

Bosna i Hercegovina

Босна и Херцеговина



Sud Bosne i Hercegovine
Суд Босна и Херцеговина

Predmet br.: S 1 1 K 003426 10 Krž (veza X-KR-10/948)

Datum: Donesena: 27.09.2011. godine

Otpremljena 28.12.2011. godine.

Pred sudskim vijećem u sastavu: Sudija Mirko Božović, predsjednik vijeća

Sudija Hilmo Vučinić

Sudija Phillip Weiner

PREDMET TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE

protiv

Miodraga Markovića

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Božidarka Dodik

Branilac optuženog:

Advokat Svetlana Lazić

Sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, ul. Kraljice Jelene br. 88

Telefon: 033 707 100, 707 596; Fax: 033 707 225

SADRŽAJ

I. TOK POSTUPKA	3
II. PROCESNE ODLUKE	5
III. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BIH- BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA	5
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	5
B. KRŠENJE PRAVA NA ODBRANU	7
C. PROTIVRJEČNOST PRESUDE RAZLOZIMA.....	11
IV. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH- POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA	12
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	12
B. PRIMJENJIVI ZAKON.....	12
V. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 299. ZKP BIH - POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE	15
A. STANDARDI	15
VI. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BIH- ODLUKA O KRIVIČNO PRAVNOJ SANKCIJI.....	23
A. STANDARDI ODLUČIVANJA U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BIH.....	23

Broj: S 1 1 K 003426 10 Krl (veza X-KRŽ-07/442)

Sarajevo, 27.09.2011. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja sastavljenom od sudija Mirka Božovića, kao predsjednika vijeća, te sudija Hilme Vučinića i Phillip Weiner-a, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne savjetnice Dženane Deljić Blagojević, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Miodraga Markovića, zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) Krivičnog zakona BiH (KZ BiH) u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH, odlučujući po žalbi branioca optuženog, advokata Svetlane Lazić iz Doboja, izjavljene protiv presude ovog Suda broj S1 1 K 003426 10 Krl (X-KR-10/948) od 15.04.2011. godine, na sjednici vijeća u prisustvu tužioca Tužilaštva BiH, Božidarke Dodik, optuženog Miodraga Markovića i njegovog branioca, održanoj u smislu člana 304. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH), dana 27.09. 2011. godine, donio je slijedeću:

PRESUDU

Žalba branioca optuženog, advokata Svetlane Lazić iz Doboja, izjavljena protiv presude ovog Suda broj S1 1 K 003426 10 Krl (X-KR-10/948) od 15.04.2011. godine **SE ODBIJA kao neosnovana** i prvostepena presuda **potvrđuje u cjelosti.**

O B R A Z L O Ž E N J E

I. TOK POSTUPKA

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH) broj S1 1 K 003426 10 Krl (X-KR-10/948) od 15.04.2011. godine, optuženi Miodrag Marković oglašen je krivim da je

radnjama opisanim u izreci presude počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH. Za navedeno krivično djelo prvostepeno vijeće je osudilo optuženog na kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina. Primjenom člana 188. stav 4. ZKP BiH, optuženi je oslobođen da naknadi troškove krivičnog postupka. Na osnovu člana 198. stav 2. ZKP BiH, oštećena Z1 je sa eventualnim imovinskoopravnim zahtjevom, upućen na parnicu.

2. Odbrana optuženog Miodraga Markovića blagovremeno je izjavila žalbu protiv prvostepene presude pobijajući je zbog:

- a) bitne povrede odredaba krivičnog postupka (član 297. stav 1. pod d) i k) i stav 2 ZKP BiH)
- b) povrede krivičnog zakona (član 298. ZKP BiH)
- c) pogrešno i nepotpuno utvđenog činjeničnog stanja (član 299. ZKP BiH)
- d) odluke o krivično pravnoj sankciji (član 300 stav 1. ZKP BiH)

3. Odbrana je predložila da Apelaciono vijeće (1) uvaži navode žalbe, preinači prvostepenu presudu i optuženog oslobodi optužbe ili (2) preinači prvostepenu presudu u pogledu odluke o kazni i optuženom izrekne kaznu zatvora u kraćem trajanju ili (3) ukine prvostepenu presudu i zakaže pretres.

4. Tužilaštvo BiH je dostavilo odgovor na žalbu u kojoj predlaže da se žalba branioca optuženog Miodraga Markovića u cijelosti odbije kao neosnovana.

5. Na javnoj sjednici vijeća Apelacionog odjeljenja održanoj dana 27.09.2011. godine, u smislu odredbe člana 304. ZKP BiH, branilac optuženog i optuženi, ukratko su izložili žalbu, a Tužilaštvo BiH je dalo usmeni odgovor na žalbu, te su u cijelosti ostali kod pismeno iznesenih navoda.

6. Odbrana je na javnoj sjednici predložila nove dokaze: svjedoke Velimira Jelića i Željka Popovića. Ovi svjedoci bi svjedočili da optuženi nije počinio ovo krivično djelo. Kao razlog zašto ove svjedoke nije prodložila ranije, odbrana navodi svoju finansijsku situaciju.

7. Nakon što je preispitalo pobijanu presudu u granicama žalbenih osnova i navoda u skladu sa članom 306. ZKP BiH, vijeće Apelacionog odjeljenja (Apelaciono vijeće) je donijelo odluku kao u izreci iz razloga koji slijede:

II. PROCESNE ODLUKE

8. U vezi prijedloga odbrane, koji se odnose na nove dokaze Apelaciono vijeće najprije napominje da je predlaganje novih dokaza u žalbi predviđeno članom 295. stav 4. ZKP-a BiH. Apelaciono vijeće može prihvatiti nove dokaze koji i pored dužne pažnje nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu, a podnosilac žalbe je dužan navesti zašto ih nije ranije bio u mogućnosti predstaviti.

9. U konkretnom slučaju, odbrana optuženog navela je kako novi svjedoci koji se u žalbi predlažu kao dodatni, nisu bili predloženi ranije zbog finansijske nemogućnosti da optuženi obezbijedi njihovo prisustvo sudu.

10. Navedeni razlog, međutim ne objašnjava zbog čega ti dokazi nisu mogli biti izvedeni tokom glavnog pretresa. U vrijeme izvođenja dokaza odbrane znalo se za postojanje tih svjedoka, a troškove koji se odnose na dolazak svjedoka i njihovo svjedočenje isplaćuje Sud (te se ti troškovi eventualno naplaćuju od pravosnažno osuđenog lica ukoliko Sud odluči da je isti dužan da ih nadoknadi). Nadalje, u konkretnom slučaju radi se o svjedocima koji bi svjedočili na iste okolnosti kao i ostali svjedoci odbrane, te bi stoga predstavljali dokaze isključivo kumulativnog karaktera.

11. Po svojoj suštini žalbeni prijedlog odbrane sa novim dokazima predstavlja osporavanje činjeničnog stanja koje je utvrđeno od strane prvostepenog vijeća. Pitanje pravilnog i potpunog utvrđenog činjeničnog stanja je poseban žalbeni osnov i biće posebno elaboriran.

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

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

12. U skladu sa članom 297. ZKP BiH, presuda se može pobijati zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka propisanih u stavu 1) navedenog člana.

13. Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i kada sud, u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude, nije primjenio ili je nepravilno primjenio koju

odredbu zakona o krivičnom postupku, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

14. U odnosu na navode da je došlo do povrede iz člana 297. stav 2, ZKP BiH nije dovoljno da podnosilac žalbe jednostavno tvrdi da se procesna povreda hipotetički mogla negativno odraziti na donošenje zakonite i pravilne presude, već će Apelaciono vijeće zaključiti da se povreda načela krivičnog postupka desila samo ako podnosilac žalbe pokaže da je ona materijalne prirode i kada, po mišljenju Apelacionog vijeća, nije moguće zaključiti da navedena povreda nije negativno utjecala na donošenje zakonite i pravilne presude. Naime, kada Apelaciono vijeće smatra da je donesena zakonita i pravilna presuda bez obzira na povredu postupka, Apelaciono vijeće će zaključiti da član 297. stav 2. ZKP BiH nije prekršen.

15. Pretresno vijeće ima u vidu da član 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH nije odgovarajući osnov za žalbu kada se osporava tačnost činjenica koje je pretresno vijeće utvrdilo ili nije utvrdilo. Greška u utvrđenju neke odlučne činjenice (netačno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje) prema članu 299. stav 1. ZKP BiH predstavlja odgovarajući osnov za osporavanje presude u slučaju kada se osporava tačnost činjenica koje je pretresno vijeće utvrdilo ili nije utvrdilo.

16. Apelaciono vijeće će preispitati svaki žalbeni navod koji se odnosi na povredu prema članu 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH na osnovu *prima facie* analize presude. Apelaciono vijeće će ispitati da li je izreka presude očito nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude, ili uopće ne sadži razloge, ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama¹. Apelaciono vijeće u sklopu ovog preispitivanja neće razmatrati da li je pretresno vijeće napravilo činjeničnu grešku ili materijalnu povredu zakona, već će samo utvrditi da li presuda formalno sadrži sve potrebne elemente dobro obrazložene i razumljive presude.

17. Apelaciono vijeće dalje naglašava da podnosilac žalbe mora pokazati da navedena greška čini presudu nepravilnom. Povreda koja ne predstavlja bitnu povredu ne dovodi u pitanje zaključke i obrazloženje pretresnog vijeća, te stoga za posljedicu neće imati ukidanje presude.

¹ Vidjeti, npr. *Nenad Tanasković No. X-KRŽ-06/165* (Sud BiH), Presuda Apelacionog vijeća od 26. marta 2008. godine, str. 7-9.

18. Svoje žalbene navode u skladu sa članom 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH podnosioci žalbi treba da ograniče na formalni aspekt presude, a zbog navodne greške u pogledu činjeničnog stanja treba da se pozovu na član 299. ZKP BiH.

B. KRŠENJE PRAVA NA ODBRANU

19. Član 297. stav 1. ZKP BiH propisuje da „Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji... d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu; k) ako je izreka presude protivrječna razlozima ili... ako presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama.”. Stav 2. istog člana ZKP BiH glasi: „*Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako Sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primjenio ili je nepravilno primjenio kcju odredbu ovog zakona, a to je bilo ili je moglo biti od uijecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.*“

20. Pravo na odbranu i jednakost u postupanju predstavljaju temeljne principe u krivičnom postupku. Član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 14. ZKP BiH zahtijevaju da “se svakoj od strana pruži razumna prilika da izlože svoj predmet – uključujući i dokaze – pod takvim uslovima koji ih ne stavljaju u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na suprotnu stranu.”². Međutim, “premda član 6. Konvencije garantuje pravo na pravično suđenje, on ne propisuje nikakva pravila o prihvatljivosti dokaza ili načinu na koje dokaze treba cijeniti, zbog čega ta pitanja trebaju regulisati prvenstveno domaći zakon i domaći sudovi.”³ Shodno tome, Ustavni sud BiH je utvrdio da član 14. ZKP BiH i član 6. Evropske konvencije ne “predviđaju da će redovni sud razmatrati sve argumente koje strane u postupku predstave za vrijeme postupka, već samo argumente koje taj sud smatra relevantnim.”⁴

21. Osim toga, neprihvatanje određenog dokaza od strane prvostepenog suda iz razloga što prijedlog za izvođenje dokaza nije potkrijepljen jasnim indicijama da za tim postoji zaista opravdana potreba ili zbog toga što je taj dokaz po svojoj prirodi kumulativan

² *Dombo B.V. protiv. Holandije*, App br. 14448/88, ESLJP (27.10.1993.), para. 33 citirao *Jasmin Bejrić*, AP-292/06 (Ustavni sud) 28.11.2008. godine, para. 42.

³ *Garcia Ruiz protiv Španje*, App. br. 30544/96, ESLJP (21.01.1999.), para 28. *Vidi takođe*, D.S., AP-1781/07 (Ustavni sud), 30.05.2009., para. 43 (nalazeći da je “prihvatljivost dokaza pitanje koje se utvrđuje prvenstveno domaćim zakonom, a procjena izvedenih dokaza je po pravilu zadatak redovnih sudova.”)

⁴ *Nermin Čupina*, AP-3388/06 (Ustavni sud), 17.03.2009. godine, para. 37

ili irelevantan, za ovo vijeće neće predstavljati osnov za zaključak da je došlo do povrede prava na odbranu .

(a) Ograničavanje izvođenja dokaza vještačenjem uračunljivosti optuženog

22. Odbrana ukazuje da je tokom prvostepenog postupka povrijeđeno pravo na odbranu prema članu 297. stav 1. tačka d) ZKP-a BiH, jer nije prihvaćen prijedlog odbrane da se izvede dokaz vještačenjem uračunljivosti i stanja duševnog zdravlja optuženog Markovića. Odbrana tvrdi da je izvođenje tog dokaza bilo potrebno u cilju pravilnog i potpunog utvrđenja odnosa optuženog prema izvršenom djelu.

23. Tužilaštvo smatra da je navedeni prijedlog postavljen apstraktno i paušalno te suprotno članu 110. ZKP BiH, budući da odbrana nije ponudila niti jedan dokaz da je kod optuženog u vrijeme izvršenja djela bila isključena ili smanjena uračunljivost.

24. Pobijanom presudom se neprihvatanje izvođenja ovog dokaza obrazlaže činjenicom da odbrana u svom prijedlogu za utvrđivanje uračunljivosti optuženog nije navela zbog čega bi se moglo zaključiti da je izvođenje tog dokaza relevantno. Umjesto toga, navedeno je da se traži vještačenje kako bi se ukazalo na njegovu često alkoholizirano stanje, navodno umanjene intelektualne sposobnosti, neuravnoteženo i neujednačeno ponašanje, što je sve moglo da utiče na njegovu sposobnost da shvati značaj djela i upravlja svojim postupcima. Prvostepeno vijeće navodi da je odbrana bila dužna ponuditi konkretne dokaze koji potvrđuju postojanje da je *u vrijeme izvršenja krivičnog djela bila isključena ili smanjena uračunljivost optuženog*.

25. Apelaciono vijeće se slaže sa argumentacijom datoj u pobijanoj presudi. Opći navod braniteljice da se radi o osobi niskih intelektualnih sposobnosti i saznanja o njegovom navodnom ponašanju pod dejstvom alkohola sam po sebi se ne govori o uračunljivosti optuženog u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Odluka prvostepenog vijeća da ne prihvati izvođenje ovog dokaza ne predstavlja kršenje prava na odbranu.

26. Vijeće također napominje da je optuženi na javnoj sjednici Apelacionog vijeća iznio svoje žalbene navode. Iz njegovog sveukupnog ponašanja, govora i prezentiranja žalbenih navoda, Vijeće nije moglo zaključiti da se radi osobi umanjene intelektualne sposobnosti. Vijeće zapravo konstatuje da je optuženi govorio na organizovan i logičan način, te rječito iznio svoje argumente. Osim toga, vijeće će još primijetiti kako je u toku prvostepenog postupka dokazano da je optuženi bio lice u službi vojne bezbjednosti.

Opće je poznato da pripadnost takvoj formaciji podrazumjeva naročite osposobljenosti i stručnost, te je ta činjenica u suprotnosti sa karakterizacijom braniteljice da je optuženi osoba sa umanjenim intelektualnim sposobnostima.

27. Nadalje, odbrana je tražila vještačenje njegove uračunljivosti i psihičkog stanja u vrijeme izvršenja krivičnog djela silovanja, što je okolnost koja se analizira samo u slučajevima kada počinjenje krivičnog djela od optuženog lica nije sporno (član 110. stav 3 ZKP BiH). Ovaj prijedlog je stoga kontradiktoran tezi odbrane da optuženi Marković nije ni počinio krivično djelo.

28. Apelaciono vijeće zaključuje da odbrana nije osnovano ukazala da odbijanje izvođenja dokaza vještačenja duševnog stanja optuženog od strane prvostepenog vijeća predstavlja povredu člana 297. stav 1. tačka d), te se ovaj žalbeni prigovor odbija kao neosnovan.

(b) Slabo ocijenjena vezanost traume kod oštećene sa krivičnim djelom

29. Odbrana navodi da prvostepeno vijeće nije sa potrebnom pažnjom cijenilo njihove dokaze. Konkretno, odbrana tvrdi da prvostepeno vijeće nije na odgovarajući način uzelo u obzir dokaze odbrane koji su postojanje ... na strani oštećene Z1 učinili upitnim, te doveli u pitanje uzročnu vezu kritičnog događaja sa simptomima Odbrana takođe tvrdi da je prvostepeno vijeće onemogućilo da njen tim vještaka pregleda oštećenu, te da oni zbog toga nisu mogli adekvatno osporiti njenu dijagnozu.

30. U odgovoru na ovaj žalbeni navod, Tužilaštvo ističe da vještaci odbrane svojim nalazom nisu osporili stručnost i objektivnost vještaka optužbe niti su doveli u pitanje validnost provedenih testova, a nisu ni negirali da kod oštećene postoji trauma. Jedina je razlika u mišljenju – koji konkretan događaj je bio “okidač” za traumu koja postoji kod oštećene.

31. Međutim s ovim u vezi, Apelaciono vijeće primjećuje da je postojanje PTSP-a kod oštećene, te njegova eventualna povezanost sa počinjenjem krivičnog djela u konačnici irelevantno za zaključak o krivici optuženog. Optuženi se tereti za počinjenje krivičnog djela iz člana 173. stav 1. tačka e) KZ BiH koja odredba jasno propisuje obilježja krivičnog djela za koje se optuženi tereti. Postojanje ..., kao uostalom i bilo kojeg faktora koji se odnosi na duševno stanje oštećene, ne spominje se u navedenom članu. Učinak krivičnog djela u odnosu na oštećenu i posljedice preživljenog na njeno psihičko zdravlje,

relevantni su samo kod odmjeravanja kazne počiniocu.

32. Također, apelaciono vijeće napominje da su se vještaci odbrane koji su svoj nalaz i mišljenje dali na temelju dokumentacije i vještačenja tima vještaka Tužilaštva, velikim dijelom saglasili sa nalazima vještaka Tužilaštva o duševnom stanju oštećene, te da nisu ni smatrali da je bio neophodan neposredni uvid i s njihove strane. Tim vještaka odbrane dao je jasan i kvalitetan nalaz, ne tražeći pri tom detaljan pregled oštećene s njihove strane, niti se žaleći da su njihovi zaključci manjkavi iz tog razloga. Prijedlog za pregledom oštećene podnio je isključivo advokat optuženog. Apelaciono vijeće je saglasno sa procjenom vještaka odbrane da pregled oštećene nije bio neophodan da bi se dalo kvalitetno i pouzdano stručno mišljenje u konkretnom slučaju. Stoga se ovi prigovori odbrane odbijaju kao neosnovani.

(c) Nedovoljno vrijeme za pripremu pismenih završnih riječi

33. Odbrana također ukazuje i na to da nije imala dovoljno vremena da pripremi završnu riječ u pismenoj formi. S tim u vezi, Apelaciono vijeće primjećuje da ZKP- BiH ne propisuje obavezu pripreme završne riječi u pismenoj formi, niti predviđa da ukoliko završna riječ nije podnesena u pismenoj formi nastaju posljedice za sam postupak i pravo na odbranu optuženog lica.

34. ZKP BiH daje mogućnost iznošenja završne riječi stranama. Propuštanje podnošenja završene riječi u pismenoj formi ni na koji način ne umanjuje kvalitet odbrane u krivičnom postupku niti negativno utiče na ishod postupka. Bitno je istaći da je prvostepeno vijeće na jednak način tretiralo obje strane u postupku i da je optužba kao i odbrana imala isti vremenski period za pripremu završne riječi. Stoga se i ovaj žalbeni navod odbija kao neosnovan

(d) Odbijanje dokaza za dodatno saslušanje svjedoka Mileta Blagojevića

35. Također, odbrana smatra kako je prvostepeno vijeće povrijedilo pravo na odbranu, odbivši dodatno saslušanje svjedoka odbrane Mileta Blagojevića na okolnost njegovog sukoba sa optuženim u vrijeme izvršenja djela. Prvostepeno vijeće je odbilo dalje dokazivanje te činjenice kao irelevantno, jer nije sporno da je između ovog svjedoka i optuženog postojao sukob.

36. Apelaciono vijeće se slaže sa ovim zaključkom i nalazi da žalbeni navodi nisu doveli u pitanje njegovu pravilnost. Prema tome, i ovaj prigovor odbrane se odbija kao neosnovan.

C. PROTIVRJEČNOST PRESUDE RAZLOZIMA

37. Žalbom se dalje ukazuje da prvostepeno vijeće nije pružilo dovoljno razloga o odlučnim činjenicama da je izvršeno silovanje nad oštećenom. Naime, žalba tvrdi da se prvostepeno vijeće poziva samo na iskaz oštećene i iskaze njenih najbližih srodnika, ali ne na iskaze svjedoka odbrane u prvom redu Mileta Blagojevića i Momira Bogdanića koji dovode u sumnju istinitost iskaza oštećene Z1 i osnovanost optužbe.

38. Apelaciono vijeće napominje da podnosilac žalbe svojim navodima mora konkretno ukazati na nedostatke pobijane presude i da puko navođenje tvrdnji o propustima neće biti prihvaćeno.

39. Odbrana ističe da je presuda protivrječna razlozima, jer ne sadrži razloge za određene nalaze u pogledu odlučnih činjenica. Također, s tim u vezi odbrana smatra da je presuda donesena suprotno odredbi člana 3. ZKP BiH (in dubio pro reo) s obzirom da prvostepeni sud nije primjenio ovu zakonsku odredbu, a na koju je odbrana ukazivala. Odbrana smatra da je svojim dokazima dovela u sumnju iskaz oštećene, te postojanje obilježja krivičnog djela silovanja.

40. U odgovoru na ovaj žalbeni navod, Tužilaštvo tvrdi da su sve okolnosti izvršenja krivičnog djela opisane u saglasnim iskazima svjedoka optužbe koji su u nekim dijelovima čak potvrđeni iskazima svjedoka odbrane i izvedenim materijalnim dokazima.

41. Navodi da pretresno vijeće nije pružilo adekvatne razloge za svoje nalaze o određenim odlučnim činjenicama mogu se isticati u žalbi u skladu sa članom 297. stav 1. tačka k). Apelaciono vijeće će ispitati takve navode i njihovu osnovanost kada odbrana konkretno i precizno navede u kojim dijelovima je presuda protivrječna razlozima. Ovdje to odbrana nije učinila na odgovarajući način, pa se takav prigovor ne može ni razmatrati.

42. Ipak, apelaciono vijeće primjećuje da je prvostepeno vijeće sa jednakom pažnjom ispitalo sve činjenice, ne ispustivši pri tom iz vida ni jednu koja je bila važna za presuđenje,

te konstatuje da prvostepeno vijeće nije primijenilo metodološki pristup koji bi predstavljao povredu člana 14. ZKP BiH, koji se odnosi na standard jednakosti u postupanju. Stoga, žalbeni prigovor da izostaje ocjena dokaza odbrane, odnosno činjenica koje idu u korist optuženog, ovo vijeće odbija kao neosnovan. Međutim, apelaciono vijeće će detaljnije ispitati navode o tome da je u prvostepenoj presudi pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje u dijelu V (koji se odnose na žalbeni navod o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju).

IV. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH- POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

43. Podnosilac žalbe koji tvrdi da je došlo do pogrešne primjene zakona mora iznijeti argumente u prilog svojoj tvrdnji i obrazložiti na koji način ta pogreška osporavanu odluku čini nezakonitom. U slučaju kada povreda zakona proizlazi iz primjene pogrešne pravne norme u presudi, Apelaciono vijeće može navesti tačnu pravnu normu i shodno tome preispitati relevantna činjenična utvrđenja pretresnog vijeća. Time Apelaciono vijeće ne ispravlja samo pravnu grešku nego primjenjuje odgovarajuću pravnu normu na dokaze sadržane u spisu u nedostatku dodatnih dokaza, te utvrđuje da li je samo uvjereno izvan svake razumne sumnje u činjenično utvrđenje koje odbrana osporava prije nego što potvrdi to činjenično utvrđenje po žalbi.

B. PRIMJENJIVI ZAKON

44. Prvostepenom presudom optuženi Marković oglašen je krivim za krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH i osuđen je na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina. Optuženi je oglašen krivim da je navedena djela počinio 11. 07. 1992. godine za vrijeme rata u BiH, kao pripadnik oružanih snaga Vojske Republike Srpske.

45. Odbrana smatra da se u ovom predmetu trebao primijeniti Krivični zakon SFRJ⁵, a ne KZ BiH i to iz razloga što je isti važio u vrijeme navodnog počinjenja krivičnog djela i što je blaži za počinioca.⁶

46. Odbrana smatra da je predmetna presuda donesena temeljem povrede krivičnog zakona jer je primjenjen zakon koji nije najpovoljniji za optuženog Markovića, te je tako povrijeđen osnovni princip jednakosti u postupku. Odbrana smatra da u slučaju da je prvostepeni sud oglasio optuženog krivim i pravilno primjenio odredbe materijalnog zakona koji je važio u vrijeme izvršenje krivičnog djela, sud bi optuženom Markoviću, izrekao kaznu zatvora ispod 5 godina.

47. U odgovoru na žalbu Tužilaštvo smatra da su tvrdnje odbrane o pogrešnoj primjeni materijalnog zakona neutemeljene i da se ovaj žalbeni navod treba odbiti kao neosnovan, pri tome se poziva na odluku Ustavnog suda BiH po apelaciji Abduladhim Maktoufa u kojoj se zaključuje da primjena KZ BiH u postupcima pred Sudom BiH ne predstavlja kršenje člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

48. Žalbeni prigovori odbrane u pogledu primjene materijalnog prava u cijelosti su neosnovani.

49. U KZ BiH kodificirana su određena načela krivičnog prava u članovima 3., 4. i 4. a). Ona glase:

Član 3. stav 1.: Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.

Član 3. stav 2.: Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za cjelo kcje, prje nego što je učinjeno, nje bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično cjelo i za kcje zakonom nje bila propisana kazna.

Član 4. stav 1.: Na učiniteja krivičnog cjela primjerjuje se zakon kcji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog cjela.

⁵ 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 RBIH broj 6/92) i Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom (Sl. list RBIH broj 13/94)

⁶ Prvostepena presuda, str. 12- 16.

Član 4. stav 2.: Ako se poslije učinjerenja krivičnog djela jednom ili više puta izmjeni zakon, primjenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.

Član 4.a): Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suderje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s općim načelima međunarodnog prava.

50. Ispitivanje navedenih zakona pokazuje da krivično djelo silovanja predstavlja povredu KZ BiH kao i KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno. Član 173. stav 1. tačka e) KZ BiH predviđa mogućnost izricanja kazne zatvora u trajanju od „najmanje deset godina ili kaznu dugotrajnog zatvora“ dok član 142. stav 1. KZ SFRJ propisuje kaznu zatvora u trajanju od „najmanje pet godina ili smrtnu kaznu“. Također treba napomenuti da kazna „dugotrajnog zatvora“ prema KZ BiH predviđa maksimalnu kaznu zatvora od četrdesetpet godina.⁷

51. Apelaciono vijeće ima u vidu da je smrtna kazna bila na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, što predstavlja činjenicu koja se ne može zanemariti. U skladu sa odlukom Ustavnom suda po žalbi *Abduladhima Maktoufa protiv Iješerja Suda BiH*⁸ (u kojem je Ustavni sud odbio da zanemari maksimalne kazne u zakonima uključujući smrtnu kaznu i donio odluku da „nije moguće jednostavno „odstraniti“ težu sankciju prema ranijem i kasnijem zakonu i primijeniti druge blaže sankcije...), apelaciono vijeće će analizirati Krivični Zakon BiH u svjetlu člana 142. stav 1. KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela (a koji uključuje smrtnu kaznu).

52. Krivični zakon BiH ne određuje način analize za utvrđivanje blažeg zakona. To je ostavljeno sudovima da odluče od slučaja do slučaja. Apelaciona vijeća Suda Bosne i Hercegovine su razmatrala ovo pitanje od 2006.godine, te u više navrata našla da je KZ BiH blaži zakon.⁹

53. U predmetu Tužilac protiv Abduladhim Maktoufa, (predmet broj: KPŽ-32/05, žalbena presuda od 04.04.2006.god.), Sud se bavio pitanjem koji zakon je blaži za optuženog koji se teretio za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva (član 173. stav 1. tačka e) KZ BiH). Sud je našao da odredbe koje se odnose na maksimalnu

⁷ Član 42. stav 2. KZ.

⁸ *Abduladhim Maktouf*, AP 1785-06, Odluka Ustavnog suda, 30.03. 2007 para. 69.

zatvorsku kaznu predstavljaju polazišnu tačku za vršenje komparativne analize.. Sud je utvrdio da je KZ BiH blaži zakon jer „ne postoji teža kazna od smrtne kazne“.¹⁰

54. Apelaciono vijeće Suda BiH je u više navrata našlo da je KZ BiH blaži u odnosu na KZ SFRJ koji predviđa smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu. Vidi drugostepenu presudu u predmetu protiv Mirka Pekeza, broj: X-KRŽ-05/96-1, od 29.09.2008 strana 13; drugostepenu presudu u predmetu protiv Niseta Ramića, broj. X-KRŽ-06/197, od 21.11. 2007 strana 5; drugostepenu presudu u predmetu protiv Gorana Damjanovića i dr., broj: X-KRŽ-05/108, od 19.11. 2007 na strani 10 (“kazna propisana Krivičnim zakonom BiH je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi prema KZ SFRJ..”)¹¹

55. Apelaciono vijeće nalazi da su ove ranije odluke suda uvjerljive i zaključuje da one predstavljaju razumnu analitičku metodu za utvrđivanje najblažeg zakona. Na osnovu ovog standarda, Apelaciono vijeće konstatuje da je KZ BiH blaži zakon za optuženog u odnosu na KZ SFRJ, koji propisuje smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu. Apelaciono vijeće stoga potvrđuje pravilan zaključak prvostepenog suda da u ovom konkretnom postupku treba primjeniti KZ BiH.

V. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 299. ZKP BIH - POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

A. STANDARDI

56. Optuženi tvrdi da je prvostepeno vijeće pogriješilo u nekoliko činjeničnih nalaza i zaključaka.

57. Standard koji Apelaciono vijeće treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja jeste utemeljenost.

58. Apelaciono 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 izvan razumne sumnje. Neće svaka činjenična greška biti razlog da Apelaciono vijeće ukine presudu, nego samo ona greška koja je uzrokovala nepravilnu

⁹ Ali vidi Drugostepenu presudu u predmetu protiv *Zjada Kurtovića*, broj. X-KRŽ-06/299, od 25.03. 2009 para. 127-132.

¹⁰ Drugostepena presuda u predmetu protiv *Abuladhima Maktoufa*, broj: KPŽ-32/05, od 4.4. 2006., str. 21

presudu, što se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen usprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.

59. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak Pretresnog vijeća bio opravdan Apelaciono vijeće će krenuti od načela da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo Pretresno vijeće. Apelaciono 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 vijeća. Stoga Apelaciono vijeće mora iskazati određeno uvažavanje u pogledu činjeničnog stanja koje je utvrdilo Pretresno vijeće.

60. Apelaciono 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".

61. Ustavni sud BiH zauzeo je stav da utvrđivanje činjenica putem indicija nije u suprotnosti sa načelom pravičnosti suđenja predviđenim članom 6. stav 1. EKLJP, ali je istakao da posredni dokazi koji služe kao osnov utvrđivanja moraju djelovati "kao čvrst zavoreni krug koji dozvoljava samo jedan opravdan zaključak u odnosu na relevantne činjenice."¹² Pretresna i žalbena vijeća, kao i različita pretresna i žalbena vijeća MKSJ-a oslanjala su se na posredne dokaze kako bi utvrdila određenu činjenicu ili postojanje krivičnog djela,¹³ dovela optuženog u vezu sa krivičnim djelom za koje se tereti,¹⁴ i izvela

¹¹ Apelaciono vijeće nalazi da je KZ BiH blaži zakon na osnovu primjene člana 4.a) istog zakona. Vidi npr. Drugostepenu presudu protiv *Jadranka Palje*, broj: X-KRŽ-06/290, od 24.4.2008 str. 11-13;

¹² M.Š., AP-661/04 (Ustavni Sud BiH), Odluka o dopustivosti i meritumu, 22.04.2005, para. 36; *Senada Hasića*, AP 5/05 (Ustavni Sud BiH), 2006., para. 31. Vidi takođe *Trbić*, Prvostepena presuda, para. 70., citat Vrhovnog Suda Hrvatske, Kž 1744/68 (1968); *Dukić*, Prvostepena presuda, para. 129., citat Komentara Zakona o krivičnom postupku BiH, strana 716. ESLJP se i sam oslanjao na posredne dokaze prilikom presuđivanja o tvrdnjama koje su mu predstavljene. Vidi npr. *Cakici protiv Turske*, br. 23657/94, 8.07.1999. godine, para. 85.

¹³ Vidi npr. *Mejakić* X-KRŽ-06/200 (Sud BiH), Drugostepena presuda, 16.02.2009. god, para. 89 (sud se oslonio na posredne dokaze u pogledu tvrdnje da je optuženi upravljao konkretnom stražarskom smjenom); *Kvjundžić*, X-KR-07/442 (Sud BiH), Prvostepena presuda, 30.10.2009., para. 383 - 385. Vidi također *Tužilac protiv Martića*, presuda, IT-95-11-A, 8.10.2008. ("Žalbena presuda u predmetu *Martić*"), para. 255, 259-261 (podržava se nalaz Pretresnog vijeća da je granatiranje Zagreba predstavljalo široko rasprostranjeni napad usmjeren protiv civilnog stanovništva "zbog karakteristika oružja koje je korišteno i masovnosti napada"); *Tužilac protiv Krncjelca*, presuda, IT-97-25-T, 15.03.2002. ("Prvostepena presuda u predmetu *Krncjelac*"), para. 326; *Tužilac protiv Kvočke i dr.*, presuda, IT-98-30/1-A, 28.02.2005. ("Žalbena presuda u predmetu *Kvočka*"), para. 260. Posredni dokazi se također mogu koristiti kako bi se dokazao *actus reus* silovanja. *Tužilac protiv Muhimane*, ICTR-95-1B-A, presuda, 21.05.2007. ("Žalbena presuda u predmetu *Muhimana*") para. 49. [dodati dijakritičke znakove za citiranje]

¹⁴ Vidi npr. *Stupar*, X-KR-05/24 (Sud BiH), Prvostepena presuda, 29.07.2008., str. 153 ("Svijest o krivičnom djelu može se [...] takođe dokazati posrednim dokazima."). Vidi također *Tužilac protiv Strugar*, IT-01-41-T, presuda, 31.01.2005., ("Prvostepena presuda u predmetu *Strugar*"), para. 343 (iz posrednih dokaza izveden je zaključak da je optuženi bio svjestan da njegova naredba "za napad na Srdj nužno obuhvata vjerovatnost da će njegove snage možda morati granatirati sve hrvatske artiljerijske i druge vojne položaje [...]"). *Dukić*, prvostepena presuda, para. 199, 363

zaključak o *mens rea* optuženog ili obliku učešća.¹⁵ U nekim predmetima, samo posredni dokazi su činili osnov za činjenično utvrđenje ili osudu.¹⁶ U drugim predmetima, posredni dokazi korišteni su kako bi potkrijepili dodatne iskaze ili materijalne dokaze.¹⁷

(a) Nepostojanje materijalnih dokaza o počinjenju djela

62. Odbrana nalazi da Tužilaštvo nije dokazalo da je silovanje uopšte izvršeno, jer o tome ne postoje materijalni dokazi koji bi dokazali ovu činjenicu. U tom smislu, odbrana nadalje navodi da iako oštećena tvrdi da je pregledana na ginekološkom odjeljenju u bolnici Doboj, navedena bolnica nedvosmisleno opovrgava ovu tvrdnju.

63. Žalбом se takođe osporava i kazivanje oštećene koje se odnosi na njenu navodno "pocijepanu majicu".

64. Konačno, odbrana naglašava da su svjedoci Milo Blagojević i Momir Bogdanić, koji su razgovarali sa oštećenom po prijavljivanju djela izjavili da kod iste nije bilo vidljivih povreda te nije bila uzrujana niti je plakala. Odbrana navodi da pretresno vijeće nije imalo razloga da odbije navode odbrane i iskaze svjedoka jer su isti provođeni isključivo radi dokazivanja nepostojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti, a ne radi izbjegavanja. Odbrana navodi da pretresno vijeće dokazima odbrane nije poklonilo jednaku pažnju kao dokazima tužilaštva.

citat iz Tužilac protiv Limcja i dr., IT-03-66-T, presuda, 30.11. 2005., ("Prvostepena presuda u predmetu *Limc*"), para. 515.

¹⁵ *Vidi npr. Stupar*, prvostepena presuda, str. 142 (gdje se potvrđuje da "[d]okazi o stvarnoj kontroli mogu biti neposredni ili posredni."). *Vidi takođe Savić*, prvostepena presuda, para. 171; *Tužilac protiv Kvočkei dr...*, IT-98-31/1-T, presuda, 2.11.2001. ("prvostepena presuda u predmetu *Kvočka*"), para. 324 (gdje sud nalazi da se "[z]nanje o udruženom zločinačkom poduhvatu može zaključiti iz pokazatelja kao što je položaj na kom je optuženi bio, duljina vremena koje je proveo u logoru, funkcija koju je vršio, njegovo kretanje po logoru i kontakti koje je imao sa zatočenicima, osobljem ili vanjskim osobama koje su obilazile logor."); *Tužilac protiv Jelisića* IT-95-10-A, presuda, 5.07.2005. ("Žalbena presuda u predmetu *Jelisić*"), para. 47 (ističe se da se "dokaz o posebnoj namjeri ...može, u nedostatku neposrednih eksplicitnih dokaza, zaključiti iz niza činjenica i okolnosti poput opšteg konteksta [...]."); *Tužilac protiv Blaškića*, IT-95-14-A, 29.07.2004. ("Žalbena presuda u predmetu *Blaškić*"), para. 56 (potvrđuje oslanjanje Pretresnog vijeća na neposredne dokaze kako bi se utvrdilo znanje nadređenog).

¹⁶ *Vidi npr. Naletilić*, Žalbena presuda, para 492; *Kupreškić*, Žalbena presuda, para. 303 (ističe se da "nema prepreka da osuđujuća presuda bude zasnovana na takvim [posrednim] dokazima."); *Tužilac protiv Galića*, IT-98-29-T, presuda, 5.12.2003., ("Prvostepena presuda u predmetu *Galić*"), para. 747; *Tužilac protiv Stakića*, IT-97-24-A, presufa, 22.03.2006., ("Žalbena presuda u predmetu *Stakić*"), para. 224.

¹⁷ *Vidi npr. Savić*, prvostepena presuda, para. 286; *Trbić*, prvostepena presuda, para 471, *Strugar*, prvostepena presuda, para 89; *Karčić*, prvostepena presuda, para. 62. (Sud inaglašava da je praksa Suda BiH da eijeni posredne dokaze skupa "sa iskazima drugih svjedoka i očevidaca u cjelini."). *Vidi takođe Tužilac protiv Kordića i Čerkeza*, IT-95-14/2-A, presuda, 17.12.2004. ("Žalbena presuda u predmetu *Kordić*"), para. 276 ("Ne bi bilo ispravno sugerisati da se posredni dokazi ne mogu smatrati potkrepljujućim."); *Tužilac protiv Galića* IT-98-29-A, presuda, 30.11.2006. ("Žalbena presuda u predmetu *Galić*"), para. 221-223.

65. Apelaciono vijeće zaključuje, da su navodi žalioaca o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju neosnovani.

66. Kada je u pitanju nepostojanje materijalnih dokaza o silovanju, vijeće ističe kao opći princip da se do pravnih utvrđenja o izvršenju djela ne dolazi primjenom konkretne formule. Član 15. ZKP BiH (Slobodna ocjena dokaza) predstavlja manifestaciju starog principa *testimonia panneranda sunt, non numeranda* (Dokazi se cijene, ne broje se). Ovaj princip naglašava razmatranje vrijednosti, težine i kvaliteta dokaza, a ne kvantiteta, višestrukosti ili prirode dokaza. Pretresno vijeće stoga ima pravo da se prilikom utvrđivanja postojanja ili nepostojanja činjenica u potpunosti i cjelosti oslanja na dokaze u obliku iskaza svjedoka.

67. Shodno tome, nepostojanje materijalnih dokaza ne umanjuje snagu drugih dokaza koji upućuju na optuženog kao počinioca predmetnog djela. U konkretnom, pretresno vijeće je izvelo zaključak o krivici optuženog na osnovu iskaza oštećene, iskaza njenih srodnika, drugih raznih očevidaca, prijavi o izvršenom silovanju sačinjenoj jedan dan nakon silovanja i iskazu policajca koji je primio prijavu i potvrdio njenu autentičnost.

68. Prvostepena presuda je prema mišljenju vijeća dala jasne, prihvatljive i dovoljne zaključke o ocjeni ovih dokaza od strane pretresnog vijeća, te vrijednosti svakog pojedinačnog dokaza, kao i o vezi između tih pojedinačnih dokaza i konačnog zaključka vijeća.

69. Dalje, neosnovan je žalbeni navod da nedostatak fizičkih dokaza o silovanju (pocijepana majica, povrede i sl.) izaziva sumnju u postojanje silovanja. Prikupljanje fizičkih dokaza povjereno je licima koja pripadaju istim vojnim i policijskim strukturama kojima pripada i počilac. Ove vojne i policijske strukture kontrolisale su teritorij na kojem se nalazila žrtva koja je pripadala suprostavljenoj strani. Silovanje se dogodilo u ratu, na mjestu, u vrijeme, te generalno, u okolnostima u kojima se ne može očekivati da je provedena pravilna istraga¹⁸.

70. Nakon silovanja, oštećena je zatražila liječničku pomoć u bolnici u Doboju, ali iz iskaza majke oštećene proizilazi da se radilo o površnom pregledu o kojem nije nikada sačinjen nalaz. Iskaz majke oštećene ukazuje na to da je oštećena dovedena u neugodan

¹⁸ Umjesto provođenja pravilne istrage o navodu koji se odnosi na teško krivično djelo, istražitelj je pokušao da pomiri navodno oštećeno lice i počinioca.

položaj prilikom pregleda kada joj je ljekar rekao kako njen slučaj ne smatra silovanjem jer “ nije sila kad je jedan, nego kad je pet.” Apelacionom vijeću je jasno da doktor nije pregledao oštećenu na pravilan i profesionalan način, što, prema uvjerenju ovog vijeća, objašnjava nepostojanje materijalnih dokaza o posjeti oštećene bolnici u Doboju.

(b) Nepostojanje drugih svjedoka i vjerodostojnost dokaza odbrane

71. Branilac tvrdi da je pretresno vijeće nepropisno osudilo optuženog samo na osnovu iskaza oštećene.

72. Apelaciono vijeće naglašava da je pretresno vijeće moglo osuditi optuženog na osnovu iskaza oštećene. “Dokaz koji je zakonit, autentičan i vjerodostojan može biti dovoljan da se optuženi osudi, čak i ako je riječ o iskazu samo jednog svjedoka.”¹⁹ Iako Sud BiH ne slijedi strogo doktrinu *stare decisis*, za istaći je da je pretresno vijeće osudilo optuženog u predmetu *Pinčić* gdje su jedini iskazi očevica predmetnog silovanja bili oni koje je dala oštećena.²⁰ Pretresno vijeće u predmetu *Mejakić* je takođe u odluci koju je u relevantnim dijelovima potvrdilo Apelaciono vijeće osudilo optuženog samo na osnovu iskaza oštećenog lica, pri tome potvrđujući da “realno nema razloga da se ne pokloni vjera iskazu tog svjedoka u situaciji kada je svjedok, kao jedini očevidac nekog događaja, sam svjedočio o okolnostima tog događaja[...] ako je iskaz nekog svjedoka saglasan u odlučnim činjenicama sa iskazima drugih svjedoka u vezi sa određenim događajem.”²¹

73. MKSJ je takođe potvrdio zakonitost osude lica koje se tereti za teško kršenje međunarodnog prava, na osnovu iskaza jednog svjedoka. Pretresno vijeće u predmetu *Tadić*, koje je prvo razmatralo ovo pitanje, zaključilo je da premda je svjedok Hase Ičić “jedini svjedok čiji iskaz podržava ovaj navod, kvalitet njegovog iskaza dovoljan je za potvrdu navoda.”²²

¹⁹ *Mejakić, i dr.*, X-KR/06/200, Drugostepena presuda, 16.02.2009., para. 47.

²⁰ *Pinčić*, X-KR-08/502 (Sud BiH), Prvostepena presuda, 28.11.2008., str 40 – 41. Pretresno vijeće je naglasilo da su drugi dijelovi iskaza oštećene potkrijepljeni iskazima svjedoka Radmile Živak i Gordane Gligorević. Presuda potvrđena u predmetu *Pinčić* X-KR-08/502 (Sud BiH), Drugostepena presuda, 15.04. 2010., para 68-71.

²¹ *Mejakić i dr.*, X-KR/06/200, Prvostepena presuda, 30.05.2008., str. 189 (Pretresno vijeće je također istaklo da “[O]vo posebno kada se radi o događaju koji se desio na mjestima gdje se faktički nije ni moglo zadesiti više osoba, kao što je npr. premlaćivanje za vrijeme odlaska u wc, ili za vrijeme ispitivanja.”). Presuda je u relevantnom dijelu potvrđena u predmetu *Mejakić i dr.*, X-KR/06/200, Drugostepena presuda, 16.02.2009, para. 45 - 47

²² *Tadić* (Pretresno vijeće), 7.5.1997., para 260. Vidi takođe, para 536 – 539. Djelimično;

74. Ovu analizu je kasnije podržalo Žalbeno vijeće u predmetu *Rutaganda*:

Na poslijetku, kada je u pitanju tvrdnja da je pretresno vijeće trebalo uzeti u obzir činjenicu da je svjedok A bio jedini svjedok koji je svjedočio da je 8. aprila pukovnik Rusatira otišao u školu ETO i tražio od Hutua da se odvoje od grupe, nakon čega je između 600 i 1000 osoba napustilo tu grupu, Žalbeno vijeće podsjeća da iskaz jednog svjedoka o materijalnoj činjenici, u zakonskom smislu, ne zahtijeva bilo kakvu potkrijepu. Da li će se pretresno vijeće osloniti na iskaz jednog svjedoka kao dokaz o materijalnoj činjenici, zavisice od različitih faktora koji se moraju ocijeniti u okolnostima svakog datog predmeta. Činjenica da je svjedok A bio jedini svjedok koji svjedočio o posjeti pukovnika Rusatire ne utiče na dokaznu vrijednost njegovog iskaza. Argumenti žalioaca o ovom pitanju kao takvi moraju biti odbijeni.²³

75. Vijeće u predmetu *Kupreškić* uporedilo je okolnosti u međunarodnom sudu sa onima u domaćim sudovima, te djelimično obrazložilo pravilo osude na osnovu jednog svjedoka, zbog njegovih korijena u građanskom pravu:

[...]”u većini zemalja kontinentalnog prava usvojen je princip “slobodne ocjene dokaza što sudijama daje priličan prostor za ocjenu dokaza koji su im predloženi. Ključni element jeste vlastito ubjeđenje prvostepenog sudije i ono određuje da li je neka činjenica dokazana ili nije. Međutim, Savezni sud Njemačke istakao je, na primjer, da prvostepeni sudija mora biti izuzetno oprezan u ocjeni vrijednosti koju će pridati prepoznavanju lica od strane svjedoka. Naročito u slučajevima u kojima identifikacija optuženog zavisi od vjerodostojnosti iskaza svjedoka, prvostepeni sudija mora sveobuhvatno artikulirati faktore uzete u prilog identifikaciji optuženog, a u odmjerenju težine takvih dokaza valja postupati sa izuzetnom pažnjom. Vrhovni sud Austrije je naglasio da, kada identifikacija optuženog zavisi od samo jednog svjedoka, presuditelj o činjenicama mora sa izuzetnom pažnjom razmotriti argumente koje odbrana iznese upravo u vezi sa vjerodostojnošću svjedoka. Slično tome, Vrhovni sud Švedske u više je navrata

No, bez obzira na Pravilnik, nije ispravno tvrditi da potkrepljivanje dokaza u današnjim sistemima građanskog prava ostaje opšti uslov. Ovlaštenja koja u procesu presuđivanja ima sudija u sistemu građanskog prava najbolje se mogu opisati pozivanjem na princip slobodne procjene dokaza, koji je, ukratko rečeno, inherentno pravo sudije, kao osobe koja utvrđuje činjenice, da odlučuje samo na osnovu svog dubokog ličnog uvjerenja. Ovo vrlo široko diskreciono pravo podložno je određenom broju ograničenja. No, na princip izražen u latinskoj izreci *unus testis, nullus testis*, koji zahtijeva potkrepljivanje svjedočenja jedinog svjedoka neke relevantne činjenice drugim svjedokom, više se ne poziva gotovo ni jedan moderni kontinentalni pravni sistem.

²³ Rutaganda (Žalbeno vijeće), 26.05.2003, para. 499

ocijenio da presuditelj o činjenicama mora temeljito razmotriti i analizirati sve nepreciznosti i netačnosti u svjedočenju takvog svjedoka

Žalbeno vijeće u predmetu *Kordić* opet je potvrdilo ovaj pristup, ističući da "pokrijepljivanje dokaza nije pravna obaveza nego je povezano s pitanjem težine koju treba pridati dokazima."²⁴

76. Apelaciono vijeće podsjeća da je ispravan test za ocjenu odluke sudskog vijeća, test obrazloženosti, odnosno utemeljenosti. Apelaciono vijeće u predmetu *Kupreškić*, koje primjenjuje ovaj isti test, naglasilo je da "sudsko vijeće koje postupa razložno takođe mora uzeti u obzir teškoće u vezi s dokazivanjem identiteta neke osobe u pojedinom predmetu i svako svjedočenje koje tome služi mora pažljivo ocijeniti prije nego šta prihvati kao jedini temelj osuđujuće presude"²⁵. Apelaciono vijeće potom opisuje obrazloženo mišljenje kao mišljenje u kojem se "pažljivo moraju opisati faktori uzeti u prilog identifikaciji optuženog, te adekvatno obraditi svi značajni faktori koji negativno utiču na pouzdanost iskaza svjedoka koji daje identifikaciju."²⁶

77. Apelaciono vijeće zaključuje da je sudsko vijeće u predmetu *Marković* postupalo razložno kada je pažljivo cijenilo iskaz oštećene Z1 o izvršenju silovanja i identitetu počinioca. Sudsko vijeće je svoju odluku zasnovalo na sljedećem;

[...] na ocjeni da je iskaz oštećene uvjerljiv, konzistentan, logičan, potkrijepljen nizom pojedinosti koje pričaju dovoljno osnova da se ovoj svjedokinji pokloni puna vjera. Iskaz oštećene Z-1 saglasno potvrđuju u svojim iskazima i svjedoci Kalem Marija, Kalem Marko, Kalem Andro i Čelić Radojica.

Svjedoci Kalem Marija, Kalem Marko i Kalem Andro, kao i oštećena Z-1 svjedočili su ovom događaju. Oni su imali priliku da optuženog jasno vide, pošto je te kritične večeri bila mjesečina. Da je riječ o Marković Miodragu, saznali su od komšije Ljube Lazića koji je potvrdio da je upravo optuženi prethodnog dana dolazio i raspitivao se za kombajn. Takođe, oštećena je, nakon što je njena majka prijavila silovanje, odvezena sa pripadnicima policije na punkt gdje je prepoznala optuženog, primijetivši da pokušava sakriti lice.²⁷

²⁴ Kordić i Čerkez (Žalbeno vijeće), 17. decembar 2004., para. 274. Vidi takođe *Kupreškić*, IT-95-16, Žalbeno vijeće 23.10.2001, para. 33, gdje se navodi da "[u]z izuzetak slučaja kad se radi o iskazu djeteta koje svjedoči bez zakletve, pretresno vijeće je, ako je to primjereno okolnostima, slobodno da se osloni na svjedočenje samo jednog svjedoka."

²⁵ Para.34.

²⁶ *Kupreškić*, (Žalbeno vijeće) 23.10.2001

²⁷ Prvostepena presuda, 15.04.2011., str. 37. Vidi takođe str. 28-31.

78. Pretresno vijeće je pravilno postupilo jer je uzelo u obzir potvrdu iskaza oštećene vezano za događaje koji su se desili *neposredno prije trenutka kada je odvedena iz kuće i samim time odvedena od pogleda drugih svjedoka*, te je ocijenilo pouzdanost iskaza oštećene u odnosu na ove potkrjepljujuće dokaze.

79. Vijeće zaključuje da je pod datim okolnostima pretresno vijeće opravdano zasnovalo osuđujuću presudu protiv optuženog na iskazu oštećene. Pretresno vijeće je sa pažnjom ocijenilo pouzdanost ovog svjedoka u svjetlu koherentnosti njenog iskaza i podudarnosti sa iskazima drugih svjedoka optužbe. Štaviše, Apelaciono vijeće ističe da se silovanje često vrši pred vrlo malo ili pred nijednim svjedokom; priroda ovog djela je takva da su samo žrtve u mogućnosti da identifikuju počiniocima i svjedoče o okolnostima vezanim za silovanje. Pretresno vijeće je pravilno uzelo u obzir ovu činjenicu kada je cijeno težinu koju treba pridati iskazu oštećene.²⁸

80. Konačno, Apelaciono vijeće naglašava da je pretresno vijeće pravilno odbacilo manje nedosljednosti u iskazu oštećene i njenih izjava koje je dala Tužilaštvu za vrijeme istrage. Kako je naglasilo pretresno vijeće u predmetu *Furundžija*, od lica koja su preživjela takva traumatična iskustva poput silovanja "nije razumno očekivati da se sjećaju sitnih detalja događaja kao što su datum ili vrijeme. Takođe nije razumno očekivati da se sjećaju svakog pojedinačnog elementa kompliciranog i traumatičnog redoslijeda događaja. U stvari, nedosljednosti mogu pod određenim okolnostima ukazivati na istinitost i na činjenicu da na svjedoke nije uticano."²⁹ Apelaciono vijeće potvrđuje ovakvo stanovište i ne pridaje naročitu težinu nedosljednostima u iskazu oštećene u pogledu datuma i vremena djela.

²⁸ U predmetu *Furundžija*, optuženi se teretio za ispitivanje svjedokinje A, "dok je optuženi B prelazio nožem po unutrašnjoj strani butina i donjem dijelu stomaka svjedokinje A, te prijetio da će joj staviti nož u vaginu ukoliko ne bude govorila istinu..." U optužnici se dalje navodi da su svjedokinja A i oštećena B (svjedokinja D) potom odvedene u drugu prostoriju gdje je optuženi B, u prisustvu optuženog Furundžija, prisilio svjedokinju A na oralni i vaginalni spolni odnos.²⁸ Zbog propusta da spriječi optuženog B da siluje svjedokinju A, optuženi Furundžija je oglašen krivim za pomaganje i doprinošenje oskrvnuću ličnog dostojanstva (silovanje).

Optuženi je osuđen za pomaganje i doprinošenje opisanom silovanju svjedokinje A na osnovu toga što je svojim "prisustvom i stalnim ispitivanjem svjedokinje A ohrabrio optuženog B i značajno doprinio krivičnim djelima koje je počinio optuženi B." O "prisustvu optuženog i stalnom ispitivanju koje je vršio" svjedočila je svjedokinja A, čiji iskaz je potkrijepila svjedokinja D. Nalazeći optuženog krivim, Sud je istakao da je shodno Pravilu 96. Pravilnika, jasno da nije potreban nikakva potvrda iskaz asvjedokinje A." *Tužilac protiv Ante Furundžije*, predmet br. IT-95-17/1, prvostepena presuda, 10.12.1998., para. 271 – 274.

²⁹ Para. 113 i 114.

81. Apelaciono vijeće zaključuje da je pretresno vijeće moglo utvrditi da je jedini razuman zaključak koji je moguće izvesti iz dokaza taj da je optuženi počinio krivično djelo silovanja. Navod odbrane o pogrešno i nepoptuno utvrđenom činjeničnom stanju se stoga odbija.

82. Štaviše, vijeće nalazi da je pretresno vijeće moglo imati ozbiljne sumnje u istinost iskaza optuženog, koji je već na prvi pogled kontradiktoran i neuvjerljiv. Na primjer, optuženi tvrdi da je došao u kuću oštećene u večernjim satima i pozvao gazdu da izađe, jer se navodno "neki okupljaju u predmetnoj kući gdje je oštećena živjela", uprkos činjenici da je znao da su do jula 1992. godine svi muškarci iz sela oko Doboja odvedeni, uključujući muške ukućane kuće u kojoj je živjela i oštećena. Optuženi je takođe naveo da nikada prije nije vidio oštećenu, iako je u postupku dokazano da je optuženi dan prije silovanja prošao pored kuće gdje je živjela oštećena i zapazio oštećenu u blizini.

83. Optuženi je naveo da došao u kuću oštećene kako bi istražio činjenicu da se tamo okupio veliki broj ljudi te da oštećenju ponudi pomoć u pronalaženju njenog oca i brata koji su ranije odvedeni. Takođe tvrdi da su se oštećena i njena majka dogovorile da njega okrive za predmetno djelo. Ukoliko je optuženi, kako on to tvrdi, navratio samo da bi ponudio pomoć oštećenju i njenoj porodici, zašto bi oštećena i njena majka okrivile njega za silovanje, ukoliko je on jedini ponudio pomoć. Pretresno vijeće je moglo osnovano utvrditi da iskaz optuženog nije vjerodostojan i da ne dovodi u sumnju njegovu krivicu.

84. Prvostepena presuda je dala jasno obrazloženje o tome zašto iskazi optuženog i drugih svjedoka odbrane nisu vjerodostojni. Shodno tome, Apelaciono vijeće odbija kao neosnovne tvrdnje odbrane o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju i zaključuje da je pretresno vijeće pravilno postupilo.

VI. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BIH- ODLUKA O KRIVIČNO PRAVNOJ SANKCIJI

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

85. Žalba na odluku o kazni može se ulagati po dva različita osnova, u skladu sa članom 300. ZKP BiH. 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.

86. 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 odgovarajućeg zakona.

87. S druge strane, podnosilac žalbe može osporavati odluku 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.

88. Naime, podnosilac žalbe mora pokazati da je pretresno vijeće uzelo u obzir nebitna i irelevantna pitanja, da nije dalo 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 nepravdna, da pretresno vijeće nije koristilo svoje diskreciono pravo na primjeren način.

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

(a) Žalbeni navodi odbrane o krivično pravnoj sankciji

90. Odbrana navodi da je pretresno vijeće cijenilo sve okolnosti koje utiču na vrstu i visinu sankcije, ali ista smatra da postoje mnogobrojne olakšavajuće okolnosti koje pretresno vijeće nije uzelo u razmatranje. U prvom redu to je osobito teška finansijska situacija optuženog s obzirom na to da niko u njegovoj porodici, osim njega, nije zaposlen i činjenica da optuženi nije ranije osuđivan. Odbrana smatra da ublažavanje kazne optuženom na najnižu mjeru kazne koju je moguće izreći, može da zadovolji sve ciljeve kažnjavanja .

91. U odgovoru na ovaj žalbeni navod Tužilaštvo smatra da je izrečena kazna pravilna,

a činjenica da je izrečena kazna ispod minimuma zapriječene kazne, potvrđuje da je sud prilikom odmjerenja kazne itekako cijenio olakšavajuće okolnosti.

92. Međutim, Apelaciono vijeće se ne slaže sa iznesnim žalbenim navodima i zaključuje da je kazna izrečena pobijanom presudom pravilno odmjerena. Sve okolnosti koje su uticale na formiranje kazne su pravilno identifikovane i razmotrene, i izrečena kazna zatvora je već ublažena od strane prvostepenog vijeća. Silovanje, kako to pravilno ističe prvostepeno vijeće, neminovno na žrtvu ostavlja teške posljedice; vještaci Tužilaštva su utvrdili da u ovom slučaju žrtva i dalje pati od simptoma Pretresno vijeće je takođe pravilno cijeno i privatne prilike na strani optuženog, a njegova ranija neosuđivanost je evidentno ukazivala vijeću da se radi o osobi nesklonoj vršenju krivičnih djela. Zbog toga se Apelaciono vijeće slaže da je kazna izrečena optuženom srazmjerna stepenu njegove krivične odgovornosti, njegovom doprinosu djelu i težini krivičnog djela, te da će se i sa ovako izrečenim kaznama u cjelosti postići svrha kažnjavanja u skladu sa članom 39. KZ BiH. Stoga se odbijaju kao neosnovani žalbeni navodi odbrane.

93. U skladu sa svim navedenim, a na osnovu člana 310. stav 1. u vezi sa članom 313. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci presude.

ZAPISNIČAR:

Dženana Deljković Blagojević

PREDSJEDNIK VIJEĆA

SUDIJA

Mirko Božović

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