



Broj: X-KRŽ-08/500
Dana: Donesena: 12. 07. 2010. godine

Vijeće Apelacionog odjeljenja u sastavu:

sudija Dragomir Vukoje, predsjednik vijeća
sudija Azra Miletić, sudija izvjestilac
sudija Carol Peralta, član

TUŽILAŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE

protiv

MIODRAGA NIKAČEVIĆA

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Behaija Krnjić

Branioци optuženog, advokati:

Izet Baždarević
Bajro Čilić

SADRŽAJ

1. UVOD, IZREKA	3
2. OBRAZLOŽENJE	4
3. Tok postupka.....	4
4. OPŠTA PITANJA	6
5. I) BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA	6
6. II POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE. ..	10
7. Žalbeni prigovori vezano za tačku 1. pobijane presude.....	11
8. III) POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA	17
9. A- Da li je djelo za koje se optuženi goni krivično djelo.....	17
10. Žalbeni prigovori vezano za tačku 2. izreke pobijane presude.....	18
11. B – Da li je u pogledu krivičnog djela koje je predmet optužbe primjenjen zakon koji se ne može primijeniti.....	24
12. VI) ŽALBA NA ODLUKU O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI	26
13. Žalbeni prigovori optužbe i odbrane.....	26
14. V) ODLUKA O TROŠKOVIMA KRIVIČNOG POSTUPKA.....	28

Broj: X-KRŽ-08/500
Sarajevo, 12.07.2010. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja sastavljenom od sudija, Dragomira Vukoje, kao predsjednika vijeća, te sudija Azre Miletić i Carol Peralta-e, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne savjetnice Melike Murtezić, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Miodraga Nikačevića, zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav (1) tačke g) i e) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH), odlučujući po žalbama Tužilaštva Bosne i Hercegovine, optuženog lično, te branilaca optuženog, advokata Izeta Baždarevića i Bajre Čilića, izjavljene protiv presude ovog Suda broj X-KR-08/500 od 19.02.2009. godine, na sjednici vijeća održanoj u smislu člana 304. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH), dana 12.07.2010. godine, donio je slijedeću

PRESUDU

Djelimično se uvažavaju žalbe Tužilaštva BiH, optuženog Miodraga Nikačevića i njegovih branilaca, pa se presuda Suda BiH broj X-KR-08/500 od 19.02.2009. godine **preinačava** na način da se optuženi Miodrag Nikačević na osnovu člana 284. tačka a) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine,

OSLOBADA OD OPTUŽBE

da je u periodu od početka aprila mjeseca 1992. godine pa do kraja mjeseca marta 1993. godine, u kojem se odvijao širok i sistematičan napad vojnih, paravojnih i policijskih snaga Srpske Republike BiH, a potom Republike Srpske usmjerenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva općine Foča, znajući za takav napad, te da njegove radnje čine dio napada, kao pripadnik tih snaga, svjesno pomogao u nezakonitom zatvaranju i oduzimanju fizičke slobode druge osobe, tako što je:

dana 02.08.1992. godine, naoružan sa automatskim oružjem, zajedno sa još dva pripadnika oružanih snaga Republike Srpske koji su također bili naoružani, došao do kuće porodice Klapuh, koja se nalazila u mjestu Humsko, opština Foča, da bi tražili Klapuh Rasima, pa kako je Rasim radio na obližnjoj livadi, jedan od njih je otišao i doveo ga pred kuću, da bi potom lišili ga slobode i odveli ga do jedne livade u blizini mjesta Geuši, Republika Crna Gora, na kojoj livadi su ga ispitivali, te ponovo ga vratili kući, a potom ga odveli i predali vojnoj policiji u komandi vojske koja se nalazila u mjestu Velečevo, opština Foča, odakle su isti Rasima odveli i nezakonito zatvorili u KPD „Foča“ gdje je isti bio zatvoren, a da nikad nije protiv njega vođen bilo kakav postupak niti mu je bio uručen akt o razlozima zatvaranja, nakon čega je

isti neutvrđenog dana, od strane neutvrđenih osoba izveden iz KPD-a, te na nepoznatoj lokaciji lišen života,

dakle,

u okviru širokog i sistematičnog napada vojnih, paravojnih i policijskih snaga Srpske Republike BiH, usmjerenog protiv civilnog Bošnjačkog stanovništva općine Foča, znajući za takav napad, te da njegove radnje čine dio tog napada, kao pripadnik tih snaga, svjesno pomogao drugim osobama, suprotno pravilima međunarodnog prava, zatvaranju i oduzimanju fizičke slobode druge osobe,

čime bi počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav (1) tačka e) KZ BiH, u vezi sa članom 31. KZ BiH, i u vezi sa članom 180. stav (1) KZ BiH.

i u odluci o krivičnopravnoj sankciji, na način da se optuženi za radnje opisane u tačkama 1. (a) i (b) izreke prvostepene presude **za koje je oglašen krivim zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172 stav (1) tačka g) KZ BiH**

O S U Ā U J E

Na kaznu zatvora u trajanju od 10 (deset) godina.

Na osnovu člana 56. KZ BiH u izrečenu kaznu optuženom se uračunava i vrijeme koje je proveo u pritvoru od 14.02.2008. do 20.01.2009. godine.

U ostalom dijelu prvostepena presuda ostaje neizmjenjena.

OBRAZLOŽENJE

Tok postupka

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH) broj X-KR-08/500 od 19.02.2009. godine, optuženi Miodrag Nikačević oglašen je krivim da je radnjama opisanim pod tačkama 1. (a) i (b) i 2. izreke presude počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav (1) tačka g) i e) KZ BiH, u vezi sa članom 31. KZ BiH, a sve u vezi sa članom 180. stav (1) KZ BiH.
2. Za navedeno krivično djelo prvostepeno vijeće je osudilo optuženog na kaznu zatvora u trajanju od 8 (osam) godina, u koju kaznu mu je, na osnovu člana 56. KZ BiH, uračunato vrijeme provedeno u pritvoru počev od 14.02.2008. godine, pa do 20.01.2009.godine. Primjenom člana 188. stav (4) ZKP BiH, optuženi je oslobođen dužnosti naknade troškova krivičnog postupka.

3. Na osnovu člana 198. stav (2) ZKP BiH, svi oštećeni su sa eventualnim imovinsko-pravnim zahtjevima, upućeni na parnicu.
4. Protiv navedene presude žalbe su blagovremeno izjavili Tužilaštvo BiH, optuženi Miodrag Nikachević lično, te njegovi branioci, advokat Izet Baždarević i advokat Bajro Čilić.
5. Tužilaštvo BiH je uložilo žalbu zbog odluke o krivično-pravnoj sankciji i odluke o troškovima krivičnog postupka iz člana 300. stav (1) ZKP BiH, sa prijedlogom da vijeće Apelacionog odjeljenja Suda BiH u cjelosti uvaži žalbu kao osnovanu, pobijanu presudu preinači, na način da optuženom izrekne istu vrstu kazne, ali u dužem trajanju, i to u granicama koje je zakonodavac propisao za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav (1) tačke g) i e) KZ BiH, te da obaveže optuženog na plaćanje troškova krivičnog postupka temeljem člana 188. stav (1) ZKP BiH.
6. Optuženi Miodrag Nikachevića, i njegov branilac, advokat Izet Baždarević, dostavili su sudu odgovor na žalbu tužioca, u kojem se očituju na navode iste s prijedlogom da se žalba odbije kao neosnovana.
7. Optuženi, branilac optuženog Izet Baždarević i dodatni branilac optuženog Bajro Čilić, žalbe su izjavili zbog bitnih povreda krivičnog postupka iz člana 297. ZKP BiH, povrede krivičnog zakona iz člana 298. ZKP BiH, pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana 299. ZKP BiH i zbog odluke o krivično-pravnoj sankciji iz člana 300. ZKP BiH. Odbrana je predložila Apelacionom vijeću da žalbe prihvati kao osnovane i preinači pobijanu presudu, tako što će „optuženog oglasiti nevinim,“ za sve tačke za koje je oglašen krivim ili da pobijanu presudu ukine u cjelosti i odredi održavanje novog glavnog pretresa.
8. Tužilaštvo BiH dostavilo je odgovore na žalbe branilaca i optuženog lično, u kojima se protivi žalbenim razlozima i navodima, te predlaže Apelacionom vijeću da se iste odbiju kao neosnovane.
9. Na sjednici vijeća Apelacionog odjeljenja održanoj dana 12.07.2010. godine, u smislu odredbe člana 304. ZKP BiH, stranke i branioci su ukratko izložili svoje žalbe, kao i odgovore na iste, te su u cijelosti ostali kod pismeno iznesenih navoda i prijedloga.
10. Nakon što je preispitalo pobijanu presudu u granicama žalbenih osnova i navoda, vijeće Apelacionog odjeljenja (Apelaciono vijeće; Vijeće) je donijelo odluku kao u izreci iz razloga koji slijede:

OPŠTA PITANJA

11. Prije obrazloženja za svaki istaknuti žalbeni prigovor, Apelaciono vijeće napominje da je obaveza žalioaca 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.
12. 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.
13. 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.
14. 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 *prima facie* odbilo kao neosnovane.
15. Imajući u vidu samu vrstu odluke koja je sadržana u izreci ove presude, obrazloženje iste sadrži detaljnu analizu žalbenih prigovora po svim žalbenim osnovama u odnosu na tačku 1. a) i b) izreke prvostepene presude. U odnosu na tačku 2. izreke prvostepene presude, obzirom da je ovo Vijeće utvrdilo osnovanost žalbenih prigovora, te utvrdilo povredu materijalnog zakona, obrazloženje sadrži analizu žalbenih prigovora po ovom osnovu.

I) BITNE POVREDE KRIVIČNOG POSTUPKA

16. Apelaciono vijeće je prije svega razmotrilo osnovanost žalbenih navoda kojim se ukazuje na postojanje bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav (1) ZKP BiH, te našlo da isti nisu osnovani.
17. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka, kao žalbeni osnov, definisane su članom 297. ZKP BiH, te su taksativno nabrojane u tačkama od a) do k) stava 1. člana 297. ZKP BiH.
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 uticaj na valjanost presude (relativno bitne povrede).

19. Za razliku od apsolutnih, relativno bitne povrede nisu taksativno pobrojane u zakonu već postoje *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 (član 297. stav 2. ZKP BiH).*
20. Ukoliko bi 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.
21. U žalbi branioci ističu bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka j) i k) ZKP BiH.
22. U svojoj žalbi, glavni branilac ukazuje na razloge iz člana 297. stav (1) tačka j) ZKP BiH, navodeći da je „izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda uopšte ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama“. Apelaciono vijeće nalazi potrebnim istaći da se branilac pogrešno poziva na zakonski član, jer član 297. stav (1) tačka j) propisuje prekoračenje optužbe kao bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. Osim pozivanja na ovu tačku člana 297. ZKP BiH, branilac sadržajno ne obrazlaže postojanje ove bitne povrede, te Apelaciono vijeće nije ni u mogućnosti da ispita navodnu povredu.
23. Članom 297. stav (1) tačka k) ZKP BiH propisano je da bitna povreda postoji ako je izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda uopšte ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama.
24. Prema ocjeni Apelacionog vijeća navodi odbrane u pogledu postojanja bitne povrede iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH su paušalni i neutemeljeni. Naime, odbrana ne ukazuje na konkretne elemente izreke ili obrazloženja pobijane presude koji bi upućivali na zaključak o postojanju ove bitne povrede odredaba krivičnog postupka.
25. Apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka u skladu sa članom 297. stav (1) tačka k) ZKP BiH postoji kad prvostepena presuda, kao formalni sudski akt, sadrži određene nedostatke u izreci i/ili obrazloženju, koji su po svojoj prirodi takvi, da onemogućavaju ispitivanje njene zakonitosti i pravilnosti.

26. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu, sa aspekta postojanja nedostataka koji bi mogli da predstavljaju bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav (1) tačka k) ZKP BiH, Apelaciono vijeće je zaključilo da presuda ne sadrži manjkavosti iz tačke k), kako je to u žalbama paušalno navedeno, te je stoga prigovore branilaca valjalo odbiti kao neosnovane.
27. Naime, činjenični opis djela u izreci u odnosu na tačku 1. a) i b) je jasan, određen i potpun, te sadrži činjenice i okolnosti koje predstavljaju bitne elemente krivičnog djela za koje je optuženi oglašen krivim. U izreci je navedeno mjesto i vrijeme izvršenja krivičnog djela, jasno su naznačene radnje optuženog. Izrekom presude, obuhvaćeni su svi bitni elementi krivičnog djela iz člana 172. stav (1) tačke g) KZ BiH, uz precizan opis pojedinačnih radnji izvršenja označenih u ovim tačkama izreke. U obrazloženju presude navedeni su izvedeni dokazi, zatim je naveden sadržaj tih dokaza, te ocjena vjerodostojnosti istih. U pobijanoj presudi su dati razlozi o odlučnim činjenicama relevantnim za presuđivanje u ovoj krivičnopravnoj stvari, uz detaljnu i iscrpnu analizu svih dokaza kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti.
28. U odnosu na tačku 2. izreke prvostepene presude, Apelaciono vijeće nalazi da su prigovori odbrane djelimično osnovani, međutim manjkavosti prvostepene presude nemaju karakter bitne povrede odredaba krivičnog postupka, već predstavljaju povredu materijalnog zakona o čemu će ovo Vijeće iznijeti svoj stav u dijelu II) Povreda materijalnog zakona (paragrafi od 74 do 105).
29. Nadalje, iako u žalbi ukazuje na povredu iz člana 297. stav (1) tačka i) – zasnivanje presude na dokazima na kojima se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda, branilac sadržajno obrazlaže povredu definisanu članom 297. stav (2) ZKP BiH.
30. Odbrana smatra da je sud trebao obezbjediti pravo žalbe iz člana 318. stav (1) ZKP BiH na odluku/rješenje o prihvatanju kao dokazanih činjenica utvrđenih u pravosnažnim presudama Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) koje je donijeto na osnovu člana 4. Zakona o ustupanju predmeta od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužilaštvu Bosne i Hercegovine i korištenju dokaza pribavljenih od Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u postupcima pred sudovima u Bosni i Hercegovini (Zakon o ustupanju). Odbrana smatra da je predmetna odluka trebala biti ispitana od strane vijeća Apelacionog odjeljenja u skladu sa odredbom člana 321. stav (1) ZKP BiH u toku postupka, a ne u žalbi koja se izjavljuje protiv prvostepene presude, jer je u tom trenutku kasno za ulaganje dodatnih dokaza.
31. Prema ocjeni Apelacionog vijeća, ovaj žalbeni prigovor je neosnovan.

32. Prvostepeno vijeće je pravilno zaključilo da odluka o prihvatanju kao dokazanih činjenica utvrđenih pravosnažnim presudama MKSJ predstavlja odluku, odnosno rješenje suda koje se može pobijati samo u žalbi na prvostepenu presudu.
33. Naime, odredbom člana 318. stav (2) ZKP BiH propisano je da se rješenja koja se donose radi pripremanja glavnog pretresa i presude mogu pobijati u žalbi na presudu.¹ Stoga, ne znači da pravo na žalbu ne postoji, već da se isto može ostvariti kroz podnošenje žalbe na presudu. Iz pobijane odluke prvostepenog vijeća potpuno je jasno da je odbrana na jasan i direktan način upoznata da se činjenice utvrđene u postupcima pred MKSJ uzimaju kao dokazane, ali da istovremeno odbrana ima mogućnost pobijanja ovih činjenica tokom glavnog pretresa. Stoga, neosnovano odbrana ističe da nisu bili u mogućnosti pobijanja takvih prihvaćenih činjenica. Činjenica da odbrana nije izvela niti jedan dokaz kojim bi pobijala ove prihvaćene činjenice predstavlja odluku koju je donijela sama odbrana i ne predstavlja kršenje prava na odbranu zagarantovanog članom 7. ZKP BiH i članom 6. EKLJP. Također, odbrana tu mogućnost nije iskoristila u žalbenom postupku.
34. Odbrana nalazi i da je došlo do kršenja načela *in dubio pro reo*. Obzirom na sve inkonzistentnosti u izjavama svjedoka optužbe, kao i na činjenicu da je vještak optužbe očito pristrasan, odbrana smatra da je sudeće vijeće donošenjem osuđujuće presude protiv Miodraga Nikačevića prekršilo njegovo pravo na presumpciju nevinosti.
35. Načelo *in dubio pro reo* neposredna je posljedica presumpcije nevinosti, te je zakonom izričito propisano da u sumnji sud mora ići u korist optuženog.² Stoga, svaka sumnja u postojanje neke pravno relevantne činjenice mora se odraziti u korist optuženog. Činjenice koje idu na štetu optuženog (*in peius*) moraju biti utvrđene sa potpunom sigurnošću, te ukoliko postoji opravdana sumnja u odnosu na ove činjenice, one se ne mogu uzeti kao utvrđene ili dokazane. Činjenice koje idu u korist optuženom smatraju se utvrđenima čak i kada su samo vjerovatne, odnosno ako se sumnja u njihovo postojanje.
36. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće zasnovalo presudu na činjenicama i dokazima koji su iznijeti na glavnom pretresu, te je ocijenilo svaki dokaz pojedinačno, i u vezi sa ostalim dokazima, te je na osnovu takve ocjene izvodilo zaključak o postojanju pravno relevantnih činjenica.³ Stoga je,

¹ Član 318. stav (2) ZKP BiH: „Rješenja koja se donose radi pripremanja glavnog pretresa i presude mogu se pobijati samo u žalbi na presudu.“

² Član 3. stav (2) ZKP BiH: „Sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, Sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog.“

³ Član 281. ZKP BiH: „(1) Sud zasniva presudu samo na činjenicama i dokazima koji su izneseni na glavnom pretresu. (2) Sud je dužan savjesno ocijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana.“

formalnopravno, prvostepeno vijeće u cijelosti postupilo u skladu sa članom 15. ZKP BiH, te u skladu sa obavezama iz člana 281. stavovi (1) i (2) ZKP BiH. Međutim, Apelaciono vijeće nalazi da je primjenu načela *in dubio pro reo* neophodno sagledati u okviru prigovora odbrane da li je činjenično stanje pravilno i potpuno utvrđeno, odnosno u kontekstu dokazne vrijednosti izvedenih dokaza, te će detaljna analiza za svaku tačku optužnice biti iznesena u dijelu II ove presude (pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje).

II) POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

37. Standard koji Apelaciono vijeće treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja jeste osnovanost žalbenih prigovora. Apelaciono vijeće će prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja vlastitim nalazom zamijeniti utvrđenje prvostepenog vijeća samo ako jedan objektivan sud koji presuđuje o činjeničnim pitanjima ne bi mogao utvrditi osporavano činjenično stanje.
38. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak prvostepenog vijeća takav zaključak do kojeg jedan objektivan sud koji presuđuje o činjeničnim pitanjima ne bi mogao doći, Apelaciono vijeće se neće olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo prvostepeno vijeće. Apelaciono vijeće smatra da je prvenstveno zadatak prvostepenog vijeća da sasluša, provjeri i ocijeni dokaze izvedene na glavnom pretresu i da se činjeničnom stanju koje je utvrdilo prvostepeno vijeće mora iskazati određeno uvažavanje.
39. Apelaciono vijeće će ukinuti presudu prvostepenog vijeća samo ako je činjenična greška uzrokovala nepravilnu presudu. Nepravilna presuda se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen usprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.
40. Da bi dokazao da je donesena nepravilna presuda, žalilac mora pokazati da navodno pogrešno i nepotpuno činjenično stanje koje je utvrdilo prvostepeno vijeće opravdano dovodi u sumnju krivicu optuženog. Da bi tužilac dokazao da je donesena nepravilna presuda, on mora pokazati da je, nakon što se u obzir uzmu greške koje je prvostepeno vijeće učinilo prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja, eliminisana svaka osnovana sumnja u pogledu krivice optuženog.
41. Stoga, samo u slučaju kada Apelaciono vijeće zaključi, da nijedan objektivan sud koji presuđuje o činjeničnim pitanjima ne bi mogao doći do osporavanih činjeničnih utvrđenja i da je takva činjenična greška uzrokovala nepravilnu presudu, Apelaciono vijeće će uvažiti žalbu podnesenu u skladu sa članom

299. stav 1. ZKP BiH, navodeći da je činjenično stanje pogrešno ili/ i nepotpuno utvrđeno.

42. Članom 299. ZKP BiH propisano je kad se presuda može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Odlučne činjenice se utvrđuju neposredno pomoću dokaza ili posredno iz drugih činjenica (indicija ili kontrolnih činjenica). Samo one činjenice koje su presudom utvrđene, mogu se smatrati da postoje, te bez obzira što odlučne činjenice postoje, uvijek se moraju izvući zaključci o njihovom postojanju. U suprotnom nema utvrđenog činjeničnog stanja (nepotpuno utvrđeno činjenično stanje). Ukoliko neka odlučna činjenica nije utvrđena onako kako je postojala u stvarnosti nekog događaja, onda postoji pogrešno utvrđeno činjenično stanje.
43. Ocjenu o tome da li je pogrešno utvrđeno činjenično stanje, vijeće Apelacionog odjeljenja će dati u odnosu na činjenice i utvrđenja na koja je odbrana u žalbi ukazala. Za ovakvu ocjenu treba primijeniti kriterijum i to tako što će se na temelju žalbenih prigovora ocijeniti da li neka odlučna činjenica odgovara rezultatima izvedenih dokaza.
44. Prema ocjeni Apelacionog vijeća, nisu osnovani žalbeni navodi odbrane da je prvostepeno vijeće pogrešno i nepotpuno utvrdilo činjenično stanje u odnosu na tačku 1. (a) i (b) izreke pobijane presude. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće dalo detaljne i jasne razloge na kojima temelji svoju odluku, koje u cijelosti prihvata i ovo Vijeće.
45. U odnosu na tačku 2. izreke pobijane presude, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće izvelo pogrešan zaključak da djelo opisano u optužnici predstavlja krivično djelo iz člana 172. stav (1) tačka e) KZ BiH, te će isto biti razmotreno u dijelu III –Povreda krivičnog zakona- ove presude. Apelaciono vijeće nalazi da je u tom pogledu bilo neophodno preinačiti prvostepenu presudu u skladu sa odredbom člana 314. ZKP BiH.

Žalbeni prigovori vezano za tačku 1. pobijane presude

46. Prema ocjeni Apelacionog vijeća nisu osnovani žalbeni razlozi zbog kojih se presuda pobija u odnosu na tačku 1. (a) i (b) izreke prvostepene presude. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće pravilno zaključilo da je isključujući svaku razumnu sumnju dokazano da je optuženi Nikačević prisilio oštećene [REDACTED] na spolni odnos, čime je počinio krivično djelo iz člana 172. stav (1) tačka g) KZ BiH.
47. U pogledu tačke 1. (a) i (b) izreke pobijane presude, odbrana ukazuje na određene konstatacije i teorije odbrane koje nisu utemeljene na izvedenim dokazima, niti odbrana ukazuje iz kojih dokaza bi takvo činjenično stanje moglo da proizade.

48. Odlučne činjenice odgovaraju rezultatima izvedenih dokaza, a odbrana svojim žalbenim navodima nije dovela u sumnju ispravnost činjeničnih utvrđenja i zaključaka prvostepenog vijeća, koje u cijelosti prihvata i ovo Vijeće. Prvostepeno vijeće je pravilno utvrdilo sve odlučne činjenice od kojih zavisi primjena materijalnih i procesnih propisa.
49. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće pravilnom ocjenom ključnih dokaza – iskaza svjedoka oštećenih, te iskaza ostalih svjedoka na ispravan i pouzdan način utvrdilo da je optuženi Nikačević počinio krivičnopravne radnje za koje je i oglašen krivim, a koji zaključak u potpunosti prihvata i ovo Vijeće.
50. Prigovore odbrane Apelaciono vijeće nalazi u potpunosti neutemeljenim, pogotovo iz razloga što isti, osim paušalnih konstatacija o navodnoj netačnosti / neistinitosti iskaza svjedoka oštećenih, ne sadrže niti jedan valjan kontraargument ili dokaz kojim bi se njihovi iskazi doveli u pitanje. Nasuprot tome prvostepeno vijeće je na potpun i pravilan način poklonilo vjeru saslušanim svjedocima oštećenima, budući da iz njihovih iskaza, koji se razlikuju samo u onoj mjeri u kojoj se potvrđuje da isti nisu naučeni, već da odražavaju različite percepcije različitih osoba u nesvakidašnjim i izrazito stresnim i ponižavajućim okolnostima u kojima su se nesumnjivo nalazile oštećene, jasno proizilazi da je optuženi Nikačević preduzeo radnje na način kako je to u izreci pod tačkom 1. (a) i (b) prvostepene presude navedeno.
51. Apelaciono vijeće prihvata razloge navedene u obrazloženju prvostepene presude, jer je ista donijeta nakon pravilno i zakonito provedenog postupka i jer su u njenom obrazloženju potpuno i određeno izložene kako nesporne činjenice, tako i razlozi iz kojih su sporne ili kontradiktorne činjenice uzete dokazanima, te je data valjana ocjena vjerodostojnosti proturječnih dokaza, dok izneseni žalbeni prigovori nisu dostatni da bi se osporilo ovako pravilno i potpuno utvrđenje.
52. Prema ocjeni Apelacionog vijeća prvostepeno vijeće je dalo detaljnu i sveobuhvatnu analizu iskaza oštećenih, koji iskazi su cijenjeni sa posebnom pažnjom, upravo iz razloga što su žrtve jedini svjedoci samog čina silovanja. U odnosu na silovanje [REDACTED] prvostepeno vijeće je pored iskaza oštećene, cijenilo i iskaze ostalih svjedoka [REDACTED], [REDACTED], Fazlić Jasmine i Smajkan Emire) u odnosu na događaje koji su se desili neposredno prije i poslije silovanja. Na isti način je cijenjen i iskaz oštećene [REDACTED], uz ocjenu iskaza svjedoka [REDACTED] i [REDACTED] u odnosu na okolnosti prije i poslije inkriminisanog događaja.
53. Suprotno žalbenim navodima, Apelaciono vijeće nalazi da prvostepeno vijeće nije imalo niti jedan razlog da u potpunosti ne pokloni vjeru svjedokinjama,

oštećenima [REDACTED], jer su njihovi iskazi jasni, dosljedni i ni na koji način nisu dovedeni u sumnju, pa su stoga i prihvaćeni kao vjerodostojni u pogledu silovanja od strane optuženog Nikačevića.

54. Odbrana neosnovano osporava vjerodostojnost iskaza oštećene [REDACTED] ukazujući na „povlašteni“ položaj oštećenih, prvenstveno oštećene [REDACTED] u odnosu na ostale pripadnike bošnjačke nacionalnosti u Foči. Činjenica da se oštećene u ovom predmetu nisu nalazile u istim uslovima kao i žene koju su zatvarane u zatočeničkim logorima, ne predstavlja valjan osnov za osporavanje vjerodostojnosti njihovih iskaza, niti umanjivanje ili degradiranje njihovog statusa oštećenih ovim krivičnim djelom.
55. Radnje oštećene [REDACTED] koje se odnose na njen odlazak i povratak u Foču, te njeno poznanstvo i kontakt sa načelnikom policije, predstavljale su pronalaženje načina preživljavanja u vrijeme rata i haosa, te pokušaj zaštite kćerke. Iz izvedenih dokaza jasno proizilazi da je oštećena bila u opasnosti i stalno uplašena, kao i da je u to vrijeme na njen položaj znatno uticao politički status njenog oca, kao i činjenica da je ona bila razvedena žena, majka, koja je strahovala za sudbinu svoje kćerke.⁴ Iz iskaza saslušanih svjedoka proizilazi i da je oštećena [REDACTED] tražena od strane raznih vojnih i paravojnih formacija.
56. U odnosu na oštećenu [REDACTED] neophodno je istaći činjenicu da je oštećena silovana i na početku sukoba, kada su vojnici došli u stan tražeći oružje, obzirom da je njen otac bio u vojsci. Tom prilikom je silovana dok su njena majka i brat bili u stanu.
57. Položaj ove dvije mlade žene, silovane, izložene raznim napadima, koje istovremeno strahuju za svoj, kao i život svojih najbližih, ne može se definisati kao „povlašten“ položaj. Iz izvedenih dokaza proizilazi upravo suprotan zaključak, koji je detaljno obrazložen u pobijanoj presudi, a koje u cijelosti prihvata i ovo Vijeće.
58. U pogledu određenih kontradiktornosti u iskazima oštećenih i ostalih saslušanih svjedoka, odbrana ukazuje upravo na iste različitosti koje je i prvostepeno vijeće istaklo u pobijanoj presudi. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće pravilno cijenilo iskaze svjedoka, pojedinačno i u međusobnoj povezanosti, te je pravilno zaključilo da nedosljednosti u iskazima nisu relevantne, odnosno ne dovode u pitanje kredibilitet svjedokinja. Različitosti u iskazima se odnose na činjenice koje nisu direktno povezane činjeničnim opisom iz optužnice i tiču se irelevantnih detalja. Naime, svjedokinje saglasno potvrđuju da je [REDACTED] kroz podrumske prostorije prešla u stan [REDACTED] Iako postoje određene različitosti

⁴ Vidi: svjedok odbrane Đuderija Jadran

po pitanju ko je proveo [REDACTED] kroz te prostorije, te nedosljednosti su takvog karaktera da ne dovode u pitanje kredibilitet svjedoka, već su posljedica protoka vremena, kao i različitih percepcija ili različitih izvora saznanja.

59. Apelaciono vijeće ističe da u odnosu na ključne činjenice iskazi saslušanih svjedoka ne sadrže odstupanja niti kontradiktornosti.
60. Odbrana neosnovano ističe kao propust prvostepenog vijeća činjenicu da tačni datumi silovanja nisu utvrđeni. Prema ocjeni Apelacionog vijeća prvostepeno vijeće je dalo detaljnu i sveobuhvatnu analizu iskaza svjedoka u odnosu na datume silovanja, odnosno vrijeme izvršenja krivičnog djela. Imajući u vidu protek vremena kao i okolnosti pod kojima su se inkriminisane radnje desile, razumljivo je da se oštećene ne mogu izjasniti o tačnom datumu silovanja. Apelaciono vijeće nalazi da je vrijeme izvršenja krivičnog djela utvrđeno sa dovoljnom preciznošću, iako nisu utvrđeni tačni datumi, već je utvrđen vremenski period u kojem su se silovanja desila. Naime, imajući u vidu kontekst širokog i sistematičnog napada koji se dešavao kad se desilo i krivično djelo, kao i nenormalne i izuzetno stresne životne okolnosti u kojima su se nalazile sve svjedokinje u ovom predmetu, sasvim je razumljivo da jedini način preciziranja vremena izvršenja krivičnog djela jeste povezivanje sa nekim drugim događajima.⁵
61. Žalbeni prigovori odbrane kojima se ističe činjenica da su obje oštećene silovanje prijavile nakon dugog vremenskog perioda i to nevladinoj organizaciji, te da je motiv njihovog prijavljivanja finansijske prirode, prema ocjeni ovog Vijeća nisu osnovani i ne dovode u sumnju vjerodostojnost iskaza oštećenih. Prije svega ove tvrdnje odbrane nemaju uporišta u izvedenim dokazima. Prvostepeno vijeće je detaljno analiziralo sve činjenice i okolnosti i pravilno zaključilo da su iskazi svjedoka oštećenih i ostalih svjedoka optužbe u potpunosti podudarni i dosljedni u svojim osnovnim i važnim elementima, a nekoliko različitih tumačenja određenih činjenica ne dovode u sumnju autentičnost i vjerodostojnost iskaza, koji zaključak u cijelosti prihvata i Apelaciono vijeće. Prvostepeno vijeće je pravilno cijenilo činjenice i okolnosti koje se odnose na okruženje, mentalitet područja iz kojeg potiču

⁵ Vidi Predmet: X-KR-08/500 Miodrag Nikačević, prvostepena presuda od 19.02.2009. godine (prvostepena presuda) str. 43, paragraf 3.: „Što se tiče tačnog datuma dešavanja inkriminisanog događaja, svjedokinja oštećena je izjavila da je par dana nakon početka granatiranja Foče otišla u [REDACTED] stan, te da je optuženi nju odveo prvu noć po dolasku. Svjedokinja [REDACTED] je navela da je [REDACTED] oko 10. aprila 1992. godine došla kod nje, te da je ostala 5-10 dana, a da je Nikačević došao po [REDACTED] jedne noći dok je [REDACTED] bila kod nje u stanu. Također, svjedokinja [REDACTED] je u svom iskazu navela da je optuženi odveo [REDACTED] u aprilu mjesecu, par dana nakon početka granatiranja, 9., 10. ili 11. aprila 1992. godine.“; str. 51: „Jedne prilike, u junu mjesecu, kada supruga optuženog nije bila u stanu, on ju je zovnuo da pospremi stan insistirajući da dođe ona, a ne njena majka. Te prilike ju je silovao. Svjedokinja tvrdi da se seksualno nasilje desilo 15. ili 16. juna 1992. godine. svjedokinja [REDACTED] je potvrdila da je polovinom juna optuženi Nikačević odveo oštećenu [REDACTED] u njegov stan koji je bio prazan. Svjedokinja [REDACTED] je izjavila da je nekad u periodu od 1. do 10. jula čula od [REDACTED] da ju je silovao optuženi, što potkrijepljuje zaključak da je silovana prije 1. jula.“

svjedokinje, vrijeme izvršenja krivičnog djela, kao i iskaze svjedokinja oštećenih iz kojih proizilazi da su se bojale reakcije okoline, porodice i prijatelja, ali i da su istovremeno imale vidljive štetne posljedice seksualnog nasilja. Imajući u vidu prilike koje su postojale u vrijeme izvršenja krivičnog djela, kao i da se radilo o izuzetno stresnim i traumatičnim događajima za obje oštećene, koji su ostavili jak uticaj i nakon proteka vremena, u patrijarhalnoj sredini, iz koje i same ošteće potiču, čin silovanja je sramota i za samu žrtvu, te je potpuno razumljivo da oštećene o tome nisu govorile sve do trenutka kada su se osjećale dovoljno sigurno da se suoče sa prošlošću i prijave silovanje.

62. Činjenica da su oštećene silovanje prvo prijavile udruženju „Žene žrtve rata“, ne umanjuje istinitost, niti vjerodostojnost njihovih iskaza. Šta više, logično je da se žene, koje su proživjele izuzetno traumatične događaje, odluče da svoju priču prvo podijele sa ženama koje su prošle kroz iste ili slične situacije.
63. Iz prethodno istaknutih činjenica i okolnosti, koje su detaljno elaborirane u pobijanoj presudi, prvostepeno vijeće je izvelo u cijelosti ispravan zaključak da prijavljivanje silovanja po proteku 15 godina, ni u kom slučaju, samo po sebi, ne dovodi u pitanje vjerodostojnost iskaza oštećenih.
64. Navodi branioca o navodnoj pristrasnosti vještaka dr. Senadina Ljubovića u cijelosti su neosnovani. Naime, prvostepeno vijeće je pravilno cijenilo i sudsko psihijatrijski izvještaj vještaka dr. Ljubovića, ističući da se mišljenje vještaka određene struke ne smije odnositi na iskaz oštećenog, nego mora biti isključivo vezano za ličnost oštećene osobe. Imajući u vidu činjenicu da je dr. Ljubović vještak koji ima dugogodišnju praksu, te da je među prvima vještačio žrtve silovanja i to njih oko 1000, prvostepeno vijeće je pravilno zaključili da su dati nalaz i mišljenje objektivni, stoga je istom poklonilo vjeru u cijelosti.
65. Samo osporavajući vjerodostojnost ovog dokaza, kao kontradiktornog i preuveličanog dokaza, odbrana nije pružila dokaze da potkrijepi svoje tvrdnje. Stoga, ovo Vijeće mora odbiti te navode kao neosnovane.
66. Odbrana osporava vjerodostojnost svjedokinje [REDACTED] ističući da su optuženi i njegova supruga povjerali oštećenoj svojoj tek rođenoj djeci na staranje. Sama ta činjenica trebala bi da dovede u sumnju navodno silovanje. Apelaciono vijeće nalazi potpuno neosnovanim ovaj žalbeni prigovor odbrane. Izuzev hipotetičkog pitanja zašto bi optuženi povjerio svojoj tek rođenoj djeci ženi koju je navodno silovao, odbrana nije osigurala niti jedan dokaz ili činjenicu koji bi potkrijepili ove stavove. Moglo bi se dati i suprotno objašnjenje u pogledu pitanja zašto se oštećena vratila da čisti kuću optuženog, čuva njegovo dijete i pere njegove uniforme. Da li je to posljedica prijeratnog bliskog prijateljstva između optuženog i oštećene ili to upućuje na postojanje

odnosa sličnom ropstvu koji je optužen kao „dušebrižnik“ nametnuo oštećenoj koristeći se specifičnim okolnostima koje su postojale u to vrijeme?.

67. Sud je dužan da svoju odluku o činjeničnim zaključcima utemelji na izvedenim dokazima, te hipotetičke pretpostavke ne mogu biti prihvatljive u dokaznom postupku. Suprotno žalbenim navodima, prvostepeno vijeće je detaljno obrazložilo položaj oštećenih u inkriminisano vrijeme, i to kako u širem kontekstu dešavanja na području općine Foča (postojanje širokog i sistematičnog napada i cjelokupna dešavanja sa Bošnjačkim stanovništvom) tako i životne okolnosti u kojima su se našle oštećene u ovom predmetu (nezaštićene žene koje su živjele u izuzetno stresnim i nenormalnim okolnostima).
68. Imajući u vidu ove nesporne činjenice, i ovo Vijeće nalazi da je prvostepeni sud utvrdio da je do seksualnih odnosa između optuženog i oštećenih dolazilo silom, i da su postojale i takve okolnosti koje se mogu ocjeniti prinudnim (*coercive circumstances*).
69. Nadalje, odbrana osporava vjerodostojnost iskaza oštećene [REDACTED], ali i oštećene [REDACTED] ističući da okolnosti u vezi izvršenog abortusa nisu sasvim jasne. Prema ocjeni Apelacionog vijeća, prvostepeno vijeće je pravilno cijenilo iskaz oštećenih, pogotovo oštećene [REDACTED] u odnosu na činjenicu da je ista nakon silovanja ostala u drugom stanju, te da je izvršila prekid trudnoće. Suprotno žalbenim navodima, u pobijanoj presudi su detaljno obrazložene činjenice i okolnosti koje se tiču prekida trudnoće, te je pravilno ukazano da trudnoća i prekid trudnoće nisu činjenice koje bi imale odlučan karakter za utvrđivanje postojanja samog zločina, te da obzirom na traumu, poniženje i stigmiju koji prate abortus, nedosljednosti i zabune u iskazima svjedoka ne predstavljaju ozbiljna pitanja. Prvostepeno vijeće na str. 56. daje detaljni pregled iskaza svjedoka u odnosu na zabunu oštećene [REDACTED] u pogledu imena doktora koji je izvršio prekid trudnoće, kao i u pogledu nepostojanja dokumentacije. Nadalje, i sam dr. Aščerić je potvrdio da je u inkriminisano vrijeme imao ordinaciju u Novom Pazaru, gdje su se vršili pregledi žena iz Istočne Bosne, kao i prekidi neželjenih trudnoća. Obzirom na protek vremena, a u nedostatku materijalne dokumentacije, sasvim je razumljivo da se dr. Aščerić ne može sjetiti konkretnog slučaja prekida trudnoće oštećene [REDACTED].
70. Optuženi u svojoj žalbi ponovno ukazuje na alibi, koji Apelaciono vijeće nalazi neprihvatljivim, te u cijelosti prihvata zaključke prvostepenog vijeća. Naime, iz izvedenih dokaza nesumnjivo proizilazi da su svjedoci⁶ optuženog vidali u zgradi u kojoj je stanovao u vrijeme kada su se silovanja desila, te Apelaciono vijeće ne nalazi da je odbrana uspjela osporiti ove dokaze, niti da

⁶ Vidi prvostepena presuda str. 46; svjedoci: [REDACTED]

je pružila dovoljno dokaza kojima bi se dovelo u sumnju utvrđeno činjenično stanje.

71. Imajući u vidu sve navedeno, Apelaciono vijeće nalazi da iz prethodno obrazloženih razloga, odbrana nije svojim žalbama uspjela da dovede u sumnju pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje od strane prvostepenog vijeća. Stoga, žalbene prigovore odbrane u odnosu na tačku 1. (a) i (b) izreke prvostepene presude, a iz razloga predviđenih u članu 299. ZKP BiH, je valjalo odbiti kao neosnovane.

III) POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA

72. Podnosilac žalbe koji tvrdi da je došlo do pogrešne primjene zakona mora, kao minimum navesti barem tu navodnu pogrešku, iznijeti argumente u prilog svojoj tvrdnji i obrazložiti na koji način je ta pogreška utjecala da odluka bude nezakonita.
73. U slučaju kada povreda zakona proizlazi iz primjene pogrešne pravne norme u prvostepenoj presudi, žalbeno vijeće može navesti tačnu pravnu normu koju treba primijeniti 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.
74. 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.

A - Da li je djelo za koje se optuženi goni krivično djelo

75. Povreda krivičnog zakona koja se odnosi na to da li je djelo za koje se optuženi tereti krivično djelo može se javiti u tri oblika: 1) kao pogrešna ocjena da li djelo, za koje se tereti optuženi predstavlja ili ne krivično djelo, 2) kao pogrešna ocjena postojanja, odnosno ne postojanja konstitutivnih obilježja krivičnog djela i 3) kao pogrešna ocjena postojanja ili nepostojanja protivpravnosti.
76. Za postojanje krivičnog djela potrebno je da se ostvare svi elementi iz općeg pojma krivičnog djela i svi posebni elementi krivičnog djela koje je predmet optužbe. Povreda krivičnog zakona postoji ako sud pogrešno zaključi da su ostvarena sva obilježja krivičnog djela koja su propisana u zakonu.

Žalbeni prigovori vezano za tačku 2. pobijane presude

77. Apelaciono vijeće nalazi potrebnim ukazati da su branioci optuženog u svojim žalbama, u okviru žalbenog osnova bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. ZKP BiH pogrešno podvodili obrazložene povrede pod zakonske odredbe unutar člana. Nadalje, odbrana je u okviru dijela žalbe kojim se pobija pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje opisala prigovor koji ima karakter povrede krivičnog zakona iz člana 298. tačka a) ZKP BiH, a istovremeno se žalilac poziva samo na povredu odredbe člana 298. tačka d) ZKP BiH.
78. Apelaciono vijeće je u interesu optuženog ocijenilo navedene propuste očitim omaškama, te je cijeno svaki žalbeni prigovor koji je obrazložen u žalbama i u okviru istih ispitalo pobijanu presudu. Prilikom zauzimanja ovakvog stava, Apelaciono vijeće je imalo u vidu niz temeljnih principa krivičnog postupka iz kojih proizilaze osnovna prava optuženog, a koja su zagantovana kako ZKP BiH, tako i članom 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP).
79. Iako član 6. EKLJP izričito ne propisuje da optuženi mora imati na raspolaganju pravnu pomoć, iz istog proizilazi da optuženi mora imati na raspolaganju pravnu pomoć ako to interesi pravde zahtijevaju. Kada optuženi ima pravo na besplatnu pravnu pomoć, on ima pravo na pravnu pomoć koja je stvarna i djelotvorna, a ne samo teorijska i iluzorna.⁷ U smislu odredbe člana 6. stav (3) tačka c) EKLJP od suda se zahtijeva da interveniše ako branilac očigledno propusti da pruži djelotvorno zastupanje.⁸ Prema ocjeni Apelacionog vijeća propusti odbrane, odnosno očite omaške branilaca nisu takve prirode da narušavaju pravo optuženog na odbranu. Međutim, striktnim tumačenjem zakonskih odredbi prilikom ispitivanja pobijane presude, prvenstveno člana 306. ZKP BiH, optuženi bi bio doveden u nepovoljniji položaj. Stoga je Apelaciono vijeće odlučilo da ispita pobijanu presudu u granicama žalbenih prigovora, iako je odbrana u odnosu tačku 2. izreke pobijane presude pogrešno istakla žalbeni osnov (pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje).
80. U korist ovakvom zaključku Apelacionog vijeća doprinosi i primjena temeljnog načela *in dubio pro reo*. U slučaju sumnje u pogledu postojanja činjenica od kojih zavisi primjena odredbi materijalnog, ali i procesnog zakona, sud je dužan da riješi na način koji je povoljniji za optuženog. Apelaciono vijeće nalazi da je za optuženog u svakom slučaju povoljnija

⁷ Vidi: Presuda od 30. aprila 1980., *Artico protiv Italije*

⁸ Presuda od 19. decembra 1989., *Kamasinski protiv Austrije*

odluka koja se donosi na osnovu člana 284. tačka a) ZKP BiH⁹, u odnosu na član 284. tačka c)¹⁰ ZKP BiH. Naime, nesporno je da odbrana osnovano ukazuje na propuste prvostepenog vijeća u odnosu na tačku 2. izreke prvostepene presude, te da je optuženi trebao biti oslobođen od optužbe za istu. Striktnim prihvatanjem klasifikacije žalbenih prigovora odbrane kao pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, odluka po žalbi bi za posljedicu imala primjenu člana 284. tačka c) ZKP BiH. Nasuprot tome, pravilna kvalifikacija žalbenih prigovora dovodi do primjene odredbe člana 284. tačka a) ZKP BiH.

81. Vijeće primjećuje da podnosilac žalbe smatra da je prvostepeno vijeće pogrešno utvrdilo činjenično stanje (žalbeni osnov pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje iz čl. 299. ZKP BiH), i poziva se na činjenice koje ne proizilaze iz same optužnice, što suštinski predstavlja žalbeni osnov povreda krivičnog zakona iz člana 298. tačka a) ZKP BiH.
82. Naime, žalba više puta ponavlja da je optuženi postupao u svojstvu pripadnika policijskih snaga Foče, da je postupio po naredbi nadređenog, načelnika policije Dragana Gagovića, kako prilikom hapšenja oštećenog Klapuh Rasima, tako i prilikom predaje istog vojnoj policiji, te da i po optužnici o kasnijoj sudbini Klapuha odlučuje vojna policija. Žalbom se ukazuje da sam sud tek u obrazloženju presude izvodi zaključke o tome da je optuženi znao na koji način se postupa sa zatvorenicima u KPD Foča, gdje su nepoznati izvršioc, pripadnici vojne policije, zatočili oštećenog, kao i zaključak da optuženi to zna i pomaže im.
83. U odnosu na tačku 2. izreke prvostepene presude, Apelaciono vijeće nalazi da su žalbeni prigovori osnovani i da izreka pobijane presude ne sadrži neke elemente koji su zakonom propisani kao krivično djelo, jer opisane radnje optuženog ne sadrže bitna obilježja krivičnog djela iz tačke e) stava (1) člana 172. KZ BiH.

Zločini protiv čovječnosti

Član 172.

Ko, kao dio širokog ili sistematičnog napada usmjerenog bilo protiv kojeg civilnog stanovništva, znajući za takav napad, učini koje od ovih djela:

.....

e) zatvaranje ili drugo teško oduzimanje fizičke slobode suprotno osnovnim pravilima međunarodnog prava;

⁹ Član 284. tačka a) ZKP BiH: „Presudu kojom se optuženi oslobada od optužbe, Sud će izreći: a) ako djelo za koje se optuženi optužuje nije zakonom propisano kao krivično djelo“

¹⁰ Član 284. tačka c) ZKP BiH: „c) ako nije dokazano da je optuženi učinio krivično djelo za koje se optužuje.“

kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.

84. Obilježje djela iz tačke e) člana 172. stav (1) KZ BiH ostvareno je kad je počinitelj zatočio jednu ili više osoba ili je na drugi način jednoj ili više osoba oduzeo slobodu, pri čemu je težina počinjenog djela takva da krši temeljna pravila međunarodnog prava, a počinitelj je bio svjestan stvarnih okolnosti koje su dovele do težine tog čina.
85. Osnovna pravila međunarodnog prava koja se odnose na zatvaranje civila sadržana su u članovima 42. i 43. Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata (Ženevska konvencija IV)¹¹, u članu 9. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (Univerzalna deklaracija) i članu 9. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP).
86. Članom 42. Ženevske konvencije IV propisano je da zaštićena lica mogu biti zatvorena ili internirana jedino ako to apsolutno zahtijeva bezbjednost sile u čijoj se vlasti ta lica nalaze, dok članom 43. Ženevske konvencije IV su zagarantovane minimalne procesne garancije na koje zaštićena lica imaju pravo.
87. Također, odredbom člana 9. Univerzalne deklaracije propisano je da „*niko ne smije biti proizvoljno uhapšen, pritvoren niti protjeran.*“ Član 9. MPGPP propisuje da „*svaki pojedinac ima pravo na slobodu i na bezbjednost svoje ličnosti. Niko ne može biti proizvoljno uhapšen ili pritvoren.*“ Član 5. EKLJP zabranjuje lišenje slobode izuzev u konkretno navedenim okolnostima i u skladu sa zakonom propisanom procedurom.¹²
88. Pravila međunarodnog prava, prethodno pobrojana i citirana, jasno propisuju da se zatvaranje ili lišavanje slobode može vršiti samo na zakonskim osnovama uz poštivanje procesnih garancija.
89. Nadalje, kod razmatranja ovog žalbenog prigovora, Apelaciono vijeće prije svega podsjeća na neke zakonske odredbe:

¹¹ Ženevska konvencija o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, član 42.: „*Interniranje ili upućivanje na prisilan boravak zaštićenih osoba može se narediti jedino ako to apsolutno zahtijeva sigurnost sile u čijoj se vlasti osobe nalaze.*“ Član 43.: „*Svaka zaštićena osoba koja je internirana ili upućena na prisilan boravak ima pravo da odluku donesenu u svezi s njom, u najkraćem mogućem roku, uzme u ponovno razmatranje nadležni sud ili nadležno administrativno tijelo, koje će s tom svrhom ustanoviti sila koja drži tu osobu. Ako je interniranje ili upućivanje na prisilan boravak potvrđeno, sud ili administrativno tijelo će povremeno, a najmanje dva puta godišnje, pristupiti ispitivanju tog slučaja, s ciljem da se prvobitna odluka izmijeni u njegovu korist, ako okolnosti to dopuštaju. (...)*“

¹² Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, član 5: „*(1) Svako ima pravo na slobodu i sigurnost ličnosti. Niko ne smije biti lišen slobode, izuzev u niže navedenim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom. (...)*“

Član 280. ZKP BiH- Vezanost presude za optužbu

presuda se može odnositi samo na osobu koja je optužena i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici.

sud nije vezan za prijedloge u pogledu pravne ocjene djela;

90. Navedenom odredbom iz stava (1) riješena su pitanja objektivnog i subjektivnog identiteta optužbe i presude, polazeći od principa akuzatornosti (optužno načelo). Pitanje **objektivnog identiteta** optužbe i presude utvrđuje da se postupak može voditi samo protiv osobe koja je obuhvaćena zahtjevom tužioca i **samo za krivično djelo opisano u zahtjevu tužioca.**

91. Sud je vezan za činjenično stanje kako je ono izneseno u potvrđenoj ili na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici, što znači da je vezan ne samo za djelo iz optužbe kao određeni događaj u prošlosti, već za opis tog djela, odnosno događaja kako je on iznesen odnosno opisan u optužnici. Sud ne smije taj opis da prekorači, tj. da na štetu optuženog uzme u obzir činjenice koje su utvrđene na glavnom pretresu, a nisu obuhvaćene opisom djela u optužnici. Praktično to znači da sud ne smije da prekorači kompleks činjenica opisanih u optužnici i na štetu optuženog uzme u obzir činjenice koje nisu obuhvaćene optužbom.

92. Na suprot tome, izmjena opisa radnje izvršenja koja bi mijenjala identitet djela, iako se odgovarajuće činjenice nesumnjivo utvrde, ne može biti uzeta u obzir ako tužilac ne izmjeni optužnicu. Takvo postupanje predstavljalo bi prekoračenja optužbe, odnosno bitnu povredu postupka iz člana 297. stav (1) tačka j) ili povredu iz člana 297. st. (1) tačka h), ZKP BiH, kada sud nije riješio predmet optužbe.

Član 285. ZKP BiH- Presuda kojom se optuženi oglašava krivim

„(1) U presudi u kojoj se optuženi oglašava krivim sud će izreći:

- a) za koje se krivično djelo optuženik oglašava krivim, uz navođenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela kao i onih od kojih ovisi primjena određene odredbe krivičnog zakona,*
- b) zakonski naziv krivičnog djela i koje su odredbe krivičnog zakona primjenjene,*
- c)...do d)(ostalo ispušteno).*

93. Presuda kojom se optuženi oglašava krivim ili **osuđujuća presuda je presuda kojom se prihvata krivično pravni zahtjev kako je naveden u optužnom**

aktu koji je potvrđen, odnosno izmjenjen na glavnom pretresu. Takvom presudom se optuženi oglašava krivim za ono što mu je tužilac stavio na teret i shodno tome osuđuje.

94. U pogledu tačke a) neosporan je zahtjev da se činjeničnim opisom djela u izreci presude (činjenična osnova presude) konkretizuje radnja koja čini krivično djelo, uz navođenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela i koje potvrđuju da je određena osoba izvršila predmetno krivično djelo.

95. Također treba navesti i druge činjenice i okolnosti od kojih zavisi primjena odredaba materijalnog krivičnog prava.

96. Naime, dio izreke koji se odnosi na postupanje optuženog i koji glasi :

„da je u periodu od početka aprila mjeseca 1992. godine, pa do kraja mjeseca marta 1993. godine, u kojem se odvijao širok i sistematičan napad vojnih, paravojnih i policijskih snaga Srpske Republike BiH, a potom Republike Srpske, usmjerenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva općine Foča, znajući za takav napad, te da njegove radnje čine dio napada, kao pripadnik tih snaga, svjesno pomogao u nezakonitom zatvaranju i oduzimanju fizičke slobode druge osobe, tako što je :

dana 02.08.1992. godine, naoružan sa automatskim oružjem, zajedno sa još dva pripadnika oružanih snaga Republike Srpske koji su također bili naoružani, došao do kuće porodice Klapuh, koja se nalazila u mjestu Humsko, opština Foča, da bi tražili Klapuh Rasima, pa kako je Rasim radio na obližnjoj livadi, jedan od njih je otišao i doveo ga pred kuću, da bi potom lišili ga slobode i odveli ga do jedne livade u blizini mjesta Geuši, Republika Crna Gora, na kojoj livadi su ga ispitivali, te ponovo ga vratili kući, a potom ga odveli i predali vojnoj policiji u komandi vojske koja se nalazila u mjestu Velečevo, opština Foča, “

ne sadrži činjenice i okolnosti koje upućuju na nezakonito postupanje, odnosno nezakonito lišenje slobode.

97. Dio izreke koji upućuje na nezakonitost i koji glasi:

“odakle su isti Rasima odveli i nezakonito zatvorili u KPD „Foča“ gdje je isti bio zatvoren, a da nikad nije protiv njega vođen bilo kakav postupak niti mu je bio uručen akt o razlozima zatvaranja, nakon čega je isti neutvrđenog dana, od strane neutvrđenih osoba izveden iz KPD-a, te na nepoznatoj lokaciji lišen života,“

98. su činjenice i okolnosti koje upućuju na ponašanje drugih lica-izvršilaca, i ne sadrži opis radnji i potrebni umišljaj optuženog iz kojih bi proizilazilo da je optuženi uzeo učešće u izvršenju navedenog krivičnog djela, kao pomagač. Činjenični opis djela u izreci presude kojom se optuženi oglašava krivim

kao pomagač u izvršenju određenog krivičnog djela mora sadržati činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi da je optuženi bio svjestan i dijela i izvršioca i da svojim radnjama podupire djelo izvršioca.

99. Pri tome, prvostepeno vijeće je pravilno utvrdilo da je **optuženi dobio zadatak (usmena naredba od načelnika policije Dragana Gagovića)** da privedu Klapuh Rasima radi saslušanja, što je legitimna naredba.
100. Pobjanom presudom utvrđeno je i da je optuženi, zajedno sa drugim policajcima odveo Klapuh Rasima do kapije na Velečevu, gdje je bila smještena vojna komanda i vojna policija, te da ga je optuženi tu i predao. **Lica koja su primila oštećenog istog su odvela i nezakonito zatvorila** u KPD Foča, nakon čega je neutvrđenog dana **odveden od strane nepoznatih lica** i na nepoznatoj lokaciji lišen života.
101. Događaj koji je predmet optužbe mora se posmatrati sa stanovišta opisa u optužnom aktu, a ne sa stanovišta utvrđenih činjenica, u odnosu na to kako se događaj odigrao u stvarnosti (pod uslovom da tužilac ne izmijeni optužnicu), te prema tome donositi odluku.
102. U konkretnom, navedene činjenice su one činjenice koje su i opisane u optužnom aktu, a druge činjenice na kojima pobijana presude zasniva osuđujuću presudu, i o kojima se pobijana presuda izjašnjava u obrazloženju, u smislu da je optuženi svjestan nezakonitog postupanja nepoznatih vojnih policajaca, te da time i njegova predaja oštećenog istima, neovisno od dobivene naredbe, kao i svijest o tome, njega čine pomagačem u opisanim nezakonitim radnjama, jesu činjenice koje izlaze izvan okvira činjeničnog supstrata optužnice, pri čemu“ *Samo činjenice koje se utvrde u korist optuženog mogu biti uzete u obzir i bez izmjene optužnog akta.*“
103. Budući da je Apelaciono vijeće našlo da izreka pobijane presude, isto kao i optužnica, u pogledu ovog krivičnog djela za koje je optuženi oglašen krivim pod tačkom 2. pobijane presude, ne sadrži elemente bića navedenog krivičnog djela, to je Vijeće, primjenom člana 314. ZKP BiH, u vezi sa članom 284. tačka a) istog Zakona, preinačilo prvostepenu presudu i optuženog, za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav (1), tačka e) KZ BiH, oslobodilo od optužbe.

B - Da li je u pogledu krivičnog djela koje je predmet optužbe primjenjen zakon koji se ne može primjeniti

104. Odbrana smatra da se u ovom predmetu trebao primijeniti Krivični zakon SFRJ¹³, a ne KZ BiH i to iz razloga što je isti važio u vrijeme navodnog počinjenja krivičnog djela, ali je istovremeno i zakon koji je blaži za počinioca.
105. Odbrana ističe nekoliko predmeta koji su vođeni pred nižim sudovima i u kojima je primjenjen KZ SFRJ. Odbrana smatra da je neprihvatljivo da jedna strana u postupku (Tužilaštvo BiH) određuje nadležnost suda, čime se omogućava diskriminacija građana po osnovu nacionalne, vjerske, političke, rasne ili druge pripadnosti.
106. Žalbeni prigovori odbrane u pogledu primjene materijalnog prava u cijelosti su neosnovani.
107. Naime, nesporno je da je u vrijeme izvršenja djela koje se optuženom stavlja na teret, a u kojima su ostvarena bitna obilježja bića krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav (1) KZ BiH, navedeno krivično djelo kao takvo nije bilo propisano krivičnim zakonom koji je bio na snazi u to vrijeme (KZ SFRJ).
108. Nesporno je također i da prema načelu zakonitosti, nikome ne može biti izrečena krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna¹⁴. Prema načelu vremenskog važenja krivičnog zakona na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a ako se poslije učinjenja krivično djela jednom ili više puta izmijenio zakon, promijenit će se zakon koji je blaži za počinioca.¹⁵ Međutim, članom 4a KZ BiH, na koji se prvostepena presuda pravilno poziva, propisano je da članovi 3. i 4. KZ BiH ne sprječavaju suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa općim načelima međunarodnog prava. Ovakvom zakonskom regulativom preuzete

¹³ Vidi: Uredba sa zakonskom snagom o primjeni Krivičnog zakona Republike Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije koji je preuzet kao republički zakon za vrijeme neposredne ratne opasnosti ili za vrijeme ratnog stanja (Sl.list R BiH broj 6/92) i Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom (Sl. list R BiH broj 13/94)

¹⁴ Član 3. KZ BiH: „(1) Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom. (2) Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.“

¹⁵ Član 4. KZ BiH: „ (1) Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela. (2) Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.“

su odredbe člana 7. stav (2) EKLJP i člana 15. stav (2) MPGPP, te je omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH.

109. Prvostepeno vijeće pravilno ukazuje da je navedeno upravo slučaj u ovom predmetu, jer se radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila međunarodnog prava. U inkriminisano vrijeme, krivično djelo Zločini protiv čovječnosti predstavljalo je krivično djelo kako sa aspekta međunarodnog običajnog prava, kao i sa aspekta principa međunarodnog prava. Prvostepeno vijeće je dalo detaljnu i iscrpnu argumentaciju, koja je prema ocjeni Apelacionog vijeća u potpunosti valjana i ispravna, te je u cijelosti prihvatila i ovo vijeće.

110. Nadalje, Apelaciono vijeće nalazi da je ispravan stav prvostepenog vijeća da je BiH kao nasljednica bivše SFRJ, ratificirala EKLJP i MPGPP, te da su ovi međunarodni dokumenti za nju obavezujući, a budući da isti propisuju obavezu suđenja i kažnjavanja lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa općim načelima međunarodnog prava, što zločini protiv čovječnosti nesporno jesu, žalbeni prigovori kojima se osporava odluka prvostepenog vijeća u ovom pogledu, u cijelosti su neosnovani, te su kao takvi i odbijeni.

111. U pogledu prigovora kojima se ukazuje da je KZ SFRJ bio blaži za učinioca sa aspekta zapriječene krivičnopravne sankcije, Apelaciono vijeće ukazuje na činjenicu da je u vrijeme izvršenja krivičnog djela, za radnje koje se optuženom stavljaju na teret, bilo moguće izreći i smrtnu kaznu. Smrtna kazna ukinuta je ratifikacijom 13 Protokola EKLJP 29.07.2003. godine, odnosno navedenim Protokolom zemlje potpisnice su se obavezale da u svojim zakonodavstvima ne mogu imati propisanu smrtnu kaznu, iako krivično zakonodavstvo u BiH u zakonima koji su tada bili na snazi nije predviđalo izricanje smrtne kazne (Krivični zakon Federacije BiH iz 1998., Krivični zakon Republike Srpske iz 2000., Krivični zakon Brčko Distrikta iz 2000. i Krivični zakon BiH 01.03. 2003.). Iz navedenog jasno proizilazi da je zakon koji ne predviđa izricanje smrtne kazne, dakle Krivični zakon BiH, nesporno povoljniji za učinioca.

112. Pitanje primjene blažeg zakona je faktičko pitanje, te pozivanje žalioaca na druge predmete u kojima je primjenjen zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije relevantan niti osnovan prigovor.

IV) ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI

113. Žalba na odluku o kazni može se ulagati po dva različita osnova, kako to predviđa član 300. ZKP BiH.
114. Žalba na odluku o kazni može se, prije svega, uložiti na osnovu toga da pretresno vijeće nije primjenilo relevantne zakonske odredbe prilikom odmjeravanja kazne.
115. 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 ocijeni da je došlo do nepravilne presude ono će utvrditi odgovarajuću kaznu na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog od strane pretresnog vijeća i pravilno primijenjenog zakona.
116. S druge strane, podnosilac žalbe može osporavati odluku o kazni zbog toga što je pretresno vijeće 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.
117. 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.

Žalbeni prigovori optužbe i odbrane

118. Apelaciono vijeće nalazi da su žalbeni prigovori odbrane kojima se osporava pobijana presuda u odluci o kazni, na način da se predlaže izricanje blaže krivnopravne sankcije, u cijelosti neosnovani. Naime, Apelaciono vijeće nalazi da su činjenice i okolnosti relevantne za odmjeravanje krivične sankcije u potpunosti pravilno utvrđene u pobijanoj presudi, te ih ovo Vijeće prihvata kao takve.

119. Odbrana neosnovano ukazuje i na krivične sankcije koje su izrečene pred MKSJ. Naime, pitanje adekvatne krivične sankcije je faktičko pitanje, koje zavisi od niza činjenica i okolnosti koje su specifične za svaki predmet, a odnose se na ličnost optuženog, i na krivično djelo za koje je optuženi oglašen krivim. Činjenica da je neko drugo lice oglašeno za isto krivično djelo i da mu je za to djelo izrečena određena kazna, nije pravno relevantna činjenica sa aspekta odmjeravanja kazne. Eventualna analogija je teoretski moguća u rijetkim slučajevima, kada se na strani više optuženih utvrdi postojanje istih olakšavajućih ili otežavajućih okolnosti, a koji su učestvovali u izvršenju činjenično istog djela, što nije slučaj u ovom predmetu.
120. Nasuprot tome, tužilac u svojoj žalbi ističe da je prvostepeno vijeće pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje, ne čineći bitne povrede odredaba krivičnog postupka, međutim, da nije izreklo kaznu zatvora, koja bi bila adekvatna s obzirom na stepen krivične odgovornosti optuženog, okolnosti pod kojima je djelo počinjeno, a posebno ne težini nastale posljedice po žrtve oštećene ovom krivičnim djelom.
121. Prema navodima tužioca, pretresno vijeće je prekoračilo svoje diskreciono pravo našavši na strani optuženog osobito olakšavajuće okolnosti i odmjerivši kaznu ispod granice propisane zakonom (kazna zatvora u trajanju od 8 godina). Tužilac ističe da je prvostepeno vijeće propustio da cijeni kao izuzetno otežavajuće okolnosti težinu nastale posljedice, kao rezultat počinjenog krivičnog djela od strane optuženog.
122. Apelaciono vijeće je ocijenilo kao osnovane žalbene prigovore tužioca u odnosu na odluku o krivičnopravnoj sankciji.
123. Naime, u smislu odredbe člana 49. tačka b) KZ BiH sud može ublažiti kaznu kada procijeni da postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Naročito olakšavajuće okolnosti su takve olakšavajuće okolnosti koje u znatnoj mjeri smanjuju opasnost djela i krivicu učinioca. Na osnovu ukupne ocjene svih okolnosti pod kojima je predmetno djelo učinjeno, Apelaciono vijeće nalazi da okolnosti koje su utvrđene na strani optuženog Nikačevića nemaju karakter naročito olakšavajućih okolnosti, te stoga se nisu stekli uslovi za ublažavanje kazne u smislu odredbe člana 49. tačka b) KZ BiH.
124. Prvostepeno vijeće je pravilno utvrdilo okolnosti i činjenice koje se odnose na stepen krivične odgovornosti, držanje i lične prilike optuženog (prije, za vrijeme i nakon počinjenog krivičnog djela), motiv i ličnost optuženog. Međutim, Apelaciono vijeće nalazi da tužilac osnovano ukazuje da je prvostepeno vijeće, prilikom ocjene okolnosti utvrđenih na strani optuženog, precijenilo olakšavajuće okolnosti, a da otežavajuće okolnosti nije pravilno cijeno što je dovelo do toga da izrečena krivično-pravna sankcija (8 godina

zatvora) ne predstavlja adekvatnu sankciju za izvršeno krivično djelo, kako sa aspekta generalne, tako i sa aspekta specijalne prevencije.

125. Imajući u vidu navedeno, Apelaciono vijeće je pobijanu presudu preinačilo u dijelu odluke o krivičnopravnoj sankciji na način da je optuženom za krivično djelo iz člana 172. stav (1) tačka g) KZ BiH, koje je činjenično opisano u tački 1. (a) i (b) izreke prvostepene presude, izreklo kaznu zatvora u trajanju od 10 (deset) godina. Prilikom odmjeravanja kazne ovo Vijeće je cijenilo sve činjenice i okolnosti koje su utvrđene prvosteopenom presudom: stepen krivične odgovornosti, držanje i lične prilike optuženog (prije, za vrijeme i nakon počinjenog krivičnog djela), motiv i ličnost optuženog, a koje su pravilno utvrđene, ali nisu pravilno cijenjene. Kazna zatvora u trajanju od 10 godina predstavlja adekvatan odraz težine krivičnog djela za koje je optuženi oglašen krivim, čiji zaštitni objekt je od šireg društvenog značaja, te je kao takvo sankcionisano i kroz međunarodnu legislativu, a ima i posebnu težinu sa psihološkog, moralnog, vjerskog, običajnog i drugih aspekata života samih oštećenih i njihovih porodica.

V) ODLUKA O TROŠKOVIMA KRIVIČNOG POSTUPKA

126. Tužilaštvo BiH prvostepenu presudu pobija i u odluci o troškovima krivičnog postupka, ističući da vijeće prilikom odluke o istim nije pravilno primijenilo član 188. stav (4) ZKP-a BiH, te da je samo paušalno navelo zakonsku odredbu, a da istu nije obrazložilo.

127. Prema ocjeni Apelacionog vijeća, kako podnosilac žalbe nije naveo argumentovane razloge za svoju tvrdnju niti je tu tvrdnju potkrijepio dokazima, prvostepeno vijeće je pravilno primijenilo odredbe člana 188. stav (4) ZKP BiH. .

128. U skladu sa navedenim, a na osnovu člana 310. stav (1) u vezi sa članom 314. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci ove presude.

Zapisničar:
Melika Murtezić

PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA
Dragomir Vukoje

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