

SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Petar Novoselec*

1. Načelo konkretnosti u primjeni blažeg zakona

Sama okolnost da je pribavljena korist ili prouzročena šteta kao kvalifikatorna okolnost povišena s 30.000 kuna na 60.000 kuna ne čini novi zakon blažim.

**Županijski sud u Bjelovaru, Kž-84/15 od 11. lipnja 2015.
(Općinski kazneni sud u Zagrebu, Ko-526/06 od 19. siječnja 2012.)**

Činjenično stanje

Prvooptuženica kao predsjednica uprave banke i drugooptuženica kao članica te uprave isplatile su 29. travnja 1999. jednoj stranjoj tvrtki 4.790.290,25 DEM (2.449.236,51 eura), čime su podmirile dug jedne domaće pravne osobe iako to banka nije bila dužna učiniti. Na taj su način toj pravnoj osobi na štetu banke pribavile protupravnu imovinsku korist u iznosu od 18.203.102,95 kuna. Prvostupanjski sud osudio ih je zbog zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 2. KZ/97. Drugostupanjski sud djelomično je prihvatio žalbe optuženica te im je snizio kazne, dok je njihove žalbe u preostalom dijelu odbio kao neosnovane. Potvrdio je pravnu oznaku prvostupanjskog suda s obrazloženjem da KZ/11 u ovom slučaju nije blaži.

Iz obrazloženja

Dana 1. siječnja 2013. stupio je na snagu novi Kazneni zakon, zbog čega je drugostupanjski sud, poštujući načelo primjene blažeg zakona, koje je propisano u čl. 3. st. 2. KZ/11, bio dužan ocijeniti koji je zakon blaži za počinitelja. Prije svega potrebno je ispitati postoji li pravni kontinuitet u nazivu i opisu terećenog kaznenog djela i odgovoriti na pitanje može li se činjenično stanje u konkretnom slučaju podvesti pod biće nekog od kaznenih djela iz novog Kaznenog zakona. Drugostupanjski je sud utvrdio da kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju, za koje su okrivljenice proglašene krivima, ni po nazivu ni po pravnom opisu više nije propisano kao kazneno djelo. Stoga je u obzir uzeto kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ/11. ... Činjenični opis iz izreke pobijane presude

* Dr. sc. Petar Novoselec, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u mirovini

sadrži sve elemente navedenog kaznenog djela jer su okrivljenice drugoj pravnoj osobi pribavile protupravnu imovinsku korist i time svojoj pravnoj osobi, o čijim su se imovinskim interesima dužne brinuti, prouzročile štetu...

Kod primjene načela blažeg zakona ovaj je sud imao u vidu i izmjene Kaznenog zakona od 22. svibnja 2015., sadržane u Zakonu o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, koji u čl. 25. mijenja odredbu čl. 87. KZ/11 i u st. 29. tog članka propisuje da je vrijednost stvari, imovinskog prava i imovinske koristi velika ako prelazi 60.000 kn, a vrijednost imovinske koristi i štete znatna ako prelazi 60.000 kn. Tom izmjenom zakonom je, a ne više pravnim shvaćanjima Vrhovnog suda RH, određena visina znatne imovinske koristi, odnosno štete kao obilježja kaznenog djela. Ocjenjujući u tom kontekstu primjenu blažeg zakona, u konkretnom slučaju, gdje je pribavljena znatna imovinska korist u iznosu koji višestruko (tristo puta) premašuje 60.000 kn, okolnost da je KZ/11 glede tog kaznenog djela blaži od KZ/97 nije primarni kriterij za ocjenu blažeg zakona, nego je to visina kazne. Budući da je za kazneno djelo iz čl. 246. st. 2. KZ/11 propisana kazna zavora od 1 do 10 godina, a za kazneno djelo iz čl. 292. st. 2. KZ/97 kazna zatvora od 1 do 8 godina, novi Kazneni zakon nije blaži za počinitelja po propisanom maksimumu kazne, slijedom čega je pravilno primijenjen zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela.

Napomena

Navedeno pravno shvaćanje Županijskog suda u Bjelovaru u suprotnosti je s već ustaljenom praksom Vrhovnog suda, koji je u nizu odluka zaključio da samo povišenje pribavljene koristi ili prouzročene štete s 30.000 kuna na 60.000 kuna na temelju pravnog shvaćanja njegovog Kaznenog odjela o neodređenim vrijednostima u novom Kaznenom zakonu od 27. prosinca 2012. čini novi zakon blaži. To shvaćanje prihvaća Vrhovni sud ne samo kada KZ/11 za novo kazneno djelo propisuje istu kaznu nego i kada je povisuje, s tim ograničenjem da tada izrečena kazna mora biti u kaznenom okviru propisanom u KZ/97. Ovdje ćemo zanemariti okolnost da je na taj način spomenuto pravno shvaćanje bilo neosnovano izjednačeno sa zakonom jer je ono u međuvremenu novelom KZ/11 od 22. svibnja 2015. dobilo taj rang pa ćemo uzeti u obzir i sudsku praksu nastalu prije spomenute novele KZ/11.

Vrhovni sud smatra da je u slučajevima kada pribavljena korist ili prouzročena šteta premašuje 60.000 kuna zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 2. KZ/11 blaže kazneno djelo od zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97 (VSRH, I Kž-226/11; I Kž-368/14), iako je za oba kaznena djela propisana ista kazna (zatvor od jedne do deset godina); ono je tada blaže i od zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 2. KZ/97 (I Kž-265/10), iako je za potonje kazneno djelo bila propisana blaža kazna (zatvor od jedne do osam godina). Prijevara u gospodarskom poslovanju iz čl. 247. st. 2. KZ/11, za koju je propisana kazna zatvora od jedne do deset

godina, blaža je od istoimenog kaznenog djela iz čl. 293. st. 2. KZ/97, za koje je bila propisana kazna zatvora od jedne do osam godina (VSRH, I KŽ-135/14). Također je zloraba položaja i ovlasti iz čl. 291. st. 2. KZ/11, za koje je propisana kazna zatvora od jedne do dvanaest godina, blaža od istoimenog kaznenog djela iz čl. 337. st. 4. KZ/97, za koje je bila propisana kazna zatvora od jedne do deset godina (VSRH, I KŽ-1005/11, I KŽ-653/13, I KŽ-Uš 94/13 itd.).

Obrazloženje je najčešće kratko, kao npr. u odluci I KŽ-Uš 94/13 (u odnosu na „slučaj Hypo“): „Prema navedenom pravnom shvaćanju zakonsko obilježje „znatna imovinska korist“ (iz članka 291. stavak 2. KZ/11) postoji kada vrijednost imovinske koristi prelazi 60.000,00 kn. Ovako određivanje bitnog obilježja inkriminiranog djela ima za posljedicu da je odredba Kaznenog zakona iz 2011. blaža u odnosu na odredbu iz članka 337. stavak 4. KZ/97-I, za koje je pravnim shvaćanjem od 24. studenog 1997. utvrđeno da „znatna imovinska korist“ postoji kada vrijednost koristi pribavljene izvršenjem kaznenog djela prelazi 30.000,00 kn.“ Taj dio odluke podvrgao je kritici Ustavni sud RH u odluci U-III-4149/14, kojom je ukinuta navedena odluka Vrhovnog suda. Iako nije naveo kako treba riješiti pitanje primjene blažeg zakona u tom predmetu, jer njegova uloga nije „umjesto sudova tumačiti i primjenjivati pravo na konkretne slučajeve“ (točka 72), Ustavni je sud zaključio da je „odabir kaznenog zakona u konkretnom slučaju bio arbitraran“ (točka 73). Ustavni sud predbacuje Vrhovnom sudu da je „imovinski cenzus“ uzeo kao „jedini element po kojem je procijenio koji je povoljniji za podnositelja“, iako su „i jedan i drugi cenzus praktički beznačajni u usporedbi s iznosima pribavljene imovinske koristi od nekoliko milijuna kuna, kao što je to u slučaju Hypo (3.610.528,18 kuna)“ (točka 71). Upravo taj argument iznosi u ovdje razmatranoj presudi i Županijski sud u Bjelovaru (imovinska korist iznosila je 18.203.102,95 kuna, čime je tristo puta premašila zakonsku granicu).

Stajalište Županijskog suda u Bjelovaru treba prihvatiti. Ono se temelji na načelu konkretnosti pri utvrđivanju blažeg zakona, koje Vrhovni sud u opisanoj praksi krši. Blaži je zakon koji dopušta povoljniju pravnu oznaku za počinitelja u postupku koji se vodi protiv njega. To je istaknuto u čl. 2. st. 3. KZ/11, prema kojem sud mora usporediti činjenična stanja iz oba kaznena djela i tek nakon toga odlučiti koji je zakon blaži za počinitelja. Primjena blažeg zakona ne smije se temeljiti na apstraktnoj usporedbi dvaju zakona kao cjeline, ali ni njihovih pojedinačnih obilježja, što upravo čini Vrhovni sud kada se ograničava na usporedbu visine pribavljene koristi ili prouzročene štete.

Vrhovni sud brani svoju praksu tvrdnjom da povišenje pribavljene koristi ili prouzročene štete „smanjuje kriminalnu količinu kaznenog djela“ (VSRH, I KŽ-296/12). To je nedvojbeno kada se iznos pribavljene koristi ili prouzročene štete kreće između 30.000 kuna i 60.000 kuna, pa je novi zakon zaista blaži jer isključuje kvalifikatornu okolnost; stoga pribavljanje koristi u iznosu od 51.726,24 kuna, koje je u vrijeme počinjenja predstavljalo kazneno djelo iz čl.

337. st. 4. KZ/97, nakon stupanja na snagu novele KZ/11 iz 22. svibnja 2015. više ne može biti zlorporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 2. KZ/11, nego samo iz stavka 1. tog članka (tako VSRH, I Kž-345/12, ali s pozivanjem na pravno shvaćanje VSRH od 27. prosinca 2012.). No u čemu se sastoji smanjenje kriminalne količine kada iznos premašuje 60.000 kuna? Ono bi se tada moglo odnositi na težinu djela kao olakotne okolnosti važne za odmjeravanje kazne pa bi izmjena zakona utjecala na odmjeravanje kazne. To bi se moglo prihvatiti samo kada iznos neznatno premašuje 60.000 kuna pa bi, primjerice, kada iznosi 61.000 kunu, to bila olakotna okolnost za počinitelja po novom zakonu, ali ne i po starom. U takvim slučajevima nema druge nego odustati od načela alternativiteta (ili stari ili novi zakon u cijelosti) pa kazne- no djelo pravno označiti po starom zakonu, ali i novi zakon uzeti u obzir pri odmjeravanju kazne kao olakotnu okolnost. Dakako, to neće doći u obzir kada pribavljena korist ili prouzročena šteta znatno premašuju 60.000 kuna (na što je upozorio i Ustavni sud), a pogotovo ne kao u ovdje razmatranom slučaju, kada je tristo puta veća od 60.000 kuna. Takvo odstupanje od načela alternativiteta odgovara svrsi primjene blažeg zakona, koja ide za time da počinitelja u svakom pogledu stavi u povoljniji položaj. Hoće li do njega doći, zavisi od slučaja do slučaja, pa će i takva ocjena biti izraz načela konkretnosti.

2. Ubojstvo male djece. Ranjivost žrtve zbog dobi

Majka koja je svojoj kćeri staroj dvije i pol godine dala veće količine lijekova, a onda je utopila u kupaonici, počinila je teško ubojstvo ranjive osobe (čl. 111. toč. 2. KZ/11), ali ne i na podmukao način (čl. 111. toč. 1. KZ/11).

**VSRH, I Kž-238/15 od 14. srpnja 2015.
(Županijski sud u Rijeci, K-21/14)**

Činjenično stanje

Optuženica, bitno smanjeno ubrojiva zbog graničnog poremećaja ličnosti i ovisnosti o psihoaktivnim tvarima, dala je između 28. i 29. listopada 2013. svojoj dvoipolgodišnjoj kćeri veću količinu tableta (anksiolitika, neuroleptika i antipsihotika), koje je inače sama koristila, a kada je kći već bila u stanju obamrlosti, uronila joj je nos i usta u vodu. Smrt je nastupila zbog jakog otjecanja mozga izazvanog lijekovima, dok je utapanje bilo konkurirajući uzrok.

Prvostupanjskom presudom osuđena je za teško ubojstvo počinjeno na podmukao način i prema posebno ranjivoj žrtvi zbog dobi (čl. 111. toč. 1. i 2. KZ/11) te joj je izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 37 godina i

sigurnosna mjera obveznog psihijatrijskog liječenja. VSRH je djelomično prihvatio žalbu optuženice tako da je kazneno djelo pravno označio samo kao teško ubojstvo iz čl. 111. toč. 2. KZ/11 te ju je osudio na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina, dok je njezinu žalbu u preostalom dijelu i žalbu državnog odvjetnika odbio kao neosnovane.

Iz obrazloženja

U pravu je žaliteljica kada tvrdi da je ostvarena povreda kaznenog zakona, jer se u ovom konkretnom slučaju ne mogu kumulirati dva kvalifikatorna elementa teškog ubojstva, i to ubojstvo na podmukao način i ubojstvo osobe posebno ranjive zbog njezine dobi.

Prvostupanjski sud, pravilno, ističe kako podmukao način postupanja pri usmrćenju ima svoju objektivnu i subjektivnu stranu. Objektivna se komponenta ogleda u prikriivenom, potajnom postupanju, a subjektivna u himbenom ponašanju počinitelja. Upravo zbog navedenog u pravu je žaliteljica kada tvrdi da se konkretno kazneno djelo i postupanje optuženice može kvalificirati kao teško ubojstvo jedino zbog okolnosti da je žrtva posebno ranjiva zbog svoje dobi. Kći optuženice, s obzirom na svoju dob od samo dvije i pol godine, bila je posebno ranjiva zbog specifičnih okolnosti u kojima se nalazila i upravo je to dominantna kvalifikatorna okolnost tog teškog ubojstva. Odnos tako malenog djeteta prema majci zasnovan je na apsolutnom povjerenju i vezanosti uz majku. Oralno uzimanje sadržaja koje dvoipolgodišnjem djetetu daje njegova majka nema svoje temeljno ishodište u intelektualnoj sferi djeteta, nego se radi o refleksnim porivima zasnovanim na prirodnom nagonu za preživljavanjem. Stoga optuženica, kada je kćeri davala veću količinu tableta, nije postupala i nije trebala postupati prikriiveno niti se subjektivna komponenta očitavala u njenom himbenom ponašanju.

Napomena

Pravnu kvalifikaciju Vrhovnog suda valja odobriti, iako ne u cjelini i njezino obrazloženje. Pođe li se od shvaćanja prema kojem je podmuklost iskorištavanje bespomoćnosti žrtve kao posljedice njezina povjerenja, ubojstvo male djece ne može biti podmuklo jer ona još nisu sposobna shvatiti što se s njima događa, pa stoga ne mogu imati ni povjerenja u druge. To u obrazloženju potvrđuje i VSRH kada navodi da je oralno uzimanje sadržaja koji majka daje djetetu „refleksni poriv zasnovan na prirodnom nagonu za preživljavanjem“, ali pogrešno zaključuje da je zbog toga odnos djeteta prema majci bio „zasnovan na apsolutnom povjerenju“. Upravo je obrnuto: baš zato što se malo dijete rukovodi „refleksnim porivom“, ne postoji povjerenje prema majci. VSRH zapravo i ne smatra da je za podmuklost dovoljno iskorištavanje povjerenja žrtve, nego na subjektivnoj strani traži i himbenost, koju definira kao „prikriiveno

ponašanje“ (po uzoru na *Zlatarića*, Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, II. svezak, 1958, str. 73; kritički o toj koncepciji *Novoselec [ur.]*, Posebni dio kaznenog prava, 2007, str. 13). Ubojstvo male djece bit će podmuklo samo iznimno, i to kada počinitelj iskoristi povjerenje osoba koje su mu dijete povjebile, npr. kada sluga koji spava u istom stanu ubije trogodišnjeg sina njegovog gazde na spavanju dok su ukućani bili odsutni (VSRH, I KŽ-949/90; Pregled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti, br. 52, str. 137).

S pravom su prvo- i drugostupanjski sud kazneno djelo optuženice označili kao teško ubojstvo ranjive osobe (čl. 111. toč. 2. KZ/11), iako je u tom dijelu izostalo potanje obrazloženje. Sudovi ne obrazlažu zašto je dijete u ovom slučaju ranjiva osoba. Kako uopće definirati taj pojam? Zakonski se tekst ograničava na uzročnu vezu s dobi, težim tjelesnim smetnjama i trudnoćom, ali odgovor na pitanje u čemu se sastoji ranjivost ostavlja kaznenopravnoj znanosti i sudskoj praksi. Taj pojam preuzet je iz anglosaksonskog prava, dok je nepoznat u europskom kontinentalnom pravu, pa ne pomaže uvid u nama bliska zakonodavstva. Jedino je uporište Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja, koja u čl. 18. st. 1. nalaže državama potpisnicama da kažnjavaju „čin kojim se zloupotrebljava posebno ranjiva situacija zbog mentalne ili fizičke slabosti ili položaja zavisnosti“.

Pod pojmom ranjive osobe treba obuhvatiti bespomoćnu žrtvu, tj. žrtvu koja se ne može braniti od napada na zaštićeno pravno dobro (život, tijelo i spolnu slobodu) ili joj je mogućnost obrane u velikoj mjeri ograničena. To vrijedi za sva kaznena djela u kojima je ranjivost žrtve kvalifikatorna okolnost. No kada su žrtve ubojstva djeca, ranjivima treba tretirati samo malu djecu jer ona ne mogu imati povjerenja u druge, što isključuje ubojstvo na podmukao način. Pritom se postavlja pitanje kako odrediti pojam male djece. Kao granica mogla bi se načelno uzeti starost tri godine, do koje njemačka judikatura isključuje ubojstvo djece na podmukao način (usp. *Schneider*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2. Aufl., München 2012, § 211, rubni br. 169). No da bi ubojstvo male djece kao ranjivih osoba bilo teško ubojstvo, počinitelj mora takvo njihovo stanje iskoristiti za ubojstvo. Otud slijedi da kod ubojstva male djece nije moguća kumulacija kvalifikatornih okolnosti teškog ubojstva iz članka 211. toč. 1. i 2. KZ/11: ubojstvo malog djeteta bit će samo ubojstvo ranjive osobe (uz uvjet da je počinitelj iskoristio bespomoćnost djeteta), a ubojstvo djeteta koje više nije malo samo ubojstvo na podmukao način (uz uvjet da počinitelj iskorištava povjerenje djeteta). Ako bi se svako dijete, bez obzira na uzrast, smatralo ranjivom osobom, vraćali bismo se na rješenje iz čl. 91. toč. 1. KZ/97, prema kojem je usmrćenje svakog djeteta ili maloljetne osobe predstavljalo teško ubojstvo, a što se u novom Kaznenom zakonu upravo htjelo izbjeći tako da se teško ubojstvo ograniči na ranjivo dijete (v. Prijedlog Kaznenog zakona s

obrazloženjem, P.Z.E. 866/11, str. 170, reproducirano i u knjizi *Turković i dr.*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013, str. 164).

Takvo tumačenje ranjivosti žrtve zbog dobi treba ograničiti na teško ubojstvo i ne proširivati ga na druga kaznena djela u kojima se pojavljuje kao obilježje (članci 117. st. 2., 118. st. 2., 119. st. 2., 154. st. 2., 156. st. 1. i 166. st. 2. KZ/11). U svim tim kaznenim djelima moguće je ekstenzivnije tumačenje ranjivosti žrtve zbog dobi jer njihova bića ne obuhvaćaju podmukao način izvršenja kao obilježje koje bi obuhvatilo djecu koja nisu mala.

Pođe li se od takva tumačenja teškog ubojstva, valja prihvatiti stajalište Vrhovnog suda u ovdje razmatranom slučaju. Optuženica je iskoristila bespomoćnost malog djeteta i stoga ranjivog zbog dobi, ali ga nije ubila na podmukao način jer ono još nije bilo sposobno izraziti povjerenje prema majci. Međutim, ne može se prihvatiti stajalište Vrhovnog suda prema kojem je „notorno da su djeca starosti osam i devet godina izuzetno psihički i fizički osjetljiva te se zbog svoje niske životne dobi imaju smatrati posebno ranjivim žrtvama“ (presuda VSRH, I Kž-360/14, potvrđena presudom III Kž-2/15). U tom je slučaju počinitelj, pucajući iz automatske puške na automobil u kojem su se nalazila i navedena djeca, osuđen u odnosu na njih za dva pokušaja teškog ubojstva iz čl. 111. toč. 2. KZ/11, iako se ne vidi čime je iskoristio njihovu „ranjivost“ (ona su bila u istom položaju kao i dvije odrasle osobe koje je počinitelj usmrtio i koje su bile njegova meta, pa su bila jednako bespomoćna kao i te osobe).

3. Odnos klevete i teškog sramoćenja

Ako nije dokazana neistinitost činjeničnih tvrdnja koje mogu škoditi časti ili ugledu privatnog tužitelja, sud će okrivljenika osloboditi optužbe jer nije dokazano da je počinio kazneno djelo klevete.

**Županijski sud u Zagrebu, Kž-129/15 od 10. ožujka 2015.
(Općinski kazneni sud u Zagrebu, K-67/14)**

Činjenično stanje

Protiv okrivljenice privatna je tužiteljica podnijela tužbu da je 28. listopada 2013. pred njom i još jednom osobom iznijela neistinitu činjeničnu tvrdnju koja je mogla škoditi njezinoj časti i ugledu i time počinila klevetu iz čl. 149. st. 1. KZ/11. Prvostupanjski je sud okrivljenicu na temelju čl. 453. toč. 3. ZKP oslobodio optužbe s obrazloženjem da „iskaz privatne tužiteljice nalazi istinitim“ (okrivljenica je poricala da je iznijela tvrdnju koja joj je bila stavljena na teret). Drugostupanjski je sud žalbu privatne tužiteljice odbio kao neosnovanu.

Iz obrazloženja

Kako žalbenim navodima privatne tužiteljice nije dovedena u sumnju pravilnost odluke prvostupanjskog suda o donošenju oslobađajuće presude u odnosu na okrivljenicu primjenom procesnopravnog načela *in dubio pro reo* i razlozi koje je sud za takvu svoju odluku naveo, budući da nije dokazana neistinitost inkriminiranih činjeničnih tvrdnja (dakle nije dokazan ni bitan element kaznenog djela iznošenja i pronošenja činjenica), uz to i sa sviješću da su one neistinite, ... presuđeno je kao u izreci.

Napomena

Situacija nastala u ovom primjeru pojavljuje se često u sudskoj praksi. Privatni tužitelji podižu tužbe zbog klevete i kad ne mogu dokazati neistinitost okrivljenikove tvrdnje ili njegovo znanje da je tvrdnja neistinita jer misle (pogrešno) da im osuda za teško sramoćenje neće pružiti punu satisfakciju. Međutim, sud nije vezan takvom pravnom oznakom. On mora ispitati i jesu li ostvarena sva obilježja teškog sramoćenja. Stoga pravno stajalište sažeto u uvodnoj sentenci zahtijeva dopunu. Pošto utvrdi da nije dokazana neistinitost činjenične tvrdnje, sud će donijeti oslobađajuću presudu samo ako nisu ostvarena i obilježja teškog sramoćenja.

Drugostupanjski sud s pravom isključuje klevetu jer nije dokazana neistinitost tvrdnje. Međutim, time nije isključeno sramoćenje (u vrijeme donošenja presude još nije bio na snazi naziv „teško sramoćenje“) jer ono u svom biću ne sadrži neistinitost tvrdnje; da bi postojalo sramoćenje, dovoljno je da počinitelj iznese ili prenese činjeničnu tvrdnju koja može škoditi časti ili ugledu drugoga. Okolnost da kleveta nije bila dokazana nije isključivala dužnost suda da provjeri obuhvaća li činjenični opis djela sramoćenje; pritom ništa ne mijenja na stvari što je činjenični opis prema privatnoj tužbi obuhvaćao i iznošenje *neistinite* činjenične tvrdnje jer je sud neistinitost mogao ispustiti (prema ustaljenoj praksi sud u tom slučaju ne povređuje identitet optužbe i presude). Sud nije vezan za prijedloge tužitelja o pravnoj ocjeni djela uz uvjet da pritom optuženika ne osudi za teže kazneno djelo (čl. 449. st. 2. ZKP-a); potonji je uvjet u ovom slučaju ispunjen jer je sramoćenje blaže kazneno djelo od klevete. Prema tome, drugostupanjski je sud bio dužan ukinuti presudu i naložiti prvostupanjskom sudu da ispita je li okrivljenica počinila kazneno djelo sramoćenja.

Moglo bi se postaviti pitanje nije li prvostupanjski sud eliminirao i sramoćenje kada je naveo da „iskaz privatne tužiteljice nalazi istinitim“. Nije li na taj način utvrdio ne samo da neistinitost tvrdnje nije dokazana nego i više od toga, da je dokazana istinitost tvrdnje? Dokaz istine ne isključuje samo klevetu nego i sramoćenje (čl. 148. st. 3. KZ/11). No kako dokaz istine

isključuje protupravnost sramoćenja, pravna osnova za oslobađajuću presudu za sramoćenje u tom je slučaju odredba čl. 453. toč. 1. ZKP-a, tj. da djelo za koje se optužuje po zakonu nije kazneno djelo. Pozivanje prvostupanjskog suda na čl. 453. toč. 3. ZKP-a (djelo nije dokazano) u oslobađajućoj presudi primjereno je kada je posrijedi kleveta, ali ne i sramoćenje: ako neistinitost nije dokazana, nema klevete, ali je i dalje moguće sramoćenje. Da je pitanje sramoćenja ostalo otvoreno, proizlazi i iz okolnosti da se u obrazloženju drugostupanjske presude više ne spominje dokaz istinitosti tvrdnje, što znači da se ne zna je li tvrdnja istinita ili nije, a to je upravo situacija karakteristična za sramoćenje.