

Univerza v Ljubljani  
Pravna fakulteta

ODLOČANJE O VIŠINI ŠKODE PO PROSTEM PREUDARKU  
(magistrsko diplomsko delo)

Avtorica: Katarina Tomšič  
Mentor: prof. dr. Aleš Galič

Ljubljana, december 2017

## **POVZETEK**

Odločanje o višini škode po prostem preudarku je eden izmed načinov za odločanje, v kolikor se višine škode ne da drugače določiti oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami. Skozi razvoj se je ta institut ponekod pričel uporabljati ne le za določanje višine škode, temveč tudi za odločanje o njeni podlagi. Skupaj z razvojem so se pojavile tudi določene dileme, kot je njegova pravna narava, in sicer, ali gre pri uporabi prostega preudarka za dejansko ali za pravno vprašanje. To ima namreč svoje posledice pri možnosti uporabe določenih pravnih sredstev in pri uporabi mednarodnega zasebnega prava. Razvoj tega instituta v Sloveniji je večinoma sledil avstrijskemu zgledu, a vseeno obstajajo razlike. Ob uporabi določbe o odločanju po prostem preudarku so se pojavile nekatere dileme, za katere moramo rešitve poiskati v sodni praksi in pa v primerjalnopravni analizi določb ter sodne prakse drugih držav.

**Ključne besede:** prosti preudarek, odločanje o višini škode, odločanje po prostem preudarku

## **ABSTRACT**

Deciding the amount of damages according to free discretion is only one way of deciding when the amount of damages cannot be determined differently or it would bring disproportionate problems. Throughout time in certain countries the institute came to use not only as a way for determining damage but also a way for deciding about its foundation. Together with its development some dilemmas arose, such as its legal nature; if it is a real question or a legal question. This, however, entails some consequences for using certain legal remedies and it has an impact on private international law. The development of this institute in Slovenia mostly followed the Austrian example; however, there are still some differences. By using the provision about deciding according to free discretion, some dilemmas have arisen and the solutions for that need to be search for in jurisprudence and in the comparative law analysis of provisions and case law of other countries.

Key words: free discretion, determining the amount of damages, deciding according to free discretion

## KAZALO

UVOD.....	5
1 PROSTI PREUDAREK.....	7
1.1 Pravna narava določbe o prostem preudarku .....	8
1.2 Zgodovina in razvoj instituta prostega preudarka.....	9
1.3 Slovensko pravo.....	10
1.3.1 Odločanje o višini škode po prostem preudarku - materialno/procesno pravo .....	12
1.4 Prosti preudarek in različne vrste škode .....	13
2 ODLOČANJE PO PROSTEM PREUDARKU V PRAKSI.....	14
3 PRIMERJALNOPRAVNA UREDITEV ODLOČANJA O VIŠINI ŠKODE.....	20
3.1 Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske («common law»).....	20
3.2 Avstrija.....	22
3.3 Nemčija.....	24
4 VPLIV PRAVNE NARAVE DOLOČBE O ODLOČANJU PO PROSTEM PRUDARKU NA MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO.....	26
5 TREND RAZVOJA IN MOŽNOSTI ZA RAZVOJ V SLOVENSKEM PRAVU .....	27
6 SKLEP .....	29
7 LITERATURA IN VIRI.....	31
7.1 Literatura.....	31
7.2 Pravni viri .....	31
7.3 Sodna praksa .....	32
7.3.1 Slovenija.....	32
7.3.2 Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske .....	33
7.3.3 Avstrija.....	33
7.3.4 Nemčija .....	33

## UVOD

Vsak izmed nas se je že srečal z nastankom škode. Če je včasih problematičen že njen obstoj, je lahko vse še precej bolj raznoliko, ko je potrebno določiti njeno višino. Včasih zadošča že matematični izračun, včasih pa se lahko srečamo z večjimi težavami, na primer, ko se višine škode preprosto ne da natančno določiti. Prav za takšne primere je bilo potrebno v zakonodaji poiskati rešitev, kako odločati v sporih, kjer je stranka upravičena do odškodnine, njena višina pa je sporna. Države so glede tega vprašanja našle različne rešitve, ki si jih bomo v tem magistrskem delu natančneje pogledali. Osredotočili pa se bomo na odločanje o višini škode po prostem preudarku. Odločanje po prostem preudarku je pogosto tudi v upravnem pravu, vendar to ni predmet te magistrske naloge, zato se z njim ne bomo ukvarjali.

Škoda se pojavlja v najrazličnejših oblikah. V Obligacijskem zakoniku<sup>1</sup> je določena kot: »zmanjšanje premoženja (navadna škoda), preprečitev povečanja premoženja (izgubljeni dobiček), pa tudi povzročitev telesnih ali duševnih bolečin ali strahu drugemu ter okrnitev ugleda pravne osebe (nepremoženjska škoda)«. <sup>2</sup> Že prej omenjeno odločanje o višini škode po prostem preudarku je le eden izmed načinov določanja višine škode in se ga običajno poslužujemo kot zadnjega. Bolj običajno je, da se višina škode določi na podlagi izračuna, izvedenskega mnenja, ob upoštevanju različnih lestvic ali precedenčnih primerov, vendar se včasih s temi sredstvi vseeno ne da določiti višine škode, ali pa uporabe katerega izmed njih ne omogoča pravni red. Slovenska pravna ureditev je ena izmed tistih, ki ima v civilni procesni zakonodaji institut prostega preudarka pri odločanju o višini škode in ga lahko sodniki uporabijo v primerih, ko višine škode ni mogoče določiti na drugačen način, ali pa bi bilo le-to povezano z nesorazmernimi stroški. Prav tako imajo slovenska sodišča zakonsko pooblastilo, po katerem lahko po prostem preudarku odločajo tudi o temelju škode, v kolikor gre za sorazmerno majhen delež glede na celoto.

---

<sup>1</sup> Obligacijski zakonik (OZ) *Ur.l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US.*

<sup>2</sup> 132. člen OZ.

Vendar pa se je uporaba prostega preudarka za določitev višine škode, ko je to nemogoče ali zelo težko ugotoviti, v našem pravnem redu pojavila šele na začetku 20. stoletja. To določbo smo Slovenci prevzeli od sosednjih Avstrijcev še v času bivše SFRJ, kar sicer ni nič nenavadnega, saj skoraj vsa naša zakonodaja izvira iz germanskega pravnega reda. Pred tem je bil na našem prostoru uveljavljen institut strankine prisege, kot ga je določal Građanski sudski postopek Kraljevine Srbije, ki je ta institut prevzel iz romanskega pravnega reda, natančneje iz francoskega Code Civil. Tudi za uporabo tega instituta je moralo najprej biti nesporno, da je tožnik upravičen do odškodnine, le njene višine se ni dalo dokazati. V takšnem primeru je tožnik lahko pod prisego navedel višino škode. Ne glede na to pa sodišče na takšno izjavo ni bilo vezano. Po uradni dolžnosti, ali če je nasprotna stranka podala predlog, je lahko odločilo drugače.<sup>3</sup>

Na drugi strani se je v germanskem pravnem redu, kjer velja načelo proste presoje dokazov, v primerih, ko višine škode ni bilo mogoče ugotoviti, uveljavilo odločanje sodnikov po prosti presoji. Prvič se je takšna določba pojavila v nemškem procesnem civilnem zakonu proti koncu 19. stoletja. Od tam se je preko avstrijske zakonodaje prenesla v predvojni jugoslovanski Civilni pravdni postopek, nato pa še v poznejši Zakon o parničnem postopku, ki je bil podlaga tudi za naš zdajšnji Zakon o pravdnem postopku.<sup>4</sup>

Na tem področju je sledil nadaljnji razvoj, v nekaterih državah vključujoč tudi odločanje o temelju zahtevka. Ponekod je možno tudi o tem odločati po prostem preudarku, drugje ne. Razvoju navkljub pa pri odločanju o višini škode še vedno obstajajo določene dileme, ki si jih bomo ogledali v nadaljevanju.

---

<sup>3</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 396.

<sup>4</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 396.

## 1 PROSTI PREUDAREK

Uporaba prostega preudarka v civilnih postopkih je urejena v 216. členu Zakona o pravnem postopku,<sup>56</sup> ki določa, da sodišče lahko o višini zneska oziroma količini stvari odloči po prostem preudarku, če se ne da ugotoviti višine zneska oziroma količine stvari, ali če bi se to lahko ugotovilo samo z nesorazmernimi težavami. Predpogoj je, da mora biti tožnikov zahtevkov temelju utemeljen. V drugem odstavku je urejena še dodatna možnost uporabe prostega preudarka, in sicer lahko sodišče pri odločanju o dejstvih, ki se nanašajo na podlago oziroma višino zahtevka, uporabi prosti preudarek tudi:<sup>7</sup> »Če odločitev o enem od več uveljavljenih zahtevkov iste tožeče stranke v isti tožbi glede na celoto po vrednosti predstavlja le neznamen del, odločanje o podlagi ali višini tega zahtevka pa bi bilo pretirano zamudno ali povezano z nesorazmernimi stroški.«

Prvi odstavek 216. člena ZPP smo v našo pravno ureditev prevzeli iz jugoslovanskega Zakona o parničnem postopku,<sup>8 9</sup> drugi odstavek pa je bil dodan šele z novelo ZPP-D<sup>10</sup> iz leta 2008. Medtem ko se v prvem odstavku odražata tako načelo pravičnosti kot načelo ekonomičnosti postopka,<sup>11</sup> je besedilo drugega odstavka namenjeno ekonomičnosti in pospešitvi postopka. Na podlagi prvega odstavka 216. člena ZPP lahko sodišče po prostem preudarku odloči o višini

---

<sup>5</sup> Zakon o pravnem postopku (ZPP), *Ur. L. RS: št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US in 10/17.*

<sup>6</sup> 216. člen ZPP: »(1)Če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina stvari ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku.

(2)Če odločitev o enem od več uveljavljenih zahtevkov iste tožeče stranke v isti tožbi glede na celoto po vrednosti predstavlja le neznamen del, odločanje o podlagi ali višini tega zahtevka pa bi bilo pretirano zamudno ali povezano z nesorazmernimi stroški, lahko sodišče o dejstvih, ki se nanašajo na podlago oziroma na višino zahtevka, odloči po prostem preudarku.«

<sup>7</sup>2. odstavek 216. člena ZPP.

<sup>8</sup> Zakon o parničnem postopku *Službeni list SFRJ, br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91.*

<sup>9</sup> 223. člen Zakona o parničnem postopku *Službeni list SFRJ, br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91:* »Ako utvrdi da stranci pripada pravo na naknado štete, na novčanu svotu ili na zamjenjive stvari, ali se visina svote odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo s nerazmjernim teškoćama, sud će o tome odlučiti prema slobodnoj ocjeni.«

<sup>10</sup> 51. člen Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku (ZPP-D), *Ur.l. RS, št. 45/08.*

<sup>11</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) *Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 398.*

zneska oziroma količini stvari, če se ju ne da natančno dokazati (npr. z izračunom, izvedeniškim mnenjem ...). V nasprotnem primeru bi bil, tudi po temelju utemeljen zahtevek stranke, zavrjen, če ta ne bi mogla dokazati višine. Načelo ekonomičnosti je upoštevano, ker lahko sodišče po prostem preudarku odloči tudi takrat, ko bi bilo možno ugotoviti točno višino terjatve, vendar bi bilo dokazovanje povezano z nesorazmernimi stroški in težavami. S spremembo 216. člena in dodanim drugim odstavkom je bilo še bolj poudarjeno načelo ekonomičnosti, saj lahko sodišče po prostem preudarku odloča tudi o podlagi zahtevka, če bi bilo odločanje pretirano zamudno ali povezano z nesorazmernimi stroški, v kolikor gre za odločitev o enem od več uveljavljenih zahtevkov v isti tožbi, vrednostno pa nima večjega pomena glede na celoto. Posledično to vpliva tudi na trajanje postopka in predstavlja še eno izmed sprememb, ki pripomorejo k pospešitvi sodnih postopkov.

## 1.1 Pravna narava določbe o prostem preudarku

Pomembno vprašanje je tudi pravna narava te določbe. V pravnih teorijah in praksi sta se izoblikovali dve stališči. Pri prvem gre pri uporabi prostega preudarka za dejansko vprašanje, pri drugem pa za pravno vprašanje. To razlikovanje je zelo pomembno, saj je od tega namreč odvisno, kaj lahko uveljavljamo pri napačni uporabi prostega preudarka – ali gre za zmotno ugotovljeno dejansko stanje ali pa za zmotno uporabo materialnega prava, kar je izrednega pomena v revizijskem postopku, saj revizije, kot to določa 370. člen ZPP<sup>12</sup>, ni možno vložiti zaradi zmotno ugotovljenega dejanskega stanja.<sup>13</sup> Razlikovanje med pravnim in dejanskim vprašanjem je pomembno tudi pri sporu majhne vrednosti, saj tam uveljavljanje dejanskih vprašanj ne more biti predmet pritožbenega preizkusa.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> 370. člen ZPP: »Revizija se lahko vloži zaradi bistvene kršitve določb pravnega postopka pred sodiščem prve stopnje, ki jih je stranka uveljavljala pred sodiščem druge stopnje, ali zaradi bistvene kršitve določb pravnega postopka pred sodiščem druge stopnje ali zaradi zmotne uporabe materialnega prava.

Revizije ni mogoče vložiti zaradi zmotne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja.«

<sup>13</sup> Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 395.

<sup>14</sup> 1. odstavek 458. člena ZPP: »Sodba in sklep, s katerim je končan spor v postopku v sporih majhne vrednosti, se smeta izpodbijati samo zaradi bistvene kršitve določb pravnega postopka iz drugega odstavka 339. člena tega zakona in zaradi zmotne uporabe materialnega prava.«

## 1.2 Zgodovina in razvoj instituta prostega preudarka

Koncept uporabe prostega preudarka se je naprej pojavil v nemški zakonodaji že konec 19. stoletja. Od tam je prešel v avstrijski ZPO in nato v jugoslovansko zakonodajo, ki je bila pozneje tudi osnova za slovenski ZPP. Kljub prehajanju določb iz enega pravnega reda v drugega, pa ni takšne enotnosti pri vprašanju narave prostega preudarka. V nemški teoriji se je izoblikovalo stališče, da gre za dejansko vprašanje, nasprotno pa je v Avstriji prevladalo mnenje, da gre za pravno vprašanje.<sup>15</sup>

V jugoslovanski teoriji in praksi sprva ni bilo enotnega stališča o tem vprašanju. Predvojna sodna praksa je zavzela stališče, da gre za pravno presojo zadeve, v teoriji pa glede tega vprašanja ni bilo enotnega stališča. Nekateri pravni teoretiki, med njimi tudi Juhart, so zagovarjali stališče, da gre za poseben primer proste presoje dokazov, sodnik pa ima pooblastilo za ugotavljanje višine škode tudi brez izvedenega dokazovanja. Ugotovitev obstoja škode je po njegovem mnenju dejansko vprašanje, odločitev pa mora biti utemeljena in v okviru splošnih življenjskih izkušenj. O pravilih splošne življenjske izkušnje je menil, da so del zgornje premise sodniškega silogizma, tako da se njihova uporaba lahko preverja v revizijskem postopku. Poznič se je načeloma strinjal z njim o umestitvi te določbe v strukturi silogizma, vendar naj bi bilo odločanje sodišča v takšnih primerih, na primer, odvisno tudi od družbenih razmer; tako pri odločanju sodišča ne gre za dejansko presojo.<sup>16</sup>

Nasprotno stališče je zavzel znani teoretik Triva, ki je trdil, da gre za ugotavljanje dejanskega stanja in ne za uporabo materialnega prava ali odločitev o utemeljenosti zahtevka, kar je utemeljeval tudi s tem, da gre za določbo procesnega zakona, da gre za reševanje dejanskega vprašanja in da se po prostem preudarku lahko odloča samo o dejanskih vprašanjih. To stališče je

---

<sup>15</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 396.

<sup>16</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 396 – 397.

v naslednjih letih tudi prevladalo v teoriji, podprl ga je tudi slovenski profesor civilnega prava Lojze Ude.<sup>17</sup>

Pozneje se tudi pri odločitvah sodišč v Jugoslaviji začne uveljavljati stališče, da gre pri uporabi prostega preudarka za dejansko vprašanje. Še dodatno potrditev je to stališče dobilo z načelnim mnenjem Vrhovnega sodišča Jugoslavije, ki je na razširjeni občni seji odločilo, da je odločanje o višini zneska oziroma količini nadomestnih stvari dejansko vprašanje. Brez dvoma gre, kot trdi Wedam Lukićeva, pri uporabi 216. člena ZPP za način ugotavljanja pravno relevantnih dejstev. Dvome v pravno naravo te določbe pa vzbujajo predvsem zmotna uporaba te določbe v praksi in sklicevanje nanjo tudi takrat, ko to ni utemeljeno.<sup>18</sup>

### 1.3 Slovensko pravo

V slovenski ZPP je bila sprva sprejeta določba o uporabi prostega preudarka, v kolikor je zahtevek utemeljen in višine škode oziroma količine nadomestnih stvari ni mogoče ugotoviti, ali pa je to povezano z nesorazmernimi težavami. Sčasoma in z vse bolj uveljavljeno težnjo po pospešitvi ter koncentraciji postopka se je po vzoru avstrijske zakonodaje tudi v Sloveniji izoblikoval predlog razširitve uporabe prostega preudarka. Z novelo ZPP-D se je pooblastilo sodišču, da odloča na podlagi prostega preudarka, razširilo še na dejstva, ki se nanašajo na temelj zahtevka. Vendar tudi ta določba ni prišla čisto brez omejitev. Sodišče lahko po prostem preudarku odloči o dejstvih, ki se nanašajo na temelj zahtevka le ob sočasni izpolnjenosti več pogojev. Mora iti za enega od več uveljavljenih zahtevkov v isti tožbi, posamezen zahtevek po vrednosti mora predstavljati le neznamen del glede na celoto, odločanje o temelju zahtevka po drugih metodah pa bi bilo preveč zamudno ali povezano z nesorazmernimi stroški.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 397.

<sup>18</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 397-398.

<sup>19</sup>Betto (2007), Predvidene novosti v ZPP glede dokaznega postopka, Podjetje in delo, str. 1066 – 1069.

Kot je bilo že pojasnjeno, se je uveljavilo stališče, da gre pri odločanju o višini škode po prostem preudarku za dejansko vprašanje. V drugem odstavku 216. člena ZPP je izrecno navedeno, da se odločanje po prostem preudarku nanaša na dejstva, ki so povezana s podlago zahtevka. Tako mora sodnik v procesu odločanja najprej rešiti dilemo razlikovanja med dejanskimi in pravnimi vprašanji. Posebna pozornost je potrebna pri ugotavljanju vzročnosti, saj pri ugotavljanju relevantne vzročne zveze hitro pridemo do pravne presoje, kjer pa prostega preudarka ni možno uporabiti. Betettova izpostavlja, da se z odločanjem po prostem preudarku ugotavlja dejstva, ki so povezana z višino škode in spadajo v spodnji stavek sodniškega silogizma. Tako se presojojo predvsem konkretna dejstva, ki so povezana z višino nastale škode.<sup>20</sup>

O odločanju po prostem preudarku in dilemi, ali gre pri tem za ugotavljanje dejanskega stanja ali za uporabo materialnega prava, je v sodbi III Ips 89/2011 pisalo tudi Vrhovno sodišče RS, ki se sicer ni točno opredelilo glede tega pogosto spornega vprašanja, je pa poudarilo, da sodišče pri odločanju po prostem preudarku izstopi iz dejanske presoje. Prav tako o pravilu, da odločanje ne sme biti arbitrarno, sodišče pa se mora pri sprejemanju svoje odločitve gibati znotraj splošnih življenjskih izkušenj, svojo odločitev pa utemeljiti, meni, da postavlja podlago stališču, po katerem se odločanje po prostem preudarku nahaja v polju gornje premise sodniškega silogizma. Ker pa je temu tako, je lahko odločanje po prostem preudarku tudi predmet revizijskega postopka. Po drugi strani je podlaga za uporabo 1. odstavka 216. člena ZPP ravno dokazano dejstvo, da je tožnik upravičen do odškodnine, težave pa so le z dokazovanjem njene višine, saj se je sploh ne da ugotoviti oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami. Da bi zaradi tega zavrnili zahtevek tožnika, bi bilo povsem nesorazmerno in ne bi bilo skladno z načelom pravičnosti, saj bi bilo, če razpoložljivi dokazi ne dajejo enoznačnega odgovora o višini škode, breme na tožniku preveliko. Tudi če sodnik pri odločanju o višini uporabi splošne življenjske izkušnje, so njegova podlaga vseeno dejstva, ugotovljena na podlagi dostopnih dokazov. Torej lahko, v kolikor je dejansko stanje zmotno ali nepopolno ugotovljeno, pride do napačne ugotovitve višine škode. V takšnem primeru, ko se presoja pravilnost predpostavk dejanske narave, pa glede na besedilo 370. člena ZPP, vložitev revizije ni mogoča.<sup>21</sup> Pozneje je Višje sodišče v Ljubljani v sodbi Cp 2392/2013 zapisalo, da gre pri obstoju in višini škode za dejanska

---

<sup>20</sup>Betetto (2007), Predvidene novosti v ZPP glede dokaznega postopka, Podjetje in delo, str. 1069 – 1071.

<sup>21</sup> III Ips 89/2011.

vprašanja, povezana s problematiko dokaznega standarda, ki je lahko nižji, če tako določa zakon, kot je na primer v primeru 216. člena ZPP.<sup>22</sup>

### *1.3.1 Odločanje o višini škode po prostem preudarku - materialno/procesno pravo*

Obstajajo različne teorije o tem, ali gre pri odločanju o višini škode po prostem preudarku za uporabo pravil materialnega ali procesnega prava. Pri nas je določba sicer uvrščena v procesni zakon, vendar se v sodnih odločbah večkrat pojavlja stališče, da gre za materialno pravo. Vrhovno sodišče RS je v sodbi III Ips 98/2013 povedalo, da: »V primeru določanja višine odškodnine po prostem preudarku prisojanje višine odškodnine pomeni uporabo materialnega prava, pri čemer pa so dejstva, na podlagi katerih se prosti preudarek uporabi, dejansko stanje.«<sup>23</sup>

Potrebno je izpostaviti tudi dejstvo, da uporaba prostega preudarka pri odločanju o višini škode ni nadomestek za razpravno načelo, ki je splošno uveljavljeno v civilnem pravu, ampak gre le za njegov korektiv, saj mora biti, kot je bilo že omenjeno, najprej dokazana podlaga za upravičenost do odškodnine, oziroma v primeru 2. odstavka 216. člena ZPP je pogoj, da gre glede na vrednost za neznamen del pri odločanju o zahtevkih. Hkrati mora biti ugotavljanje višine odškodnine (oziroma v primeru 2. odstavka tega člena ugotavljanje temelja) nemogoče ali povezano z nesorazmernimi težavami.<sup>24</sup>

Zelo zanimivo vprašanje pri vsem skupaj je, kako opredeliti ta neznamen del. Zakonska določba je pri tem zelo skopa, saj ne ponuja nadaljnjih pojasnil, tako da je to naloga za sodišča, ki bodo morala napolniti ta pojem s sodno prakso. Avstrijska pravna teorija poudarja, da mora biti skupna vrednost ostalih zahtevkov v isti tožbi večkratnik vrednosti dela, o katerem sodišče odloča po prostem preudarku.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> I Cp 2392/2013.

<sup>23</sup> III Ips 98/2013.

<sup>24</sup> III Ips 89/2011.

<sup>25</sup> Betetto (2007), Predvidene novosti v ZPP glede dokaznega postopka, Podjetje in delo, str. 1070.

## 1.4 Prosti preudarek in različne vrste škode

Vprašanje o možnosti uporabe prostega preudarka pri odločanju o višini različnih vrst škode se je pojavilo že v Jugoslaviji. Ni bilo sporno, da se določba, ki je bila vsebinsko enaka prvemu odstavku 216. člena ZPP, lahko uporablja za odločanje o višini premoženjske škode, obstajali pa so pomisleki, ali se lahko odloča po prostem preudarku tudi o višini nepremoženjske škode. Več pravnikov, med njimi tudi Poznič in Juhart, je zastopalo stališče, da se o višini škode lahko odloča po prostem preudarku, ne glede na njeno vrsto. To stališče je s sodno prakso potrdilo tudi Vrhovno sodišče Jugoslavije. Na drugi strani je profesor Ude zagovarjal stališče, da se po prostem preudarku lahko o višini škode odloča samo takrat, ko škoda že obstaja v določeni višini, slednje pa se ne da točno določiti. Pri nepremoženjski škodi po njegovem mnenju ni možno govoriti o višini škode, izraženi v denarju, ker je tako sploh ni možno izraziti, temveč gre pri nepremoženjski škodi samo za zadoščenje, skladno s tem pa določba o prostem preudarku ne pride v poštev.<sup>26</sup>

Nasprotno od mnenja, ki ga je podal profesor Ude, je Wedam Lukićeva mnenja, da jezikovna razlaga določbe 216. člena ZPP dopušča odločanje po prostem preudarku tudi o višini nepremoženjske škode.<sup>27</sup> Slednjemu pa ne pritrjuje sodna praksa, saj je Višje sodišče v Ljubljani v eni izmed svojih odločb zavzelo stališče, da se višine odškodnine za nepremoženjsko škodo v primeru prometne nesreče ne da določiti brez ustrezne dokumentacije in izvedeniškega mnenja. Tako se v takšnih primerih določbe 216. člena ZPP ne da uporabiti.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Kostanjevec Mirko (1998) Denarna odškodnina za duševne bolečine, povzročene z razžalitvijo dobrega imena in časti oškodovanca. Pravna praksa, str. 19-20.

<sup>27</sup> Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 398 – 399.

<sup>28</sup> II Ips 4/2004.

## 2 ODLOČANJE PO PROSTEM PREUDARKU V PRAKSI

V praksi prihaja pri uporabi 216. člena ZPP do nekaterih dilem. Ravno z odločbami sodišč se vzpostavlja bolj ali manj enotna sodna praksa ter s tem večji pravna predvidljivost in varnost. V nadaljevanju si bomo pogledali nekaj dilem, ki so se izpostavile v povezavi z odločanjem po prostem preudarku, dotaknili pa se bomo tudi stališč, ki so jih zavzela sodišča.

Višje sodišče v Ljubljani je glede uporabe prostega preudarka pojasnilo, da se le-ta lahko uporabi le za ugotavljanje višine škode, če se je ne da dokazati oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi stroški, mora pa biti prej dokazan obstoj škode. V kolikor tožnik ne uspe dokazati obstoja škode, se tudi ne diskutira o njeni višini in uporabi prostega preudarka.<sup>29</sup> V istem obdobju je o uporabi prostega preudarka odločalo tudi Višje sodišče v Kopru, ki je potrdilo odločitev prvostopenjskega sodišča in ustreznost uporabe prostega preudarka pri odločanju o višini škode, saj je tožnica navedla in dokazala, kakšno pomoč je potrebovala, kako dolgo in kdo ji jo je nudil.<sup>30</sup> O obstoju škode oziroma vzročni zvezi je odločalo tudi Vrhovno sodišče v sodbi III Ips 97/2005, kjer je v obrazložitvi med drugim navedlo tudi, da zbrano procesno gradivo v tej zadevi ne daje podlage, da je zaradi viharja sploh pobegnila kakšna riba, in tako ne pride v poštev uporaba prostega preudarka iz 216. člena ZPP, s katerim sodišče: » ... (po opravljenem dokaznem postopku) v postopku ugotavljanja dejstev poda kvantitativno (številčno) oceno dane (s tožbenim zahtevkom terjane) količine (denarja ali nadomestnih stvari), o kateri ima na podlagi izvedenih dokazov le kvalitativno predstavo. «<sup>31</sup>

Uporaba prostega preudarka ne sme biti samovoljna. Kljub odločanju o višini škode po prostem preudarku, mora odločitev biti sposobna tega, da se jo lahko preizkusi, v nasprotnem primeru gre za samovoljno odločitev in uporaba prostega preudarka ni upravičena.<sup>32</sup> To izhaja tudi iz sodbe II Cp 3358/2016, kjer je Višje sodišče v Ljubljani iz tega razloga razveljavilo prvostopenjsko odločitev in zadevo vrnilo v ponovno odločanje, saj iz obrazložitve prvostopenjske sodbe ni bilo

---

<sup>29</sup> I Cp 3702/2009.

<sup>30</sup> Cp 912/2009.

<sup>31</sup> III Ips 97/2005.

<sup>32</sup> I Cp 964/2010.

razvidno, kako je sodišče ugotovilo višino prisojenega zneska.<sup>33</sup> Včasih se pritožbeno sodišče pri preverjanju pravilnosti odločitve prvostopenjskega sodišča opre tudi na dosedanjo sodno prakso, tako je na primer Višje sodišče v Ljubljani v sodbi II Cp 2117/2015 potrdilo odločitev sodišča prve stopnje in se pri določanju višine odškodnine sklicevalo tudi na to, da prisojena odškodnina v tej zadevi ne odstopa od zneskov, ki jih v podobnih primerih priznava sodna praksa.<sup>34</sup> Tudi v novejši sodni odločbi je isto sodišče zavzelo enako stališče, in sicer je navedlo, da je prvostopenjsko sodišče pri odločanju skladno s sodno prakso ustrezno uporabilo prosti preudarek. Na pravilnost odločitve ne vpliva dejstvo, da je sodišče uporabilo tudi cenik storitev enega izmed domov za upokojeince, saj ga je uporabilo le za primerjavo, ko je ocenjevalo ustreznost določene postavke.<sup>35</sup> V drugi zadevi je sodišče opozorilo na to, da mora biti tudi pri uporabi prostega preudarka spoštovano načelo enakosti, prvostopenjsko sodišče pa je neutemeljeno odstopilo od dotedanje sodne prakse.<sup>36</sup>

Pogosto se sodišče, kljub odločanju po prostem preudarku, opre na ugotovitve izvedenca, kar je dodaten argument za pravilno odločitev.<sup>37</sup> V zadevi II Cp 2171/2016 je Višje sodišče v Ljubljani potrdilo, da je ustrezno, če se sodišče pri odločanju po prostem preudarku opre tudi na neka pravila, standarde, ki so veljavni oziroma uporabljeni v določenem okolju. Tako ni bilo sporno, da je prvostopenjsko sodišče pri odločanju o višini premoženjske škode višino potnih stroškov določilo skladno s kilometrino, ki se uporablja za zaposlene v javni upravi, čeprav tožnik sploh ni bil del javne uprave.<sup>38</sup> Pri odločanju po prostem preudarku ne gre le za matematičen izračun, ampak je potrebno do višine priznane škode priti na drugačen način, na primer s pomočjo logičnega mišljenja in uporabe življenjskih izkušenj. Če bi se višino škode dalo izračunati, potem odločanje po prostem preudarku sploh ne bi prišlo v poštev.<sup>39</sup> Prav tako ni dopustno skriti matematičnega izračuna pod določbo o odločanju po prostem preudarku. V sodbi I Cp 133/2016 je Višje sodišče v Ljubljani zapisalo, da je pri oceni, kako vpliva invalidnina na odmero pravične

---

<sup>33</sup> II Cp 3358/2016.

<sup>34</sup> II Cp 2117/2015.

<sup>35</sup> I Cp 1649/2016.

<sup>36</sup> II Cp 1665/2015.

<sup>37</sup> II Cp 2562/2015.

<sup>38</sup> II Cp 2171/2016.

<sup>39</sup> II Cp 1183/2010.

denarne odškodnine, na podlagi razpoložljivih podatkov potrebno uporabiti prosti preudarek, kar pa ni le matematični izračun, kot je to storilo prvostopenjsko sodišče.<sup>40</sup>

Včasih se višino škode da ugotoviti, vendar je to povezano z nesorazmernimi stroški. Tudi v takšnih primerih sodišča lahko na podlagi 216. člena ZPP odločijo po prostem preudarku. V eni izmed zadev je Višje sodišče v Ljubljani pojasnilo, da je sodišče prve stopnje pravilno uporabilo prosti preudarek, kar mu je bilo tudi predlagano v predhodnem pritožbenem postopku. Tako je po prostem preudarku odločilo o višini škode na rabljenem pohištvu, saj bi točno višino škode zelo težko določili, ta ocena pa bi bila povezana z visokimi stroški, ki bi bili glede na relativno nizko nastalo škodo nesorazmerni. Vsekakor mora biti odločitev vseeno utemeljena. V tem primeru je sodišče opravilo ogled pohištva ter ocenilo višino škode na podlagi splošnih življenjskih izkušenj in ob upoštevanju vseh konkretnih okoliščin.<sup>41</sup>

Kot je bilo že omenjeno, se sodišča poslužijo uporabe te določbe, kadar imajo težave pri določanju višine škode, vendar velja izpostaviti, da uporaba prostega preudarka ni nadomestek za dolžnost pravnih strank pri zbiranju procesnega gradiva.<sup>42</sup> Namen odločanja po prostem preudarku tako vsekakor ni razbremenitev strank njihove dolžnosti predlaganja dokazov, ki izhajajo iz 212. člena ZPP.<sup>43</sup> Tudi če tožencu uspe dokazati utemeljenost zahtevka, sodišče ne more o višini zahtevka kar odločiti po prostem preudarku. Naloga strank je namreč, da navedejo vsa dejstva in dokaze, saj se prosti preudarek lahko uporabi šele v primeru, da je stranka sodišču predlagala ustrezne dokaze, pa se na njihovi podlagi ne da določiti višine škode. V sodbi I Cp 903/2009 je Višje sodišče v Ljubljani odločilo, da bi se višino terjatve lahko ugotovilo s pomočjo izvedenca oziroma s poizvedbami o cenah nepremičnin na nepremičninskem trgu. Tožeča stranka tega ni pravočasno predlagala oziroma celo sploh ni ustrezno zatrjevala svojega prikrajšanja, čeprav je dokazovanje višine uporabnine in s tem tudi višine nastale škode tožnikovo dokazno breme.<sup>44</sup> V drugem primeru je Višje sodišče v Ljubljani prav tako odločilo,

---

<sup>40</sup> I Cp 133/2016.

<sup>41</sup> I Cp 3192/2016.

<sup>42</sup> II Cp 212/2011.

<sup>43</sup> 212. člen ZPP: »Vsaka stranka mora navesti dejstva in predlagati dokaze, na katere opira svoj zahtevek, ali s katerimi izpodbija navedbe in dokaze nasprotnika.«

<sup>44</sup> I Cp 903/2009.

da le tožnikove navedbe, da so mu nastali stroški s prevozom na preglede, ni pa opredelil višine teh stroškov, ne zadoščajo. Ni namreč v pristojnosti sodišča, da samo izračuna višino stroškov, če tožnik sploh ni zatrjeval višine. Tako niso izpolnjeni pogoji za uporabo prostega preudarka, saj bi se, ob ustreznih dokazih oziroma zatrjevanju dejstev, te stroške lahko ugotovilo.<sup>45</sup> Pomembno je tudi to, da stranka pravočasno zatrjuje dejstva, na podlagi katerih se odloča po prostem preudarku. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v sodbi št. II Ips 1150/2008 pojasnilo, da mora stranka obstoj pogojev za uporabo prostega preudarka zatrjevati pravočasno že na prvi stopnji. V revizijskem postopku je za to prepozno, saj skladno s 370. členom ZPP takrat ni več možno uveljavljati napačne ugotovitve dejanskega stanja.<sup>46</sup>

Predmet dokazovanja je tudi višina nadomestila za uporabo tuje stvari ter posledično tudi obstoj in višina škode, ki izhajata iz tega. Načeloma mora stranka, da bi uspela s svojim zahtevkom, svoje trditve dokazati z določeno stopnjo zanesljivosti. Včasih zadošča že doseganje nižjega standarda, če to dopušča zakon, tako kot je to v primeru uporabe prostega preudarka.<sup>47</sup> Vendar je uporaba te določbe omejena, saj je, v kolikor je to mogoče, oziroma ni povezano z nesorazmernimi stroški in težavami, višino zahtevka potrebno ugotoviti z dokazovanjem. Še vedno so v prvi vrsti prav stranke tiste, ki morajo navesti vsa dejstva in predlagati dokaze v podporo svojim trditvam. V konkretnem primeru tožnica ni podala nobenih trditev o višini nadomestila, da bi sodišče lahko primerjalo zahtevani znesek in povprečno tržno najemnino ter o višini škode odločilo po prostem preudarku.<sup>48</sup>

Tudi pri zatrjevanju nastale škode je potrebno določno opredeliti nastalo škodo oziroma njeno višino. Iz sodbe I Cp 1402/2015 izhaja, da je tožnica sicer zahtevala odškodnino za stroške pomoči in nege, ni pa na primer navedla, koliko časa dnevno je potrebovala pomoč. Stranke so namreč dolžne navesti vsa dejstva in predlagati dokaze ter ne morejo kar pričakovati od sodišča, da bo odločilo po prostem preudarku.<sup>49</sup> Dolžnost aktivnega sodelovanja stranke v postopku izhaja tudi iz sodbe I Cpg 1238/2015, kjer je Višje sodišče v Ljubljani potrdilo sodbo

---

<sup>45</sup> I Cp 984/2009.

<sup>46</sup> II Ips 1150/2008.

<sup>47</sup> 216. člen ZPP

<sup>48</sup> I Cp 2392/2013.

<sup>49</sup> I Cp 1402/2015.

prvostopenjskega sodišča, ki je zavzelo stališče, da tožeča stranka ni uspela dokazati višine škode, ki je nastala ob vlom, prav tako pa niso podane okoliščine, da bi lahko odločilo na podlagi prostega preudarka iz 216. člena ZPP, saj bi se višino škode dalo ugotoviti tudi drugače. V tem konkretnem primeru je tožeča stranka predložila dokaze, ki so izkazovali izrazito odstopanje od podatkov iz finančnih knjig. Višine škode se prav tako ni dalo ugotoviti z izvedencem, saj bi bilo treba vpogledati v poslovne listine tožeče stranke, ki pa le-teh, kljub opozorilu sodišča, ni predložila.<sup>50</sup>

Določba 216. člena ZPP je zelo uporabna, kadar se odloča o višini deleža soodgovornosti, kot na primer pri prometnih nesrečah, kjer je udeleženih več vozil, saj je pogosto zelo težko razmejiti, kakšne so bile posledice posamičnega ravnanja. V zadevi I Cpg 1442/2011 je Višje sodišče v Ljubljani opravičilo uporabo prostega preudarka, saj naj, glede na časovno odmaknjenost dogodka, razpoložljivo dokumentacijo in kompleksnost primera, natančnejša razmejitev posledic posameznih dejanj ne bi bila možna. Je pa sodišče poleg tega zakonskega pooblastila pri odločanju upoštevalo tudi ugotovitve izvedenca.<sup>51</sup>

Določanje višine škode je še posebej zahtevno v konkurenčnem pravu. Skoraj nemogoče je namreč oceniti, kako bi se razvijal trg, če ne bi prišlo do kršitve pravil konkurenčnega prava. Sodnik mora odločiti na podlagi razpoložljivih podatkov, ki pa so večkrat pomanjkljivi. Skladno z 216. členom ZPP lahko sodnik odloči po prostem preudarku, kar oškodovancu znatno olajša dokazovanje višine škode.<sup>52</sup> Vrhovno sodišče RS je v sodbi III Ips 98/2013 pojasnilo, da je pri ugotavljanju višine izgubljenega dobička potrebno primerjati dejanski položaj oškodovanca s položajem, ki bi ga ta imel, če ne bi prišlo do kršitve pravil konkurenčnega prava, kot to izhaja iz tretjega odstavka 168. člena OZ.<sup>53</sup> Kot je bilo že omenjeno, ne moremo vedeti, kako bi se razvijal trg, če ne bi prišlo do kršitve, zato si je potrebno pomagati z oblikovanjem hipotetičnega scenarija. Ker pogosto razpoložljivi podatki ne zadoščajo za oceno višine škode oziroma bi bilo

---

<sup>50</sup> I Cpg 1238/2015.

<sup>51</sup> I Cpg 1442/2011.

<sup>52</sup> Vrhovno sodišče Republike Slovenije (2014), III Ips 98/2013, Sodnikov informator, številka 7, stran 26.

<sup>53</sup> 3. odstavek 168. člena OZ: »Pri oceni izgubljenega dobička se upošteva dobiček, ki bi ga bilo mogoče utemeljeno pričakovati glede na normalen tek stvari ali glede na posebne okoliščine, ki pa ga zaradi oškodovalčevega dejanja ali opustitve ni bilo mogoče doseči.«

to mogoče samo z nesorazmernimi težavami, si sodniki pomagajo z odločanjem po prostem preudarku. Odločitev mora biti kljub temu obrazložena in zmožna preizkusa. Vrhovno sodišče je zapisalo, da je pri vprašanju, ali je sodbo možno preizkusiti, potrebno izhajati samo iz pravne kvalifikacije sodišča, ni pa se treba ozirati na navedbe in predloge strank med postopkom.<sup>54</sup>

Pri postavljanju hipotetičnih scenarijev je potrebno paziti na obe skrajnosti in uporabiti najverjetnejši možni scenarij. Ključna je presoja, kako bi ostali ponudniki delovali, če bi ponudnik s prevladujočim položajem na trgu ravnal skladno s pravili konkurenčnega prava. Pri presoji hipotetičnega stanja na trgu sodišče ni vezano na odločbo nacionalnega organa za varstvo konkurence, čeprav Evropska komisija priporoča vezanost sodišč na odločbo nacionalnega organa.<sup>55</sup> Kot relevantne subjekte na trgu lahko sodišče upošteva tudi druge subjekte, ne le tiste, ki so navedeni v izreku odločbe nacionalnega organa.<sup>56</sup>

Glede tega, kako določno je treba zatrjevati višino nastale škode, se je Višje sodišče v Ljubljani opredelilo v sodbi II Cp 212/2011, ko je navedlo, da se cene ur znamke Casio s kronografii gibljejo v precej širokem cenovnem razponu in sodišče ne more samo ugotoviti višine škode. Prosti preudarek ne pride v poštev, saj sodišče ne more arbitrirati, 216. člen ZPP mu namreč daje le pravico upoštevati navedbe in dokaze, ki sicer samostojno ne zadoščajo za ugotovitev višine odškodnine, vseeno pa stvar do določene mere razjasnjujejo. V tem konkretnem primeru to ne pomeni, da bi tožnik moral predlagati izvedenca za ugotovitev višine škode, zadoščalo bi, da bi poškodovano uro ustrezno opredelil in omogočil sodišču, da lahko o višini odškodnine odloči po prostem preudarku in to na podlagi cene novih ur takšnega tipa.<sup>57</sup>

Še pomembnejšo vlogo imajo sodišča pri vsebinskem napolnjenju določbe drugega odstavka 216. člena ZPP, saj je merilo, kdaj lahko sodišča odločajo po prostem preudarku tudi o temelju zahtevka, opredeljeno precej nedoločno. Zakonska dikcija pravi, da: »Če odločitev o enem od več uveljavljenih zahtevkov iste tožeče stranke v isti tožbi glede na celoto po vrednosti

---

<sup>54</sup> III Ips 98/2013.

<sup>55</sup> Bela knjiga o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, z dne 2. 4. 2008 (COM(2008) 165 konč.

<sup>56</sup> III Ips 98/2013.

<sup>57</sup> II Cp 212/2011.

predstavlja le neznamen del, odločanje o podlagi ali višini tega zahtevka pa bi bilo pretirano zamudno ali povezano z nesorazmernimi stroški.<sup>58</sup> Kaj pa »neznamen del« predstavlja v praksi? Višje sodišče v Ljubljani je v sodbi II Cp 4011/2009 potrdilo odločitev prvostopenjskega sodišča in v obrazložitvi navedlo, da sodišče na prvi stopnji ni navedlo, da je, ko je odločilo o višini škode iz naslova izgubljenega zaslužka ter o tem ni izvajalo dokaznega postopka, odločalo na podlagi drugega odstavka 216. člena ZPP, drugostopenjsko sodišče pa meni, da gre za tako situacijo. Zanimiv je pogled na višino posameznih zneskov. Tožnica je s tožbo zahtevala plačilo skupno 6.431,92 €, od tega je iz naslova izgubljenega zaslužka zahtevala 1.720,00 €, kar predstavlja dobro četrtno celotnega zneska, pritožbeno sodišče pa je kljub temu potrdilo uporabo prostega preudarka tudi za odločanje o temelju zahtevka.<sup>59</sup>

Prej omenjeno razlikovanje med pravnim in dejanskim vprašanjem je pomembno zaradi pritožbenih razlogov. Pri sporu majhne vrednosti uveljavljanje dejanskih vprašanj ne more biti predmet pritožbenega preizkusa,<sup>60</sup> kot je to v sodbi II Cp 1183/2010 pojasnilo Višje sodišče v Ljubljani in obenem obrazložilo, da je prevladujoče mnenje v teoriji in sodni praksi, da se s prostim preudarkom, kot ga določa 216. člen ZPP, ugotavljajo pravno relevantna dejstva in gre pri vsem skupaj za dejansko vprašanje.<sup>61</sup>

### **3 PRIMERJALNOPRAVNA UREDITEV ODLOČANJA O VIŠINI ŠKODE**

#### **3.1 Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske (»common law«)**

V državah, v katerih je uveljavljen t.i. precedenčni sistem, so sodniki pri odločanju vezani na obstoječo sodno prakso. Pri določanju višine škode so jim v pomoč različne smernice, še zlasti so te pogoste pri odškodninah za telesne poškodbe. Smernice zelo podrobno razločujejo med posameznimi poškodbami in določajo denarni okvir, znotraj katerega se lahko določi odškodnina. Prav tako so v njih natančno določene okoliščine, ki jih morajo sodniki upoštevati

---

<sup>58</sup> 2. odstavek 216. člena ZPP.

<sup>59</sup> II Cp 4011/2009.

<sup>60</sup> 458. člen ZPP.

<sup>61</sup> II Cp 1183/2010.

pri odločanju o višini škode (npr. starost, pričakovana življenjska doba, narava in obseg poškodbe, dolžina obdobja, ko je poškodba obstajala ...). Kljub temu velja izpostaviti, da so smernice le neka priporočila, ki so v pomoč sodnikom pri odločanju, in da določbe smernic nimajo nikakršne pravne obveze.<sup>62</sup>

Obstaja pa nevarnost, da bi sodniki te smernice pričeli uporabljati kot pravne norme in bi tako odločanje o višini škode postalo matematično opravilo, na kar je opozarjal tudi John Macdermott v uvodu k Smernicam za ugotavljanje splošne odškodnine v primerih telesnih poškodb na Severnem Irskem. Da bi se izognili temu, Macdermott izpostavlja, kako pomembno je pazljivo in preudarno uporabljati smernice. Dodatno izpostavlja, da bi bilo najboljšo, če bi se smernice uporabile le za preverbo odločitve, ki bi bila sprejeta po pazljivem premisleku, kako so te poškodbe vplivale na konkretnega posameznika. Ker pa na vsakem področju prihaja do sprememb, je potrebno tudi takšne smernice redno preverjati, če so še ustrezne.<sup>63</sup>

Iz odločb sodišč izhaja, da se sodniki pri odločanju večinoma držijo priporočil, ki izhajajo iz smernic. V zadevi *Baker v Quantum Clothing Group Limited* je Vrhovno sodišče Združenega kraljestva tožnici prisodilo 5.000 £ zaradi rahle izgube sluha in rahlega prispevka k tinitusu, kar spada v okvir odškodnine, ki ga za blažji ali občasni tinitus z manjšo izgubo sluha določajo smernice.<sup>64</sup> Sodišče za spore iz zaposlitve (Employment Tribunal) pa je v eni izmed zadev zaradi čustvene prizadetosti tožnici prisodilo 6.187 £, kar je nekje na polovici razpona, ki ga za psihično škodo določajo smernice.<sup>65</sup>

Vseeno se najdejo primeri, ko sodniki prisodijo odškodnino, ki odstopa od priporočil iz smernic. Ko je Vrhovno sodišče odločalo o primeru gospe Willmore, ki je umrla za posledicami mezotelioma (vrsta raka), ki se je razvil zaradi izpostavljenosti azbestu, je prisojena odškodnina znašala 240.000 £, čeprav smernice predvidevajo skoraj pol nižji znesek najvišje odškodnine.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> URL: <http://www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Documents/Green%20Book.pdf> (18. 9. 2017).

<sup>63</sup> URL: <http://www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Documents/Green%20Book.pdf> (18. 9. 2017), str. 5-6.

<sup>64</sup> *Baker (Respondent) v Quantum Clothing Group Limited (Appellants) and others.*

<sup>65</sup> *Hounga (Appellant) v Allen and another (Respondents).*

<sup>66</sup> *Knowsley Metropolitan Borough Council (Appellant) v Willmore (Respondent).*

Iz tega izhaja, da je določitev končnega zneska še vedno prepuščena sodnikom in njihovi oceni dokazov.

### 3.2 Avstrija

Slovenija se pogosto zgleduje po državah germanskega pravnega reda in nič drugače ni niti pri odločanju o višini škode. Kot je bilo že omenjeno, je slovenska pravna ureditev na tem področju nastala na podlagi jugoslovanske zakonodaje, ki je temeljila na avstrijski, zato ne preseneča dejstvo, da besedilo našega 216. člena ZPP najdemo tudi v 273. členu avstrijskega Zakona o pravnem postopku,<sup>67</sup> ki prav tako določa, da sodišče lahko o višini škode odloči po prostem preudarku, če se višine škode ne da ugotoviti oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami. Avstrijska določba je sicer širša od slovenske, saj, v kolikor bi se višina škode lahko ugotovila le z nesorazmernimi težavami ali pa se je celo ne da ugotoviti, omogoča, da lahko stranka pod prisego poda izjavo o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za določitev višine škode. Drugi odstavek določa uporabo prostega preudarka tudi za odločanje o temelju škode; v primeru, če gre za odločitev o enem izmed več uveljavljenih zahtevkov iste osebe, njegov del predstavlja le neznamen del glede na celoto. Za razliko od slovenskega ZPP avstrijski zakon določa še, da avstrijska sodišča lahko odločajo po prostem preudarku o temelju zahtevka tudi v posameznih primerih, ko višina zahtevka ne presega 1.000 EUR.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Zivilprozessordnung (ZPO), RGBl. Nr. 113/1895 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 7/2006.

<sup>68</sup> 273. Artikel Zivilprozessordnung (ZPO), RGBl. Nr. 113/1895 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 7/2006: »Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. Der Festsetzung des Betrages kann auch die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände vorausgehen. Sind von mehreren in derselben Klage geltend gemachten Ansprüchen einzelne, im Verhältnis zum Gesamtbetrag unbedeutende streitig und ist die vollständige Aufklärung aller für sie maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden, die zur Bedeutung der streitigen Ansprüche in keinem Verhältnisse stehen, so kann das Gericht darüber in der gleichen Weise (Absatz 1) nach freier Überzeugung entscheiden. Gleiches gilt auch für einzelne Ansprüche, wenn der begehrte Betrag jeweils 1 000 Euro nicht übersteigt.«

Kako pa se to kaže v praksi? Kje je meja, da lahko govorimo o deležu, ki glede na celoto predstavlja neznamenit del? Medtem ko avstrijska pravna teorija navaja, da lahko sodišče po prostem preudarku odloči tudi o temelju zahtevka, v kolikor je skupna vrednost ostalih zahtevkov znotraj iste tožbe večkratnik vrednosti »neznatnega dela,«<sup>69</sup> so avstrijska sodišča pri oblikovanju ustaljene sodne prakse sprejela nekaj zanimivih odločitev.

Kot izhaja že iz besedila zakonske določbe 273. člena ZPO, se tudi v praksi o višini škode odloča po prostem preudarku, če ni možno določiti njene višine ali bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami. Vrhovno sodišče je v eni izmed sodb tudi zapisalo, da to ustreza prevladujočemu mnenju, vseeno pa je treba pri odločitvi upoštevati navedbe in dokaze strank.<sup>70</sup>

Čeprav drugi odstavek 273. člena ZPO omogoča odločanje po prostem preudarku tudi o temelju zahtevka, če ta ne presega 1.000 EUR, je Vrhovno sodišče v zadevi 2R114/06i do tega zavzelo zelo strogo stališče. Pri odločanju o višini škode v prometni nesreči, kjer je bilo znano le to, da sta bili dve vozili udeleženi v prometni nesreči, v kateri sta obe vozili imeli poškodovano stransko ogledalo, je izpostavilo, da mora v primerih, kjer pritožba ni mogoča (zaradi nizkega zneska), prvostopenjsko sodišče zaradi zagotovitve poštenega sojenja postopati še posebej skrbno. Dodalo je, da v tej zadevi ni bil opravljen noben dokazni postopek, zato se pojavlja vprašanje, na čem se lahko utemelji uporaba prostega preudarka. Tudi če upoštevamo načelo ekonomičnosti postopka, je odločitev prvostopenjskega sodišča, da v sporu, kjer je zahtevek nižji od 1.000 EUR, ne izpelje posebnega dokaznega postopka, vodila do odločitve, ki je bila sprejeta brez kakršnegakoli izvedenega dokaza. Vrhovno sodišče je glede na to, da se pravica do poštenega sojenja, kot izhaja iz 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah, ne začne šele pri vrednosti zahtevka nad 1.000 EUR, sklenilo, da se takšni postopki ne bi smeli uporabljati v nobenem primeru.<sup>71</sup>

V odločbi 1Ob13/10h je Vrhovno sodišče odločalo o višini škode, ki je tožniku nastala ob odvzetju prostosti in uveljavljanju svojih pravic pred Sodiščem za človekove pravice. Pri

---

<sup>69</sup> Betetto (2007), Predvidene novosti v ZPP glede dokaznega postopka, Podjetje in delo, str. 1069 – 1070.

<sup>70</sup> TE OGH 2002/4/30 1Ob307/01f (1Ob43/02h).

<sup>71</sup> TE OGH 2006/5/11 2R114/06i.

odločanju o tem, kakšni stroški in posledično kakšna škoda mu je nastala s postopkom v Strasbourgu, je med odločanjem zapisalo, da del zneska, ki znaša okrog 850 EUR, predstavlja neznamen del glede na višino celotnega zahtevka, ki je 11.445,44 EUR.<sup>72</sup>

Sodišča poudarjajo, da je pravilnost uporabe prostega preudarka odvisna od okoliščin vsakega posameznega primera in tega ne gre posploševati<sup>73</sup>, saj takšne ugotovitve običajno nimajo nobenega nadaljnjege pomena in je vsakokrat potrebno upoštevati značilnosti posamičnega primera.<sup>74</sup> Pri tem mora sodnik odločati po svojem najboljšem znanju, na podlagi življenjskih izkušenj in sprejeti odločitev kot rezultat celotnega postopka.<sup>75</sup> Skladno z ustaljeno sodno prakso je avstrijsko Vrhovno sodišče v sodbi 1Ob16/09y izpostavilo, da gre pri odločitvi, ali bo sodnik uporabil določbo 273. člena ZPO, za postopkovno odločitev.<sup>76</sup> V primeru napačne uporabe ali zavrnitve te določbe se to lahko uveljavlja v pritožbi (v kolikor predmet sodbe presega vrednost 2.700 EUR), ni pa tega možno izpodbijati pred Vrhovnim sodiščem v revizijskem postopku.<sup>77</sup>

### 3.3 Nemčija

Tudi nemška zakonodaja, podobno kot avstrijska, pozna odločanje o višini škode po prostem preudarku. V 2. odstavku 287. člena ZPO<sup>78</sup> najdemo določbo, ki je po vsebini podobna 1. odstavku 216. člena slovenskega ZPP, in sicer v kolikor je višina zahtevka sporna, njeno

---

<sup>72</sup> TE OGH 2010/3/9 1Ob13/10h.

<sup>73</sup> TE OGH 2008/12/17 9ObA96/08w.

<sup>74</sup> TE OGH 2009/4/1 9ObA173/08v.

<sup>75</sup> TE OGH 2007/3/8 7Ob42/07p.

<sup>76</sup> TE OGH 2009/5/5 1Ob16/09y.

<sup>77</sup> TE OGH 2010/2/18 6Ob237/09k.

<sup>78</sup> 287. Artikel Zivilprozessordnung: »(1) 1Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. 2Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. 3Das Gericht kann den Beweisführer über den Schaden oder das Interesse vernehmen; die Vorschriften des § 452 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend.

(2) Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1, 2 sind bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen.«

dokazovanje pa bi bilo povezano z nesorazmernimi težavami glede na pomen zahtevka, lahko sodišče, po presoji vseh dejstev, odloči po prostem preudarku.<sup>79</sup>

Ocena višine konkretnega zneska je zlasti v rokah prvostopenjskega sodnika, v kolikor ta pravilno uporabi pravna načela glede ocenjevanja škode, ključne dejavnike ocenjevanja, svojo odločitev utemelji na pravih standardih in upošteva pomembne trditve strank, kot je to poudarilo nemško Zvezno sodišče. Revizijsko sodišče lahko preverja le pravilno uporabo prej navedenih načel in standardov.<sup>80</sup> Sodnik pri odločanju o višini škode tudi ni vezan na dokazne predloge strank, v kolikor oceni, da predlogi stranke ne dajejo zadostne podlage za odločitev. Tako se je nemško okrožno sodišče pri določanju višine škode namesto na predloge stranke oprlo na določbe Zakona o plačilu strokovnjakov, tolmačk, tolmačev, prevajalcev in nadomestilu častnim sodnicam, častnim sodnikom, pričam in tretjim osebam,<sup>81</sup> ustreznost česar je potrdilo tudi Zvezno ustavno sodišče.<sup>82</sup> Pri tem je treba paziti, da se pri odločanju upošteva vsak posamezen primer in da so razvidni povezovalni dejavniki, saj odločitev ne sme biti povsem abstraktna.<sup>83</sup>

Kot je bilo že omenjeno, so sodniki namreč pri odločanju o višini škode po prostem preudarku samostojni glede odločitve za izvedbo dokazov.<sup>84</sup> Pogosto se sicer zgodi, da se sodišče pri tem opre na dosedanjo sodno prakso.<sup>85</sup> Vseeno Zvezno sodišče opozarja, da je potrebno biti pri uporabi 287. člena ZPO previden, saj to pravilo ne nadomesti dolžnosti strank zagotoviti dokaze, na katere opirajo svoj zahtevek,<sup>86</sup> gre namreč le za znižanje standarda gotovosti in olajšanja

---

<sup>79</sup>Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 11 Absatz 15 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

<sup>80</sup>VI ZR 90/17.

<sup>81</sup>Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten.

<sup>82</sup>BvR 2157/15.

<sup>83</sup>VI ZR 357/13.

<sup>84</sup>VI ZR 316/11.

<sup>85</sup>W 37/12.

<sup>86</sup>VI ZR 530/16.

postopka, saj zadošča že verjetnost, nima pa to nobenega vpliva na porazdelitev dokaznega bremena za sprejem sodne odločbe.<sup>87</sup>

#### **4 VPLIV PRAVNE NARAVE DOLOČBE O ODLOČANJU PO PROSTEM PRUDARKU NA MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO**

Pravna narava določbe o odločanju po prostem preudarku je pomembna tudi za mednarodno zasebno pravo. V mednarodnem zasebnem pravu so namreč pravila o določanju pristojnosti ter pravila o pravu, ki se uporablja, povsem ločena. Predpisi določajo, da pristojno sodišče uporabi procesno pravo svoje države, saj bi drugače lahko prišlo do zapletov glede tega, kdo in kako opravlja določena dejanja. Kolizijska pravila (pravila, ki določajo, katero pravo se uporabi za odločitve) so neodvisna od teh pravil. Skladno s tem se lahko zgodi, da se uporabita različno procesno in materialno pravo pri odločanju o zadevi. Tako lahko sodišče, ki odloča, pri odločanju uporablja procesne predpise svoje države, odločiti pa mora po materialnem pravu neke druge države.

Prav od utemeljitve, ali gre pri odločanju po prostem preudarku za uporabo pravil materialnega ali procesnega prava, je odvisno, ali bo lahko sodišče pri odločanju v razmerjih z mednarodnim elementom uporabilo ta način odločanja. Naš Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku<sup>88</sup> namreč določa, da v kolikor stranki nimata drugačnega dogovora, oziroma tega vprašanja ne rešuje kateri drugi predpis ali mednarodna pogodba, se pristojnost sodišča in uporaba materialnega prava določi skladno z določbami tega zakona. V kolikor zavzamemo stališče, ki ga večinsko podpira slovenska sodna praksa, da gre pri odločanju po prostem preudarku za uporabo pravil materialnega prava, se lahko uporabi tudi pravo druge države, kot je tista, v kateri ima sedež odločujoče sodišče. Če pa štejemo odločanje po prostem preudarku za uporabo pravil procesnega prava, vidimo, da ZMZPP določa, da sodišče odloča po lastnem procesnem pravu. Tako lahko stališče, kakšno pravno naravo pripisujemo določbi o odločanju po

---

<sup>87</sup> 5 AZR 168/16.

<sup>88</sup> Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP) Ur.l. RS, št. 56/99 in 45/08 – ZArbit.

prostem preudarku, vpliva na dejstvo, ali se bo v sporu z mednarodnim elementom odločanje o višini škode po prostem preudarku lahko izvedlo ali ne.

## 5 TREND RAZVOJA IN MOŽNOSTI ZA RAZVOJ V SLOVENSKEM PRAVU

Glede na dosedanji razvoj odločanja o višini škode, ko se slednje ne da natančno določiti oziroma je to povezano z nesorazmernimi težavami, je razvidno, da je trend razvoja šel v smeri olajšanja dokazovanja stranki, ki je postavila zahtevek. Skozi rešitve, ki so bile predstavljene v prejšnjih poglavjih, je bilo stranki omogočeno, da pride do odškodnine, četudi ne more natančno dokazati višine nastale škode. Na začetku so bili vpeljani instituti, na podlagi katerih je sodnik lahko odločil o višini škode, tudi če ni bila natančno dokazana, pogoj je bil le, da je stranka uspela dokazati temelj zahtevka, torej da ji je škoda dejansko nastala. Z nadaljnjim razvojem in težnjo po hitrejših postopkih in večji ekonomičnosti, se je uporaba teh določb širila še na primere, ko bi se višino škode sicer dalo dokazati, vendar bi bilo to povezano z nesorazmernimi stroški,<sup>89</sup> zatem pa v nekaterih pravnih redih še na odločanje o temelju zahtevka, z omejitvijo, da gre lahko le za neznamen del zahtevka. Ponekod je šel razvoj še dlje, tako da je olajšano dokazovanje višine škode tudi za celoten zahtevek, v kolikor ta ne presega določenega zneska.<sup>90</sup>

Kot je bilo že omenjeno, se slovenska zakonodaja na tem področju zelo zgleduje po avstrijski ureditvi, vendar pa ima Slovenija kljub temu še prostor za razvoj tega področja. Čeprav se je že s tem, ko je bil z novelo ZPP-D dodan 2. odstavek 216. člena ZPP in s tem možnost odločanja po prostem preudarku tudi glede temelja zahtevka ob izpolnjevanju ostalih pogojev, olajšalo odločanje in predvsem dalo možnost za pospešitev sodnih postopkov ter hkrati tudi poskrbelo za večjo ekonomičnost, to vseeno ne prinaša končnih odgovorov na vse dileme odločanja o višini škode.

---

<sup>89</sup>Wedam Lukić v: Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukić, Zobec (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen), str. 396-400.

<sup>90</sup> 273. Artikel Zivilprozessordnung (ZPO), RGBl. Nr. 113/1895 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 7/2006.

Včasih kljub pooblastilu za odločanje o višini škode po prostem preudarku, sodnik nima dovolj dokazov oziroma podatkov, ki bi ga lahko usmerili k odločitvi. Tako ni nujno, da bo končna odločitev blizu pravilni odločitvi. V takšnih primerih bi bilo tudi v našem pravnem redu koristno poznati institut prisege, kot ga na primer poznajo v Avstriji. Tako bi lahko stranka, ki uveljavlja zahtevek, sama navedla pomembna dejstva in okoliščine za določitev višine škode, ki ji je nastala, s prisego pa bi bila zavezana h govorjenju resnice. Tudi ta rešitev ima svoje slabosti. Lahko se zgodi, da tudi stranka sama ne pozna okoliščin, ki bi vplivale na višino škode, ali pa kljub prisegi, ne govori resnice, kar je praktično nemogoče preveriti. Zanašanje na moralnost posameznikov pa ni nujno najboljša možnost.

Ker je v slovenskem prostoru veliko govora o dolgih sodnih postopkih, je bilo v zadnjem času eno izmed vodil pri pripravljanju sprememb zakonodaje pospešitev sodnih postopkov. Nekaj sprememb v tej smeri je, kot smo že videli, prinesla novela ZPP-D, a glede na ostale pravne rede, tudi pri nas še obstaja možnost nadaljnjega razvoja. Prav tako bi po avstrijskem zgledu lahko določili neko vrednost zahtevka, do katere bi lahko tudi o temelju odločali po prostem preudarku. Tako bi sledili ostalim spremembam v ZPP, ki so precej poenostavile in skrajšale postopke v sporih majhne vrednosti. Izpostaviti velja izkušnje avstrijskih sodišč glede nevarnosti, da bi to pooblastilo vplivalo na neizvajanje dokazov. Dogaja se namreč, da sodniki na podlagi tega pooblastila dajejo preveliko prednost odločanju po prostem preudarku in včasih sploh ne izvedejo dokaznega postopka.

Možnost nadaljnjega razvoja instituta ni le v uvajanju novih možnosti za odločanje po prostem preudarku, ampak tudi način uporabe sedanjih možnosti. To se samo po sebi izpostavi pri 2. odstavku 216. člena ZPP, saj vsebuje nedoločno opredeljen pojem »neznatni del«. Vprašanje je, kaj predstavlja neznatni del? Sedaj se namreč pojavljajo primeri, ko je sodišče odločilo po prostem preudarku o temelju zahtevka, ki je predstavljal kar četrtno celotnega zahtevka. Oblikovati bo potrebno enotno stališče, kaj pomeni neznatni del. Je to omejeno le z deležem od celote ali tudi zneskovno, glede na vrednost? To je zagotovo eno izmed vprašanj, na katerega bo morala odgovor podati sodna praksa, ki se bo izoblikovala ob uporabi te določbe. Čeprav pri nas sodna praksa ni zavezujoč pravni vir, se prav v takšnih negotovih položajih sodniki, tako pri nas kot tudi v tujini, pogosto sklicujejo na že obstoječe sodne odločbe.

Ena izmed možnosti za boljšo ureditev tega vprašanja bi bila tudi uvedba smernic, kot jih poznajo na primer v Združenem kraljestvu Velike Britanije in Severne Irske, saj bi sodniki tako dobili neke okvirne vrednosti, znotraj katerih bi ob upoštevanju konkretnih okoliščin določili višino škode. V odločbah slovenskih in nemških sodišč se že sedaj večkrat pojavlja sklicevanje na kakšna priporočila ali druge predpise, ki sodniku služijo ali za usmeritev pri odločanju o višini škode po prostem preudarku ali za kontrolo odločitve. Pri pripravi takšnih smernic bi morali sodelovati strokovnjaki in poskrbeti, da bi bile prilagojene našemu pravnemu redu in standardu, saj so razlike tako velike, da se ne da le prepisati smernic drugih držav. Seveda pa bi, tako kot v državah s precedenčnim sistemom, obstajala nevarnost, da bi se te smernice pričele uporabljati kot pravne norme, kar pa niso, zaradi česar bi bil potreben ustrezen nadzor.

## **6 SKLEP**

Odločanje o višini škode je od svojih začetkov doživelo velik razvoj. V primerih, ko tožnik dokaže, da mu je nastala škoda, njene točne višine pa ne more dokazati, ne bi bilo pravično, da ostane brez kakršnekoli odškodnine. Tako se je v luči načela sorazmernosti uveljavil nižji dokazni standard in s tem odločanje o višini škode po prostem preudarku. Po začetnih dilemah lahko rečemo, da se je v Sloveniji uveljavilo stališče, da gre pri tem za odločanje o dejanskem vprašanju. Ob že skoraj pregovorno dolgih sodnih postopkih in zaostankih ter vse bolj uveljavljenem načelu ekonomičnosti se je uporaba odločanja po prostem preudarku z odločanja o višini škode, v kolikor gre za neznamen del celotnega zahtevka in bi odločanje o tem bilo preveč zamudno ali bi prinašalo nesorazmerno visoke stroške, preselila tudi na odločanje o temelju zahtevka.

Zakonska ureditev je precej splošna in pušča odprte številne dileme, ki jih z vzpostavljanjem enotne sodne prakse rešuje sodna veja oblasti. Sodišča so v obrazložitvah svojih sodnih odločb pojasnila, da morajo kljub odločanju o višini škode po prostem preudarku, stranke predložiti vse razpoložljive in potrebne dokaze, saj uporaba prostega preudarka ni nadomestek za dolžnost strank predlagati dokazno gradivo. Stranke morajo, kolikor je to možno, dovolj določno

opredeliti škodo, ne morejo uporabljati zgolj pavšalnih navedb. Sodišče lahko po prostem preudarku odloči šele v primeru, če se na drug način ne da določiti višine škode, ali pa bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami. Navkljub uporabi prostega preudarka ne sme iti za samovoljno odločitev, ampak mora le-ta biti takšna, da se jo da preizkusiti. Tudi v drugih državah, kjer je uveljavljeno odločanje o višini škode po prostem preudarku, opozarjajo na pomembnost dejanskih okoliščin vsakega posameznega primera in da odločitev ne gre posploševati na vse primere odločanja o višini škode. Prav tako je, izhajajoč iz nemške sodne prakse, zelo pomembna vloga prvostopenjskega sodnika, saj pozneje ni več mogoče preverjati vseh vidikov odločitve na prvi stopnji. Možnost odločanja o višini škode po prostem preudarku se je tako v Sloveniji kot tudi v Avstriji izkazala za posebej uporabno pri sporih, ki izhajajo iz prometnih nesreč. Pogosto je namreč zelo težko ugotoviti konkretne okoliščine dogodka in doprinos posameznikov k nastali škodi, sploh če je udeleženi več vozil.

Če je sodna praksa že kar enotna glede uporabe prostega preudarka pri odločanju o višini škode po 1. odstavku 216. člena ZPP, pa je do sedaj precej manj odločitev, ki bi začrtale ožje okvire uporabi pozneje dodanega 2. odstavka. Neznaten del je namreč nedoločen pojem, katerega obseg se bo oblikoval šele sčasoma skozi sodno prakso. Za enkrat si lahko pomagamo s stališčem, ki se je uveljavilo v Avstriji, ki ima identično določbo, kot je naš 2. odstavek. Avstrijska pravna teorija trdi, da mora preostali del zahtevka biti večkratnik vrednosti dela, o katerem sodišče odloča po prostem preudarku. V njihovi sodni praksi najdemo primer, kjer je neznaten del znašal slabo trinajstino zahtevka. Tu je opazna razlika s slovenskim primerom, kjer je bil za neznaten del razglašen znesek v višini dobre četrte zahtevka, kar je mogoče preveč široka razlaga določbe. Za konkretnejše ugotovitve bo potrebno počakati na nadaljnjo sodno prakso.

Pri odločanju o višini škode po prostem preudarku gre za institut, ki ima še možnosti za nadaljnji razvoj. Svoj delež bo zagotovo dodala sodna praksa, vedno pa obstaja možnost, da pride do novih sprememb zakonske določbe, ki bi lahko vključile še katero izmed rešitev, ki jih ponuja primerjalnopravni pogled. Glede na stanje v slovenskem sodstvu in težnjo po bolj ekonomičnih postopkih, je sčasoma, po avstrijskem vzoru, možna razširitev odločanja po prostem preudarku tudi na celoten temelj zahtevka, če le-ta ne presega določenega zneska.

## 7 LITERATURA IN VIRI

### 7.1 Literatura

1. Betetto, Nina (2007) Predvidene novosti v ZPP glede dokaznega postopka. Podjetje in delo 6-7, str. 1066-1077.
2. Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases in Northern Ireland, URL: <http://www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Documents/Green%20Book.pdf> (18. 9. 2017).
3. Kostanjevec Mirko (1998) Denarna odškodnina za duševne bolečine, povzročene z razžalitvijo dobrega imena in časti oškodovanca. Pravna praksa, št. 16-17, str. 19-20.
4. Ude, Lojze, Betetto, Nina, Galič, Aleš, Rijavec, Vesna, Wedam Lukić, Dragica, Zobec, Jan (2006) Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga (151. – 305. člen). Ljubljana: Uradni list.
5. Vrhovno sodišče Republike Slovenije (2014), III Ips 98/2013, Sodnikov informator, številka 7, stran 26.

### 7.2 Pravni viri

1. Bela knjiga o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, z dne 2. 4. 2008 (COM(2008) 165 konč.
2. Obligacijski zakonik (OZ) Ur.l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US.
3. Obligacijski zakonik (OZ) Ur.l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US.
4. Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP) *Ur.l. RS, št. 56/99 in 45/08 – ZArbit.*
5. Zakon o parničnem postopku, *Službeni list SFRJ, br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91.*
6. Zakon o pravdnem postopku (ZPP) Ur.l. RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US in 10/17.

7. Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (ZPP-D), Ur.l. RS, št. 45/08.
8. Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 11 Absatz 15 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.
9. Zivilprozessordnung, RGBl. Nr. 113/1895 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 7/2006.

### **7.3 Sodna praksa**

#### *7.3.1 Slovenija*

1. VSK sodba Cp 912/2009, z dne 12. 1. 2010.
2. VSL sodba I Cp 903/2009, z dne 3. 6. 2009.
3. VSL sodba I Cp 984/2009, z dne 15. 7. 2009.
4. VSL sodba in sklep I Cp 3702/2009, z dne 6. 1. 2010.
5. VSL sklep in sodba I Cp 964/2010, z dne 16. 6. 2010.
6. VSL sodba in sklep I Cp 2392/2013, z dne 21. 3. 2014.
7. VSL sodba I Cp 1402/2015, z dne 24. 6. 2015.
8. VSL sodba I Cp 133/2016, z dne 25. 5. 2016.
9. VSL sodba in sklep I Cp 1649/2016, z dne 11. 1. 2017.
10. VSL sodba I Cp 3192/2016, z dne 10. 5. 2017.
11. VSL sodba in sklep I Cpg 1442/2011, z dne 19. 1. 2012.
12. VSL sodba I Cpg 1238/2015, z dne 23. 3. 2016.
13. VSL sodba II Cp 4011/2009, z dne 27. 1. 2010.
14. VSL sodba II Cp 1183/2010, z dne 1. 6. 2010.
15. VSL sodba II Cp 212/2011, z dne 25. 5. 2011.
16. VSL sodba in sklep II Cp 1665/2015, z dne 2. 9. 2015.
17. VSL sodba II Cp 2117/2015, z dne 9. 12. 2015.
18. VSL sodba II Cp 2562/2015, z dne 9. 3. 2016.
19. VSL sodba II Cp 2171/2016, z dne 5. 1. 2017.

20. VSL Sodba in sklep II Cp 3358/2016, z dne 29. 8. 2017.
21. Sodba II Ips 4/2004, z dne 23. 5. 2014.
22. Sodba II Ips 1150/2008, z dne 15. 3. 2012.
23. Sodba III Ips 97/2005, z dne 4. 12. 2007.
24. Sodba III Ips 89/2011, z dne 23. 1. 2012.
25. Sodba III Ips 98/2013, z dne 23. 5. 2014.

### *7.3.2 Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske*

1. The Supreme Court, Baker (Respondent) v Quantum Clothing Group Limited (Appellants) and others, 2011.
2. The Supreme Court, Houna (Appellant) v Allen and another (Respondents), 2014.
3. The Supreme Court, Knowsley Metropolitan Borough Council (Appellant) v Willmore (Respondent), 2011.

### *7.3.3 Avstrija*

1. TE OGH 2002/4/30 1Ob307/01f (1Ob43/02h).
2. TE OGH 2006/5/11 2R114/06i.
3. TE OGH 2007/3/8 7Ob42/07p.
4. TE OGH 2008/12/17 9ObA96/08w.
5. TE OGH 2009/4/1 9ObA173/08v.
6. TE OGH 2009/5/5 1Ob16/09y.
7. TE OGH 2010/2/18 6Ob237/09k.
8. TE OGH 2010/3/9 1Ob13/10h.

### *7.3.4 Nemčija*

1. BAG, 26.10.2016 - 5 AZR 168/16.
2. BGH, Urteil vom 18. 12. 2012 – VI ZR 316/11.
3. BGH, 22.07.2014 - VI ZR 357/13.
4. BGH 6. Zivilsenat 19.09.2017 VI ZR 530/16.
5. BGH, 11.07.2017 - VI ZR 90/17.

6. BVerfG, 04.07.2017 - 2 BvR 2157/15.
7. OLG Frankfurt, 17.01.2017 - 21 W 37/12.