



Predmet br.: X-KRŽ-09/847

Datum: Donesena 14.6.2011. godine
Otpremljena 11.7.2011. godine

Vijeće u sastavu: sudija Azra Miletić, predsjednica vijeća
sudija Tihomir Lukes, izvjestilac
sudija Carol Peralta, član

TUŽILAŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE
protiv
ĆERIMA NOVALIĆA

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Sanja Jukić

Branilac optuženog:

Ismet Mehić

PRESUDA.....	3
OBRAZLOŽENJE.....	4
I. TOK POSTUPKA	4
A. PRVOSTEPENA PESUDA	4
B. ŽALBE	4
II. OPŠTA PITANJA.....	5
III. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BIH: BITNE POVREDE	
ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA	6
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	6
B. ŽALBA BRANIOCA OPTUŽENOG ČERIMA NOVALIĆA.....	7
1. Podosnov prvi: Član 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH - Odbrana smatra da je povrijeđeno pravo na odbranu.....	7
2. Podosnov drugi: Član 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH: Odbrana smatra da se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda	11
IV. OSNOVI ZA ŽALBU PREMA ČLANU 299. ZKP BIH: POGREŠNO ILI	
NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE	12
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	12
B. ŽALBA BRANIOCA OPTUŽENOG ČERIMA NOVALIĆA	13
1. Podosnov prvi: Neposredna saznanja o krivičnom djelu.....	13
2. Podosnov drugi: Identitet počinioca	15
3. Podosnov treći: Kontradiktorni iskazi oštećene.....	18
V. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH: POVREDE	
KRIVIČNOG ZAKONA	20
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	20
B. ŽALBA BRANIOCA OPTUŽENOG ČERIMA NOVALIĆA	21
VI. ODLUKA O KRIVIČNO-PRAVNOJ SANKCIJI.....	23
A. STANDARDI ODLUČIVANJA U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BiH	23
B. ŽALBA TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE.....	24
VII. PRITVOR.....	27

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja sastavljenom od sudija Azre Miletić, kao predsjednice vijeća, te sudija Tihomira Lukeša i Carola Peralte, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravnog savjetnika-asistenta Neire Kožo u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Ćerima Novalića, zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 180. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, odlučujući po žalbama Tužilaštva Bosne i Hercegovine, branioca optuženog Ćerima Novalića, advokata Ismeta Mehića i optuženog Ćerima Novalića lično, izjavljenim protiv - presude ovog Suda broj: X-KR-09/847 od 21.5.2010. godine, nakon održane sjednice vijeća, u prisustvu tužioca Tužilaštva BiH, Sanje Jukić, optuženog Ćerima Novalića i njegovog branioca Ismeta Mehića, dana 14.6.2011. godine donio je slijedeću

PRESUDU

Uvažava se žalba Tužilaštva Bosne i Hercegovine i djelimično žalba branioca optuženog Ćerima Novalića, pa se presuda Suda Bosne i Hercegovine, broj: X-KR-09/847 od 21.5.2010. godine, **p r e i n a ĉ a v a** u pogledu primjene krivičnog zakona na način da se djelo za koje je optuženi Ćerim Novalić oglašen krivim, pravno kvalifikuje kao krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (KZ SFRJ) koji je preuzet na osnovu Zakona o primjeni Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona SFRJ, te u pogledu odluke o kazni, tako da se optuženi, na osnovu navedenog zakonskog propisa, te članova 38. i 41. KZ SFRJ osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od 8 (osam) godina i 6 (šest) mjeseci.

Na osnovu člana 50. KZ SFRJ optuženom se u izrečenu kaznu zatvora uračunava vrijeme provedeno u pritvoru počev od 21.5.2010. godine, pa do upućivanja na izdržavanje kazne po ovoj presudi.

U ostalom dijelu prvostepena presuda ostaje neizmijenjena.

OBRAZLOŽENJE

I. TOK POSTUPKA

A. PRVOSTEPENA PRESUDA

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH) broj:X-KR-09/847 od 21.5.2010. godine, optuženi Ćerim Novalić oglašen je krivim da je, na način opisan u tački I izreke presude, počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 180. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH).
2. Na osnovu odredaba članova 39., 42., 48., 49. i 50. KZ BiH, sud je optuženog Ćerima Novalića osudio na kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina.
3. U skladu sa odredbom člana 188. stav 4. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH) optuženi je u cijelosti oslobođen od dužnosti naknade troškova krivičnog postupka, tako da isti padaju na teret budžetskih sredstava.
4. U skladu sa članom 198. stav 2. ZKP BiH oštećena Borka Šaran je sa imovinsko-pravnim zahtjevom upućena na parnicu.

B. ŽALBE

5. Žalbu na prvostepenu presudu je izjavilo Tužilaštvo Bosne i Hercegovine (Tužilaštvo BiH), zbog odluke o krivično-pravnoj sankciji, sa prijedlogom da se optuženom Ćerimu Novaliću izrekne kazna u dužem trajanju.
6. Protiv navedene presude, žalbu je izjavio branilac optuženog, advokat Ismet Mehić, zbog: bitne povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, povrede krivičnog zakona i odluke o krivično-pravnoj sankciji, sa prijedlogom da vijeće Apelacionog odjeljenja, pobijanu presudu preinači tako što će optuženog osloboditi optužbe ili da pobijanu presudu ukine i odredi održavanje pretresa pred Apelacionim vijećem, uz izvođenje dokaza optužbe i odbrane i nakon toga donese oslobađajuću presudu.
7. Žalbu je također izjavio i optuženi Ćerim Novalić, lično, i to zbog: bitne povrede odredaba krivičnog postupka (član 296. tačka a) i član 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH), pogrešno i nepotpuno

utvrđenog činjeničnog stanja (član 296. tačka c) i član 299. stav 1) ZKP BiH), povrede materijanog propisa (član 296. tačka b) i člana 298. tačka d) ZKP BiH), zbog kršenja člana 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLP), te člana 5., 6. i 7., kao i člana 14. - zabrana diskriminacije, zbog povrede člana II/3 d) Ustava Bosne i Hercegovine, sa prijedlogom da Apelaciono vijeće žalbu prihvati, poništi presudu i predmet vrati na ponovno suđenje.

8. Apelaciono vijeće napominje da je u žalbi optuženog izostalo obrazloženje kojim potkrepljuje osnovanost naprijed navedenih prigovora.

9. Branilac optuženog Ćerima Novalića, advokat Ismet Mehić, dostavio je odgovor na žalbu tužilaštva, u kojem predlaže da se ista odbije kao neosnovana.

10. Tužilaštvo BiH je dostavilo odgovor na žalbu branioca, u kojem predlaže da Apelaciono odjeljenje Suda BiH potvrdi prvostepenu presudu.

11. Na sjednici vijeća održanoj dana 14.6.2011. godine, u smislu člana 304. ZKP BiH, stranke i branioci su ostali kod pismeno iznijetih žalbenih prigovora i razloga.

12. Branilac optuženog je pored toga istakao da, ukoliko žalba odbrane bude uvažena, pobijana presuda ukinuta i određeno održavanje pretresa pred Apelacionim vijećem, odbrana ima namjeru pozvati svjedoka Osmana Novalića da dopuni svoj iskaz, kao i Nedima Mangića, istražitelja iz Konjica, na okolnost da je silovanje počinila druga osoba iz Konjica.

II. OPŠTA PITANJA

13. Prije obrazloženja za svaki istaknuti žalbeni prigovor, Apelaciono vijeće napominje da je obaveza žalioca da u skladu sa odredbom iz člana 295. stav 1. tačke b) i c) ZKP BiH, u žalbi navede kako pravni osnov za pobijanje presude, tako i obrazloženje kojim potkrepljuje osnovanost istaknutog prigovora.

14. Budući da Apelaciono vijeće na osnovu odredbe iz člana 306. ZKP BiH presudu ispituje samo u granicama žalbenih navoda, obaveza je podnosioca žalbe da žalbu sastavi tako da ista može poslužiti kao osnova za ispitivanje presude.

15. U tom smislu, podnosilac žalbe mora konkretizovati žalbene osnove iz kojih pobija presudu, precizirati koji dio presude, dokaz ili postupak suda osporava, te navesti jasno i argumentovano obrazloženje kojim će potkrijepiti istaknuti prigovor.

16. Samo paušalno označavanje žalbenih osnova, jednako kao i ukazivanje na navodne nepravilnosti u toku prvostepenog postupka bez preciziranja na koji žalbeni osnov se podnosilac žalbe poziva, nije valjana osnova za ispitivanje prvostepene presude, zbog čega je Apelaciono vijeće neobrazložene i nejasne žalbene prigovore, odbilo kao neosnovane.

III. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BIH: BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

17. U skladu sa članom 296. ZKP BiH, presuda se može pobijati zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka definisane su članom 297. ZKP BiH.¹

18. S obzirom na težinu i značaj počinjenih povreda postupka, ZKP BiH pravi razliku između onih povreda koje, ako se utvrdi da postoje, stvaraju neoborivu pretpostavku da su negativno uticale na valjanost izrečene presude (apsolutno bitne povrede) i povreda kod kojih se, u svakom konkretnom slučaju, ostavlja na ocjenu sudu da li je ustanovljena povreda postupka imala ili mogla imati negativan utjecaj na valjanost presude (relativno bitne povrede).

19. Apsolutno bitne povrede ZKP BiH taksativno su nabrojane u tačkama a) do k) stava 1. člana 297. ZKP BiH.

¹ Član 297. **Bitne povrede odredaba krivičnog postupka:** (1) Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji: a) ako je Sud bio nepropisno sastavljen ili ako je u izricanju presude učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnom pretresu ili koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja, b) ako je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti, c) ako je glavni pretres održan bez osobe čija je prisutnost na glavnom pretresu po zakonu obavezna ili ako je optuženom, branitelju, ili oštećenom protivno njegovom zahtjevu, uskraćeno da na glavnom pretresu upotrebljava svoj jezik i da na svom jeziku prati tok glavnog pretresa, d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu, e) ako je protivno zakonu bila isključena javnost na glavnom pretresu, f) ako je Sud povrijedio propise krivičnog postupka o postojanju odobrenja nadležnog organa, g) ako je Sud donio presudu a nije bio stvarno nadležan ili ako je nepravilno odbio optužbu zbog stvarne nenadležnosti, h) ako Sud svojom presudom nije potpuno riješio predmet optužbe; i) ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda, j) ako je optužba prekoraćena, k) ako je izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama. (2) Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako Sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu ovog zakona, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

20. Ukoliko bi Apelaciono vijeće našlo da postoji neka od bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, obavezno je da, u skladu sa odredbom iz člana 315. stav 1. tačka a) ZKP BiH, ukine prvostepenu presudu, izuzev u slučajevima iz člana 314. stav 1. ZKP BiH.²

21. Za razliku od apsolutnih, relativno bitne povrede nisu taksativno pobrojane u zakonu, već postoje u slučaju kada sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude, nije primjenio ili je nepravilno primjenio koju odredbu zakona o krivičnom postupku, ali samo ukoliko je to bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

22. U odnosu na navode da je povreda načela krivičnog postupka mogla imati negativan utjecaj na donošenje zakonite i pravilne presude, nije dovoljno da podnosilac žalbe jednostavno tvrdi da se procesna povreda *hipotetički* mogla negativno odraziti na donošnje zakonite i pravilne presude, već će žalbeno vijeće zaključiti da se povreda načela krivičnog postupka desila samo ako podnosilac žalbe pokaže da je ona materijalne prirode i da se ne može zaključiti da navedena povreda nije negativno utjecala na donošenje zakonite i pravilne presude. Naime, kada žalbeno vijeće smatra da je donesena zakonita i pravilna presuda bez obzira na povredu postupka takve prirode, žalbeno vijeće će zaključiti da član 297. stav 2. ZKP BiH nije prekršen.

B. ŽALBA BRANIoca OPTUŽENOG ČERIMA NOVALIĆA

1. Podosnov prvi: Član 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH - Odbrana smatra da je povrijeđeno pravo na odbranu

(a) Apelaciono vijeće nalazi da pravo na odbranu optuženog nije povrijeđeno, te je odbilo žalbene prigovore branioca kao neosnovane.

23. Odredba člana 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH propisuje da će bitna povreda odredaba krivičnog postupka postojati u slučaju ako je povrijeđeno pravo na odbranu optuženog. Ovo podrazumijeva da nisu primjenjena ili su nepravilno primjenjena pravila postupka na štetu optuženog na način da mu je uskraćeno pravo na odbranu.

²Član 314. **Preinačenje prvostepene presude:** (1) Vijeće apelacionog odjeljenja će, uvažavajući žalbu, presudom preinačiti prvostepenu presudu ako smatra da su odlučne činjenice u prvostepenoj presudi pravilno utvrđene i da se, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, po pravilnoj primjeni zakona, ima donijeti drukčija presuda, a prema stanju stvari i u slučaju povrede iz člana 297. stav (1) tačka f), g) i j) ovog zakona.

(i) Žalbeni navodi branioca optuženog

a. Pristrasno suđenje

24. Odbrana ističe da je povrijeđeno pravo na odbranu optuženog, iz razloga što je sud glavni pretres vodio pristrasno. Stoga, odbrana moli Apelaciono vijeće da pažljivo presluša postupak suđenja, odnosno izvrši uvid u transkripte³.

25. Odbrana također smatra da je na insistiranje branioca da sud upozori svjedoka Borku Šaran da da odgovor na postavljeno pitanje i jasnim odbijanjem suda da to učini, sud odmah pokazao svoju pristrasnost u cijelom slučaju. Tokom cijelog postupka, na šta je branilac ukazivao i na zapisnik, sud je opstruirao odbranu na način da je branioca onemogućavao u provođenju unakrsnog ispitivanja, a time i strategije same odbrane⁴.

i. Nalazi Apelacionog vijeća

26. Apelaciono vijeće nalazi da su navodi branioca optuženog neosnovani i da je pretresno vijeće postupilo ispravno kada je ograničilo unakrsno ispitivanje svjedokinje Borke Šaran na način kako je to propisano članovima 262. stav 3⁵., 263⁶. i 264⁷. ZKP BiH.

27. Branilac optuženog je prilikom unakrsnog ispitivanja oštećene Borke Šaran u više navrata⁸ konstatovao na zapisnik da mu predsjednik vijeća ne dozvoljava da postavlja pitanja i da mu je time poremetio koncepciju ispitivanja. Međutim niti u jednom momentu branilac nije na odgovarajući način pokrenuo ovo pitanje u postupku koji se vodio pred pretresnim vijećem, odnosno nije tražio izuzeće predsjednika vijeća ili člana vijeća, što je mogao učiniti ukoliko je zaista smatrao da je sud pristrasan i da su procesna prava optuženog time ugrožena. Branilac također nije naznačio u kom

³ Žalba advokata, str. 8.

⁴ Žalba advokata, str. 5.

⁵ Član 262. stav 3. ZKP BiH **Direktno, unakrsno i dodatno ispitivanje svjedoka:** „Sudija, odnosno predsjednik vijeća će u odgovarajućoj mjeri kontrolirati način i redoslijed ispitivanja svjedoka i izvođenja dokaza, vodeći računa da ispitivanje i izvođenje dokaza bude efikasno za utvrđivanje istine, da se izbjegne nepotrebno gubljenje vremena i zaštite svjedoci od uznemiravanja i zbuñivanja.“

⁶ Član 263. ZKP BiH **Pravo Suda da ne dopusti pitanje ili dokaz:** „(1) Sudija, odnosno predsjednik vijeća će zabraniti pitanje i odgovor na pitanje koje je već bilo postavljeno – ako je to pitanje po njegovoj ocjeni nedopušteno ili nevažno za predmet. (2) Ako sudija, odnosno predsjednik vijeća zaključi da okolnosti koje stranka i branitelj želi da dokaže nemaju značaja za predmet ili da je ponuđeni dokaz nepotreban, odbit će izvođenje takvog dokaza.“

⁷ Član 264. ZKP BiH **Posebna pravila o dokazima u slučajevima seksualnih delikata:** „(1) Oštećenog krivičnim djelom nije dozvoljeno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela koje je predmet postupka. Nijedan dokaz koji se iznosi da bi pokazao ranije seksualno iskustvo, ponašanje ili seksualnu orijentaciju oštećenog neće biti prihvatljiv. (2) Izuzetno od stava 1. ovog člana može se u postupku koristiti dokaz da sperma, medicinska dokumentacija o povredama ili drugi materijalni dokazi potiču od druge osobe, a ne od optuženog. (3) U slučajevima učinjavanja krivičnih djela protiv čovječnosti i vrjednosti zaštićenih međunarodnim pravom, pristanak žrtve se ne može upotrijebiti u prilog odbrane optuženog. (4) Prije prihvatanja dokaza u skladu s ovim članom, obaviti će se odgovarajuće saslušanje, s koga je isključena javnost. (5) Zahjev, prateća dokumentacija, i zapisnik sa saslušanja čuvaju se zapečaćeni u posebnoj omotu, osim ako Sud ne odredi drugačije.“

⁸ Transkript od 30.3.2010. godine, str. 12, 13 i 22.

pravcu, smislu, je poremetio koncept odbrane, odnosno da je takvo postupanje prvostepenog vijeća prouzrokovalo grubu povredu prava optuženog na odbranu.

28. Nakon izvršenog uvida u transkripte sa suđenja, Apelaciono vijeće je utvrdilo da je predsjednik pretresnog vijeća korektno vodio glavni pretres i u svakom momentu, za vrijeme trajanja ispitivanja oštećene, vodio računa da samo korektno, staloženo, strpljivo i mirno komuniciranje sa žrtvom silovanja može doprinijeti saznanju istine, zbog informacija odnosno detalja i pojedinosti koji su najčešće poznati samo njoj i počinitelju, a posebno i vrlo bitno za žrtvu krivičnog djela je što će se na taj način umanjiti i izbjeći dalje viktimiziranje. Naime, kvalitet dobijenih informacija i njihova upotrebljivost zavise od psihofizičkog stanja žrtve u vrijeme svjedočenja.

29. Treba voditi računa o tome da je žrtva silovanja povrijeđena i fizički i psihički, da je u posebnom emocionalnom stanju u kojem su izmiješani osjećaji srama, straha, zbunjenosti, samooptuživanja, zabrinutosti i neizvjesnosti. Ovo stanje u kojem se žrtva nalazi predstavlja svojevrsnu barijeru i vrlo često koči uspješnu komunikaciju, tako da u određenoj mjeri agresivni pristup branioca kada je postavljao pitanja oštećenoj, od kojih su neka bila i zbunjujuća, ne doprinosi rasvjetljavanju svih pojedinosti vezanih za krivično djelo koje se njegovom branjeniku stavlja na teret, što je predsjednik vijeća na vrijeme primjetio i spriječio u cilju svestranog pretresanja predmeta i efikasnog vođenja glavnog pretresa.

30. Iz navedenih razloga Apelaciono vijeće nije našlo osnovanim žalbene navode branioca optuženog.

b. Dokazi odbrane (kiretaža)

31. Branilac optuženog žalbom ukazuje da je sud povrijedio pravo na odbranu optuženog, a time i druge odredbe ZKP BiH kojima se reguliše izvođenje dokaza, kada je u potpunosti zanemario značaj dokaza odbrane u vezi sa navodnim odlaskom oštećene Borke Šaran na kiretažu u bolnicu Konjic. Sud je iskaze svjedoka i materijalne dokaze odbrane u vezi s tim ocijenio suvišnim i nepotrebnim⁹.

32. U žalbi branioca se navodi da je odbrana uspješno dokazala tokom glavnog pretresa da prekida trudnoće nije bilo, na osnovu materijalne dokumentacije – sveske protokola, kao i svjedočenja doktora Seada Jusufbegovića i medicinske sestre Mine Zahirović, te da se sud

⁹ Žalba advokata, str. 8.

jednostavno dosjetio da ne cijeni navedene dokaze budući da se u činjeničnom supstratu optužnice nigdje ne navodi trudnoća kao posljedica silovanja¹⁰.

i. Nalazi Apelacionog vijeća

33. Razmatrajući istaknuti žalbeni prigovor, Apelaciono vijeće je došlo do zaključka da pobijanom presudom nije povrijeđen metodološki pristup pri utvrđivanju i ispitivanju odlučnih činjenica predviđen odredbom člana 14. ZKP BiH, a koji se odnosi na standard *jednakosti u postuparju*, budući da je sa jednakom pažnjom ispitala sve činjenice, ne ispustivši pri tom iz vida ni jednu koja je bila važna za presuđenje. Stoga, žalbeni prigovor da izostaje ocjena dokaza odbrane, odnosno činjenica koje idu u korist optuženog, ovo Vijeće nalazi paušalnim i neosnovanim.

34. Apelaciono vijeće smatra da je pretresno vijeće u najboljem položaju da ocijeni vjerodostojnost svjedoka, što je ono i učinilo i u vezi s tim dalo adekvatne razloge. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće zaključuje da je pretresno vijeće pravilno ocijenilo i iskaze svjedoka odbrane i da je zaključak prvostepenog vijeća o vjerodostojnosti svjedoka odbrane dovoljno argumentovan i osnovan.

35. Naime, ovo Vijeće nalazi pravilnom i dostatnom argumentaciju iz pobijane presude da se u činjeničnom supstratu optužnice nigdje ne spominje trudnoća kao posljedica radnje silovanja, iz kog razloga je pretresno vijeće osnovano zaključilo da se ne radi o relevantnoj činjenici koju treba posebno utvrđivati i obrazlagati, te stoga nije ni dalo ocjenu dokaza, koji se odnose na ove okolnosti.

36. U tom pogledu treba istaći da između optužbe i presude mora postojati identitet, odnosno podudarnost, jer sud donosi odluku samo o onome što je tužilac optuženom stavio na teret. Dakle, optužnica određuje predmet raspravljanja i sadržaj presude.

37. Apelaciono vijeće stoga zaključuje da je prvostepeno vijeće u potpunosti riješilo predmet optužbe, a da bi rješavanje pitanja trudnoće oštećene Borke Šaran dovelo do prekoračenja optužbe i apsolutno bitne povrede odredbi krivičnog postupka i svakako bi išlo na štetu optuženog Ćerima Novalića.

38. Činjenica da prvostepeno vijeće nije ocijenilo dokaze na način koji je odgovarao odbrani, ne čini prvostepenu presudu manjkavom i nepotpunom, već jasnom i koncentrisanom na bitne elemente krivičnog djela za koje se optuženom i sudi. Također, ukoliko je prvostepeno vijeće našlo

¹⁰ Žalba advokata, str. 4.

utvrđenim činjenice koje idu na štetu optuženog, odnosno koje upućuju na zaključak o dokazanosti optužbe, sama po sebi nije osnov za zaključak o različitom tretmanu stranaka u postupku.

39. Slijedom navedenog, ovo Vijeće nalazi da je pretresno vijeće sa sigurnošću utvrdilo da dokazi tužilaštva koji su izvedeni na ove okolnosti, jasno ukazuju da je u septembru mjesecu 1992. godine oštećena Borka Šaran bila silovana od strane optuženog Ćerima Novalića na način kako je to opisano u činjeničnom opisu prvostepene presude, što dokazi odbrane nisu doveli u pitanje.

2. Podosnov drugi: Član 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH: Odbrana smatra da se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda

(a) Apelaciono vijeće nalazi da valjanost izvedenog dokaza (Službena zabilješka CSB Trebinje, Sektor SNB, od dana 13.11.1992. godine, ovjerena haškim pečatom (T-9)) nije osporena žalbenim navodima, odnosno ovaj dokaz u skladu sa odredbama člana 273. stav 3. ZKP BiH predstavlja valjan dokaz. Stoga je ovo Vijeće žalbene navode odbrane u ovom dijelu odbilo kao neosnovane.

(i) Žalbeni navodi branioca optuženog

40. Odbrana je također istakla postojanje bitne povrede koja se ogleda u zasnivanju presude na dokazu na kome se ne može zasnovati presuda. U žalbi se navodi da se iz obrazloženja presude vidi da se sud u par navrata pozivao na Službenu zabilješku od 13.11.1992. godine, a koju je sud prihvatio kao materijalni dokaz koji je uveden u spis, eksploatišući kao dokaznu činjenicu iz te zabiljške da je optuženi Ćerim Novalić silovao oštećenu Borku Šaran. Odbrani nije jasno na koji je način ova službena zabilješka uvedena u spis, jer ni tužilac, ni odbrana ovaj dokument nisu prezentirali kao dokaz. Sud nije ni dao mogućnost da se odbrana izjasni o ovom dokazu. Stoga odbrana smatra da je izreka presude nerazumljiva, odnosno suprotna datim razlozima-dokazima¹¹.

a. Nalazi Apelacionog vijeća

41. Nakon detaljne i sveobuhvatne analize izreke pobijane presude, Apelaciono vijeće je ocijenilo da je ona dovoljno jasna i razumljiva, te da joj razlozi iz obrazloženja nisu protivrječni. Naime, Apelaciono vijeće ocjenjuje da su forma i sadržaj presude u skladu sa odredbama procesnog zakona, te da ni u tom pogledu nije bilo kršenja zakona.

¹¹ Žalba advokata, str. 9.

42. U pogledu naprijed navedene službene zabilješke, Apelaciono vijeće nalazi da je istu tužilaštvo uvelo kao svoj dokaz u predmetni spis, dana 20.4.2010. godine, pod oznakom T-9¹², a koju je branilac optuženog koristio prilikom ispitivanja oštećene Borke Šaran¹³, čime je na nedvojbjen način pokazao da mu je taj dokaz uručen blagovremeno i da ga je sam smatrao zakonitim i vjerodostojnim.

43. Potrebno je istaći da je neprimjereno da branilac pobija određene činjenice iz prvostepenog postupka koristeći se neistinama, čime je pokazao nepoštivanje ovog Suda.

44. Dakle, ovo Vijeće je nakon izvršenih provjera utvrdilo da je dokaz T-9 zakonit i da se prvostepeno vijeće osnovano pozivalo na isti u pobijanoj presudi prilikom identifikacije učinioca krivičnog djela, što upućuje na zaključak da su žalbeni navodi branioca neosnovani.

IV. OSNOVI ZA ŽALBU PREMA ČLANU 299. ZKP BIH: POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

45. Standard koji žalbeno vijeće treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja jeste utemeljenost.

46. Žalbeno vijeće će prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja utvrditi da li bi jedan objektivan sud koji presuđuje u činjeničnim pitanjima došao do tog zaključka isključujući svaku sumnju. Neće svaka činjenična greška biti razlog da žalbeno vijeće ukine presudu, nego samo ona greška koja je uzrokovala nepravilnu presudu što se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen uprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.

47. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak pretresnog vijeća bio opravdan žalbeno vijeće će krenuti od načela da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće. Žalbeno vijeće ima na umu, kao opšte načelo da je zadatak da sasluša, provjeri i odmjeri dokaze izvedene na glavnom pretresu prvenstveno u diskrecionoj nadležnosti pretresnog

¹² Transkript od 20.4.2010. godine, str. 56.

¹³ Transkript od 30.3.2010. godine, str. 38-40.

vijeća. Stoga žalbeno vijeće mora iskazati određeno uvažavanje u pogledu činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće.

48. Žalbeno vijeće može vlastitim nalazom zamijeniti utvrđenje pretresnog vijeća samo ako jedan objektivan sud koji presuđuje u činjeničnim pitanjima ne bi mogao donijeti takvu presudu, kada dokazi na koje se oslanjalo pretresno vijeće ne bi mogli biti prihvaćeni od strane bilo kojeg objektivnog suda ili kada je ocjena dokaza “potpuno pogrešna.”

49. U odnosu na neposredne i posredne dokaze Ustavni sud Bosne i Hercegovine naglašava da dokazivanje činjenica putem posrednih dokaza nije samo po sebi u suprotnosti sa načelom pravičnog sudjenja, u skladu sa članom 6. stav 1. EKLJP.¹⁴ Međutim, dokazanost činjenice putem posrednih dokaza mora se utvrditi izvan svake razumne sumnje, gdje mora postojati čvrsta i logična povezanost tako da činjenični zaključak pretresnog vijeća bude jedini mogući zaključak na osnovu dokaza. Kriterij koji se primjenjuje jeste razumna sumnja. Vrlo rijetko se činjenica može dokazati izvan svake sumnje. Svakako, kao kada se sastave svi dijelovi neke slagalice, ponekad posredni dokazi mogu biti uvjerljiviji od svjedočenja neposrednog očevidca koje može biti podložno varljivosti ljudske percepcije.

B. ŽALBA BRANIoca OPTUŽENOG ĆERIMA NOVALIĆA

1. Podosnov prvi: Neposredna saznanja o krivičnom djelu

(a) Prema ocjeni Apelacionog vijeća činjenično stanje u pobijanoj presudi je pravilno i potpuno utvrđeno od strane prvostepenog vijeća.

(i) Žalbeni navodi branioca optuženog

50. Odbrana navodi da svjedok Stanko Šaran zapravo nije svjedok koji ima neposredna saznanja o načinu silovanja. U tom smislu ne može se prihvatiti stav suda da ovaj svjedok ima neposredna saznanja o samom djelu, kao i počinioocu, i sve što je u odnosu na djelo mogao reći predstavlja posredno saznanje, dakle ono što je on naknadno čuo od strane svoje supruge. Čak i oštećena Borka Šaran, koja jedina ima neposredna saznanja u odnosu na sam način silovanja, davala je kako u

¹⁴ M.Š., AP-661/04 (Ustavni sud BiH), Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 22. aprila 2005. godine, para. 36.

istraži, tako i tokom glavnog pretresa vrlo malo informacija o načinu izvršenja djela, a čak i to malo informacija je bilo vrlo kontradiktorno¹⁵.

51. U odnosu na ostale svjedoke koji su saslušani u Tužilaštvu BiH i pred Sudom, odbrana ističe da su i oni također samo prenosili informacije-saznanja koja su dobijali od same oštećene, te da niko od njih nije ponudio niti jednu informaciju koja bi imala status „neposrednog saznanja“ kako o postojanju krivičnog djela, tako i izvršioca¹⁶.

a. Nalazi Apelacionog vijeća

52. Prije svega potrebno je naglasiti da se u konkretnom slučaju radi o jednom od najteže dokazivom krivičnom djelu s obzirom da tu najčešće nema svjedoka, povrede na žrtvi nisu na vrijeme uočene ili djelo nije na vrijeme prijavljeno. Veliki problem predstavlja što se većina silovanja događa u zatvorenim prostorijama, mjestima gdje nema očevidaca i gdje su u većini slučajeva prisutni samo izvršilac krivičnog djela i žrtva.

53. Neosnovano se u žalbi branioca navodi da svjedok Stanko Šaran (suprug oštećene) nema neposredna saznanja o izvršenom krivičnom djelu iz razloga što je isti bio u mogućnosti da prati veliki dio događanja prije i poslije samog čina silovanja, a koja saznanja su bila od velikog značaja za prvostepeno vijeće da, cijeneći u isto vrijeme i druge dokaze, stvori cjelokupnu sliku o inkriminisanom događaju.

54. Naime, svjedok Stanko Šaran je bio involviran u cijeli događaj s obzirom da mu je od strane optuženog Ćerima Novalića, koji je naoružan došao zajedno sa još jednim neidentificiranim vojnikom i ušao u njegovu kuću, naređeno da zajedno sa suprugom Borkom Šaran siđe u nedovršeni podrum – prizemlje kuće, kako bi se uvjerali da ne kriju izvjesnog „Daku“ i Milana Magazina, pa dok je neidentificirani vojnik ostao sa Stankom Šaranom, naredili Borki Šaran da se popne na sprat kuće gdje su se nalazila njena maloljetna djeca i bolesna, nepokretna svekrva, gdje ju je Ćerim Novalić u jednoj od soba, upotrebom sile i prijetnje prisilio na seksualni odnos, a nakon toga, zajedno sa neidentificiranim vojnikom napustio kuću i udaljio se sa lica mjesta. Po ulasku u kuću svjedok je vidio oštećenu Borku u dnevnoj sobi da plače i tom prilikom supruga mu je rekla da ju je vojnik u dnevnom boravku gurnuo na kauč i tu je silovao.

¹⁵ Žalba advokata, str. 3.

¹⁶ Žalba advokata, str. 3.

55. Sve odlučne činjenice pretresno vijeće je utvrdilo na osnovu iskaza: oštećene Borke Šaran, Stanka Šarana, Smiljane Magazin i Danila Šarana, koji su u bitnom saglasni i u svojoj ukupnosti ukazuju da se događaj desio upravo na način opisan u izreci pobijane presude.

2. Podosnov drugi: Identitet počinioca

(i) Žalbeni navodi branioca optuženog

a. Nepoznata žena

56. U vezi sa činjenicom nespornog utvrđivanja identiteta počinioca, odnosno čina navodnog silovanja, odbrana smatra da je postojao samo jedan način da se pored iskaza oštećene izvede još jedan dokaz na koji je ukazala sama oštećena, a to je saslušanje izvjesne žene sa kojom je oštećena Borka Šaran potvrdila identitet optuženog Ćerima Novalića prilikom postrojavanja vojske. Izvođenjem takvog dokaza, saslušanjem te žene, prema mišljenju odbrane, uveliko bi se umanjile dvojbe oko postojanja krivičnog djela i samog počinioca. Međutim, na glavnom pretresu svjedok Borka Šaran nije željela da otkrije identitet te žene, navodno iz razloga njene bezbjednosti. Ovakvim odnosom prema sudu i nespremnošću na saradnju, kršenjem Zakona i date zakletve, postavlja se pitanje da li zapravo ta žena uopće postoji. I ova činjenica dodatno dovodi u sumnju istinitost svjedočenja Borke Šaran o predmetnom događaju¹⁷.

i. Nalazi Apelacionog vijeća

57. Apelaciono vijeće nakon izvršenog uvida u transkripte sa suđenja nalazi da su žalbeni navodi branioca optuženog neosnovani i da je pretresno vijeće opravdano u cijelosti poklonilo vjeru iskazu svjedočkinje – oštećene Borke Šaran, budući da je ista kroz cjelokupan iskaz u potpunosti potvrdila navode optužbe, te kategorično i dosljedno označila optuženog Ćerima Novalića kao osobu koja ju je silovala.

58. Oštećena je u svom iskazu spomenula nepoznatu ženu, ali ne i za nju nepoznatu, koja joj je kada su naišle na grupu vojnika potvrdila da je osoba na koju je pokazala oštećena upravo Ćerim Novalić, samo kako bi u potpunosti bila sigurna da se izvršilac silovanja zove Ćerim Novalić¹⁸.

¹⁷ Žalba advokata, str. 5.

¹⁸ Transkript od 23.3.2010. godine, str. 12, 17 i 18; Transkript od 30.3.2010. godine, str. 16. i 17.

59. Ovo Vijeće smatra da je oštećena tokom svjedočenja na detaljan način opisala kada i kako je prepoznala Ćerima Novalića kao osobu koja je došla u njenu kuću i silovala je. Svjedokinja je izjavila: „*Mi smo stajali, i oni su stajali, neka vjerska bila i on među njima i ja sam rječ otjasmila kako smo gledali, je li to Ćerim Novalić, ona kaže jeste. I ja sam na to ćutala. Ona je mene sto puta upitala posle toga što si me to pitala, nikad nisam stjela priznati.*“¹⁹

60. Stoga, otkrivanje identiteta spomenute žene nije bilo od presudnog značaja, obzirom da je prepoznavanje optuženog od strane te žene bilo samo u cilju stopostotne sigurnosti oštećene u identitet izvršioca i da oštećena opravdano nije htjela otkriti ime i prezime te žene isključivo iz razloga njene bezbjednosti.

b. Prepoznavanje u sudnici

61. Odbrana ističe da je sud naveo da je i sama oštećena Borka Šaran prilikom davanja svog iskaza pred sudom prepoznala optuženog Ćerima Novalića kao osobu koja ju je silovala, pokazujući na njega u sudnici. Prihvatajući ovakvo prepoznavanje kao dokaz krivice sud postavlja novi presedan u sudskoj praksi u odnosu na ovu radnju dokazivanja, mada je sudska praksa iskristalisala jasan stav da je prepoznavanje počinioca u samoj sudnici neprihvatljivo. Prepoznavanje u sudnici nije dokazno sredstvo, već je to iskaz svjedoka, a prepoznavanje je samo mjera za utvrđivanje vjerodostojnosti svjedoka. Međutim, ukoliko je radnja prepoznavanja obavljena jedino u sudnici onda je upitna svrha utvrđivanja vjerodostojnosti iskaza, pa time i obrazloženje suda u tom pravcu²⁰.

i. Nalazi Apelacionog vijeća

62. S obzirom da je svjedokinja - oštećena Borka Šaran bila sigurna u identitet optuženog od samog početka, to nije bilo od odlučujućeg značaja prepoznavanje optuženog Ćerima Novalića u sudnici, a prepoznavanje optuženog u sudnici predstavlja sastavni dio iskaza svjedokinje. Pored toga, radi utvrđivanja identiteta počinioca predmetnog krivičnog djela, izvedeni su i drugi dokazi.

63. U pobijanoj presudi se u tom pogledu navodi: „*Sama oštećena Borka Šaran, je prilikom davanja svog iskaza pred Sudom prepoznala optuženog Ćerima Novalića kao osobu koja ju je*

¹⁹ Transkript od 23.3.2010. godine, str. 12.

²⁰ Žalba advokata, str. 6.

*silovala, pokazujući na njega u sudnici. Ovo prepoznavanje dato je veoma uvjerljivo i sa potpunom sigurnošću.*²¹

64. Naprijed navedeno potvrđuje oštećena Borka Šaran koja je izjavila da je optuženog prepoznala kritične večeri odmah po njegovom dolasku pred vrata njene kuće, ističući da je tom prilikom noć bila vedra, tako da je na mjesecini jasno vidjela lik optuženog, kojeg je odmah prepoznala. Oštećena je također naglasila da je optuženog Ćerima Novalića u vrijeme silovanja, duže vrijeme posmatrala u lice sa veoma kratkog odstojanja, što upućuje na zaključak da je bila u prilici da vidi i prepozna osobu koja je izvršila silovanje, a posebno jer ga je poznavala od ranije.

65. Iskaz oštećene su potvrdili i svjedoci: Smiljana Magazin, Danilo Šaran i Amir Masleša, obzirom da su saglasno tvrdili da je kritične večeri bila mjesecina i da se dobro vidjelo.

66. Da je oštećena neposredno nakon silovanja znala ko ju je silovao i da nije htjela otkriti identitet te osobe, potvrdili su i iskazi svjedoka odbrane Amira Masleše i Osmana Novalića. Dakle, oštećena je od samog početka znala koja osoba ju je silovala, ali zbog osjećaja straha za ličnu sigurnost i sigurnost porodice nikome nije rekla da je upravo optuženi Ćerim Novalić izvršio silovanje.

67. Stoga, Apelaciono vijeće konstatuje da su zaključci pretresnog vijeća u pogledu identiteta izvršioca silovanja pravilni i argumentovani, a da su navodi branioca optuženog neosnovani.

c. Svjedok Midhat Pirkić zv. „Pirke“

68. U vezi sa pitanjem počinjenja djela, te prepoznavanja počinioca, odnosno njegovog alibija, sud je, prema navodima odbrane, također pogriješio kada nije prihvatio svjedočenje svjedoka Midhata Pirkića, te materijalne dokaze na koje se ovaj svjedok pozvao. Odbrana postavlja pitanje kojim je dokazima utvrđeno da je optuženi Ćerim Novalić, kritičnog dana, napustio svoje službene dužnosti u Konjicu i otišao u Džepe, te izvršio inkriminisanu radnju²².

i. Nalazi Apelacionog vijeća

69. Prije svega, svjedok Midhat Pirkić je u inkriminisanu vrijeme bio komandant diverzantsko-izviđačke jedinice A-004, koja je bila u sastavu Štaba TO Konjic, koja je imala kodno ime „Akrepi“. Svjedok je u svom svjedočenju objasnio da je u sastavu ove jedinice bilo tri do četiri

²¹ Pobjana presuda, str. 32.

vojnika sa područja MZ Džepi među kojima je bio i optuženi Ćerim Novalić, koji je bio u pratećem odjeljenju zadužen sa puškomitraljezom. Prema navodima svjedoka jedinica je tokom 1992. godine bila smještena u prostorijama Motela Konjic, a veći dio jedinice je od kraja augusta mjeseca 1992. godine imao obuku van Konjica, koja je trajala 45 dana, za koje vrijeme je optuženi Ćerim Novalić bio angažovan na obezbjeđenju Motela u Konjicu, a obezbjeđenje je vršeno u smjenama. Svjedok Pirkić je izjavio da su se vojnici svaki dan vraćali sa obuke oko 21, 22 sata, a pretresno vijeće je utvrdilo da se radi o vremenu kada se inkriminirani događaj desio.

70. Nasuprot žalbenim prigovorima, pretresno vijeće je cijeno i dokaz koji je svjedok Pirkić pronašao, a radi se o dokumentu koji je lično sačinio svjedok, a to je Spisak vojnika i starješina za obuku od 24.8.1992. godine, pošto isti korespondira sa Naredbom Armije BiH, Opštinski štab Konjic od 19.8.1992. godine, u kome se kao lice za obezbjeđenje navodi optuženi Ćerim Novalić.

71. Iako branilac u žalbi navodi da iskaz svjedoka Midhata Pirkića ide u korist optuženog i potvrđuje da je optuženi bio na dužnosti u inkriminisano vrijeme, Apelaciono vijeće iskaz ovog svjedoka, kao i pretresno vijeće, ne cijeni u tom pravcu, obzirom da je svjedok istakao da nema saznanja da li je optuženi Ćerim Novalić za to vrijeme stalno boravio u Motelu u Konjicu.

72. Stoga, Apelaciono vijeće zaključuje da iz navedenih dokaza ne proizilazi da je optuženi Ćerim Novalić u inkriminisano vrijeme bio na dužnosti u Motelu Konjic, i da bi time bila isključena mogućnost da se optuženi u to vrijeme nalazio u kući oštećene. Iz navedenih razloga ovo Vijeće ne nalazi osnovanim žalbene navode branioca.

3. Podosnov treći: Kontradiktorni iskazi oštećene

(i) Žalbeni navodi branioca optuženog

73. Kada su u pitanju kontradiktornosti u iskazima koje je oštećena davala u istražnoj fazi, ista je na glavnom pretresu ili tvrdila da su istražni organi „pisali nešto drugo u odnosu na ono što ona govori“ iako su joj zapisnici bili pročitani i iste je potpisala ili je sve pravdala strahom i blokadom²³.

74. Odbrana ističe da nijedna okolnost ne ukazuje da je prema oštećenju ili prema bilo kome od njenih članova porodice ili na drugi način bilo ko, odnosno optuženi ili neko od njegovih članova

²² Žalba advokata, str. 6.

porodice, drugova iz vojske i dr. činio bilo kakve radnje koje bi kod oštećene mogle izazvati strah i bojazan. Ako je oštećenu bilo strah, ili ako taj strah još uvijek osjeća, onda je svakako imala mogućnost zaštite u skladu sa propisima zaštite svjedoka, što joj je i predlagano, pa čak i na glavnom pretresu, ali je to odbila i javno bez ikakve bojazni svjedočila pred sudom. U skladu sa naprijed navedenim odbrana smatra da je oštećena „izmislila“ počinioca u личности optuženog iz nekog svog razloga, u cilju prikrivanja seksualne veze sa drugom osobom, o čemu je svjedočio svjedok Amir Masleša i Osman Novalić ili prikrivanja nekoga ko je zaista učestvovao u predmetnom događaju, bilo usljed mogućih prijetnji ili nekog drugog interesa²⁴.

a. Nalazi Apelacionog vijeća

75. Razlike u iskazu koji je svjedokinja Borka Šaran dala na glavnom pretresu u odnosu na ranije date izjave, a koje se odnose na utvrđivanje identiteta počinioca krivičnog djela, prema ocjeni Apelacionog vijeća, nisu takve prirode da bi dovele u pitanje vjerodostojnost i istinitost njenog iskaza.

76. U tom smislu je potrebno njen iskaz dovesti u kontekst vremena u kojem se inkriminirani događaj desio, odnosno činjenice da je svjedokinja preživjela izuzetno traumatično iskustvo u vlastitoj kući, pa s obzirom na navedeno od iste se i ne može razumno očekivati da se sa stopostotnom preciznošću izjašnjava o svim pojedinostima.

77. Oštećena je u više navrata tokom ispitivanja pojasnila kako se osjećala prilikom davanja izjava, pa tako navodi: „*To je meni prvo bilo. Mene su ljudi iznenadili kad su došli. Oni su mene pitali. Ja nisam mogla pričat' od plača, od bola. Oni su mene pitali. Ja sam se toliko blokirao mozak, toliko zbunila, da ja nisam znala, jer je to prvi put meni bilo. Ja nisam, nisam uopšte znala šta oni mene pitaju oko čega se radi. Oni su se meni predstavili, sve to, ali ja sam toliko bila zbunjena, da ja nisam znala da kažem, tad je, tad je i Bradina pala, ja mislim 25-toga, u mčju, i ja sam toliku blokadu mozga imala, da ja stvarno nisam znala i toliko je meni vrtilo u glavi.*“²⁵

78. Svakako je bitno cijeniti činjenicu da je svjedokinja od prvog susreta sa optuženim znala ko je on, bez obzira što taj podatak nije podijelila sa drugima, sve do momenta kada je 2009. godine rekla suprugu ime osobe koja ju je silovala, iz kog razloga sve nedosljednosti u iskazima nisu takve prirode da bi dovele u pitanje istinitost cijelog iskaza.

²³ Žalba advokata, str. 6.

²⁴ Žalba advokata, str. 7.

²⁵ Transkript od 23.3.2010. godine, str. 23.

79. Oštećena je, prema mišljenju Apelacionog vijeća, sasvim opravdano skrivala identitet učinioca, iz razloga što se plašila za sigurnost supruga, maloljetne djece i za vlasitu sigurnost. Naime, oštećena je upravo to izjavila pred sudom: „Zbog bezbjednosti svjete, muža, jer moj muž i ja kad smo, kad se počelo da može ići u Federaciju mi tamo imali, imali i sad, i imali smo imovine. I išli smo često, naročito on, zbog toga sam htjela, jer on nije znao, prvi moj muž da mu ne bi ko tamo šta rekao, ili on kome, i zbog te bezbjednosti nisam rekla, nego sam rekla u ovoj pre., predzadržj izjavi, i mužu i u izjavi, on tad sazna.“²⁶

80. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće zaključuje da je iskaz svjedokinje Borke Šaran kredibilan i vjerodostojan, te da su žalbeni navodi odbrane neosnovani.

V. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH: POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

81. Podnosilac žalbe koji tvrdi da je došlo do pogrešne primjene zakona mora, kako je već rečeno, navesti barem tu navodnu pogrešku, iznijeti argumente u prilog svojoj tvrdnji i obrazložiti na koji način je ta pogreška utjecala da odluka bude nezakonita.

82. U slučaju kada povreda zakona proizlazi iz primjene pogrešne pravne norme u presudi, žalbeno vijeće može navesti tačnu pravnu normu i shodno tome preispitati relevantna činjenična utvrđenja pretresnog vijeća. Time žalbeno vijeće ne ispravlja samo pravnu grešku nego primjenjuje odgovarajuću pravnu normu na dokaze sadržane u spisu u nedostatku dodatnih dokaza, te mora utvrditi da li je samo uvjereno izvan svake razumne sumnje u činjenično utvrđenje koje odbrana osporava prije nego što potvrdi to činjenično utvrđenje po žalbi.

83. U slučaju kada žalbeno vijeće zaključi da je pretresno vijeće pogriješilo u primjeni zakona, ali je uvjereno u tačnost činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće, žalbeno vijeće će preinačiti presudu u svjetlu pravilne primjene zakona i po potrebi samo utvrditi odgovarajuću kaznu, kako je to i propisano članom 314. i 308. ZKP BiH.

²⁶ Transkript od 23.3.2010. godine, str. 26.

B. ŽALBA BRANIOCA OPTUŽENOG ČERIMA NOVALIĆA

(a) Apelaciono vijeće nalazi da su žalbeni navodi odbrane u pogledu pogrešne primjene KZ BiH osnovani.

84. Povreda krivičnog zakona u skladu sa odredbom člana 298. tačka d) ZKP BiH sadržana je u tome da sud pravilno utvrđeno činjenično stanje podvodi pod pogrešnu zakonsku odredbu i to što primjenjuje zakon koji nije mogao primjeniti ili zakon koji je trebao primjeniti, ali je to učinio na pogrešan način.

(i) Žalbeni navodi branioca optuženog

85. U žalbi branioca se navodi da je pravilo o primjenjivosti prava dato u članu 4. KZ BiH, u stavu 1. da se na učinitelja krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela. To prema riječima branioca znači da se isključuje retroaktivna primjena ovog zakona, osim u izuzetnim situacijama, ako je eventualno mijenjani zakon blaži za učinioca. Međutim, sud je potpuno isključio ovu odredbu primjenivši član 4a) istog Zakona koji je naknadno unesen u Zakon. Odbrana smatra da je pogrešno ovakvo stanovište suda, pogotovo imajući u vidu da je za krivično djelo koje se optuženom stavlja na teret propisana znatno veća kazna nego što je to bilo prema KZ SFRJ koji je važio u vrijeme izvršenja predmetog krivičnog djela²⁷.

a. Nalazi Apelacionog vijeća

86. U pobijanoj presudi pogrešno se navodi da je u konkretnom slučaju KZ BiH blaži za počinioca krivičnog djela, na šta je osnovano ukazao branilac optuženog.

87. Naime, pitanje koji je zakon blaži za počinioca sud rješava u svakom konkretnom slučaju, odnosno upoređivanjem materijalnog zakona koji je bio na snazi u inkriminisano vrijeme i novog/novih zakona.

88. Upoređivanje tekstova zakona, može dati siguran odgovor samo u slučaju ako je novi zakon dekriminisao nešto što je po starom bilo krivično djelo, jer je tada novi zakon očigledno blaži. U svim drugim slučajevima, kada je krivično djelo kažnjivo po oba zakona, potrebno je utvrditi sve okolnosti koje mogu biti relevantne u izboru blažeg zakona. Te okolnosti se prvenstveno odnose na

odredbe o kaznama, njihovom odmjeravanju, odnosno ublažavanju, mjerama upozorenja, eventualnim sporednim kaznama, novim mjerama koje predstavljaju supstitute kazni, mjerama bezbjednosti, pravnim posljedicama osude, kao i na odredbe koje se odnose na krivično gonjenje, da li novi zakon predviđa osnov za isključenje protivpravnosti, krivice ili kažnjivosti, itd.

89. Naime, jedan te isti zakon može se pokazati, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, u jednoj situaciji kao blaži, a u drugoj kao teži, pa je stoga, u situaciji kada je više zakona u konkurenciji, potrebno procijeniti prema kojem zakonu učinilac ima veću mogućnost za povoljniji ishod.

90. Prije svega, kod primjene materijalnog zakona, sud je u obavezi da radnje optuženog podvede pod zakonsku normu koja ih najpreciznije definiše, pa je tako pretresno vijeće nakon što se odlučilo na primjenu KZ BiH, radnje optuženog Čerima Novalića kvalifikovalo kao Ratni zločin protiv civilnog stanovništva propisan članom 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH.

91. Iz odredbi člana 3., 4. i 4a) KZ BiH proizilazi načelo *tempus regit actum*, odnosno da je pravilo da se na učinioca krivičnog djela prvenstveno primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja djela.

92. Međutim, od ovog principa moguće je odstupiti jedino u interesu optuženog, odnosno ukoliko se nakon izvršenja krivičnog djela zakon izmijenio na način da je izmijenjeni zakon blaži za učinitelja.

93. Dakle, od principa primjene blažeg zakona moguće je odstupiti jedino u slučajevima propisanim u članu 4a) KZ BiH, odnosno, kada bi primjena blažeg zakona spriječila sudenje ili kažnjavanje za radnje koje predstavljaju krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava, odnosno koja predstavljaju kršenje normi i pravila koja imaju opštu podršku od svih naroda, koja su opšteg značaja, odnosno koja se smatraju ili predstavljaju univerzalne civilizacijske tekovine savremenog krivičnog prava, u situaciji kada takva postupanja nisu bila predviđena kao krivična djela u nacionalnom, odnosno unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu u vrijeme kada su učinjena.

94. U konkretnom slučaju zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, jednako kao i zakon koji je trenutno na snazi, propisuju Ratni zločin protiv civilnog stanovništva učinjen silovanjem kao krivično djelo (član 142. stav 1. KZ SFRJ i član 173. stav 1. tačka e) KZ

²⁷ Žalba advokata, str. 9-10.

BiH). Dakle, Apelaciono vijeće nalazi da postoje zakonski uvjeti za suđenje i kažnjavanje učinioaca za preduzete radnje po oba zakona.

95. Dalja procjena koji je zakon blaži za učinitelja vrši se upoređivanjem zapriječenih kazni, pa u tom smislu treba istaći da je za krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZ BiH, propisana kazna zatvora najmanje deset godina ili dugotrajni zatvor, dok je za krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna.

96. S obzirom da je procjena blažeg zakona faktičko pitanje, odnosno procjenjujući sve okolnosti konkretnog predmeta, potrebno je imati u vidu da je prvostepeno vijeće prilikom odmjeravanja kazne, imajući u vidu sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, optuženog Čerima Novalića osudilo na kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina, dakle na kaznu ispod zakonom propisanog minimuma, što znači da je intencija prvostepenog vijeća bila da se optuženi blaže kazni.

97. Cijeneći naprijed navedeno, u pogledu zakonom propisanog minimuma kazne, Apelaciono vijeće zaključuje da KZ BiH nije blaži za učinioaca, jer za navedeno djelo propisuje viši minimum kazne (deset godina).

98. Nakon izvršene komparacije spomenutih kazni, Apelaciono vijeće smatra da je Preuzeti KZ SFRJ, kao zakon vremena izvršenja krivičnog djela, zakon koji se, u smislu člana 4. KZ BiH, mora primjeniti, te je u tom smislu, na osnovu pravilne primjene zakona, pobijanu presudu preinačilo na način kako je to navedeno u izreci presude.

VI. ODLUKA O KRIVIČNO-PRAVNOJ SANKCIJI

A. STANDARDI ODLUČIVANJA U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BiH

99. Žalba na odluku o kazni može se ulagati po dva različita osnova, kako to predviđa član 300. ZKP BiH.

100. Žalba na odluku o kazni može se, prije svega, uložiti na osnovu toga da pretresno vijeće nije primjenilo relevantne zakonske odredbe prilikom odmjeravanja kazne. Međutim, Apelaciono vijeće neće preinačiti odluku o kazni samo zbog toga što pretresno vijeće nije primijenilo sve relevantne zakonske odredbe, već će Apelaciono vijeće preispitati odluku o kazni samo ako podnosilac žalbe pokaže da je propust da se primijene sve relevantne zakonske odredbe doveo do nepravilne presude.

Ako Apelaciono vijeće smatra da je došlo do nepravilne presude ono će utvrditi odgovarajuću kaznu na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog od strane pretresnog vijeća i pravilno primijenjenog zakona.

101. S druge strane, podnosilac žalbe može osporavati odluku o kazni zbog toga što je pretresno vijeće neprimjereno iskoristilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne. Apelaciono vijeće naglašava da pretresno vijeće ima široko diskreciono pravo u utvrđivanju odgovarajuće kazne, pošto je pretresno vijeće u poziciji da najbolje može odmjeriti i ocijeniti dokaze izvedene na glavnom pretresu. Shodno tome, Apelaciono vijeće neće remetiti analizu pretresnog vijeća o otežavajućim i olakšavajućim okolnostima kao ni težinu koja je data tim okolnostima, osim ako podnosilac žalbe ne pokaže da je pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje široko diskreciono pravo.

102. Naime, podnosilac žalbe mora pokazati da je pretresno vijeće dalo težinu nebitnim i irelevantnim pitanjima, da nije dalo težinu ili dovoljno težine relevantnim pitanjima, da je napravilo očiglednu grešku u odnosu na činjenice na koje je primijenilo svoje diskreciono pravo ili da je odluka pretresnog vijeća bila u tolikoj mjeri neopravdana, ili jednostavno nepravedna, da Apelaciono vijeće može izvesti zaključak da pretresno vijeće nije koristilo svoje diskreciono pravo na primjeren način.

103. Apelaciono vijeće uzima u obzir da pretresno vijeće nije obavezno da posebno obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost. Ako je Apelaciono vijeće uvjerenom da je pretresno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.

B. ŽALBA TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE

(a) Apelaciono vijeće nalazi da u prvostepenom postupku krivično-pravna sankcija nije pravilno odmjerena, te u tom pogledu nalazi da je žalba Tužilaštva BiH osnovana. S obzirom da je odbrana optuženog također izjavila žalbu zbog odluke o krivično-pravnoj sankciji, pri tome ne dajući obrazloženje, to je Apelaciono vijeće u smislu odredbe člana 308. ZKP BiH (prošireno dejstvo žalbe) ispitalo i žalbu odbrane, te istu u ovom dijelu našlo neosnovanom.

(i) Žalbeni navodi tužilaštva

104. Tužilaštvo ističe da izrečena sankcija nije srazmjerna težini počinjenog krivičnog djela, stepenu krivične odgovornosti optuženog, okolnostima i motivima pod kojim je izvršeno krivično djelo, kao i posljedicama koje su nastupile, te da se ovako izrečenom visinom kazne neće ostvariti svrha kažnjavanja²⁸.

a. Nalazi Apelacionog vijeća

105. Pretresno vijeće je, shodno odredbi člana 48. KZ BiH, cijenio sve okolnosti koje utiču na visinu kazne, a posebno stepen odgovornosti optuženog, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu ugrožavanja i povrede zaštićenog dobra, kao i okolnosti pod kojim je djelo učinjeno. Pored toga, cijenio je i raniji život optuženog, njegove osobne prilike, te držanje u toku krivičnog postupka. Dakle, pretresno vijeće je imalo u vidu kako olakšavajuće, tako i otežavajuće okolnosti na strani optuženog Ćerima Novalića.

106. U tom pravcu, pretresno vijeće je kao otežavajuće okolnosti cijenio činjenicu da se u konkretnom slučaju radi o krivičnom djelu sa teškim posljedicama po oštećenu Borku Šaran i da je optuženi radnju izvršenja koja mu se stavlja na teret počinio sa direktnim umišljajem. Nasuprot tome, u pobijanoj presudi se kao olakšavajuće okolnosti navodi da je optuženi u inkriminisano vrijeme imao svega 20 godina (mlade punoljetno lice), da nije ranije osuđivan, njegovo dobro držanje i vladanje koje je imao pred Sudom, kao i lične prilike.

107. Sve navedene olakšavajuće okolnosti pretresno vijeće je ocijenilo osobito olakšavajućim, pa je stoga optuženom Ćerimu Novaliću utvrdilo i izreklo kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina, što znači kaznu ispod zakonom propisanog minimuma.

108. Razmatrajući žalbene navode tužilaštva, Apelaciono vijeće nalazi da su isti osnovani i da je pretresno vijeće u konkretnom slučaju podcijenilo otežavajuće okolnosti na strani optuženog.

109. Ne treba zaboraviti da je silovanje jedan od najtežih seksualnih delikata, koje počinioci istog koriste za ostvarivanje različitih ciljeva kao što su: zastrašivanje, degradacija, poniženje, diskriminacija, kažnjavanje, kontrola ili uništenje osobe, te da je u ratu strogo zabranjen. Ovo proizilazi iz odredbi međunarodnog ugovornog prava i to Ženevskih konvencija iz 1949. godine, Dopunskog protokola I i Dopunskog protokola II iz 1977. godine.

²⁸ Žalba tužilaštva, str. 2.

110. Silovanjem se na izrazito grub način vrijeđa najintimnija sfera života žene (žrtve) i napada ne samo na spolni nego i ukupni integritet. Naime, radi se o tipičnom djelu nasilja. Ono predstavlja tešku povredu ličnosti žrtve, njene autonomije, psihofizičkog integriteta, samokontrole i samopoštovanja. Nerijetko se pri tome kao sekundarne žrtve javljaju brojne druge osobe počev od članova porodice žrtava, rodbine, prijatelja, poznanika i drugih.

111. Optuženi Ćerim Novalić je, prema mišljenju Apelacionog vijeća, izvršio silovanje na izrazito ponižavajući način, s obzirom da je isto počinio u kući oštećene, a posebno iz razloga što su se njena maloljetna djeca i nepokretna svekrva nalazili u susjednoj sobi, a teško bolesni suprug u podrumskim prostorijama.

112. Na tu okolnost oštećena je, na pitanje tužiteljice kako se osjećala poslije silovanja, pred sudom izjavila slijedeće: „*Bolno, tužno, poniženo, gadljivo. Ne mogu da otkrijem ko., kcju sam ponižen je pretrpila, stid, bolest kcju sam preživjavala ovolike godine. Sve što mi se do sad do., događalo, to je sve u sklopu toga bilo. Neka se stidi i nek' ga je sramota šta je uradio, jer smo mi ipak bili komš.je.*“²⁹

113. Naime, oštećena je sasvim objektivno i istinito iznijela sve što je doživjela i preživjela, a što potvrđuju i njene riječi kada opisuje da nije pružala otpor pri silovanju: „*Ništa nisam pružala, nit' sam sn.jela, strah me je bilo, nisam znala šta se sa mnom dešava. Pošo je, rekla sam mu nemcjte mi Stanka ubit. Nećemo sad će tebi Stanko doći*“³⁰, čime je pokazala da nema namjeru niti motiv da optuženog neosnovano tereti.

114. Pri tome ne treba zanemariti ni činjenicu da je ovo krivično djelo u inkriminisano vrijeme izazvalo osjećaj straha i uznemirenosti i drugih stanovnika Džepa koji su bili srpske nacionalnosti. Kao jedna od posljedica krivičnog djela jeste da je oštećena zajedno sa porodicom, kao i drugi Srbi, napustili svoje domove i prešli u Hum, kako bi se osjećali sigurnije.

115. Apelaciono vijeće također nalazi iste olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, ali ih ne cijeni kao osobito olakšavajuće, kao što to pogrešno čini pretresno vijeće u pobijanoj presudi.

116. Stoga je ovo Vijeće, krećući se u granicama kaznenih okvira za izricanje kazne za krivično djelo iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ, a imajući u vidu odredbe člana 38. i 41. KZ SFRJ, utvrdilo kaznu zatvora u trajanju od 8 (osam) godina i 6 (šest) mjeseci, nalazeći da je ova kazna

²⁹ Transkript od 30.3.2010. godine, str. 57.

³⁰ Transkript od 23.3.2010. godine, str. 13.

proporcionalna stepenu krivice optuženog, pobudama iz koji je djelo učinjeno, okolnostima pod kojima je učinjeno, stepenu povrede zaštićenog dobra i nastupjelim posljedicama, te da će se njom ostvariti zahtjevi generalne i specijalne prevencije.

117. Dakle, izrečena kazna zatvora optuženom Čerimu Novaliću u trajanju od 8 (osam) godina i 6 (šest) mjeseci je, prema mišljenju Apelacionog vijeća, adekvatna, svrsishodna i pravedna.

VII. PRITVOR

118. Optuženom Čerimu Novaliću je po izricanju prvostepene presude određen pritvor rješenjem Suda BiH, broj: X-KR-09/847 od 21.5.2010. godine i produžen rješenjem ovog Vijeća, broj: X-KRŽ-09/847 od 15.2.2011. godine, tako da može trajati najduže 6 (šest) mjeseci, odnosno do 15.8.2011. godine.

119. S obzirom da je Apelaciono vijeće optuženog osudilo na kaznu zatvora u trajanju od 8 (osam) godina i 6 (šest) mjeseci, to se optuženom, na osnovu člana 50. KZ SFRJ, u izrečenu kaznu zatvora uračunava vrijeme provedeno u pritvoru počev od 21.5.2010. godine, pa do upućivanja na izdržavanje kazne po ovoj presudi.

120. Potrebno je na kraju istaći da Apelaciono vijeće nije razmatralo odluku prvostepenog vijeća u pogledu troškova krivičnog postupka i imovinsko-pravnog zahtjeva, obzirom da na nepravilnost presude u tom dijelu žalbe nisu ukazivale, te je protekom zakonskog roka za izjavljivanje žalbe, taj dio presude postao pravosnažan.

121. U skladu sa naprijed navedenim, a na osnovu odredbe člana 314. stav 1. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci presude.

Zapisničar:

Neira Kožo

PREDSJEDNICA VIJEĆA

SUDIJA

Azra Miletić

POUKA O PRAVNOM LIJEKU: Protiv ove presude žalba nije dozvoljena.

