

Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1

DAMJAN MOŽINA

1. UVOD

Zakonodajalec je v novi Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)¹ iz leta 2013 poleg siceršnje odgovornosti delodajalca za škodo, povzročeno delavcu pri delu ali v zvezi z delom (179. člen ZDR-1), uvrstil še posebno določbo o odškodninski odgovornosti delodajalca za škodo, povzročeno delavcu ali kandidatu s kršitvijo pravi o preprosti diskriminacije ter s spolnim ali drugim nadlegovanjem in trpinčenjem na delovnem mestu (8. člen ZDR-1).

Določba, ki se sicer sklicuje na »splošna pravila civilnega prava«, odpira več pomenbnih tem, med njimi vprašanje, ali v slovensko pravo prinaša novo obliko denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo. Zakon namreč določa, da lahko delavec ali kandidat »za pretrpjene duševne bolečine zaradi neenake obravnave oziroma zaradi nezagotavljanja varstva pred spolnim ali drugim nadlegovanjem ali trpinčenjem na delovnem mestu« zahteva denarno odškodnino. Naslednja tema je povezana z višino denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo. Zakon določa, da je treba pri odmeri višine te denarne odškodnine upoštevati, »da je ta učinkovita in sorazmerna s škodo, ki jo je utrpel kandidat oziroma delavec in da odvrta delodajalca od ponovnih kršitev«. Treba je odgovoriti na vprašanja, ali sta bili s tem vzpostavljeni preventivna in kaznovalna funkcija odškodnine ter kakšno je razmerje te določbe do splošnega obligacijskega prava.

Damjan Možina, doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

¹ Uradni list RS, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16.

Odgovori na ta vprašanja so ključni za razumevanje in uporabo določbe. Ob tem se ponuja tudi priložnost za vnovičen razmislek o nekaterih temeljnih vprašanih odškodninskega prava, zlasti o funkcijah odškodninskega prava ter o namenu denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.

Pri iskanju odgovorov nanje si lahko žal le malo pomagamo z izjemno skromno obrazloženim zakonodajnim predlogom.² Več opore pri razlagi določbe ponuja pravo EU, ki je relevantno zato, ker uresničuje ZDR-1 tudi zahteve evropskega antidiskriminacijskega prava, zlasti 15. člen Direktive 2000/43 o enakem obravnavanju glede na raso in narodnost,³ 17. člen Direktive 2000/78 o splošnih okvilih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu⁴ ter 18. in 25. člen Direktive 2006/54 o enakem obravnavanju moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu.⁵

2. EVROPSKO ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO IN POVRNITEV ŠKODE

Evropske antidiskriminacijske direktive, oblikovane tudi na podlagi sodne prakse Sodišča EU,⁶ zahtevajo od držav članic sprejem učinkovitih ukrepov proti diskriminaciji, vendar pa praviloma ne določajo podrobnosti o konkretnih načinih uresničevanja.⁷ Države članice lahko načeloma same določijo pravila in pristojne organe ter izberejo vrsto ukrepov za boj proti nedovoljeni diskriminaciji, vendar pa morajo biti ti ukrepi učinkoviti, sorazmerni in odvrtajo-či. Pravila za uveljavljanje prava EU ne smejo biti manj ugodna od pravil za uveljavljanje nacionalnega prava (načelo ekvivalence) in ne smejo povzročiti, da je uveljavljanje praktično nemogoče ali znatno oteženo (načelo učinkovitosti).⁸ Če se države članice odločijo (tudi) za odškodninske sankcije, potem morajo biti te učinkovite, sorazmerne z nastalo škodo in morajo odvracati od

ponovnih kršitev.⁹ Po stališču Sodišča EU odškodninski zahtevki ne bi smeli biti odvisen od krivde.¹⁰ Pravo EU ne določa, za kakšno povrnitev škode naj pri tem gre, tj. povrnitev premoženjske oziroma nepremoženjske škode.

Postavlja se vprašanje, kaj pravzaprav pomeni učinkovita, sorazmerna in odvrtačna odškodnina. Na prvi pogled bi se lahko zdelo, da sankcija, ki odvrtača delodajalca od ponovnih kršitev,¹¹ široko odpira vrata za kaznovanje v civilnem pravu, do katerega smo sicer v evropskem kontinentalnem prostoru tradicionalno skeptični. Analiza sodne prakse, na podlagi katere je nastalo tudi besedilo direktiv, kaže, da Sodišče EU v povrnitvi škode zaradi diskriminacije ne vidi kaznovanja delodajalca, saj upošteva predvsem zapoved, da mora biti povrnitev adekvatna nastali škodi.¹² Osnovno načelo je torej ved, da mora biti povrnitev škode (kompenzacija). Sodišče izhaja iz tega, da popolna kompenzacija škode žrtvi že učinkuje odvrtačno.¹³ V prvi vrsti se mora torej odškodnina ravnati po obsegu nastale škode.¹⁴

Ni pa izključeno, da sodišče, če oceni, da popolna kompenzacija na dolžnika ne deluje odvrtačno, odškodnino določi tako, da ta presega povrnitev škode (nadkompenzatorna odškodnina), pri tem pa upošteva okoliščine, kot sta, ali gre za prvo ali ponavljajočo se kršitev prepovedi diskriminacije in delodajalčeva stopnja krivde. Vendarle pa odškodnina z odvrtačnim učinkom sama po sebi ni kaznovalna odškodnina, ampak je instrument preventivnega usmerjanja ravnanja.¹⁵

² Poročevalec Državnega zbora z dne 19. oktobra 2012, str. 117.

³ UL EU L 180/2000.

⁴ UL EU L 303/2000.

⁵ UL EU L 204/2006.

⁶ Glej na primer sodbi Sodišča EU v zadevah C-14/83, *Von Colson in Kaman proti v Land Nordrhein-Westfalen*, z dne 10. aprila 1984, tč. 23; ter C-79/83, *Dort-Haag proti Deutsche Telekom AG*, z dne 10. aprila 1984, tč. 39 in nastl.

⁷ Včr: Leible: Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht, v: Schulte (ur.): *Non-Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck, 2011, str. 27 in nastl.

⁸ Sodba Sodišča EU v zadevi C-326/96, *Levez proti T. H. Jennings*, z dne 1. decembra 1998.

⁹ Tako na primer 18. člen Direktive 2006/54 določa, da mora biti povrnitev škode omogočena tako, da deluje odvrtačno in je sorazmerna z nastalo škodo.

¹⁰ Glej na primer sodbo Sodišča EU v zadevi C-180/95, *Draehmpohl proti Urania Immobilienvertrieb*, z dne 22. aprila 1997, tč. 16–22; ter Thüsing, v: MünchKommBGB, 7. izdaja, C. H. Beck, München 2015, § 15 AGG, r. št. 1 in nastl.; Schlachter, v: Erturter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. izdaja, C. H. Beck, München 2016, § 15 AGG, r. št. 1.

¹¹ Glej na primer sodbo Sodišča EU v zadevi C-14/83, *Von Colson in Kaman proti v Land Nordrhein-Westfalen*, z dne 10. aprila 1984, tč. 23.

¹² Glej sodbo Sodišča EU v zadevi C-180/95 z dne 11. aprila 1997, tč. 27; ter Wagner: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? Archiv für die zivilistische Praxis 206 (2006), str. 352, 394.

¹³ Wagner, prav tam.

¹⁴ V zadevi *Comptex* (C-453/99) z dne 20. septembra 2001, v kateri je šlo sicer za zasebnoopravno uveljavljanje evropskega konkurenčnega prava, je Sodišče EU izrecno poudarilo, da varstvo pravic na podlagi prava EU ne sme povzročiti neupravičene obogatitve inčimkov pravic (tč. 30).

¹⁵ Schlachter, nav. delo, § 15 AGG, r. št. 1.

Preventivno funkcijo povrnitve škode moramo namreč razlikovati od njene kaznovalne funkcije, za katero je poleg preprečitve značilna tudi ideja retribucije, pokore za povzročeno zlo. Sodišče EU sprejema preventivno funkcijo odškodninskega prava kot način zasebnopravnega uresničevanja prava EU. Čeprav ta funkcija načeloma omogoča odmik od t. i. kompenzatornih odškodnin, pa Sodišče še ni odgovorilo na ključno vprašanje, tj. ali je mogoče odškodnino v znesku, ki presega škodo, prisoditi zgolj zaradi zagotovitve uresničevanja prava (EU).¹⁶

3. PREMOŽENJSKA ŠKODA

Kandidatom za zaposlitev in delavcem lahko delodajalec z neenako obravnavo v nasprotju s 6. členom ZDR-1 oziroma tako, da ne izpolni svoje obveznosti zagotavljanja varstva pred spolnim in drugim nadlegovanjem ter trpinčenjem na delovnem mestu v skladu s 7. členom ZDR-1, povzroči škodo.

Ta škoda je lahko premoženjska in nepremoženjska. ZDR-1 v 8. členu sicer ne omenja izrecno premoženjske škode, vendar je že na podlagi sklicevanja na splošna pravila civilnega prava jasno, da je ta pokrita z delodajalčevimi odgovornostmi.

Premoženjsko škodo si je mogoče predstavljati kot izgubo dohodka, ki ga kandidat za delovno mesto, ki zaradi diskriminatornega ravnanja delodajalca ni bil izbran, ni mogel doseči. Prav tako je mogoče, da delavec utrpí izgubo dohodka (razliko v plači), ki je posledica tega, da zaradi diskriminatorne obravnave ni napredoval, podobno pa velja tudi v primeru, če je bil diskriminatorno obravnavan pri plači. Premoženiško škodo zaradi nadlegovanja si je mogoče predstavljati denimo kot stroške ukrepov, s katerimi je želel delavec zmanjšati vpliv nadlegovanja (na primer svetovanje, terapija ipd.), ali tudi kot stroške ukrepov, povezanih z zdravstvenimi težavami, ki so nastale zaradi nadlegovanja. Izhodišče povrnitve vsake premoženjske škode je seveda načelno popolne kompenzacije (169. člen Obligacijskega zakonika – OZ).¹⁷

Povrnitev premoženjske škode zaradi diskriminacije je povezana s številnimi zanimivimi in zahtevnimi vprašanji. Tako je treba najprej odgovoriti na

¹⁶ Wagner: *Punitive Damages*, v: Zimmermann, Hopf, Basedow (ur.): *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, str. 1405.

¹⁷ Uradni list RS, št. 83/01 in nastl.

vprašanje, za koliko časa oškodovancu pripada povrnitev izgube dohodka. Načeloma bi moral oškodovanec najprej dokazati, da bi bil v odsotnosti diskriminacije najverjetneje izbran na delovno mesto, saj sicer ne bi bil upravičen do povrnitve škode. Treba je torej določiti nek (bolj ali manj verjeten) časovni okvir trajanja zaposlitve. V nemškem pravu se denimo kot osnovna pojavlja rok do prve hipotetične možnosti odpovedi, vendar z možnostjo korekcij navzgor, na primer z upoštevanjem običajne fluktuacije zaposlenih v podjetju.¹⁸ Seveda je treba upoštevati tudi dolžnost oškodovanca do zmanjšanja oziroma preprečitve škode. Neizbrani kandidat si mora seveda prizadevati za drugo zaposlitev ali delo, sicer je v skladu s 171. členom OZ upravičen le do sorazmerno nižje odškodnine.

Naslednje zanimivo vprašanje pa je, ali lahko kandidat zahteva povrnitev škode tudi v primeru, ko ne more dokazati, da bi bil prav on najverjetneje izbran za delovno mesto (oziroma napredovanje), čeprav izpolnjuje pogoje. Gre za vprašanje, ali že gola izguba možnosti pomeni tudi premoženjsko škodo (izgubljeni dohodek). Sodišče EU je denimo odločalo o primeru, v katerem se je oškodovanka, zaposlena na delovnem mestu pri Komisiji, prijavila na razpis za neko drugo delovno mesto z višjo plačo, Komisija pa je njeno prijavo zavrgla, ne da bi jo ustrezno preučila.¹⁹ Oškodovanka je s tožbo pred Splošnim sodiščem EU zahtevala povrnitev škode. Sodišče je menilo, da je čeprav ni izkazala, da bi bila najverjetneje izbrana za delovno mesto, imela za to resno možnost. Odškodnino je prisodilo na podlagi načela pravičnosti (*ex aequo et bono*), za kar mu predpisi o zaposlovanju pri Komisiji dajejo tudi izrecno pooblastilo. Kot osnovno je vzelo razliko v plači za petletno obdobje, nato pa je vsoto množilo s faktorjem 50 odstotkov, očitno izhajajoč iz tega, da so bile njene možnosti za zaposlitev prav 50-odstotne. Sodišče EU je na podlagi pritožbe sodbo potrdilo.

Sodišče je torej uporabilo doktrino izgube priložnosti (angl. *loss of a chance*), ki je razmeroma nov institut v odškodninskem pravu; poenostavljeno gre za povrnitev škode v primeru, ko nastop dobička ni gotov, ampak ga je mogoče predvideti z določeno stopnjo verjetnosti, pri čemer se odškodnina mozi s faktorjem verjetnosti.²⁰ Običajno se namreč škoda povrne po načelu vse-a-

¹⁸ Thüring, nav. delo, § 15 AGG, r. št. 26 in 28, z navedbami nadaljnje literature.

¹⁹ Sodišče EU, C-348/06, z dne 21. februarja 2008.

²⁰ Glej na primer Fliescher: *Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, v: *Justenzeitung* 1999, str. 766.

li-ni; izkazati je treba zadostno verjetnost nastopa izgubljenega dobička, ki se nato povrne v celoti. V sodni praksi Sodišča EU je več primerov uporabe doktrine izgube priložnosti.²¹ Tak pristop k obravnavi škode zaradi diskriminacije predlaga tudi teorija, za primer več neizbranih kandidatov, ki so bili vsi deležni neenakega obravnavanja, se denimo predlaga povrnitev škode v naslednjih korakih: najprej se izračuna polna premoženjska škoda (v višini denimo izgube plače), nato se izračuna verjetnost izbire za vsakega kandidata, ki izpolnjuje pogoje in bi bil brez diskriminacije izbran, zmožek pa predstavlja odškodnino za vsakega od njih.²²

4. NEPREMOŽENJSKA ŠKODA

Kot pojasnjuje ZDR-1, so lahko tudi neenaka obravnava ter nadlegovanje in trpinčenje na delovnem mestu vzrok duševnih bolezin, za katere je mogoče zahtevati denarno odškodnino.

4.1. Nepremoženjska škoda zaradi diskriminacije

Diskriminatorna obravnava lahko seveda poseže tudi v delavčeve oziroma kandidatove nepremoženjske pravne dobrine. Ni si težko predstavljati, da lahko posameznik ob tem občuti nelagodje in tudi ponižanje, trpija njegovo dostojanstvo in čast. Gre za poseg v pravne dobrine, ki jih v horizontalnih pravnih razmerjih že varuje splošno obligacijsko pravo, v prvi vrsti prek pravice do denarne odškodnine za duševne bolečine zaradi posega v osebnostne pravice in žaletev časti na podlagi 179. člena OZ, pa tudi z nedennatnimi sankcijami za nepremoženjsko škodo na podlagi 178. člena OZ ter prepovednimi in opustitvenimi zahtevki v primeru grozečih posegov v osebnostne pravice na podlagi 134. člena OZ. Poleg tega je tudi že prej veljavni Zakon o delovnih razmerjih (ZDR)²³ v sedmem odstavku 6. člena določal odgovornost delodajalca za škodo zaradi diskriminacije, vključno z nepremoženjsko škodo. Sodišča so jo priznavala kot duševne bolečine zaradi posega v osebnostne pravice.²⁴

²¹ Glej na primer analizo generalnega pravobranilca Villalona v sklepih predlogih v zadevi C-611/12 z dne 20. marca 2014 (tč. 38 in nastl.).

²² Wagner: Prävention ..., nav. delo, str. 403.

²³ Uradni list RS, št. 42/02.

²⁴ Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS Dsp 86/2009 z dne 30. novembra 2009.

Kaže torej, da 8. člen ZDR-1 ne vzpostavlja nove in samostojne pravne podlage za prisoditev denarne odškodnine za poseg v osebnostne pravice in čast, saj ta obstaja že v 179. členu OZ. Določba pa odstranjuje vsak morebiten dvom glede tega, da gre lahko za tak poseg tudi v primeru, ko tak poseg doživi delavec ali kandidat, če ga povzroči delodajalec z neenako obravnavo ali tako, da ne zagotovi varstva pred nadlegovanjem na delovnem mestu.

Sklacevanje na splošna pravila civilnega prava pomeni tudi, da za delodajalce-Sklacevanje na splošna pravila civilnega prava pomeni tudi, da za delodajalce-

Sklicevanje na splošna pravila civilnega prava pomeni tudi, da morajo duševne bolezine, za katere se lahko prisodi denarna odškodnina, dosegati prag intenzivnosti in trajanja, ki je primljiv s pragom, kot ga razume sodne praksa v drugih primerih na podlagi 179. člena OZ. Tudi glede višine odškodnine je treba upoštevati sodno prakso, ki se je razvila na podlagi 179. člena OZ. Sodišča morajo predvsem slediti vrednostnim razmerjem med različnimi posegi in odškodninami zanje (družbena pogodjenost odškodnine), saj mora pravni red varovati pravne dobrine na notranje usklajen način, seveda pa so dolžna upoštevati tudi okoliščine posameznega primera, vključno s stopnjo prizadetosti posameznika, in jim prilagoditi obseg odškodnine (individualizacija odškodnine).

Čeprav v odškodninskem pravu velja načelo primarnosti restitucije v naravi (prvi odstavek 164. člena OZ), pa kandidat za delovno mesto, ki zaradi diskriminacije ni bil izbran, ne more zahtevati sklenitev pogodbe o zaposlitvi za to delovno mesto.

Ne gre pozabiti, da v primeru nepremoženjske škode zaradi kršitev osebnostne pravice obstaja tudi možnost nedennarnih zahtevkov na podlagi 178. člena OZ. Če sodišče oceni, da bi bilo to v konkretnem primeru primerno oziroma bi lahko prispevalo k (vsaj delni) vzpostavitvi oškodovančevega porušenega duševnega ravnovesja, lahko delodajalcu odredi objavo sodbe, preklic izjave »ali kaj drugega, s čimer je mogoče doseči namen odškodnine«.

Tako kot druge pravice je tudi pravico do povrnitve škode zaradi diskriminacije, pa tudi pravico do povrnitve škode zaradi nadlegovanja in trpinčenja, mogoče zlorabiti. V zvezi s prvo bi lahko o zlorabi govorili, če bi se denimo nekdo prijavil na razpis za delovno mesto, pa očitno ne bi izpolnjeval pogojev zanj; tedaj neupoštevanje njegove prijave ne bi povzročilo škode. Kdor računa z zavrnitvijo in se prijavi le zato, da bi lahko uveljavljal odškodninske zahteve, mu odškodnina ne pripada – tako na primer presoja nemška sodna praksa.²⁵ O tem, da kandidat nima resnega interesa, je mogoče sklepati tudi na podlagi tega, da se prijavlja na delovno mesto, čeprav je v drugem delovnem razmerju z boljšo plačo, ki ni odpovedano, nadalje na podlagi oblike in vsebine prijave, iz katere očitno izhaja, da delovnega razmerja ne želi, ter če brez razumljivega razloga zavrne vabilo na razgovor, pa tudi na podlagi vložitve očitno pretirane zahteve z uporabo standardnih formulacij, ki skorajda niso povezane s konkretnim primerom, ali sicer zavrnjenega procesnega obnašanja.²⁶

4.2. Nepremoženjska škoda zaradi mobbinga

Seveda se lahko tudi spolno in drugo nadlegovanje in trpinčenje na delovnem mestu odrazi kot priznana nepremoženjska škoda. Pri žrtvi lahko povzroči zelo močne občutke nelagodja, poseže v osebno dostojanstvo ali povzroči celo strah, skratka v najširšem smislu posega v osebnostne pravice oziroma čast, ki so varovane v Okviru 179. člena OZ. Sodišča so priznala tudi nepremoženjsko škodo zaradi zmanjšanja življenjskih aktivnosti kot posledice mobbinga.²⁷

Spolno nadlegovanje lahko poleg tega poseže tudi v dostojanstvo osebnosti oziroma moralo, ki ju varuje 181. člen OZ. Tudi v tem primeru je pravna podlaga za odškodninske zahteve, vključno s povrnitvijo nepremoženjske škode, obstajala že na podlagi obligacijskega prava.²⁸ Člen 8, skupaj s 7. in 47. členom ZDR-1, tako predvsem pojasnjuje, da je delodajalec dolžan poskrbeti za dostojno delovno okolje in varstvo pred nadlegovanjem in da lahko njegova opustitev te dolžnosti povzroči pravno priznano škodo. Seveda pa za nadlegovanje in trpinčenje odgovarja tudi neposredni storilec.

²⁵ Schlachter, nav. delo, § 15 AGG, r. št. 13.

²⁶ Prav tam, s podatki o konkretnih sodnih odločbah.

²⁷ Glej na primer sodbo in sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v zadevi Pdp 493/2015 z dne 19. novembra 2015.

²⁸ Glej na primer sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS v zadevi VIII Ips 69/2008 z dne 22. junija 2010.

Posledice nadlegovanja lahko preidejo tudi v zdravstvene težave oziroma okvare zdravja, ki so prav tako lahko podlaga za prisoditev denarne odškodnine na podlagi 179. člena OZ.

Seveda tudi glede nepremoženjske škode zaradi mobbinga velja, da morata intenzivnost in trajanje duševnega nelagodja ustrezati merilom, ki jih je sodna praksa razvila na podlagi 179. člena OZ. Tudi višina odškodnine za nepremoženjsko škodo mora biti skladna z višino odškodnine, ki jih sodišča prisojajo ob primeljivih drugih posegih v osebnostne pravice. Poleg tega obstaja tudi možnost nederenarnega zahtevka na podlagi 178. člena OZ.

Veljajo seveda vse splošne predpostavke odškodninske odgovornosti. Dodati pa velja, da se na podlagi tretjega odstavka 47. člena ZDR-1 vzpostavi domneva protipravnosti, če delavec navaja dejstva, ki jo opravičujejo.

Treba je opozoriti, da je opredelitev t. i. mobbinga v 7. členu ZDR-1 zelo široka. Vsaka konfliktna oziroma stresna situacija na delovnem mestu, vključno s kritičnim in ne dovolj spoštljivim izražanjem do zaposlenega in njegovega dela, še ne pomeni nadlegovanja oziroma trpinčenja v smislu 7. člena ZDR-1. V delovnem okolju se pogosto ni mogoče izogniti stresu. Navsezadnje do podobnih situacij prihaja tudi v drugih okoljih, zlasti v tistih, za katera so značilna hierarhična razmerja, denimo v šoli. Da lahko govorimo o nadlegovanju, je treba na podlagi celovite presoje vseh okoliščin ugotoviti, ali so vsa posamezna sovražna dejanja, ki so tudi časovno povezana (ponavljajoče se ali sistematično ravnanje), znatno in vztrajno vplivala na življenje žrtve.²⁹

5. SPLOŠNO O NAMENU DENARNE ODŠKODNINE ZA NEPREMOŽENJSKO ŠKODO

V slovenski sodni praksi je sprejeto stališče, da nepremoženjske škode ni mogoče reparirati v smislu restitucije prejšnjega stanja, med drugim tudi zato, ker je pojmovno ni mogoče izraziti z denarno vsoto. Namen denarne odškodnine zato ni reparacija, temveč *satisfakcija, moralno zadoščenje*, ki naj omili oškodovančevu trpljenje na nepremoženjskem področju.³⁰ Zakon v prvem odstavku 179. člena OZ ne pove, kaj je namen odškodnine, sodna praksa pa

²⁹ Tako na primer Rixecker: MünchKommBZ zum BGB, 7. izdaja, C. H. Beck, München 2015, Anh. 1, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, r. št. 100.

³⁰ Tako izrecno Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 247/2015 z dne 5. novembra 2015.

kot namen vidi zagotovitev možnosti oškodovancu, da si s pomočjo denarja zagotovi nadomestno zadovoljstvo in tako ponovno poskusi vzpostaviti porušeno duševno ravnotežje.³¹ O taki utemeljivi denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo velja ponovno premisliti.

Po moji oceni je primarni cilj denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo v resnici prav tako povrnitev škode (kompenzacija).³² Seveda pretipičnih bolečin, denimo zaradi okvare zdravja, okrnitve svobode ali izgube bližnjega ni mogoče odpraviti način, kot je mogoče popraviti poškodovano stvar. Časa pač ni mogoče prevrteči nazaj. Vendar pa je denimo pri razžalitvi mogoče, da objava sodbe, opravičilo ali katero drugo dejanje, ki ga odredi sodišče na podlagi 178. člena OZ, vzpostavi porušeno duševno ravnotežje in v tem smislu deluje podobno kot restitucija prejšnjega stanja. Vsekakor nudi pri premoženjski škodi reparacija ni vedno mogoča: če na primer vozilo v prometu nesreči zgori, ga ni mogoče popraviti; tedaj se škoda povrne v višini vrednosti, ki naj oškodovancu omogoči, da si na trgu priiskrbi enakovredno vozilo. Razlika med premoženjsko in nepremoženjsko škodo je predvsem v tem, da lahko premoženjsko škodo praviloma (ne pa vedno)³³ izrazimo z referenčno na objektivno, tržno vrednost, kar pri nepremoženjski škodi ni mogoče, saj ne obstaja ustrezen trg.

Seveda pa zato ni mogoče reči, da nepremoženjska škoda ni priznana ali da je ni mogoče povrniti. Nasprotno, nepremoženjske pravne dobrine, na primer življenje, zdravje, telesna in duševna integriteta ter osebnostne pravice v najširšem smislu, so v hierarhiji pravnih dobrin, kot je razvidna denimo iz Ustave RS, višje kot premoženjske pravne dobrine – že zato morajo biti ustrezno varovane tudi v odškodninskem pravu.

Možnost razmetoma objektivne odmere odškodnine, ki je značilna za premoženjsko škodo, je pač treba nadomestiti s pravično oceno odškodnine. OZ

³¹ Glej na primer stališča skupne seje Zveznega sodišča, republiških in pokrajinskih vrhovnih sodišč ter Vrhovnega vojaškega sodišča z dne 15. oktobra 1986.

³² O pojnih reparacijah (izvedbe popravila oziroma odškodnine v obliki stroškov popravila stvari) in kompenzacije (odškodnine v obliki cene stvari pred škodnim dogodkom oziroma cene nadomestne stvari, kadar stvari ni mogoče ali je ni ekonomično popravljati) glej: Možina: Povrnitev premoženskih škod na motornih vozilih, v: Pravni letopis 2014, str. 54 in nast.

³³ Za tak primer gite, če se uniči stvar, ki nima tržne vrednosti: oškodovanec na primer deset let izdajalec model Eifflovega stolpa iz vizigalic, ki ga nato nekdo uniči. Jasno je, da je škoda nastala, vendar je ni mogoče ustrežno izraziti v denarju, ker ne obstaja trg za take predmete. Cena porabljenih vizigalic gotovo ni ustrežna osnova. Sodišče bi lahko tako škodo ocenilo z uporabo prvega odstavka 216. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP).

zato v prvem odstavku 179. člena govori o »pravični denarni odškodnini«. To seveda ne pomeni, da odškodnina za premoženjsko škodo ni pravična, ampak da ocena nepremoženjske škode temelji na pravični oceni, ne pa na tržni ceni, kot (praviloma) pri premoženjski škodi. Sodišče mora v skladu s 179. členom OZ pri določitvi odškodnine upoštevati pomen prizadete pravne dobrine. Skrbeti mora, da se za primerljive posege v človeka prisodijo primerljive odškodnine – v tem smislu njihovo odločanje temelji na nekakšnih – čeprav se skodnine v slovenskem pravu ne reče tako in niso objavljene – tarifah, ki objekativizirajo višino odškodnine (načelo objektivizacije odškodnine).³⁴ Po drugi strani pa mora odškodnino prilagoditi tudi intenzivnosti in trajanju tpljenja konkretnega oškodovanca (načelo individualizacije odškodnine).

To, da ima oškodovane možnost, da si lahko z denarjem na drug način olajša položaj, si nekaj privošč in poskusi ponovno vzpostaviti porušeno duševno ravnotežje, je torej oblika kompenzacije škode. Povzročitelj škode (oziroma odgovorna oseba) mora oškodovancu, ki mu je otežil življenje, s plačilom denarja pomagati, da si ga v mejah možnega zopet olajša. Na nek način gre torej za poskus vzpostaviti prejšnjega stanja ali vsaj za lajšanje težkega položaja, kar želi oškodnina doseči z možnostjo nadomestnega zadovoljstva.³⁵

Po mojem mnenju to ni »zadoščenje« oziroma satisfakcija, kot jo večinoma razume sodna praksa. Zadoščenje, ki je v našem pravu nedvomno tudi namen denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo,³⁶ je po moji oceni nekaj drugega, in sicer moralno zadoščenje oškodovanca nad tem, da je bil kršitelj njegove pravice sankcioniran, da je bilo torej pravici zadoščeno. Tujia sodišča govorijo o tem, da povzročitelj dolguje žrtvi zadoščenje za to, kar ji je storil.³⁷ Ta element se zdi bližje ideji kazni oziroma pokore, ki je v ozadju kazenskega prava, kot ideji kompenzacije. Bolj do izraza pride v primerih naklepnih posegov, manj pa v primerih odgovornosti ne glede na krivdo ter v primerih, ko odškodnino plača zavarovalnica. Vsekakor pa moralno zadoščepriimerih, ki ga pogosto omenjajo sodišča,³⁸ ne more biti zgolj v tem, da prejme določeno vsoto denarja (če bi to držalo, bi lahko tako vsoto vsake-

Clanek 389b Vrhovnega sodišča RS II Ips 328/2014 z dne 19. maja 2016, tč. 12.

35 Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča, št. 100/1986, 10. oktobra 1986.
 36 O nadomestnem zadovoljstvu izrecno: smišče skupne seje Zveznega sodišča, republiških in pokrajinskih sodišč ter Vrhovnega voljaškega sodišča, 15. oktober 1986.
 37 Iz teh uradnih sodišč ter Vrhovnega voljaškega sodišča, 15. oktober 1986.

Priloga Vzhodnega sodišča RS II Ips 285/2014 z dne 25. februarja 2016, tč. 9.

³⁷ Tako na primer Zvezno vrhovno sodišče ZRN (*Bundgerichtshof* – BGH) v: BGHZ 18, 149 z dne 6. julija 1955.

³⁸ Glej na primer sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 224/2014 z dne 12. februarja 2015.

mu ponesrečencu ali oškodovancu izplačal poseben, zavarovalnici podoben sklad, sodišč pa ne bi potrebovali), ampak (tudi) v tem, da pravni red prizna poseg v njegovo osebnost in ga ustrezno ovrednoti. Oškodovancev »občutek moralnega zadoščenja je odvisen od pomena prizadete dobrine v družbi in ne od tega, kako oškodovanec vrednoti različna ugodja, ki jih lahko posreduje določen znesek denarne odškodnine,« je zapisalo Vrhovno sodišče v zadevi, v kateri je zavrnilo predlog odgovorne zavarovalnice za znižanje odškodnine, češ da oškodovanec živi v revnejši državi z bistveno nižjo kupno močjo.³⁹

Zadoščenje kot moment odškodnine je posebej pomenbno pri posegih v osebnostne pravice ter razžaliti časti in dobrega imena. Pomenbno je zlasti tudi pri denarni odškodnini zaradi diskriminacije ali mobbinga, saj je moralno zadoščenje za delavca oziroma kandidata kot praviloma šibkejšo stranko zelo pomenbno.

Funkcija denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, zlasti – ne pa izključno – v zvezi z diskriminacijo in mobbingom, je tudi odvrščanje od ponovnih kršitev (prevencija), o čemer bo govor v nadaljevanju.

V zvezi z namenom odškodnine velja omeniti tudi dilemo med t. i. objektivnim in subjektivnim konceptom nepremoženjske škode. Po prvem konceptu je sam poseg v zavarovane pravne dobrine, na primer osebnostne pravice, pomeni pravno priznano škodo, stopnja in trajanje trpljenja pa sta le eden od indicij, s katerimi si pomagamo pri določanju višine odškodnine, pri drugem, subjektivnem konceptu, za katerega velja, da je sprejet v Sloveniji, pa sam poseg v pravno varovane dobrine še ne pomeni pravno priznane škode, ampak se mora ta poseg odraziti v določeni intenzivnosti in trajanju trpljenja (duševnih bolečin, telesnih bolečin, strahu).

V resnici je v slovenskem pravu koncept mešan: denarna odškodnina na podlagi 179. člena OZ se priznava po subjektivnem konceptu, tj. pomeni odškodnino za trpljenje, trpljenja pa ni treba zatrjevati in dokazovati denimo za nedelnarji zahtevki na podlagi 178. člena OZ, prav tako se (grozeče) trpljenje ne zahteva za prepovedne zahtevke na podlagi 134. člena OZ. Tudi denarna odškodnina pravni osebi iz 183. člena OZ že pojmovno izključuje predpostavko trpljenja.

Bistvena razlika med obema konceptoma se pokaže v primerih najtežjih posegov, v katerih je oškodovanec tako poškodovan, da sploh ne čuti trpljenja in

bolečin: ker ni čutil in ker tudi ni bilo izglelov, da bi mu denarna odškodnina lahko omogočila nadomestno zadovoljstvo, je sodišče oškodovancu pred nekaj desetletji odreklo odškodnine za nepremoženjsko škodo.⁴⁰ Tako rešitev je globoko nepravilna, saj bi moralo veljati, da se za večji poseg priznava večja odškodnina, ne pa, da se za največjo možno poškodbo ne priznava ničesar. Tudi v primeru odškodnine za premoženjsko škodo se ne sprašujemo o tem, ali in kako bo oškodovanec porabil denar oziroma ali ga sploh lahko porabi. Tudi denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo bi bilo treba obravnavati enako. Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo spada v premoženje oškodovanca že prej, preden je priznana s pravomočno sodbo in se lahko porabi zanj, pa tudi deduje.⁴¹

Kasneje je sodna praksa očito slabost subjektivnega koncepta pravzaprav precej omilila: Vrhovno sodišče je nedavno odločalo o odškodnini v primeru, v katerem je bil oškodovanec v nesreči tako hudo (tudi možgansko) poškodovan, da je sicer svoje težko zdravstveno stanje (hudo invalidnost) lahko nekako čutil in doživljal, vendar ga ni mogel razumsko oceniti. Zato je bilo pod vprašajem tudi, ali lahko odškodnina sploh pripomore k vzpostavitvi porušenega duševnega ravnotežja. Vrhovno sodišče je utemeljeno poudarilo, da dejansko doseganje omilitve oškodovanečevih težav ni bistveno, tožnikovo zavedanje, da s plačilom odškodnine dosega zadoščenje, pa ni pravno odločilno.⁴² Podobno je pred nekaj leti denimo Vrhovno sodišče priznalo (neznatno) denarno odškodnino oškodovanki, ki je imela že pred nesrečo insuficientne umske zmogljivosti, po nesreči pa ni mogla več sama skrbeti za sina.⁴³ Sodišče se je utemeljeno sklicevalo na pomen načela objektivne pogojenosti odškodnine. Premik od čiste subjektivne koncepcije navsezadnje nakazuje tudi odločba, s katero je Vrhovno sodišče potrdilo prisojeno odškodnino za duševne bolečine zaradi diskriminacije, pri čemer sta bili intenzivnost in tra-

³⁹ Glej Pravno mnenje Vrhovnega sodišča SRS II Ips 215/80 z dne 5. decembra 1980 ter stališče skupne seje Zveznega sodišča, republiških in pokrajinskih vrhovnih sodišč ter Vrhovnega vojaškega sodišča z dne 15. oktobra 1986.

⁴⁰ Ustavno sodišče (v odločbi U-I-88/15-9 z dne 15. oktobra 2015) je presodilo, da je 204. člen ZOR (danes 184. člen OZ), po katerem je denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo prenosljiva le, če je priznana s pravomočno sodbo ali pisnim dogovorom, v neskladju z Ustavom, saj lahko povzroči neutemeljeno razlikovanje med oškodovanci na primer zaradi trajanja sodnega postopka.

⁴¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 224/2014 z dne 12. februarja 2015, št. 15.

⁴² Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 110/2010 z dne 26. septembra 2013.

janje duševnih bolečin ugotovljeni le s pričanjem oškodovanca, brez sodelovanja izvedenca.⁴⁴

Za premik k objektivni koncepciji nepremoženjske škode govorijo številni razlogi, med drugim tudi, da zahteva po obsežno navajanje duševnih težav in njihovih posledic pred sodiščem še dodatno poseže v že tako skrhano dostojanstvo oškodovanca.⁴⁵ Predlogu, naj bi se oškodovina za nepremoženjsko škodo zaradi diskriminacije in mobbinga obravnavala po objektivnem konceptu,⁴⁶ je sledil pripravljavec zakona, ne pa tudi zakonodajalec v sprejeti različici zakona, ki izrecno poudarja »pretrpljene duševne bolečine«.

Po moji oceni je na podlagi dinamike v sodni praksi kljub temu mogoče pričakovati nadaljnje korake k objektivni koncepciji nepremoženjske škode, morda nekoč tudi v obliki zakonodajne spremembe, seveda pa bi morali biti taki koraki narejeni enotno za celotno oškodninsko pravo, ne le parcialno, denimo za škodo zaradi diskriminacije in mobbinga. Ne bi bilo prav, če bi denimo od poškodovancev iz prometnih nesreč ali tistih, katerih část in dobro ime sta bila razžaljena z množičnim medijem, zahtevali drugačno, intenzivnejše utemeljevanje oškodninskih zahtevkov kot od žrtev neupravičene diskriminacije ali nadlegovanja na delovnem mestu. Osebnostne pravice vseh ljudi so enake, kar govori za enotnost predpostavk za povrnitev škode zaradi posega vanje. Temeljna zapoved prava je, da enake oziroma primerljive primere obravnava enako oziroma primerljivo.

6. O PREVENTIVNI FUNKCIJI ODŠKODNINSKEGA

PRAVA

V skladu z 8. členom ZDR-1 mora biti oškodovina (za nepremoženjsko) škodo učinkovita in sorazmerna s škodo ter mora odtrgati delodajalca od ponovnih kršitev. Predlog zakona je bil v tem delu utemeljen le z navedbo, da je na podlagi evropskega prava »primerno in potrebno priznati denarni oškodnini za nepremoženjsko škodo preventivno in kaznovально funkcijo, kar pomeni odstop od pravih splošnega civilnega prava«.⁴⁷

⁴⁴ Sklep Vrhovnega sodišča Dsp 86/2009 z dne 30. novembra 2009.

⁴⁵ Tako tudi Mežanar: Oškodovina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije in mobbinga, v: Delavci in delodajalci, št. 2-3/2010, str. 444.

⁴⁶ Prav tam, str. 453

⁴⁷ Poročevalec Državnega zbora z dne 19. oktobra 2012, str. 117.

Drugače kot v evropskih kontinentalnih pravnih uredbah, v katerih se je nepogodbeno oškodninsko pravo, ki se je sicer v rimskem pravu razvilo skupaj s kazenskim pravom in je imelo ponekod na kontinentu še v 19. stoletju (tudi) s kazenskim značilnost, pozneje osredotočilo zgolj na povrnitev škode, je deliktno pravo *common law* do danes tudi izrecno ohranilo možnost kaznovanja.⁴⁸ Zlasti za ameriško pravo velja, da namen oškodnine ni le povrnitev škode, ampak tudi nadzor in usmearjanje ravnanja v družbi ter retribucija (v smislu: zlo za zlo), zlasti kadar gre za posebej zavirno povzročitev škode.⁴⁹ Izjemno visoke kaznovalne oškodnine (angl. *punitive damages*), ki jih večah prisojajo ameriška sodišča, na evropskem kontinentu vzbujaajo nelagodje.⁵⁰ Stejerno namreč, da je kaznovanje pridržano kazenskemu pravu, v katerem velja strogo načelo zakonitosti, pa tudi več postopkovnih varoval, namenjenih varstvu obdolženca. Zdi se tudi, da ideja nadkompenzacije oškodovanca, ki prejme oškodnino, mnogo višjo od škode, nasprotuje načelu prepovedi obogativne z oškodnino.

Po drugi strani pa je treba priznati, da evropski kontinentalni pravni redi, vključno s slovenskim, poznajo številne institute, ki vsebujejo kaznovalne elemente oziroma v nekaterih primerih omogočajo povrnitev, višjo od škode, skratka določeno stopnjo nadkompenzacije upnika. Zdi se, da so ti instituti popolnoma sprejeti in nesporni, zlasti zato, ker pri njih ni v ospredju ideja retribucije, ampak prevencije v smislu spodbude k določenemu ravnanju zaradi grožnje s sankcijo. Pravni red lahko torej za doseganje zaželenega učinka, radi grožnje s sankcijo. Pravni red lahko torej za doseganje zaželenega učinka, tj. spoštovanja prava in pravic, brez težav vzame v zakup določeno mero nadkompenzacije upnika.

V slovenskem pravu gre denimo za možnost t. i. civilne kazni v obsegu do tuitkatnega zneska oškodnine za kršitve avtorske pravice na podlagi tretjega odstavka 168. člena Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP).⁵¹ Zdi se, da je želel zakonodajalec potencialne kršitve odvrti od kršitev, plačilo enkratne oškodnine za premoženjsko škodo, ki ustreza višini honorarja, bi se namreč dolgovalo tudi v primeru zakonite uporabe avtorske pravice. Če bi bil

⁴⁸ Wagner: *Punitive Damages*, v: Zimmermann, Hopt, Basedow, Sier (ur.): *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press 2012, str. 1403.

⁴⁹ Prav tam.

⁵⁰ Glej na primer BGH, IX ZR 149/91 z dne 4. junija 1992, ki je iz razloga nasprotovanja javnemu redu zavrnilo priznanje take odločbe.

⁵¹ Uradni list RS, št. 21/95 in nastl.

kršilec v primeru odkritja dolžan plačati le tisto, kar bi moral plačati v vsakem primeru, zanj ne bi bilo prave stimulacije za plačilo licenčnine; upal bi kvečjemu, da ga ne bodo odkrili. Pravni sistem seveda ne more odkriti vseh kršitev.

Vplivu na kršitelja so nadalje namenjeni sodni penali, ki jih odmeri sodišče ne glede na škodo, tako na podlagi drugega odstavka 134. člena OZ (kršitev osebnostnih pravic) kot tudi na podlagi 269. člena OZ (neizpolnitev denarne obveznosti, ugotovljene s pravnomočno sodbo).⁵² v obeh primerih penale prejme oškodovanec oziroma upnik, ne pa proračun, kot denimo pri penalih na podlagi 226. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)⁵³ (izvršba obveznosti nenaдомestne storitve). Da je usmerjanje ravnanja z grožnjo kaznovanja dolžnika in na drugi strani z določeno mero nadkompenzacije upnika tradicionalna in povsem legitimna in funkcija civilnega prava, govori tudi instiruta pogodbene kazni in are: v obeh primerih se dogovorjena vsota dolguje ne glede na nastanek škode.⁵⁴ Temu rečemo »utrditev obveznosti«, pri tem pa mislimo na preventivno funkcijo grožnje z odškodnino. Morda celo v največji meri pa je preventivna funkcija značilna za splošen instrument civilnega prava, ki je izjemnega pomena za zagotovitev spoštovanja obveznosti – zakonite zarnudne obresti. Te imajo prav tako dvojno vlogo, ki je jasno razvidna tudi iz njihove strukture:⁵⁵ po eni strani predstavljajo nadomestilo za uporabo tujega kapitala oziroma abstraktno odškodnino upniku zaradi nemožnosti uporabe lastnega kapitala, po drugi strani pa dolžnika z grožnjo kazni spodbujajo k izpolnitvi. Dolgujejo se namreč ne glede na dejansko nastalo škodo.⁵⁶

Teorija zagovarja višanje odškodnin za nepremoženjsko škodo oziroma celo »kaznovane odškodnine« v primeru posegov v čast in dobro ime prek množičnih medijev, ki s kršitvami ustvarjajo dobiček.⁵⁷ Če jim tudi po plačilu od-

⁵² O ureditvi iz 269. člena OZ, ki omogoča zlorabo, kritično: Berden: Sodni penali, v: *Pravna praksa*, št. 11/2004, prilogi, in št. 9/2005, str. 20; in Možina: Kršitev pogodbe, *Ljubljana 2006*, str. 363.

⁵³ Uradni list RS, št. 51/98 in nastl.

⁵⁴ Glej prvi odstavek 253. člena in 64. do 66. člen OZ.

⁵⁵ Glej 2. člen Zakona o prepisani obrestni meri zarnudnih obresti (ZPOMZO-1, Uradni list RS, št. 56/03 in nastl.): obrestna mera zarnudnih obresti je sestavljena iz t. i. vodilne obrestne mere, ki jo za vsakokratno šestmesečno obdobje določa ECB, in t. i. kazenskega pribitka v višini 8 odstotnih točk.

⁵⁶ Prvi odstavek 380. člena OZ.

⁵⁷ Glej na primer Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur: *Obligacijsko pravo – splošni del*, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 649; Bergant-Rakočević: Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo – o njeni penalni funkciji, v: *Pravna praksa*, št. 16/2006, str. 6; Mežnar: *Odškodnina kot kazen v pravnem medijevih kršitev – zakaj (ne)?*, v: *Izbrane teme civilnega prava*, Inštitut za primerjalno pravo,

škodnine še vedno ostane del dobička, jih pravni red celo tih spodbuja h kršenju pravic. Protiupravno ravnanje se ne bi smelo izplačati. Zato se v zvezi s t. i. dobičkonosnimi delikti predlaga določanje odškodnin na način, da uposreva protiupravno pridobljeni dobiček in ga s tem odzame kršitelju.⁵⁸ Sodna praksa tem predlogom za enkrat ni sledila.

Tudi v Sloveniji je torej preventivna funkcija odškodnin v obligacijskem pravu priznana in legitimna.⁵⁹ Zato je težko reči, da gre pri 8. členu ZDR-1 za odstop od pravil splošnega civilnega prava. Grožnja s plačilom odškodnine razumne ljudi spodbuja k ravnanju, iz katerega ne bo nastala škoda; praviloma pa je cena tega ravnanja precej nižja od škode, ki se ji s tem izognejo.⁶⁰ Preventivni učinek števati tako odškodnino za nepremoženjsko škodo kot tudi za premoženjsko škodo, čeprav je 8. člen ZDR-1 v zvezi z odvračilnim učinkom ne omenja. Odškodnina za nepremoženjsko škodo mora po obsegu ustrezati odškodnini za nepremoženjsko škodo na podlagi primerljivih posegov v osebnostne pravice posameznika, ki jih civilna sodišča prisojajo na podlagi OZ.

Morebitno preseganje kompenzacije z višjo odškodnino za nepremoženjsko škodo (višja odškodnina), bi lahko prišlo v poštev šele, če plačilo polne odškodnine za premoženjsko in nepremoženjsko škodo ne bi zagotavljalo odvračanja, denimo v primerih t. i. dobičkonosnih deliktov, pri katerih bi kršitelju pravice tudi po plačilu polne odškodnine ostal dobiček. Za tako višanje odškodnine bi morali biti podani posebni razlogi, ki bi morali biti v sodbi tudi jasno navedeni (na primer večkratno ponavljanje kršitev). Zdi se, da delodajalci z diskriminacijo oziroma nadlegovanjem delavcev ne dosega jo posebnega dobička, ki bi jim ostal še po plačilu polne odškodnine, kar ne govori v prid nadkompenzaciji. Višanje odškodnin zgolj zato, ker je na strani odgovorne osebe delodajalec, pa ni upravičeno. Zato se je težko stinjati s predlogi za »bistveno višje zneske« odškodnin za nepremoženjsko škodo zaradi diskriminacije in nadlegovanja, ki se sklicujejo na višje odškodnine v

⁵⁸ Ljubljana 2006, str. 77; Mežnar: *Novjši trendi v odškodninskem pravu*, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2008, str. 1284.

⁵⁹ Možina: Protiupravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, v: *Podjetje in delo*, št. 3-4/2015, str. 468; Plavšak, nav. delo, str. 649.

⁶⁰ Glej denimo: sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 170/2011 z dne 3. septembra 2012, tč. 12; ter Plavšak, Juhart, Vrenčur, nav. delo, str. 478 in nastl.; Jadek-Pensa, v: Juhart, Plavšak (ur.): *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 666.

⁶¹ Wagner, Kötter: *Deliktstrecht*, Dersera izdaja, Luchterhand, München 2006, t. št. 65, str. 28.

državah članicah EU z neprimerno višjim standardom, pa tudi s pavšalnimi predlogi, da mora odškodnina znašati med 5.000 in 30.000 EUR⁶¹. Za goljo kaznovanje delodajalca 8. člen ZDR-1 ne daje podlage.

Drugo vprašanje je, ali naj odškodnina zasleduje le specialno ali tudi generalno prevarncijo. Iz besedila 8. člena ZDR-1, ki govori le o odvrčanju konkretne- ga delodajalca od ponovnih kršitev, lahko sklepamo le o specialni prevarnciji. Vendar je pravi smisel preventivne funkcije odškodninskega prava v generalni prevarnciji oziroma vplivu same abstraktne grožnje z odškodnino, izračuna- no na določen način, na potencialne povzročitelje. Zato menim, da je treba tudi 8. člen ZDR-1 razumeti v tem smislu.⁶² Seveda pa generalnopreventivni učinek izostane, če abstraktna grožnja ni podkrepljena s konkretno prisojeni- mi odškodninami. Pravo, katerega uresničevanje v praksi ni zagotovljeno, ne more imeti učinka.

Preventivni učinek odškodnine pomeni, da pozornost odškodninskega prava ni usmerjena le v položaj oškodovanca. Nanje osredotočena (kompenzacijska) funkcija odškodnine za nepremoženjsko škodo. Preventivna funkcija pa pomeni, da se odškodninsko pravo ukvarja tudi z povzročiteljem škode oziroma odgovorno osebo, in sicer tako, da konkretnega povzročitelja odvrača od ponavljanja kršitev, potencialnim povzročiteljem pa prek abstraktne grožnje z odškodnino sporoča, da se kršenje prava ne izplača. Člen 8 ZDR-1 jasno pove, da na nepogodbeno odškodninsko pravo in povrnitev škode ni mogoče gledati le z zornega kota oškodovanca (kompenzacija, satisfakcija), ampak tudi z zornega kota povzročitelja oziroma potencialnih povzročiteljev škode (preventivna).

7. SKLEPNE UGOTOVITVE

Člen 8 ZDR-1 ni nova in samostojna pravna podlaga odškodninske odgovornosti delodajalca za diskriminacijo ter spolno oziroma drugo nadlegovanje in tpinčenje na delovnem mestu. Ta obstaja že na podlagi splošnega obilgacijškega prava, vključno z možnostjo denarne odškodnine za posege v človekovo dostojanstvo, čast in druge osebnostne pravice in telesno integriteto.

⁶¹ Glej na primer Krašovec: Novi veliki komentar razmetjih in reforme tega dela ... v: *Pravna teorija in praksa*, 2013 o. *Stari Mežani*: Odškolovina v primeru kršitve ..., nav. delo, str. 455.

⁶² Tako tudi Mežnar: Odsškodnina v primeru kršitve ..., nav. delo, str. 454.

Zahreva po učinkovit, sorazmerni in odvračilni odškodnini, ki pritrja iz prava EU, pomeni v prvi vrsti polno povrnitev, tako premoženjske kot tudi nepremoženjske škode. Pri slednji je treba tako glede predpostavk kot tudi višine odškodnin slediti sodni praksi, vzpostavljeni na podlagi 179. člena OZ, in graditi enoten ter vrednostno usklajen sistem varstva nepremoženjskih pravnih dobrin. Plačilo polne odškodnine že samo po sebi odvrača delodajalca od ponovnih kršitev. Abstraktna grožnja s plačilom odškodnine, podkrepljena s posledično uporabo zakona v praksi, učinkuje tudi generalnopreventivno. Morebitne odškodnine, višje od (premoženjske in nepremoženjske) škode, tj. naknadempenzatorne odškodnine, bi lahko bile utemeljene le v primerih, ko bi bilo jasno izkazano, da polna odškodnina ne učinkuje odvračilno, kar bi bilo treba tudi posebej obrazložiti. Člen 8 ZDR-1, pa tudi pravo EU, na katerem temelji, ne daje podlage za golo kaznovanje delodajalcev.

Določba 8. člena ZDR-1 je pomembna za razvoj celotnega odškodninskega prava, saj izrecno poudarja preventivno funkcijo odškodnin. Odškodninsko pravo se torej ne ukvarja izključno le z oškodovancem (kompenzacija, satisfakcija), ampak mora upoštevati tudi učinek odškodnine na povzročitelja oziroma potencialne povzročitelje škode (prevencija). Preventivna funkcija je del nepogodbenegega odškodninskega prava in obligacijskega prava nasploh. Grožnja s kaznijo dolžniku, ki na drugi strani pomeni nadkompenzacijo ali celo obogatitev oškodovanca, je tradicionalno in legitimno sredstvo zasebne- ga prava za spodbujanje ravnanja v skladu s pravom.

Uredniki:
dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, dr. Matija Damjan, Boštjan Kordinik

Avtorji:
mag. Nina Betetto, dr. Jaka Cepec, dr. Matija Damjan, dr. Gregor Dugart, dr. Mičodrag Dorđević, dr. Aleš Galič, dr. Franc Grač, dr. Peter Grilc, dr. Matko Ilesič, dr. Miha Juhart, dr. Igor Kaučič, Boštjan Kordinik, dr. Jerca Kramberger Škerl, dr. Špelca Mežnar, dr. Damjan Možina, dr. Barbara Novak, dr. Marijan Pavčnik, dr. Nina Plavšak, dr. Klemen Podobnik, dr. Neža Pogorelničnik Voglinc, dr. Krešo Puharčič, dr. Ciri Ribičič, dr. Vesna Rijavec, dr. Franjo Štibil, dr. Lovro Šturm, dr. Alan Uzelac, dr. Ana Vlahet, dr. Dragica Wedam Lukič, Jan Zobeč, dr. Viktorija Žnidaršič Skubic

Recenzenti:
prof. dr. Bojan Bugarič, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
prof. dr. Ada Polajnar Pavčnik, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
prof. dr. Matjaž Tratnik, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

Izdala in založila:
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
za: Boštjan Kordinik, direktor Založbe Pravne fakultete
Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
za: dr. Matija Damjan, generalni sekretar

Izdajateljski svet Pravne fakultete Univerze v Ljubljani:
predsednik: prof. dr. Miha Juhart, člani: prof. dr. Rajko Pirnat, prof. dr. Katja Škrubej, prof. dr. Franjo Štibil, prof. dr. Katja Šugman Strubbs, prof. dr. Vasilka Sancin, prof. dr. Saša Zagorc, prof. dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, doc. dr. Aleš Novak, doc. dr. Luka Tičar, akad. prof. dr. Marijan Pavčnik, prof. dr. Igor Kaučič, prof. dr. Peter Grilc, as. Boštjan Kordinik

Tehnično urejanje: Boštjan Kordinik

Grafična priprava in tisk: Litteralis d.o.o.

Naklada: 150

Cena: 68 €

Datum in kraj izdaje: september 2016, Ljubljana

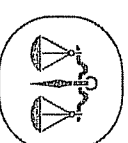
CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana
342(082)
347(082)

IZBRANI vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava : liber amicorum Lojze Ude
/ [avtorji Nina Betetto ... [et al.] ; uredniki Viktorija Žnidaršič Skubic, Matija Damjan, Boštjan Kordinik]. - Ljubljana : Pravna fakulteta : Inštitut za primerjalno pravo, 2016

ISBN 978-961-6447-62-1 (Pravna fakulteta)
1. Betetto, Nina 2. Žnidaršič Skubic, Viktorija
286495744

Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava

Liber amicorum
Lojze Ude



Univerza v Ljubljani,
Pravna fakulteta



Inštitut za
primerjalno pravo

Ljubljana 2016