni pogoj za veljavno sklenitev pogodbe, temveč da spada v krog pogodbenih obveznosti zdravnika. Da je pojasnilna dolžnost sestavni del zdravnikovih pogodbenih obveznosti, ne nazadnje podpira tudi splošna pojasnilna dolžnost podjemnika, kot je opredeljena v tretjem odstavku 625. člena OZ. Pogodbeno razmerje je vzpostavljeno ob soglasju volj obeh pogodbenih strank, ki se lahko izjavi tudi na konkludenten način. Revizijsko sodišče ugotavlja, da je pogodba o opravljanju zdravstvenih storitev sklenjena konkludentno v trenutku, ko se pacient zgleda pri zdravniku (tudi v primeru predhodnega napotila), ta pa na podlagi

⁵⁸ Crnić, Zakon o obveznih odnosima, str. 575.

⁵⁹ Sodba II Ips 342/14 z dne 22. 1. 2015. Te argumente povzema tudi sodba II Ips 297/2015 z dne 14. 1. 2016.

informacij pacienta začne izvajati ukrepe, ki jih je mogoče uvrstiti v krog izvajanja zdravstvene dejavnosti v širšem smislu, ki zajema tudi pojasnilno dolžnost.⁶⁰

V primeru kršitve pogodbe o organizaciji počitnic, ko je turistična agencija tožnika nastanila v nedokončan nastanitveni objekt ob neurejeni plaži, ki se je še gradbeno urejala, v okolje, ki je bilo še gradbišče, itd., je pravnomočno sodbo o zavrnitvi odškodnine za nepremoženjsko škodo, ker naj bi bila ta pri kršitvah pogodbe izključena, razveljavilo; razveljavitev je utemeljilo (tudi) s stališčem, da v primeru pogodbeno nastale škode 246. člen OZ napotuje na smiselno uporabo določb o povrnitvi škode, torej tudi na uporabo 179. člena OZ.⁶¹

⁶⁰ Sodba II Ips 94/2015 z dne 2. 7. 2015.

⁶¹ Sklep II Ips 160/2013 z dne 23. 5. 2015.