

BOSNA I HERCEGOVINA



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

SUD BOSNE I HERCEGOVINE
СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Predmet br: S1 1 K 023309 17 Krž

Dana: 19.01.2018. godine

Apelaciono vijeće u sastavu: sudija Mirko Božović, predsjednik vijeća
sudija Redžib Begić, član
sudija Mirza Jusufović, član

PREDMET TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE
protiv
ŽARKA VUKOVIĆA

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Behaija Krnjić

Braniteljica optuženog Žarka Vukovića:

Advokat Nada Mandić

SADRŽAJ

IZREKA PRESUDE	4
OBRAZLOŽENJE	4
I. TOK POSTUPKA	4
A. PRVOSTEPENA PRESUDA	4
B. ŽALBA I ODGOVOR	5
II. OPĆA RAZMATRANJA	6
III. BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA.....	7
A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI	7
1. BITNA POVREDA ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV	
1. TAČKA D) ZKP BIH	8
(a) Žalbeni navodi	8
(b) Odluka Apelacionog vijeća	8
2. BITNA POVREDA ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV	
1. TAČKA I) ZKP BIH.....	10
(a) Žalbeni navodi	10
(b) Odluka Apelacionog vijeća	13
3. BITNA POVREDA ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV	
1. TAČKA K) ZKP BIH	18
(a) Žalbeni navodi	18
(b) Odluka Apelacionog vijeća	19
4. BITNA POVREDA ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV	
2. ZKP BIH.....	22
(a) Žalbeni navodi	22
(b) Odluka Apelacionog vijeća	23
IV. POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE.....	24
A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI	24

B. ŽALBENI NAVODI	25
C. ODLUKA APELACIONOG VIJEĆA.....	27
V. POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA	38
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	38
B. ŽALBENI NAVODI	39
C. ODLUKA APELACIONOG VIJEĆA.....	39
VI. ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI.....	42
A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI	42
B. ŽALBENI NAVODI	43
C. ODLUKA APELACIONOG VIJEĆA.....	43

Broj: S1 1 K 023309 17 Krž
Sarajevo, 19.01.2018. godine

U I M E B O S N E I H E R C E G O V I N E !

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja, sastavljenom od sudija Mirka Božovića, kao predsjednika vijeća, te Redžiba Begića i Mirze Jusufovića, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne savjetnice Neire Tatlić, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Žarka Vukovića, zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka g) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, a sve u vezi sa članom 180. stav 1. istog Zakona, odlučujući po žalbi braniteljice optuženog Žarka Vukovića, advokata Nade Mandić, od 24.11.2017. godine, izjavljenoj protiv presude Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 1 K 023309 17 Kri od 11.10.2017. godine, nakon održane javne sjednice vijeća, dana 19.01.2018. godine, u prisustvu tužioca Tužilaštva Bosne i Hercegovine, Behaije Krnjića, optuženog Žarka Vukovića i njegove braniteljice Nade Mandić, donio je sljedeću

P R E S U D U

Odbija se kao neosnovana, žalba braniteljice optuženog Žarka Vukovića, te **potvrđuje** presuda Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 1 K 023309 17 Kri od 11.10.2017. godine.

O B R A Z L O Ź E N J E

I. TOK POSTUPKA

A. PRVOSTEPENA PRESUDA

1. Prvostepenom presudom Suda Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Sud BiH),

broj S1 1 K 023309 17 Kri od 11.10.2017. godine, optuženi Žarko Vuković oglašen je krivim što je na način opisan u izreci te presude počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka g) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ BiH), u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH, te je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina.

2. Na osnovu člana 188. stav 4. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP BiH) optuženi je oslobođen od dužnosti naknade troškova krivičnog postupka i paušala, tako da isti padaju na teret budžetskih sredstava Suda.

B. ŽALBA I ODGOVOR

3. Protiv ove presude žalbu je blagovremeno uložila braniteljica optuženog, i to zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačke d), i) i k) i stav 2. ZKP BiH, pogrešne primjene materijalnog prava iz člana 298. ZKP BiH, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana 299. stav 1. i 2. ZKP BiH i odluke o krivičnopravnoj sankciji, sa prijedlogom da vijeće Apelacionog odjeljenja Suda BiH (u daljem tekstu: Apelaciono vijeće) žalbu uvaži, presudu preinači, tako da se optuženi Žarko Vuković oslobodi od optužbi, ili da prvostepenu presudu ukine i održi pretres pred Apelacionim vijećem.

4. Tužilaštvo Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Tužilaštvo) je dostavilo odgovor na izjavljenu žalbu, sa prijedlogom da se žalba odbije kao neosnovana.

5. Na sjednici Apelacionog vijeća, održanoj dana 19.01.2018. godine, u skladu sa odredbom člana 304. ZKP BiH, braniteljica optuženog je istakla da u cijelosti ostaje kod izjavljene žalbe i prijedloga iz iste. Pri tome je dodala da je ovaj predmet unikatan u sudskoj praksi, s obzirom da je oštećena preminula i nije unakrsno ispitana, da imamo jednog oboljelog svjedoka koji također nije unakrsno ispitan, te nekoliko svjedoka koji imaju posredna saznanja. Odbrana smatra spornim zapisnike o ispitivanju svjedoka iz istrage, jer nisu sačinjeni u skladu sa procesnim zakonom. Odbrana je također ukazala na povredu krivičnog zakona, jer smatra da je primijenjen zakon koji se ne može primijeniti na konkretan slučaj. U pogledu činjeničnog stanja, odbrana ističe da je isto pogrešno utvrđeno, s obzirom na to da se presuda zasniva na nezakonitim dokazima,

pa je samim tim i pobijana presuda nezakonita, te shodno tome da treba optuženog osloboditi. Na kraju je braniteljica istakla da krivičnopravna sankcija nije pravilno odmjerena, jer nisu cijenjene sve okolnosti. Optuženi je prihvatio sve navode braniteljice, istakavši da nije kriv.

6. Tužilac je ostao kod pismenog odgovora na žalbu, ističući da su žalbeni navodi identični prigovorima isticanim u prvostepenom postupku, a što je sve cijenjeno u pobijanoj presudi, koja je prema mišljenju Tužilaštva pravilna i zakonita, što sve ukazuje da se žalba odbrane treba odbiti kao neosnovana.

7. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama istaknutih žalbenih prigovora, a u skladu sa odredbom člana 306. ZKP BiH, Apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci, iz sljedećih razloga:

II. OPĆA RAZMATRANJA

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

III. BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA

A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI

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

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

14. Apsolutno bitne povrede ZKP BiH taksativno su nabrojane u tačkama a) do k) stava 1. člana 297. ZKP BiH. Ukoliko bi žalbeno vijeće našlo da postoji neka od bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, obavezno je da, u skladu sa odredbom iz člana 315. stav 1. tačka a) ZKP BiH, ukine prvostepenu presudu, izuzev u slučajevima iz člana 314. stav 1. ZKP BiH.

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

16. U odnosu na navode da je povreda odredaba krivičnog postupka mogla imati negativan utjecaj na donošenje zakonite i pravilne presude, nije dovoljno da podnosilac žalbe jednostavno tvrdi da se procesna povreda hipotetički mogla negativno odraziti na donošnje zakonite i pravilne presude, već će žalbeno vijeće zaključiti da se bitna povreda odredaba krivičnog postupka desila samo ako podnosilac žalbe pokaže da je ona suštinske prirode i da se ne može zaključiti da navedena povreda nije

negativno utjecala na donošenje zakonite i pravilne presude. Naime, kada žalbeno vijeće smatra da je donesena zakonita i pravilna presuda, bez obzira na povredu postupka takve prirode, žalbeno vijeće će zaključiti da član 297. stav 2. ZKP BiH nije povrijeđen.

1. BITNA POVREDA ODREĐABA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV 1. TAČKA D) ZKP BIH

(a) Žalbeni navodi

17. Odbrana ukazuje na paragraf 230. pobijane presude gdje je prvostepeno vijeće utvrdilo da ne postoji povreda prava na odbranu, uslijed neodređenosti datuma inkriminacije. Pri tome se poziva na član 6. stav 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) koji propisuje da optuženi ima pravo da bude hitno i detaljno obaviješten, na jeziku koji razumije, o prirodi i uzrocima optužnice protiv njega, te ističe da je ovo pravo tijesno povezano i sa njegovim pravom da mu se mora omogućiti adekvatno vrijeme i mogućnost za pripremu odbrane, te da u ovoj obavijesti mora biti specificirana činjenična i pravna osnova optužnice. Odbrana smatra da je u konkretnom jasno da određivanje navodnog vremenskog okvira na potpuno neodređen način (u okviru nekoliko mjeseci) ne predstavlja adekvatno obavještenje o optužbama. Osim toga, ovako postavljen vremenski okvir je u potpunosti onemogućio potencijalnu odbranu alibijem optuženog. Također, imajući u vidu širinu vremenskog okvira, optuženi nije bio u mogućnosti provjeriti na adekvatan način bilo koja kazivanja „A-1“, „A-2“, „A-3“ i „A-4“, jer ista nisu konkretna. Prema mišljenju odbrane, ovo je dodatno naglašena povreda prava na odbranu uslijed činjenice da se osuda zasniva na pročitanim iskazima (dva) svjedoka koja nisu unakrsno ispitana.

(b) Odluka Apelacionog vijeća

18. Odredba člana 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH propisuje da će bitna povreda

odredaba krivičnog postupka postojati u slučaju ako je povrijeđeno pravo na odbranu optuženog. Ovo podrazumijeva da nisu primijenjena ili su nepravilno primijenjena pravila postupka na štetu optuženog na način da mu je uskraćeno pravo na odbranu.

19. Prije svega, Apelaciono vijeće smatra da svaka povreda procesne norme na štetu optuženog ima značenje da je povrijeđeno njegovo pravo na odbranu zagarantovano kako odredbama ZKP BiH, tako i međunarodnim aktima, te je u tom smislu razmotrilo žalbene prigovore koji se odnose na vremenski okvir inkriminacije.

20. Naime, prvostepeno vijeće se van svake razumne sumnje uvjerilo da je optuženi počinio predmetne inkriminacije, za tačku 1. izreke presude tačno neutvrđenog dana, u vremenskom periodu od kraja mjeseca aprila pa do početka mjeseca augusta 1992. godine, a za tačku 2. u tačno neutvrđene dane u vremenskom periodu od kraja mjeseca aprila pa do sredine mjeseca augusta 1992. godine, te ocijenilo neosnovanim prigovor odbrane istaknut na glavnom pretresu da je zbog neodredivosti vremena izvršenja predmetne inkriminacije, optuženom povrijeđeno pravo na odbranu jer optuženi nije hitno i detaljno obaviješten o optužbama koje ga terete. Prvostepeno vijeće je navelo u pobijanoj presudi da je u skladu sa odredbom člana 22. KZ BiH određeno izvršenje predmetne inkriminacije, s obzirom da se ista desila u vremenskom intervalu od kraja mjeseca aprila pa do sredine mjeseca augusta 1992. godine, te da ne nalazi da je došlo do povrede prava na odbranu u smislu obavještanja optuženog o prirodi i razlozima optužnice.

21. Ovakav zaključak prvostepenog vijeća, prihvata kao pravilan i ovo Vijeće, s obzirom da je žalba istakla identičan prigovor. U tom smislu, Apelaciono vijeće nalazi da odbrana pravilno navodi da je vrijeme izvršenja krivičnog djela potrebno posebno cijeliti prilikom dokazivanja alibija optuženog, što je prvostepeno vijeće i učinilo cijeneći posebno dokaze odbrane. Međutim, prvostepeno vijeće je pravilno poklonilo vjeru i dalo prevagu iskazu oštećene i posrednim svjedocima, koji su saglasni u pogledu prepoznavanja optuženog kao izvršioca krivičnog djela, jer su ga poznavali od ranije, tako da nisu ostavili prostora za sumnju da je optuženi počinio predmetne inkriminacije kako je to navedeno u izreci presude, nasuprot dokazima odbrane koji su na nepouzdan način ukazivali da optuženi nije počinilac.

22. U konkretnom slučaju zločin seksualnog nasilja se dešavao kroz duže vrijeme, koje radnje su bile repetitivne prirode, tako da je realno za očekivati da oštećena nije

mogla pamtit i datum i vrijeme svakog pojedinačnog silovanja, s obzirom na okolnosti datog vremena i njen podređeni položaj u odnosu na optuženog.

23. Stoga, Apelaciono vijeće zaključuje da je vremenski okvir inkriminacija u dovoljnoj mjeri određen, te da je optuženi znao šta mu se stavlja na teret, a posebno cijeneći prirodu krivičnog djela i kontekst dešavanja, vrijeme izvršenja krivičnog djela nije moglo biti preciznije određeno, što sve ukazuje na neosnovanost žalbenih navoda upućenih u ovom pravcu.

24. Stoga je Apelaciono vijeće razmatrajući naprijed navedene žalbene prigovore odbrane koji se odnose na bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH, našlo neosnovanim.

2. BITNA POVREDA ODREĐABA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV 1. TAČKA I) ZKP BIH

(a) Žalbeni navodi

25. U žalbi se navodi da kada se vrši ocjena zakonitosti iskaza svjedoka „A-1“, mora se imati u vidu i činjenica koja je navedena eksplicitno u pobijanoj presudi, a to je da se radi o odlučujućem dokazu za krivicu optuženog. Odbrana smatra da se zakonitost odlučujućih dokaza mora podvrgnuti najstrožijim testovima, dakle dokaza bez kojih osuda ne bi bila moguća. U konkretnom slučaju – iskaz svjedoka „A-1“, ključnog svjedoka, Sud nije pažljivo razmotrio, što je i rezultiralo donošenjem nezakonite odluke.

26. Odbrana žalbom ukazuje da o saslušanju „A-1“ postoji zapisnik o saslušanju lica – svjedoka, broj 16-13/3-1/65/13 od 05.06.2013. godine, u kojem se ne navodi ni ime osumnjičenog, ni broj krivičnog predmeta. Prema navodima odbrane, jasno je da se radi o saslušanju nekog lica putem usmenog dogovora, u nekom predmetu. Očigledno je (imajući u vidu da predmet nosi tužilačku oznaku T20 0 KTRZ 0007338 13) da u tom trenutku nije ni bila otvorena istraga protiv optuženog, te postavlja pitanje u kojoj proceduri je „A-1“ uopšte dala izjavu SIPA-i. Zapisnik o saslušanju svjedoka je sačinjen u Tužilaštvu BiH, dana 05.11.2014. godine, a o prigovoru odbrane da su isti nezakonito

sačinjeni, Sud je dao odgovor u paragrafu 82. pobijane presude. Odbrana smatra da je takav stav Suda suprotan materijalnim dokazima, koji su izvedeni u toku postupka. Naime, odbrana navodi da je svjedokinja „A-1“ saslušana 2013. godine i 2014. godine, da je rođenja XX godine, te je u vrijeme saslušanja već bila u izuzetno poznim godinama (blizu 80 godina), a kako je utvrdio vještak Ćemalović, imala je fizičkih i psihičkih problema. Stoga odbrana zaključuje da se radi o svjedoku čije godine i zdravlje su u 2013. i 2014. godini ispunjavale sve uslove za sudsko osiguranje dokaza, a posebno za sačinjavanje audio zapisa. Stoga odbrana smatra da s obzirom na to da ničim nije potvrđena autentičnost dokaza – izjave svjedoka su očigledno nevjerodostojne – sačinjene suprotno odredbi člana 90. ZKP BiH i na istim se ne može zasnovati sudska odluka.

27. Odbrana smatra da je Tužilaštvo moralo osigurati da svjedoci „A-1“ i „A-4“ polože zakletvu, te da se na nezakonito sačinjenim zapisnicima o izjavama svjedoka, čija autentičnost ničim nije potvrđena (nema audio snimka) i koji nisu položili zakletvu, što im daje karakter nezakonitih dokaza, nije mogla bazirati osuđujuća presuda.

28. U žalbi se dalje navodi da prvostepeno vijeće u pogledu netačnog imena i netačnog mjesta rođenja „A-1“ uopšte ne daje obazloženje u svojoj presudi, a u paragrafu 86. presude prvostepeno vijeće je naglasilo šta predviđa odredba člana 86. stav 7. ZKP BiH i zaključilo da postavljanje pitanja svjedoku radi razjašnjenja nije predviđeno kao obaveza ispitivača, već kao mogućnost, a u svrhu razjašnjenja navoda svjedoka. S obzirom da navodno date izjave po vokabularu odaju utisak dobro učenog, a o obrazovanju i pismenosti „A-1“ u toku postupka su se izjašnjavali svjedoci, što prvostepeno vijeće niti je uzelo u obzir, niti je sa dovoljno pažnje analiziralo izjave u svjetlu ovih prigovora.

29. S tim u vezi, odbrana naglašava da je zbunjujuća terminologija korištena u oba zapisnika o saslušanju „A-1“, iz kojih je jasno da ne mogu predstavljati doslovno prenošenje iskaza „A-1“, nego predstavljaju očiglednu interpretaciju istog sačinjenu od strane trećeg lica, mnogo šireg vokabulara od „A-1“. O nezakonitosti sačinjavanja iskaza „A-1“, odbrana ističe, da ovi zapisnici ne pružaju ni minimum osnova da na njima može počivati sudska odluka – sačinjeni su bez sačinjavanja audio zapisa (član 155. stav 1. ZKP BiH), u zapisnik nisu unesena postavljena pitanja i dati odgovori, što je suprotno članu 152. stav 2., članu 86. stav 7. ZKP BiH, a izjava nije data pod zakletvom, čime je povrijeđen član 88. stav 2. ZKP BiH. Također se navodi da izjave date na

navedenim zapisnicima su nevjerodostojne imajući u vidu da iz priložene medicinske dokumentacije „A-1“ – dokaz T-6, već u vrijeme sačinjavanja predmetnih zapisnika imala psihičke probleme koji nisu konstatovani u istim, niti je sačinjena bilo kakva zabilješka o lijekovima koje je konzumirala. Odbrana smatra da su izjave interno kontradiktorne.

30. Nadalje, u pogledu zapisnika o saslušanju svjedoka „A-4“ (T-2 – zapisnik o saslušanju svjedoka „A-4“, Tužilaštvo BiH, broj T20 0 KTRZ 0007338 13 od 09.06.2016. godine), odbrana ističe da je svjedok „A-4“ također, kao i svjedok „A-1“, izuzetno starije životne dobi, sa brojnim fizičkim i psihičkim oboljenjima, da nije sačinjen audio zapis saslušanja „A-4“, niti je ista položila zakletvu, da je kod „A-4“ u vrijeme saslušanja postojala objektivna opasnost da ista neće moći biti saslušana na glavnom pretresu. Odbrana je naglasila da je svjedokinja na početku svoje izjave istakla da je njeno zdravstveno stanje veoma loše i taksativno pobrojala oboljenja, te da se teško kreće, da je u vrijeme samog saslušanja imala ... (određenog stepena, čiji je početak i sam tok nemoguće utvrditi), a kako je izjavio vještak Kučukalić.

31. U žalbi se dalje navodi da vještak nije utvrdio da je „A-4“ imala ... u vrijeme davanja iskaza, ali da postoji ta mogućnost (jer je nije pregledao na vrijeme), te da je vještak istakao da se i sposobnost shvatanja i davanja odgovora na pitanja i u ovom slučaju razlikuje zavisno od zdravstvenog stanja (povećanje pritiska pogoršava simptome ...). Pri tome odbrana ističe da je prvostepeno vijeće samo djelimično analiziralo nalaz vještaka, i to isključivo u dijelovima koji podupiru tezu da je svjedokinja „A-4“ svjesno dala izjavu Tužilaštvu BiH, ne pominjući dijelove iskaza vještaka koji ovaj zaključak osporavaju.

32. Kada su u pitanju utvrđene činjenice, odbrana žalbom ukazuje na paragrafe 127 – 129 pobijane presude, gdje je vidljivo da odluka o postojanju širokog i sistematičnog napada na civilno nesrpsko stanovništvo Foče, počiva isključivo na utvrđenim činjenicama. Prema mišljenju odbrane, ova nezakonita odluka ima dalekosežne posljedice po optuženog, imajući u vidu da je uslijed te činjenice osuđen za teži oblik krivičnog djela, sa kaznom koja je strožija od kazne koja se mogla izreći u vrijeme počinjenja krivičnog djela. Također smatra da je na ovim utvrđenim činjenicama, prvostepeno vijeće u pobijanoj presudi baziralo zaključke o odlučnim činjenicama, odnosno, o dokazanosti osnovnih elemenata krivičnog djela koje je optuženom stavljeno na teret. Posebno ističe da odbrani nije bilo dozvoljeno izjavljivanje

žalbe na ovo rješenje, te da najvažniji kriterij da činjenica koja može biti prihvaćena je ograničena na činjenične zaključke i ne uključuje pravne kvalifikacije, u velikoj većini prihvaćenih činjenica ne ispunjava ovaj kriterij, što je dovelo do povrede člana 6. stav 2. EKLJP.

33. Sud prihvatanje činjenica navedenih u presudama opravdava odredbom člana 4. Zakona o ustupanju predmeta od MKSJ, što prema mišljenju odbrane predstavlja kršenje prava na prezumpciju nevinosti optuženog, te da se na odbranu prebacuje teret dokazivanja, tj. pobijanja određenih činjenica.

(b) Odluka Apelacionog vijeća

34. Član 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH propisuje da bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ZKP BiH ne može zasnivati. Naime, prema navedenoj zakonskoj odredbi dovoljno je da bude korišten nevaljani dokaz za donošenje presude, pa da se izvede zaključak o tome, da je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz ove tačke.

35. Treba imati u vidu da nema posebnih formalnih pravila za ocjenu zakonitosti pojedinih, tačno određenih dokaza, nego Sud, u smislu člana 10. ZKP BiH, cijeni zakonitost svakog pojedinačnog dokaza prema okolnostima konkretnog slučaja.

36. Apelaciono vijeće će prije svega razmotriti prigovore koji se odnose na zapisnike iz istrage u odnosu na svjedokinje „A-1“ i „A-4“, jer se žalba odbrane fokusirala na dokazivanje njihove nezakonitosti, budući da se osuđujuća presuda temelji između ostalog i na njima.

37. Korištenje zapisnika o saslušanju iz istrage prilikom ispitivanja i ulaganje istih, kao dokaza, regulisano je članom 273. stav 1. ZKP BiH, pa obzirom na činjenicu da je svjedokinja oštećena „A-1“ u međuvremenu preminula, a svjedokinja „A-4“ zbog narušenog psihičkog i fizičkog zdravlja i duboke starosti nije bila u mogućnosti da pristupi pred Sud radi davanja iskaza, što ni odbrana ne spori, očigledno je da su bili ispunjeni zakonski uvjeti za prihvatanje prijedloga Tužilaštva za čitanje iskaza ovih svjedokinja na glavnom pretresu, u skladu sa odredbom člana 273. stav 2. ZKP BiH, s

tim da je prvostepeno vijeće optuženom i braniteljici dozvolilo da pitanja koja bi postavili svjedokinjama na glavnom pretresu dostave Sudu, kako bi ih uzelo u razmatranje prilikom ocjene tih dokaza. Samim tim se ne može tvrditi da bi ovi dokazi mogli predstavljati nezakonite dokaze.

38. Vežano za prigovor na sadržaj zapisnika o saslušanju svjedokinja „A-1“ i „A-4“ ovo Vijeće nalazi da je pobijana presuda pravilno zaključila da su isti sačinjeni u skladu sa odredbama procesnog zakona, odnosno da su svjedoci prije saslušanja opomenuti da su dužni da govore istinu, kao i da su im saopćena ostala obavještenja i pouke, da su pitani za svoje lične podatke, te im je data pouka da su dužni o svakoj promjeni adrese da obavijeste tužioca, odnosno Sud. Nadalje, svjedoci su pozvani da iznesu sve što im je poznato o predmetu, a o svemu navedenom sačinjeni su zapisnici, koje su saslušane svjedokinje potpisale. Također je pravilno utvrđeno da nedostatak određenih podataka, kao što su nenavođenje imena osumnjičenog i broja krivičnog predmeta, te vremena početka radnje, ne predstavlja povredu člana 10. ZKP BiH, iz razloga što takvi propusti ne narušavaju osnovna načela krivičnog postupka, niti utiču na položaj optuženog.

39. Pored navedenog, prvostepeno vijeće je pravilno utvrdilo da u konkretnom slučaju nije bila obaveza sačinjavanja audio zapisa saslušanja svjedokinja, iz razloga što se radi o fakultatativnoj mogućnosti, osim kada je to izričito propisano – kada se radi o maloljetnim osobama, te da nije ni bilo potrebe da svjedokinje polažu zakletvu, cijeneći pri tome odredbu člana 88. ZKP BiH, pošto u datom momentu nije postojala bojazan da zbog bolesti ili drugih razloga neće moći doći na glavni pretres.

40. Nasuprot žalbenim navodima, prvostepeno vijeće nije propustilo da ocijeni prigovore odbrane u pogledu netačnih ličnih podataka oštećene „A-1“ koje je dala na zapisnik, te je za svoju odluku dala adekvatno obrazloženje, i to da takvi podaci nisu bitni kada je u pitanju status svjedoka, s obzirom na to da se takvi podaci prilikom saslušanja svjedoka ne uzimaju ni na glavnom pretresu, pa stoga ni ne dovode do nezakonitosti dokaza.

41. Također, žalbeni prigovor da u zapisnicima nedostaju pitanja i odgovori, te da se navodi jedan cjelovit tekst, sa vokabularom koji svjedokinje realno nisu imale, nije osnovan. Ovo Vijeće nalazi da prikupljanje dokaza o izvršenom seksualnom nasilju predstavlja jako težak postupak zbog stigme, traume i drugih razloga, pa stoga

vjerovatno treba uložiti više vremena i resursa da se dođe do svjedočenja žrtve. Svjedočenje žrtava seksualnog nasilja zahtijeva hrabrost i snagu, pa se stoga i nije moglo očekivati da se saslušanje odvija strogo formalno, jer je trebalo posjedovati poseban senzibilitet prema žrtvama kako ne bi došlo do sekundarne viktimizacije.

42. Apelaciono vijeće nalazi da naprijed navedeni nedostaci zapisnika iz istrage nisu takve prirode da bi ukazivali na nezakonitost dokaza, te iz razloga što isti ne ukazuju na materijalne i suštinske nedostatke, koji bi utjecali na pravilno utvrđivanje odlučnih činjenica u ovom postupku.

43. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da odbrana u žalbi nije navela niti ukazala da bi se zapisnici iz istrage mogli koristiti u drugom obimu i kontekstu od onoga kako je to cijeno prvo stepeno vijeće, pa ovo Vijeće nalazi neosnovanim žalbeni prigovor istaknut u tom pravcu.

44. Žalba odbrane je također prigovarala na odluku prvostepenog vijeća o prihvatanju utvrđenih činjenica vezano za postojanje širokog i sistematičnog napada, te u tom smislu Apelaciono vijeće nalazi da pobijana presuda sadrži kako teorijski, tako i činjenični aspekt ovog elementa bića djela, te izvodi pravilan zaključak da iz svih provedenih dokaza nesumnjivo proizlazi da se u vremenskom periodu od početka mjeseca aprila 1992. godine pa do kraja mjeseca augusta 1992. godine, odvijao širok i sistematičan napad vojnih, paravojnih i policijskih snaga Srpske Republike BiH, a potom Republike Srpske, usmjeren protiv civilnog bošnjačkog stanovništva opštine Foča. Na osnovu utvrđenih činjenica i iskaza svjedoka, nesporno je da obrazac ponašanja pripadnika srpskih vojnih i paravojnih snaga nije mogao biti rezultat ishitrenog samovoljnog ponašanja. Naprotiv, sve okolnosti predmeta jasno ukazuju da je postojalo udruženo djelovanje vojske i policije Srpske republike BiH, a potom Republike Srpske. Navedeno djelovanje se nesumnjivo može posmatrati kao sprovođenje politike koja je postojala na višem nivou.

45. Dakle, prvostepeno vijeće je primarno cijeno dokaze izvedene na glavnom pretresu, te je svoje utvrđenje potkrijepilo utvrđenim činjenicama. U pobijanoj presudi se detaljno navode iskazi svjedoka koji su bili osnov za odluku, te ih Apelaciono vijeće neće ponovno interpretirati u ovoj presudi.

46. Shodno navedenom, pravilan je zaključak prvostepenog vijeća da je napad, u naznačenom vremenskom periodu, po svom karakteru bio širok jer po svom

opsegu uključuje veliki broj zabranjenih radnji poduzetih prema velikom broju bošnjačkog civilnog stanovništva cijele tadašnje opštine Foča, koji su postali žrtve protjerivanja, fizičkog zlostavljanja, prisilnog nestanka i drugih oblika nečovječnog postupanja koji u svojoj ukupnosti i efektima, napad čine širokim. Također analizirajući sam karakter i okolnosti napada, prvostepeno vijeće je zaključilo da do napada na civilno bošnjačko stanovništvo nije došlo nasumice, jer su široko rasprostranjena djela nečovječnog postupanja višestruko ponavljana prema istom ili sličnom obrascu zločina na navedenom području, što zapravo znači da je izvršeni napad imao sve karakteristike sistematičnog. Ove zaključke prvostepenog vijeća, kao pravilne i argumentovane, u cijelosti prihvata i Apelaciono vijeće.

47. Cijeneći naprijed navedene žalbene prigovore, Apelaciono vijeće iste nalazi neosnovanim, iz razloga što Zakon o ustupanju predmeta propisuje da se rješenje o prihvatanju utvrđenih činjenica može osporavati kroz žalbu na presudu, te ne dozvoljava posebnu žalbu protiv takvog rješenja. Stoga nije ni došlo do bitne povrede odredaba krivičnog postupka, niti do kršenja prava na pravično suđenje.

48. Naime, primarni cilj postupka prihvatanja utvrđenih činjenica je obezbjeđivanje ekspeditivnosti postupka. Prihvatanjem utvrđenih činjenica, vijeće postiže ekonomičnost sudskog postupka na način da sažima postupak na ono što je najvažnije za izvođenje dokaza svake strane i eliminiše potrebu da se ponovno dokazuje činjenica koja je već presuđena u ranijim postupcima. Procesnopravni učinak primanja na znanje utvrđene činjenice ogleda se u tome što se teret dokazivanja u pogledu diskvalifikacije te činjenice u ovom slučaju prenosi na obje strane. Ukoliko jedna od strana u toku glavnog pretresa želi da ospori utvrđenu činjenicu koju je vijeće primilo na znanje, druga strana ima pravo (kako bi se osigurala pravičnost suđenja) da provede dokaze kojima osporava tačnost utvrđenih činjenica.

49. Apelaciono vijeće naglašava da je njegov prvi zadatak da osigura da optuženi ima ekspeditivno i pravično suđenje u skladu s članom 13. ZKP BiH i članom 6. stav 1. EKLJP. Shodno tome, sve dok je ovaj princip zadovoljen, vijeće je dužno izbjegavati nepotrebno trošenje vremena i sredstava.

50. Dakle, cilj zakonodavca prilikom davanja diskrecionog prava Sudu da prihvati „kao dokazane“ presuđene činjenice obuhvata ekonomičnost postupka, kao i zagovaranje prava optuženog na suđenje u razumnom roku, ali i uvažavanje svjedoka

kako bi se smanjio broj sudova pred kojima oni moraju da ponove svoja svjedočenja koja često predstavljaju traumu za njih. Takva svrha je u skladu sa pravom optuženog da mu se sudi bez odlaganja kako to propisuje i član 13. ZKP BiH i član 6. stav 1. EKLJP. Ova svrha međutim, mora slijediti princip prezumpcije nevinosti. U protivnom ne bi se mogla izbjeći situacija da se dokazni postupak *de facto* okonča na štetu optuženog i prije nego se neposredno provedu svi dokazi u predmetu. Prihvatanje presuđenih činjenica „kao dokazanih“ ne isključuje poštivanje pretpostavke nevinosti. Vijeće smatra da su činjenice koje su ovdje prihvaćene dovoljne da tužilac izvede dokaze u vezi onoga na što se svaka činjenica odnosi bez potrebe za iznošenjem dodatnih dokaza. Kada su u pitanju prigovori odbrane da se prihvatanjem utvrđenih činjenica kao dokazanih krši prezumpcija nevinosti, pravo na odbranu kao i član 15. ZKP BiH, vijeće naglašava da zaista, opći princip krivičnog prava nalaže da je tužilac taj koji treba da dokazuje krivičnu odgovornost optuženog. Međutim, ovaj princip nije narušen prihvatanjem činjenica o kojima je već presuđeno, jer su te činjenice već bile utvrđene pred MKSJ, a da bi se ispoštovala pravičnost suđenja, stranke u svakom slučaju mogu tu činjenicu pobijati na suđenju i to na način da prezentiraju sudu dokaze koji dovode u pitanje istinitost činjenica o kojima je presuđeno. Prihvaćene činjenice se prihvataju kao mogućnost i iz njih ne proizilazi krivična odgovornost optuženog. One u postupku predstavljaju jednu posebnu radnju dokazivanja i prvostepeno vijeće ih je tretiralo kao jedan od dokaza u postupku. Prihvatanje, kao dokazanih, činjenica utvrđenih u postupcima pred MKSJ nije u suprotnosti sa članom 6. EKLJP uz uslov da njihovo korištenje ne smije da dovede u pitanje pravičnost postupka kao cjeline.

51. Na osnovu svega naprijed navedenog, Apelaciono vijeće zaključuje da korištenjem dokaza, koji su sporni za odbranu, nisu povrijeđena prava osoba koje učestvuju u krivičnom postupku, niti su na taj način učinjene bitne povrede odredaba krivičnog postupka.

52. Shodno tome, Apelaciono vijeće nalazi žalbene navode odbrane, koji se odnose na bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH, neosnovanim, te su kao takvi i odbijeni.

3. BITNA POVREDA ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV 1. TAČKA K) ZKP BiH

(a) Žalbeni navodi

53. Odbrana smatra da pobijana presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama za njeno donošenje, a navedeni razlozi da su suprotni sami sebi i izvedenim dokazima, pri tome pozivajući se na sudsku praksu.

54. Odbrana u pogledu kredibiliteta svjedoka „A-1“, u žalbi navodi da dva zapisnika o saslušanju iz istrage sadrže dijametralno različit prikaz događaja o kojima svjedokinja navodno govori, te da su same izjave na zapisnicima u potpunosti interno kontradiktorne. Stoga odbrana zaključuje da je nemoguće bazirati osuđujuću presudu na izjavama svjedoka, koji su puni internih kontradiktornosti, a koji svjedok nije unakrsno ispitan.

55. Odbrana ukazuje na jednu od razlika koje su izuzetno upadljive, da li u sjećanju „A-1“ nju siluje optuženi ili optuženi sa više lica. Odbrana ističe da je velika razlika da li u jednom takvom dešavanju, upečatljivom događaju koji ostaje u sjećanju i obilježava život, kao što je silovanje, učestvuje jedno, dvoje ili troje lica, što prema mišljenju odbrane, ima ogroman utjecaj na kredibilitet iskaza svjedoka „A-1“.

56. Također se u žalbi ističe da ovo nije jedina razlika interna između izjava sa zapisnika o saslušanju „A-1“, ali i razlika između iskaza „A-1“, „A-2“, „A-3“ i „A-4“. Ni jednu od ovih činjenica prvostepeno vijeće ne objašnjava u pobijanoj presudi, čineći tim nedvosmisleno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, imajući u vidu da pobijana presuda ne sadrži obrazloženje.

57. Žalbom se ukazuje da u zapisnicima svjedok „A-1“ govori o teškim povredama koje je zadobila, koje ni jedno drugo lice koje je viđala u relevantnom periodu („A-2“, „A-4“ i optuženi) nije ni primjetilo, a morali bi primjetiti izbijene zube i povrede na tijelu.

58. Odbrana dalje navodi da „A-1“ u zapisniku opisuje da optuženi dolazi u jednobojnoj uniformi kakvu je nosila bivša JNA, opisuje i da je nekada silovao u kući

svojih roditelja (bez objašnjenja gdje nestaje čovjek u civilnom odijelu). Istovremeno odbrana ističe da je optuženi izjavio u kom trenutku i kakvu (maskirnu) uniformu počinje nositi.

59. Žalbom se ističe da je Sud apsolutno zanemario činjenicu da je „A-1“ bila u relevantno vrijeme godina majke optuženog, koji je u to vrijeme imao djevojku, koja mu je kasnije postala i supruga, a koja je i od njega mlađa 10 godina, što po mišljenju odbrane čini navode „A-1“ apsurdnim.

60. Odbrana je također istakla da „A-2“ i „A-3“ izjavljuju potpuno suprotno šta im je objema navodno ispričala „A-1“, a njihove izjave su u suprotnosti sa izjavama na zapisnicima o saslušanju „A-1“ (koji su i interno kontradiktorni), a „A-1“ ni u jednoj izjavi nije navela da je ona ispričala „A-2“ i „A-3“ o navodnim silovanjima od strane optuženog, niti da se u Turskoj sreća sa „A-2“ i „A-3“, niti da je bilo kakvu izjavu davala u Turskoj „A-3“.

61. U odnosu na zapisnik o saslušanju svjedoka „A-4“, odbrana ističe da se radi o dokazu za koji je vještak Abdulah Kučukalić jasno rekao da svjedok može dati ne samo neprecizne, nego i netačne podatke, što po mišljenju odbrane znači da Sud na ovom dokazu nije mogao zasnovati odluku, pa ga čak ni koristiti u smislu potkrepe.

62. Odbrana zaključuje da zbog nedosljednosti u izjavama „A-1“, a kada se uporede sa izjavom „A-4“ i posrednih svjedoka „A-2“ i „A-3“, koje nisu zanemarive, nejasno je kako je vijeće sa ovakvim razumnim sumnjama izvelo zaključak da je „A-1“ kredibilan svjedok.

(b) Odluka Apelacionog vijeća

63. Apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka u skladu sa članom 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH postoji kada prvostepena presuda, kao formalni sudski akt, sadrži određene nedostatke u izreci i obrazloženju, koji su po svojoj prirodi takvi, da onemogućavaju ispitivanje njene zakonitosti i pravilnosti. Bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu ove tačke postoji i u slučaju ako prvostepena presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama.

64. Po nalaženju ovog Vijeća u pobijanoj presudi su dati razlozi o svim odlučnim činjenicama relevantnim za presuđivanje u ovoj krivičnopravnoj stvari, uz adekvatnu ocjenu dokaza, kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti. Prvostepeno vijeće je dalo detaljno obrazloženje za svaku tačku izreke presude, na način da je iznijelo svoj stav u pogledu razloga koji su opredijelili Sud za donošenje odluke. Pobijana presuda sadrži razloge o odlučnim činjenicama, te ukazuje na dokaze koji su predstavljali osnov za odluku.

65. Potrebno je istaći da obrazloženje, koje je sastavni dio presude, ne treba da sadrži sve detalje i da daje odgovore na sva postavljena pitanja i iznesene argumente, s tim da obim obrazloženja uvijek zavisi od prirode odluke.¹ I pored toga, pobijana presuda se osvrnula na sva ključna pitanja pokrenuta na glavnom pretresu i u završnoj riječi, te iznijela svoj stav i dala razloge za svoju odluku.

66. Kada se govori o dokazivanju u krivičnom postupku, pojam možemo definisati kao procesnu radnju kojom se pomoću dokaza utvrđuju činjenice važne za pravilno presuđenje, i to kako u pogledu utvrđivanja krivice, tako i u pogledu odmjerenja odgovarajuće krivičnopravne sankcije.

67. Zakonodavac u pravilu ne propisuje kojim dokazima se dokazuje pojedina činjenica, niti određuje potrebnu kvalitetu dokaza. Ocjena dokaza prepuštena je slobodnoj ocjeni Suda koji postupa u konkretnom predmetu. Kada govorimo o slobodnoj ocjeni dokaza pri tome se naravno ne radi o potpunoj arbitrarnosti u ocjeni dokaza, već se ona mora temeljiti na logičnosti, pravilima posebnosti pojedinih struka i određenoj životnoj zakonomjernosti uzroka i posljedica.

68. Shodno navedenom, u pobijanoj presudi su dati razlozi o odlučnim činjenicama relevantnim za presuđivanje u ovoj krivičnopravnoj stvari. Prvostepeno vijeće se u presudi osvrtao na one dokaze koji su relevantni za donošenje odluke, te je u obrazloženju odluke iznosilo zaključke o činjenicama koje su od suštinske važnosti za odluku.

¹ Vidi, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, odluke br. U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i AP 352/04 od 23. marta 2005. godine; vidi, Evropski sud za ljudska prava, Ruiz Torija protiv Španije, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A broj 303-A, stav 29.

69. Iz naprijed navedenih razloga, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće primjenom principa slobodne ocjene dokaza, iz člana 15. ZKP BiH, pravilno ocijenilo sve dokaze uložene u spis predmeta, kako iskaze svjedoka, tako i materijalne dokaze, njihovu pouzdanost i dokaznu vrijednost, te da je u obrazloženju pobijane presude posebnu pažnju poklonilo dokazima koji su se po svom značaju i kvaliteti isticali, odnosno koji su bili od presudnog značaja za utvrđivanje krivice optuženog, shodno odredbi člana 231. stav 6. tačka b) ZKP BiH. Također, elaborativne metode, kojim se presuda služi u skladu sa odredbama procesnog zakona koji uređuje ovu materiju.

70. Stoga, pobijana presuda sadrži dokazne osnove za svaku činjenicu koju smatra pouzdano utvrđenom, bez obzira kojoj kategoriji ta činjenica pripada (odlučne, indicijalne, kontrolne), pri čemu nijedna činjenica bitna za presudu, nije zanemarena.

71. Razlike u iskazima koje je svjedokinja oštećena „A-1“ dala u istrazi, o čemu je već naprijed bilo riječi, prema ocjeni Apelacionog vijeća, nisu takve prirode da bi dovele u pitanje vjerodostojnost i istinitost njenog iskaza u cijelosti, o čemu je prvostepeno vijeće vodilo računa i dalo razloge u pobijanoj presudi.

72. U tom smislu je potrebno njen iskaz dovesti u kontekst vremena u kojem se inkriminirani događaj desio, odnosno činjenice da je svjedokinja preživjela izuzetno traumatično iskustvo, pa s obzirom na navedeno od iste se i ne može razumno očekivati da se sa stopostotnom preciznošću izjašnjava o svim pojedinostima, iz kog razloga sve nedosljednosti u iskazima nisu takve prirode da bi dovele u pitanje istinitost cijelog iskaza.

73. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće prihvata kao pravilan zaključak prvostepenog vijeća da je iskaz svjedokinje „A-1“ kredibilan i vjerodostojan, s obzirom da su žalbeni navodi odbrane, kako je navedeno, neosnovani.

74. Ovdje je potrebno istaći, suprotno žalbenim navodima odbrane, da se u krivičnim postupcima kod krivičnih djela silovanja u najvećem broju slučajeva sveukupni dokazni postupak svodi na jedan dokaz – žrtvu koja predstavlja sama po sebi dva dokaza na utvrđenje jedne činjenice. Naime, ona predstavlja posredni ili personalni dokaz, jer reproducira svoje viđenje događaja i neposredni ili materijalni dokaz, jer je posljedica kriminalnog čina počinitelja djela povreda psihičkog i fizičkog integriteta žrtve. Iskaz žrtve silovanja, koja nema fizički vidljivih povreda, kao ni materijalnih tragova, s obzirom na vremensku distancu, predstavlja ključni dokaz, a kontrolne činjenice

potpomažu Sudu da po slobodnom sudijskom uvjerenju utvrdi pravilno i potpuno činjenično stanje.

75. Bez obzira što dokazivanje seksualnih delikata predstavlja težak zadatak pravosudnim organima, Tužilaštvo je uspješno dokazalo da je optuženi Žarko Vuković počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret, a prvostepeno vijeće je dalo odgovore na sva postavljena pitanja tokom glavnog pretresa, odnosno dalo razloge u pogledu utvrđenosti odlučnih činjenica.

76. Detaljniju raspravu o žalbenim prigovorima koji se odnose na konkretna činjenična utvrđenja, ovo Vijeće će izložiti u nastavku teksta, u dijelu koji se odnosi na navodno pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

77. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da žalba odbrane nije osnovano ukazala da je pobijana presuda nepravilna i nezakonita, te shodno tome ovo Vijeće zaključuje da prvostepeno vijeće nije počinilo bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, kako se to neosnovano navodi u izjavljenoj žalbi.

4. BITNA POVREDA ODREDBA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV 2. ZKP BIH

(a) Žalbeni navodi

78. U žalbi odbrane se samo navodi da je prvostepeno vijeće u potpunosti postupalo suprotno načelu *in dubio pro reo* na način da je za činjenice koje terete optuženog – dovoljno bilo da se pojave kao moguće, a činjenice koje idu u korist optuženog morale su biti dokazane sa potpunom izvjesnošću, čime je povrijeđena odredba člana 3. stav 2. ZKP BiH i člana 6. stav 2. EKLJP.

(b) Odluka Apelacionog vijeća

79. Bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 2. ZKP BiH, odnosno relativno bitna povreda, postoji ako Sud za vrijeme pripremanja glavnog pretresa ili u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu ZKP BiH, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

80. Kada je u pitanju relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka potrebno je da se žalbom ukazuje ne samo na radnje i propuste u kojima se ogleda neprimjenjivanje ili nepravilno primjenjivanje određene odredbe procesnog zakona, nego i da se žalbom ukazuje i u kom smislu i zbog čega je to bilo ili moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude. U protivnom, ispitivanje o tome da li je učinjena relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka bi se pretvorilo u ispitivanje po službenoj dužnosti.

81. U tom smislu ovo Vijeće nalazi da žalba odbrane nije uspješno dokazala da je prvostepeno vijeće uslijed propusta, na koje žalba ukazuje, donijelo nezakonitu i nepravilnu presudu, iz kog razloga su navedeni žalbeni prigovori odbijeni kao neosnovani.

82. Apelaciono vijeće je, nasuprot žalbenim navodima, utvrdilo da je princip „jednakosti oružja“ poštovan tokom cijelog prvostepenog postupka, te da su stranke imale jednak proceduralni položaj tokom suđenja, kao i jednak položaj prilikom iznošenja argumenata odbrane i optužbe. Odbrana nije bila dovedena u nepovoljan položaj u odnosu na Tužilaštvo, s obzirom da je optuženom omogućeno da se izjasni o svim činjenicama i dokazima kojim ga Tužilaštvo tereti i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist. Poštujući navedeni pristup, presuda sadrži dokazne osnove za svaku činjenicu koju smatra pouzdano utvrđenom ne ispustivši pri tom iz vida ni jednu koja je bila važna za presuđenje. Prvostepeno vijeće je, dakle, provelo postupak bez odugovlačenja i onemogućilo je svaku zloupotrebu prava koja pripadaju i Tužilaštvu i odbrani.

83. Stoga Apelaciono vijeće nalazi da ni u ovom slučaju žalba nije uspješno ukazala

na pogreške prvostepenog vijeća, a koje se ogledaju u bitnim povredama odredaba krivičnog postupka.

IV. POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI

84. Standard koji Apelaciono vijeće treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja jeste utemeljenost. Da bi Apelaciono vijeće, na temelju istaknutih žalbenih prigovora, utvrdilo da je neka činjenica pogrešno utvrđena, ispitati će da li odlučna činjenica na koju se ukazuje odgovara rezultatima izvedenih dokaza, ili bi pak bila drugačije utvrđena da su izvedeni neki drugi dokazi ili utvrđene druge činjenice na koje se žalbom ukazuje.

85. Prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja Apelaciono vijeće će 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 presudu, a što se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen uprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.

86. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak pretresnog vijeća bio opravdan Apelaciono vijeće će poći od načela da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće. Apelaciono vijeće ima na umu, i to 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.

87. U odnosu na neposredne i posredne dokaze Ustavni sud BiH naglašava da dokazivanje činjenica putem posrednih dokaza nije samo po sebi u suprotnosti sa načelom pravičnog suđenja, u skladu sa članom 6. stav 1. EKLJP. Međutim, dokazanost činjenice putem posrednih dokaza mora se utvrditi izvan svake razumne sumnje, gdje mora postojati čvrsta i logična povezanost tako da činjenični zaključak

pretresnog vijeća bude jedini mogući zaključak na osnovu dokaza. Kriterij koji se primjenjuje jeste razumna sumnja. Vrlo rijetko se činjenica može dokazati izvan svake sumnje. Svakako, kao kada se sastave svi dijelovi neke slagalice, ponekad posredni dokazi mogu biti uvjerljiviji od svjedočenja neposrednog očevidca koje može biti podložno varljivosti ljudske percepcije.

B. ŽALBENI NAVODI

88. U pogledu dokazanosti širokog i sistematičnog napada, odbrana u žalbi navodi da samim tim što nisu izvođeni dokazi na okolnosti postojanja širokog i/ili sistematičnog napada, nije izveden ni jedan dokaz koji ukazuje na nexus između tog, u ovom predmetu, nedokazanog napada, i krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret.

89. U konkretnom slučaju, odbrana podsjeća da se u izmijenjenoj optužnici Tužilaštva BiH od 28.08.2017. godine ne spominje uopšte oružani sukob, nego samo širok i sistematičan napad. Na ovaj način je prvostepeno vijeće onemogućeno u odstupanju od pravne kvalifikacije krivičnog djela, imajući u vidu da Tužilaštvo BiH nije činjenično opisalo osnovne elemente konkurentnih pravnih kvalifikacija (npr. ratni zločin protiv civilnog stanovništva). Pri tome, a što proizlazi iz zapisnika o saslušanju „A-1“, „A-2“, „A-3“ i „A-4“, istraga u ovom predmetu je vođena radi krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, te nije jasno šta je u konačnom opredjelilo Tužilaštvo BiH za pravnu kvalifikaciju koja se navodi u izmijenjenoj optužnici, a što je prvostepeno vijeće prihvatilo.

90. Odbrana ističe da Tužilaštvo BiH u ovom predmetu nije izvelo ni jedan jedini dokaz koji se tiče identiteta navodnih paravojnih jedinica Srpske Republike BiH, a potom Republike Srpske, a posebno navodne pripadnosti paravojnih jedinica SR BiH/RS. Stoga odbrana zaključuje da ukoliko tužilac ne može van razumne sumnje dokazati postojanje bilo kojeg opšteg elementa krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti, optuženi ne može biti oglašen krivim ni za pojedinačne inkriminacije u osnovi zločina.

91. U žalbi se dalje navodi da na osnovu iskaza svjedoka saslušanih u ovom predmetu, van razumne sumnje se može zaključiti da su se pripadnici obje nacionalnosti na ovom području (muslimanske i srpske) organizovali prije početka

oružanog sukoba. U konkretnom predmetu, po navodima odbrane, a na osnovu svjedočenja svjedoka i materijalne dokumentacije, jasno se može utvrditi, kako je to utvrdilo prvostepeno vijeće, da ni do kakvog napada na civilno stanovništvo (bio široki ili sistematični) nije ni došlo. Na osnovu dokaza u ovom predmetu, a primjenom kriterija MKSJ i Suda BiH, može se utvrditi da je na geografskom prostoru obuhvaćenom optužnicom u relevantno vrijeme došlo do oružanog sukoba, a što je normalna posljedica odvijanja ratnih dejstava. Pri tome ističe da Tužilaštvo na ove okolnosti izvodi samo dokaz T-8 (uvjerenje o učešću u ratu optuženog), te se i u svojoj završnoj riječi poziva isključivo na utvrđene činjenice prihvaćene od strane Suda BiH, a utvrđene pred MKSJ. Dodatno ističe da je oštećena A1 lice ... nacionalnosti, te da ne pripada niti jednoj od zaraćenih strana u ratu u Bosni i Hercegovini.

92. Kada je u pitanju silovanje „A-1“, u žalbi se navodi da jedna od razlika između zapisnika o ispitivanju oštećene je da li u sjećanju „A-1“ nju siluje optuženi ili optuženi sa više lica. Prema mišljenju odbrane, velika je razlika da li u jednom takvom dešavanju, upečatljivom događaju koji ostaje u sjećanju i obilježava život, kao što je silovanje, učestvuje jedno, dvoje ili troje lica, što sve ima ogroman utjecaj na kredibilitet iskaza „A-1“. Pored interne razlike u iskazima, odbrana nalazi razlike i između iskaza „A-1“, „A-2“, „A-3“ i „A-4“, a koje razlike prvostepeno vijeće ne objašnjava u pobijanoj presudi.

93. Žalbom se ukazuje da „A-1“ govori o teškim povredama, koje ni jedno drugo lice koje je viđa u relevantnom periodu („A-2“, „A-3“, „A-4“ i optuženi) nije ni primjetilo, što je prema mišljenju odbrane nemoguće ako je imala izbijene zube i povrede na tijelu. „A-1“ je opisivala da je optuženi dolazio u jednobojnoj uniformi kakvu je nosila bivša JNA, zatim opisuje i da je nekada silovao u kući svojih roditelja (bez objašnjenja gdje nestaje čovjek u civilnom odijelu). Odbrana naglašava da „A-2“ ne zna ni da li joj je „A-1“ rekla da li ju je optuženi Žarko Vujović negdje odvodio, pa silovao, ili je silovao u njenoj kući, ne navodi je li bio sam ili je bilo grupno silovanje.

94. Ono što se ne navodi u pobijanoj presudi (u paragrafu 247.) je realno pitanje o kom se kampu u Turskoj radi, čega je „predstavnik“ bila „A-3“, ko je ovlastio da uzima izjave, šta je urađeno sa tim naknadnim izjavama i zašto su nedostupne, a „A-1“ ni u jednom svom iskazu nije navela da se u Turskoj u kampu sreća sa „A-2“ i „A-3“, pa su navodi prvostepenog vijeća neutemeljeni.

95. U žalbi se također ističe da prvostepeno vijeće iskaz optuženog Vukovića nije

cijenio sa jednakom pažnjom kao što je cijenio navodne izjave „A-1“ date u SIPA-i i Tužilaštvu, koje su pročitane na glavnom pretresu, a odbrana nije imala mogućnost unakrsnog ispitivanja ovog svjedoka. Vijeće je izjave optuženog Vukovića i svjedoka odbrane – Lazara Plemića, Nedeljka Filipovića i Željka Čančara prihvatilo samo u dijelu koji podupire osuđujuću presudu.

96. Odbrana napominje da je „A-1“ pretrpila višestruko silovanje od strane više nepoznatih lica, što je Vijeće i utvrdilo da se radi u konkretnom, a što je moglo dovesti do nepotpune ili pogrešne percepcije kod žrtava, izazvano takvim specifičnim okolnostima.

97. Na logična pitanja, prvostepeno vijeće nije pokušalo dati odgovor – zašto „A-1“ optuženog nije odmah prijavila, zbog čega bi on kod nje uživao zaštitu 21 godinu, ako je zaista izvršilac jednog takvog gnusnog djela, da je stvarno izvršio to silovanje, zbog čega bi ga svjedok „A-1“ štitila toliki broj godina, šta ju je sprečavalo da ga prijavi – žena u poznim godinama, bez porodice, nema djece, suprug preminuo 2009. godine?

C. ODLUKA APELACIONOG VIJEĆA

98. Apelaciono vijeće je razmatrajući žalbene prigovore koji ukazuju da je činjenično stanje iz pobijane presude pogrešno i nepotpuno utvrđeno i detaljnom analizom sadržaja pobijane presude, te nakon izvršenog uvida u spis predmeta, došlo do zaključka da se radi o neutemeljenim tvrdnjama. Ovo Vijeće nalazi da je činjenično stanje pravilno i potpuno utvrđeno i da pobijana presuda sadrži valjane i prihvatljive razloge o svim odlučnim činjenicama na osnovu kojih je donesena osuđujuća presuda.

99. Također, primjenom principa slobodne ocjene dokaza, prvostepeno vijeće je pravilno i potpuno utvrdilo sve odlučne činjenice, te je pobijana presuda pravilno koncentrisala na ispitivanje i ocjenu dokaza na kojima se zasniva odluka Suda, tako da ni na taj način nije došlo do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

100. S obzirom da se u žalbenom postupku uvažavaju činjenični zaključci prvostepenog vijeća, Apelaciono vijeće neće ocjenjivati stajališta koja su strane zauzele na glavnom pretresu, nego će samo razmatrati argumente kojima se ukazuje na

neopravdanost činjeničnih zaključaka prvostepenog vijeća.

101. Naime, žrtve seksualnog nasilja često daju više izjava, kao što je to i ovdje slučaj, počevši od izbjeglištva, pa do spornih izjava datih organima gonjenja Bosne i Hercegovine, koje su uzete nakon više od dvadeset godina od inkriminisanog događaja, tako da je logično da izjave ne mogu biti identične i da sadrže određene nedosljednosti, a posebno kada se ima u vidu da se radi o žrtvama silovanja. Pitanje je utiču li te nedosljednosti negativno na vjerodostojnost žrtve, a što se cijeni u zavisnosti od prirode tih nedosljednosti u svakom konkretnom slučaju. Manje nedosljednosti, uključujući i datum kada se nešto dogodilo, tačan redoslijed događaja i drugi periferni detalji nisu dovoljni da cjelokupan iskaz žrtve dovedu u sumnju.

102. Nadalje, „*nije razumno očekivati da se osobe koje prežive tako traumatična iskustva sjećaju sitnih detalja događaja kao što su datum ili vrijeme*“ ili „*svakog pojedinačnog elementa kompliciranog i traumatičnog redoslijeda događaja*“². Činjenica da su zločini seksualnog nasilja često „*trajne*“, odnosno „*repetitivne prirode*“, može uticati na sposobnost žrtve da se sjeti tačnih detalja³. Pri tome je bitno istaći da čak manje nedosljednosti mogu, zapravo, i povećati pouzdanost žrtve⁴, što je u konkretnom slučaju prema mišljenju Apelacionog vijeća.

103. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće prilikom ocjene dokaza imalo u vidu sve nedosljednosti u iskazima svjedoka, te ih je sa posebnom pažnjom i oprezom ocijenilo. Međutim, zbog ukazanih nedosljednosti, a koje se ne odnose na odlučne činjenice, nije dovedena u pitanje pouzdanost oštećene, a posebno iz razloga što niti u jednom momentu za nju nije bio sporan identitet fizičkog počinioca, jer je ona optuženog

² Prvostepena presuda u predmetu *Furundžija*, fusnota 45, paragraf 113; Prvostepena presuda u predmetu *Kunarac*, fusnota 56, paragraf 679; Drugostepena presuda u predmetu *Kunarac*, fusnota 116, paragrafi 302 i 311.

³ Drugostepena presuda u predmetu *Kunarac*, fusnota 116, paragraf 267.

⁴ Na primjer, u predmetu *Kunarac i dr.*, odbrana je dovela u pitanje pouzdanost žrtve silovanja zato što pred sudom nije govorila o nekim nevažnim detaljima koji su se nalazili u njenoj pisanoj izjavi. Žalbeno vijeće je zaključilo da te razlike nisu „*dovoljno velike da bi ikako dovele u sumnju*“ vjerodostojnost žrtve (fusnota 116, paragraf 309). Naprotiv, sudije su objasnile da je „*odsustvo takvih prirodnih nepodudarnosti prije dalo razloga za sumnju u vjerodostojnost nekog svjedoka*“ (paragraf 254). Također u predmetu *Furundžija* (prvostepena presuda, fusnota 45, paragraf 113) se navodi: „*... nedosljednosti mogu, pod određenim okolnostima, ukazivati na istinitost i na činjenicu da se na svjedoke nije uticalo*“.

Žarka Vukovića poznavala dugi niz godina, kao i članove njegove porodice, s obzirom da su bili prve komšije, a i svjedokinja „A-4“ je također jako dobro poznavala optuženog.

104. Odbrana je, kako ovo Vijeće nalazi, neosnovano pokušavala da diskredituje iskaze oštećene „A-1“ i svjedokinje „A-4“, tako što je potencirala da iste nisu mogle objektivno i istinito svjedočiti, jer su imale narušeno zdravstveno stanje, te da su bile u poznim godinama. Nasuprot tome, Apelaciono vijeće ističe da i traumatizirana žrtva seksualnog nasilja može biti pouzdan i vjerodostojan svjedok, te da je prvostepeno vijeće pravilno utvrdilo, na osnovu izvršenih vještačenja, da su svjedokinje bile sposobne za davanje iskaza, pri tome, prvostepeno vijeće je procjenjujući utjecaj psihološkog stanja svjedokinja na vjerodostojnost njihovog svjedočenja razmatralo suštinu njihovih iskaza, kako bi utvrdilo da li u njima ima materijalnih nedosljednosti.⁵ Istovremeno je cijenilo i iskaze drugih svjedoka, te ih dovodilo u vezu sa iskazom oštećene „A-1“ i svjedokinje „A-4“, kako bi pouzdano utvrdilo sve odlučne činjenice za dokazivanje bitnih elemenata krivičnog djela.

105. Kako je već naprijed rečeno radi se u konkretnom slučaju o jednom od najteže dokazivom krivičnom djelu s obzirom da tu najčešće nema svjedoka⁶, povrede na žrtvi nisu na vrijeme uočene ili djelo nije na vrijeme prijavljeno. Veliki problem predstavlja što

⁵ U slučaju *Furundžija* odbrana je zauzela stav da svjedokinja A, žrtva seksualnog nasilja, nije vjerodostojna svjedokinja i da joj se ne može vjerovati zbog toga što je bila na liječenju od posttraumatskog stresnog poremećaja (prvostepena presuda u predmetu *Furundžija*, fusnota 45, paragraf 110-116). U procjeni vjerodostojnosti svjedokinje A pretresno vijeće je razmatralo dokaze u vezi s psihološkim stanjem žrtve i zaključilo da nema dokaza o oštećenju mozga ili o kontaminaciji pamćenja zbog liječničkih tretmana (drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, paragraf 122). Procjenjujući uticaj psihološkog stanja svjedokinje na vjerodostojnost njenog svjedočenja, pretresno vijeće razmatralo je suštinu iskaza svjedokinje A kako bi utvrdilo ima li u njemu materijalnih nedosljednosti. Učinivši tako, pretresno vijeće je zaključilo da „na pamćenje svjedokinje A nijedan poremećaj od kojeg je moguće patila nije uticao na materijalne aspekte događaja“. Značajan je zaključak vijeća da „ne postoji razlog zbog kojeg osoba s PTSP-om ne bi bila savršeno pouzdan svjedok“. Potom je i žalbeno vijeće došlo do sličnih zaključaka u vezi sa svjedocima koji pate od PTSP-a drugačije etiologije nego što je seksualno nasilje.

⁶ Daniel D. Ntanda Nsereko, „*Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*“ Crim L Forum 5 (1994), str. 547. V. Također *Mischkowski i Mlinarević* (fusnota 9), str. 18 (gdje se naglašava kako zbog činjenice da se mnoga silovanja odvijaju u situacijama gdje nema svjedoka mnoge žene ne prijavljuju napad. Upravo zbog toga je silovanje jedno od krivičnih djela kod kojih je u cijelom svijetu u državnim pravosudnim sistemima najviša stopa neprijavlivanja); Izvještaj generalnog sekretara UN-a o seksualnom nasilju u sukobu u skladu sa paragrafom 18 Rezolucije Vijeća sigurnosti UN-a 1920 (14.03.2013.) UN Doc A/67/792-S/2013/149, paragraf 13 (gdje je ustanovljeno da svugdje postoji veliki broj neprijavljenih slučajeva seksualnog nasilja).

se većina silovanja događa u zatvorenim prostorijama, mjestima gdje nema očevidaca i gdje su u većini slučajeva prisutni samo izvršilac krivičnog djela i žrtva.⁷

106. Apelaciono vijeće nakon izvršenog uvida u spis predmeta nalazi da su žalbeni navodi branioca optuženog neosnovani i da je pretresno vijeće opravdano u cijelosti poklonilo vjeru iskazima svjedokinje oštećene „A-1“ iz istrage, budući da je ista kroz svoje iskaze u potpunosti potvrdila navode optužbe, te kategorično i dosljedno označila optuženog Žarka Vukovića kao osobu koja ju je silovala, kao i drugim svjedocima koji su imali posredna saznanja.

107. Također, Apelaciono vijeće želi istaći da žalbeni navodi u okviru pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, a koji se konkretno odnose na utvrđenje prvostepenog vijeća da je postojao širok i sistematičan napad na području opštine Foča, već su ocijenjeni neosnovanim u dijelu presude koji se odnosi na bitne povrede odredaba krivičnog postupka, gdje je Vijeće dalo razloge za svoju odluku, iz kog razloga se u ovom dijelu presude neće ponavljati.

108. Ovo Vijeće će stoga preispitati žalbene navode odbrane da li je postojao nexus između širokog i sistematičnog napada i radnji optuženog, odnosno da li je optuženi znao za napad i da su njegova djela dio tog napada.

109. Kako bi dokazalo zločine protiv čovječnosti, Tužilaštvo mora dokazati da je seksualno nasilje bilo u funkciji rasprostranjenog ili sistematskog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva i da je izvršeno uz znanje ili preuzimanje rizika da ono postane dio takvog napada.

110. U tom smislu pravilno se u pobijanoj presudi navodi da je optuženi, kao pripadnik Vojske Srpske Republike BiH, a potom Republike Srpske, u vrijeme obuhvaćeno optužnicom bio u potpunosti svjestan širokog i sistematičnog napada koji se odvijao na području opštine Foča, protiv nesrpskog civilnog stanovništva, te je postupajući u navedenom svojstvu znao da su njegove radnje dio tog napada.

111. Ovo svoje utvrđenje, suprotno tvrdnjama odbrane, prvostepeno vijeće temelji na izvedenim dokazima, kako optužbe, tako i odbrane, pa se tako u pogledu statusa

⁷ V. Priručnik MKSR za postupanje u predmetima sa seksualnim nasiljem (fusnota 2), paragraf 94, naglašava se da „dokaze za seksualno i rodno zasnovano nasilje treba prikupiti iz širokog raspona izvora, ne

optuženog poziva na materijalne dokaze, i to: T – 8 – Uvjerenje Odjeljenja za opštu upravu opštine Foča, broj 04 – 835-1-163/16 od 27.10.2016. godine i O – 3 – Dopis, opština Foča, Opštinska uprava, Odjeljenje za opštu upravu, broj 04 – 835-1-79/17 od 13.04.2017.godine, sa prilogom Spisak lica sa prezimenom Vuković, pripadnika VP 7141 Srbinje sa naznačenim JMBG, kao i na subjektivne dokaze, odnosno svjedočenja: oštećene „A-1“, svjedoka „A-4“, „A-2“, Željka Čančara, te i samog optuženog.

112. Sve ove dokaze prvostepeno vijeće je cijenilo u kontekstu masovnosti samog napada, te sveobuhvatnosti djelovanja srpskih snaga na teritoriji pod njihovom kontrolom, te nesumnjivo zaključilo da je optuženi bio sastavni dio formacija koje su vršile napad, da je u potpunosti bio upućen u svakodnevna dešavanja, jer se na području opštine Foča nije radilo o sporadičnom i izoliranom incidentu, niti o pojedinačnim zločinima koji bi se mogli smatrati izuzetkom, već o sistematičnom načinu ponašanja prema civilima nesrpske nacionalnosti, njihovom životu, slobodi i imovini.

113. Dakle, Apelaciono vijeće zaključuje da je pobijana presuda dala jasne i logične zaključke u pogledu dokazanosti opšteg elementa krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH, čime se ukazuju neosnovanim žalbeni navodi odbrane.

114. S tim u vezi, činjenica da prvostepeno vijeće nije ocijenilo dokaze na način koji je odgovarao odbrani, ne čini prvostepenu presudu manjkavom i nepotpunom, već jasnom i koncentrisanom na bitne elemente krivičnog djela za koje se optuženom i sudi. Također, ukoliko je prvostepeno vijeće našlo utvrđenim činjenice koje idu na štetu optuženog, odnosno koje upućuju na zaključak o dokazanosti optužbe, sama po sebi nije osnov za zaključak o različitom tretmanu stranaka u postupku.

115. Nadalje, neosnovanim se ukazuje prigovor odbrane da je oštećena „A-1“ netačno govorila da je bila fizički zlostavljana od strane nepoznatih srpskih vojnika, što je imalo za posljedicu izbijanje šest prednjih zuba, iz razloga što je svjedokinja „A-3“ potvrdila da je oštećenu poznavala od ranije, te da je jednu noć neki vojnik ugurao u kuću, te da je bila sva krvava u licu i da je držala stisnutu šaku u kojoj je držala zube koje su joj izbili. Dakle, ni na ovaj način odbrana nije uspjela diskreditovati svjedočenje oštećene, s tim da se ove radnje optuženom Vukoviću ne stavljaju ni na teret i nije bilo nužno njihovo

samo od žrtava. Često posmatrači ili drugi očevici imaju jake dokaze koji se mogu iskoristiti na sudu“.

dokazivanje, koje je u suštini i bilo usmjereno na opći opis dešavanja u opštini Foča, kao i na nehumane uslove u kojim se nalazila oštećena „A-1“ prije nego što je nastupila predmetna inkriminacija.

116. Dakle i navode iz pobijane presude da je oštećena svjedokinja „A-1“ bila izložena krajnje nehumanim uslovima, da je bila prepuštena na volju pripadnicima VRS-a koji su je silovali i zlostavljali, te da su istu svojom voljom prebacivali iz kuće u kuću, s obzirom da je bila sama i da je nije imao niko da zaštiti, a njen suprug odveden u KPD Foča, prvostepeno vijeće je zasnovalo na saglasnim iskazima svjedoka „A-1“, „A-2“ i „A-3“, kao i na drugim izvedenim dokazima.

117. Kada je u pitanju radnja izvršenja optuženog Žarka Vukovića, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće uvjerenje o krivici optuženog izvelo prvenstveno na osnovu iskaza oštećene svjedokinje „A-1“, koje je ista dala istražnim organima, Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, a potom i Tužilaštvu BiH, a kojim iskazima je i poklonilo vjeru, cijeneći da su isti dati na istinit i uvjerljiv način, te da su potkrijepljeni u odlučnom dijelu sa iskazima svjedoka „A-2“ i „A-3“ i „A-4“, što jasno ukazuje da se iskazi međusobno podudaraju u bitnim činjenicama.

118. Prema kazivanju oštećene „A-1“ nedugo nakon njenog povratka kući došao je optuženi Žarko Vuković, sa svojom majkom Jovankom, koji su je zvali da dođe kod njih, pa je ona i otišla, jer su joj rekli da će joj kod njih biti bolje. Navedeno jasno pokazuje da je oštećena bila u jako dobrim odnosima sa majkom optuženog, te da je imala veliko povjerenje u nju i njenu porodicu, kada je kod njih u kući tražila utočište od srpskih vojnika koji su ranije nehumano postupali prema njoj.

119. Optuženi je zloupotrijebio to povjerenje, tako što je, prema kazivanju oštećene „A-1“, istu prvo silovao u podrumu svoje kuće, te je nakon napuštanja kuće optuženog i odlaska svojoj kući, optuženi dolazio u njenu kuću i vršio nad njom silovanja, sve do njenog izlaska iz Foče, odnosno do sredine mjeseca augusta 1992. godine.

120. Ovakvo činjenično utvrđenje, odnosno uvjerenje prvostepenog vijeća o krivici optuženog za silovanje svjedokinje „A-1“, utemeljeno je prvenstveno na iskazu svjedokinje oštećene „A-1“, što je i logično kada se ima u vidu da se radi o zločinu seksualnog nasilja, čije iskaze je prvostepeno vijeće našlo istinitim i uvjerljivim, te potkrepljenim iskazima svjedoka optužbe „A-4“ u pogledu odlučnih činjenica, kao i

posredno iskazom svjedoka „A-2“ i „A-3“, kao i medicinskom dokumentacijom.⁸

121. Nalazeći da se navedeni iskazi svjedoka međusobno upotpunjuju u svim bitnim činjenicama, da su objektivni i uvjerljivi, prvostepeno vijeće nije imalo razloga da ovim iskazima ne povjeruje, smatrajući da predstavljaju pouzdan osnov za utvrđenje krivičnopravnih radnji optuženog, onako kako je navedeno u izreci pobijane presude.

122. Manje razlike u iskazima oštećene, na koje je odbrana ukazivala tokom glavnog pretresa, pa i u žalbi na prvostepenu presudu, prvostepeno vijeće nije našlo odlučnim za donošenje drugačije odluke u konkretnom slučaju, s obzirom da se ne radi o odlučnim činjenicama, odnosno ne radi se o činjenicama koje su bitne za dokazivanje optužbe. U tom smislu, Apelaciono vijeće uvažava navedeni stav prvostepenog vijeća, te istovremeno nalazi neosnovanim žalbeni prigovor odbrane.

123. Prije svega, potrebno je riješiti pitanje identiteta počinioca predmetnog krivičnog djela, s obzirom na prigovor odbrane da je oštećena „A-1“ pretrpila višestruko silovanje od strane više nepoznatih lica, te da je to dovelo do nepotpune ili pogrešne percepcije kod iste, a izazvano je takvim specifičnim okolnostima.

124. Odbrana je, dakle, kroz žalbu neosnovano pokušala da ukaže da je oštećena lažno teretila optuženog za silovanje, te da je bila žrtva masovnih silovanja od strane nepoznatih izvršilaca. Međutim, iz izvedenih dokaza ne proizlazi da je oštećena imala motiv da lažno inkriminira optuženog Žarka Vukovića, baš iz razloga što ga je dugo poznavala, te što je cijenila njegove roditelje koji su joj pomagali. Činjenica da je oštećena silovana od strane i nepoznatih lica, što ona nikada nije ni krila, ne ekskulpira optuženog za njegove radnje. Naime, poznanstvo igra značajnu ulogu kada je u pitanju prijavljivanje seksualnog delikta od strane žrtve, tj. što je stupanj poznanstva između žrtve krivičnog djela i počinitelja veći, manja je vjerovatnoća da se delikt prijavi i obratno, što realno može i predstavljati razlog za kasnije prijavljivanje u konkretnom

⁸ Na primjer, u slučaju *Đorđević*, kao dokaz je jedna mlada Albanka s Kosova koja je bila seksualno zlostavljana, saslušana je svjedokinja koja je vidjela kako dva naoružana vojnika tu djevojku odvajaju iz konvoja prognanika i odvođe je u šumu. U nedostatku neposrednih dokaza o onome što se događalo u toj šumi, Pretresno vijeće je zaključilo da ne može ustanoviti da je navedena mlada djevojka bila seksualno napstovana. Vijeće je do takvog zaključka došlo uprkos tome što je svjedokinja ispričala da je čula djevojku kako „vrišti i plače“ i da se djevojka vratila „umotana u cebe i činilo se da je gola“. Pošto je Tužilaštvo podnijelo žalbu, Žalbeno vijeće je ustanovilo da je Pretresno vijeće počinilo pogrešku u utvrđivanju činjenica. Žalbeno vijeće je utvrdilo da je jedini razuman zaključak da je ta djevojka „bila podvrgnuta zlostavljanju seksualnog karaktera“ (drugostepena presuda u predmetu *Đorđević*, fusnota 123, paragraf 853-859).

slučaju. Treba uzeti u obzir i sve one barijere koje žrtvu sprečavaju da odmah prijavi seksualni delikt, kao što su stanje šoka, osjećaj poniženosti, zbunjenosti, strah i slično.

125. S tim u vezi, pravilno je prvostepeno vijeće utvrdilo da je oštećena u svojim iskazima decidno navela da je, nakon što je uspjela pobjeći svojoj kući, po nju došao „Žarko Vuković, zvan „Žara“, sin Riste i majke Jovanke“, a koji je bio njen prvi komšija, kojeg je dobro poznavala, te njegova majka Jovanka, koji su je zvali da dođe kod njih, da bi je optuženi Vuković silovao u podrumu svoje kuće, a kasnije je dolazio u njenu kuću i svaki put je silovao, kada god bi došao sa linije. Svjedokinja je navela da je isti bio pripadnik VRS, te da je išao na straže i na liniju. Također je bitno istaći da je „A-1“ dana 05.06.2013. godine izvršila prepoznavanje lica na osnovu fotografija, o čemu je od strane ovlaštenih službenih lica Državne agencije za istrage i zaštitu sačinjen zapisnik. Svjedokinja „A-1“ je te prilike prvo opisala optuženog Žarka Vukovića, a nakon toga se sa sigurnošću opredijelila da je osoba pod rednim brojem 4 osoba koja ju je u više navrata silovala u Foči, Žarko Vuković, njen prvi komšija.

126. Da se činjenično utvrđenje prvostepenog vijeća u pogledu identiteta počinioca ne temelji samo na iskazu oštećene, proizlazi i iz same pobijane presude, gdje se pravilno navodi da se svjedokinja „A-4“ izjasnila da je Jovanka majka Žarka Vukovića, kojeg je dobro poznavala, jer su bili komšije, te se isti prije rata družio sa njenim sinom.

127. Na navedene okolnosti svjedočila je i svjedokinja „A-2“, koja je u svom svjedočkom iskazu navela da je boravila u kući koja se nalazila odmah pored kuće „A-1“, te je naglasila da ih je od kuće Žarka Vukovića dijelila samo mala ograda i vrt, dakle ista je potvrdila iskaz oštećene, odnosno da je optuženi Žarko Vuković bio njen prvi komšija.

128. I svjedokinja „A-3“ je potvrdila identitet optuženog na način da je u svom iskazu navela da joj je oštećena ispričala da ju je silovao njen prvi komšija Žarko Vuković, te je optuženog prepoznala u sudnici, uz opasku da se nije puno promijenio od rata, pri tome ističući da optuženog zna iz viđenja, jer je prolazila pored njegove kuće kada je išla na posao prije rata. Odbrana je na glavnom pretresu osporavala iskaz svjedokinje „A-3“, u smislu isticanja da je ista u svom iskazu iz istrage navela samo prezime Vuković, ali ne i ime Žarko, što je svjedokinja objasnila da se tada nije mogla sjetiti imena optuženog, ali da je oštećenu nakon toga upitala kako se zvao Vuković koji ju je silovao, jer su se vidale kod ljekara u bolnici Koševo, čime je riješena navedena dilema.

129. U prilog navedenom su i iskazi svjedoka odbrane (Nedeljko Filipović, Željko Čančar, kao i optuženi) koji su saglasno izjavili da je optuženi Žarko Vuković bio prvi komšija oštećene „A-1“.

130. Iz svega naprijed navedenog, Apelaciono vijeće je izvelo zaključak da je prvostepeno vijeće pravilno ocijenilo iskaze svjedoka koji su svjedočili na okolnost identiteta počinioca predmetnog krivičnog djela, te da je pouzdano, isključujući svaku razumnu sumnju, utvrdilo da je optuženi Žarko Vuković počinio zločin seksualnog nasilja nad oštećenom „A-1“ na mjestu i u vrijeme kako je navedeno u optužnici.

131. Nadalje, Apelaciono vijeće nalazi da, suprotno tvrdnjama odbrane, nema većih odstupanja u zapisnicima o ispitivanju oštećene iz istrage, s obzirom da je oštećena svjedokinja „A-1“ detaljno opisala silovanje od strane optuženog, koje je uslijedilo nakon što je pobjegla svojoj kući, jer je, kako je istakla, nakon svega što je preživjela u hangarima i kućama u naselju Aladža, odlučila da pobjegne svojoj kući, gdje je zatekla svjedokinju „A-2“ sa njeno troje maloljetne djece i nekoliko drugih žena. Nadalje, svjedokinja je navela da je nedugo nakon njenog povratka kući došao Žarko Vuković, sa svojom majkom Jovankom, koje je poznavala jer su to bile njene prve komšije, koji su je zvali da dođe kod njih govoreći joj da je tamo i svjedokinja „A-4“. Svjedokinja navodi da nije htjela odmah da ide, ali pošto su joj rekli da će joj kod njih biti bolje, jer imaju hrane, svjedokinja „A-1“ je pristala i otišla u kuću Žarka Vukovića gdje je zatekla svjedokinju „A-4“, Žarka i njegove roditelje. Svjedokinja je navela da je u sobi gdje su sjedili pored ormara vidjela nekoliko pušaka dugih cijevi sa snajperom.

132. Opisujući kritični događaj svjedokinja „A-1“ je ispričala da je sjedila sa svjedokinjom „A-4“ i Žarkovim roditeljima u kuhinji, kada je Žarko došao i prstom joj pokazao da krene za njim, rekavši joj da je vodi u njenu kuću kako bi im napravila kafu. Kada je pošla za njim vidjela da je da je sa njim još jedan muškarac u civilu. Međutim, Žarko je odveo u podrum svoje kuće, gdje joj je prišao, strgnuo sa nje šlafruk koji je imala na sebi, te je bacio na spužvu koja je bila tu, uzeo pletaru sa rakijom, natjerao je da istu popije, nakon čega je gurnuo na tu spužvu, svukao hlače sa sebe, legao na nju, te nad njom izvršio silovanje. Svjedokinja je istakla da je silovanje bilo vaginalno, a optuženi joj je zaprijetio da o navedenom ne smije nikom ništa pričati, jer će je ubiti.

133. Nakon silovanja, svjedokinja „A-1“ se vratila u kuhinju gdje su i dalje sjedili „A-4“ i Žarkovi roditelji. Svjedokinja „A-1“ je istakla da je „A-4“ te prilike upitala da li je Žarko

silovao, na što je ona odgovorila da jeste. Nedugo nakon toga, „A-1“ i „A-4“ su odlučile da idu svojim kućama.

134. Opisujući dalja dešavanja, svjedokinja „A-1“ je navela da, kada se vratila svojoj kući, Žarko Vuković je dolazio kod nje, te je silovao. Tom prilikom bi joj govorio da kad on dođe, ona mora biti kući i čim ga ugleda mora da se raspredi i da ga čeka, inače će je pretući. Svjedokinja napominje da je, u tim prilikama bio u jednobojnoj uniformi koju je nosila vojska JNA, da je bio blatnjav i prljav, jer se vraćao sa linije.

135. Svjedokinja „A-1“ je istakla da se par puta pokušala sakriti po šupama, ali Žarko bi je uvijek pronašao i nad njom vršio silovanja, i da je to sve trajalo dok njegovi nisu saznali da je siluje, nakon čega je to prestalo, ali je to bilo malo prije nego što će je protjerati iz Foče.

136. Kao najveću razliku u iskazima odbrana je pravilno ukazivala na činjenicu da je oštećena u jednom zapisniku navela da kada ju je optuženi Goran Vuković silovao da su tada bila prisutna još dva lica koja su je silovala nakon optuženog, dok je taj podatak u drugom zapisniku izostavila i samo spomenula da je bilo prisutno jedno lice u civilu. U tom pogledu, Apelaciono vijeće nalazi da ta činjenica nije odlučna, s obzirom da se ne nalazi u činjeničnom opisu optužnice, a ista je zasigurno rezultat stanja šoka oštećene koji je doživjela prilikom silovanja, te ne može predstavljati razlog da se oštećenoj ne vjeruje, s obzirom da se njeni drugi navodi podudaraju sa iskazima posrednih svjedoka, na osnovu kojih je prvostepeno vijeće moglo provjeriti i sam iskaz oštećene. Ključna je činjenica da oštećena nikada nije bila ni u najmanjoj sumnji da ju je silovao optuženi Žarko Vuković, kojeg je nesporno odlično poznavala, što je i bio predmet raspravljanja u ovom krivičnom postupku.

137. U tom pogledu, pravilno se u pobijanoj presudi navodi da saglasno navodima oštećene svjedokinje „A-1“ i svjedokinja „A-4“ je potvrdila da je boravila u kući komšinice Jovanke, te da kod Jovanke dolazi i svjedokinja „A-1“, koju je poznavala od ranije i znala je da joj je muž bio zatvoren u KPD. Svjedokinja „A-4“ je navela da joj je „A-1“ ispričala da je bila na Livadama i u ženskom KPD na Velečevu.

138. Da je je svjedokinja „A-1“ boravila u Jovankinoj kući, kada je Žarko došao po nju i rekao da ide u svoju kuću i da je pripremi za vojsku koja će doći da se okupa i da je tada odveo, potvrdila je svjedokinja „A-4“, koja je u svom iskazu navela i da se „A-1“ te prilike poduže zadržala, a kada se vratila bila je rasčupana i loše je izgledala.

Svjedokinja „A-4“ istakla je da nisu mogle puno pričati, jer su tu bili prisutni Jovanka i njen muž, ali joj je „A-1“ uspjela reći da je te prilike silovana, te je odmahivala rukama i plakala.

139. Svjedokinja „A-4“ je navela da je nedugo potom otišla iz Jovankine kuće, a poznato joj je da je „A-1“ ostala iza nje kod Jovanke, a da je odatle otišla svojoj kući, koja se nalazila odmah pored Jovankine, i da su kod nje bile još dvije žene i to „A-2“ sa svoje dvoje djece i Šefka Huko sa svoje troje djece.

140. Iskaze svjedokinja „A-1“ i „A-4“ potvrdila je svjedokinja „A-2“, koja je posvjedočila da su je braća Dostić u maju ili junu mjesecu odveli u kuću svjedokinje „A-1“, gdje je boravila do augusta 1992. godine.

141. U svom iskazu svjedokinja je navela da joj je svjedokinja „A -1“ ispričala da joj dolazi Žarko Vuković i da je siluje kad god nije na terenu, te da je čak išla njegovoj majci Jovanki da je moli da kaže Žarki da prestane dolaziti kod nje. Svjedokinja je istakla da smatra da su ta silovanja bila česta, čim je „A-1“ išla njegovoj majci da se žali. Svjedokinja je istakla da joj nije poznato da li je nakon toga Žarko prestao da dolazi. Pored toga, potvrdila je da ih je od kuće roditelja Žarka Vukovića dijelila samo mala ograda i vrt.

142. Nadalje, svjedokinja „A-2“ je navela da je Foču napustila u augustu 1992. godine, konvojem koji ih je odveo u Rožaje, a nakon toga su otišli u Tursku, gdje su bili sve do 1996. godine. Svjedokinja je ispričala da je u Turskoj svaka žena, morala dati izjavu, vezano za preživljena silovanja. Izjave je skupljala „A-3“ koja je bila predstavnik i ona je morala znati za svaku silovanu ženu sa područja Foče i imala je sve podatke o tim ženama. Istakla je da su i ona i „A-1“ dale tu izjavu. Ova činjenica da je oštećena u Turskoj davala izjavu, nije od značaja koji joj pridaje odbrana, iz razloga što ta izjava nije korištena u predmetnom krivičnom postupku.

143. Svjedokinja „A-2“ je također ispričala da se i nakon rata družila sa „A-1“ u Sarajevu, na Grbavici, gdje su živjele jedna blizu druge, a s obzirom da se u to vrijeme raspitivala za svog muža, pa se interesovala da li „A-1“ ima neke informacije, jer je i njen muž bio u KPD. Jedne prilike joj je „A-1“ ispričala da joj je dolazio brat Žarka Vukovića da je moli da ne tuži njegovog brata za silovanje. Svjedokinja je posvjedočila da je „A-1“ nakon rata bila narušenog zdravstvenog stanja, ali joj je govorila da živi za

dan kada će se u sudnici suočiti sa Žarkom Vukovićem.

144. Iskaze ovih svjedoka, prvostepeno vijeće je ocijenilo kao kredibilne i vjerodostojne, s obzirom na to da su svi logični, međusobno se podudaraju i veoma uvjerljivi. Dakle, sve eventualne nejasnoće oko činjeničnog opisa predmetnog događaja su riješene u pobijanoj presudi, tako da ne nedostaje niti jedna odlučna činjenica, koja bi ukazala na propust prvostepenog vijeća.

145. Kada se sve navedeno dovede u međusobnu vezu, žalbeni navodi odbrane nisu doveli u sumnju istinitost iskaza oštećene, kao ni drugih svjedoka, na osnovu kojih je prvostepeno vijeće pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje, što ukazuje na njihovu neosnovanost.

146. Na kraju, Apelaciono vijeće zaključuje da je u pobijanoj presudi činjenično stanje pravilno i potpuno utvrđeno, te da je donesena zakonita i pravilna presuda.

V. POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

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

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

149. U slučaju kada žalbeno vijeće zaključi da je pretresno vijeće pogriješilo u primijeni 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.

B. ŽALBENI NAVODI

150. Odbrana smatra da u pogledu krivičnog djela koje je predmet optužbe je primijenjen krivični zakon koji se ne može primijeniti (član 298. stav d) ZKP BiH).

151. U smislu člana 50. stav 1. ZKP BiH odbrana ističe stav da se na ovaj i slične predmete ne može u odnosu na kaznu primijeniti zakon koji je stupio na snagu nakon navodnog počinjenja krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, i to iz razloga što je ovaj zakon strožiji po počinioca.

C. ODLUKA APELACIONOG VIJEĆA

152. Prilikom razmatranja koji će se zakon primijeniti na učinioca krivičnog djela polazi se od principa vremenskog važenja zakona propisanog članom 4. KZ BiH koji propisuje da će se na učinioca krivičnog djela primijeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, te ukoliko se poslije učinjenja krivičnog djela, zakon jednom ili više puta izmijeni, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca. Nadalje, treba imati u vidu i princip zakonitosti iz člana 3. KZ BiH koji predviđa da se krivična djela i krivične sankcije propisuju samo zakonom.

153. Odstupanje od navedenih principa predviđeno je članom 4a) KZ BiH, kojim je propisano da članovi 3. i 4. KZ BiH ne sprečavaju 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 su odredbe člana 7. stav 2. EKLJP i člana 15. stav 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, te je omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH.

154. Shodno navedenom, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće na

pravilan način pravno kvalifikovalo radnje izvršenja optuženog kao Zločine protiv čovječnosti, odnosno pravilno je primijenilo KZ BiH, te je za svoju odluku dalo valjanu i dostatnu argumentaciju.

155. Prvostepeno vijeće je pravilno ukazalo da je odstupanje od principa vremenskog važenja krivičnog zakona upravo slučaj u odnosu na krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH trebalo primijeniti član 4a) KZ BiH. Naime, radi se o krivičnom djelu koje, kao takvo, nije bilo propisano i sankcionisano krivičnim zakonom koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela (KZ SFRJ). Međutim kako se radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila međunarodnog prava, a u pitanju su djela kojima su ostvarena bitna obilježja bića krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. KZ BiH, to su ispunjeni uslovi iz člana 4a) KZ BiH.

156. Dakle, slijedom svega prethodno navedenog jasno proizilazi da su 1992. godine zločini protiv čovječnosti predstavljali dio međunarodnog običajnog prava, te da njihova zakonska formalizacija u okviru domaćeg zakonodavstva kroz KZ BiH, te primjena KZ BiH ne predstavlja kršenje prava zagwarantovanih EKLJP. Naime, djela optuženog u vremenu kada su izvršena, sadržavala su krivično djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu. U tom smislu, primjena KZ BiH iz 2003. godine ne dovodi u pitanje garancije iz člana 7. EKLJP, jer je djelo za koje je optuženi proglašen krivim bilo propisano u međunarodnom pravu u vrijeme kada je počinjeno.

157. Stoga, ovo Vijeće zaključuje da je prvostepeno vijeće dalo adekvatne i konkretne razloge za tvrdnju da su Zločini protiv čovječnosti u inkriminisano vrijeme predstavljali dio međunarodnog običajnog prava.

158. Potrebno je istaći da su navedena utvrđenja prvostepenog vijeća u skladu sa stavovima Ustavnog suda BiH, a koji su zauzeti u odlukama, broj: AP 519/07, 1785/06, 3620/07, 2789/08, 2143/11, 3111/11, 2947/09, te su potvrđeni odlukama ESLJP⁹.

⁹ Npr. predmet *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, Aplikacija 51552/10, Odluka od 10.04.2012. godine, predmet *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, Aplikacije 2312/08 i 34179/08, Odluka od 18.07.2013. godine.

159. Iz naprijed navedenih razloga, Apelaciono vijeće nalazi neosnovanim žalbene prigovore o povredi Krivičnog zakona (pogrešnoj primjeni materijalnog prava, kako se navodi u žalbi).

160. U prilog navedenom je i recentna praksa Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine, u predmetu AP 1553/15 po apelaciji osuđenog Zorana Babića, gdje je Sud razmotrio pitanje primjene krivičnog zakona i kažnjavanja, pa se u tom smislu navodi:

161. *„S obzirom da međunarodno pravo ne propisuje dovoljno jasne sankcije za ratne zločine, Sud BiH je u apelantovom slučaju kako u pogledu krivičnog djela tako i kazne mogao jedino primijeniti KZ BiH, kao mjerodavno domaće krivično zakonodavstvo (vidi, Evropski sud, Konovov protiv Letonije, presuda od 17. maja 2010. godine, stav 212.), obzirom da KZ SFRJ, kao zakon koji je bio (Predmet broj: AP 1553/15 29 Odluka o dopustivosti i meritumu) na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i nije propisivao ni navedeno krivično djelo pa stoga ni sankciju za takvo djelo.*

Stoga apelantova tvrdnja da je pri odmjeravanju kazne trebalo primijeniti KZ SFRJ kao blaži zakon ne može biti prihvaćena odnosno ne rezultira povredom apelantovog prava iz člana II/2 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav (1) Evropske konvencije.¹⁰

162. Shodno navedenom, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće utvrđeno činjenično stanje pravilno pravno kvalifikovalo, te pravilno primijenilo KZ BiH, što žalbene navode odbrane čini neosnovanim.

163. Apelaciono vijeće primjećuje da je u pobijanoj presudi krivično djelo kvalifikovano po KZ BiH, ali da je prilikom odmjeravanja krivičnopravne sankcije prvostepeno vijeće primijenilo odredbe KZ SFRJ. Međutim, odbrana u izjavljenoj žalbi nije ukazala na tu nedosljednost, a Tužilaštvo uopće nije izjavilo žalbu, te stoga u tom dijelu ovo Vijeće neće preispitivati prvostepenu presudu.

¹⁰ Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1553/15 po apelaciji osuđenog Zorana Babića, od 25.10.2017. godine, paragrafi 60. i 61.

VI. ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI

A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI

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

165. Žalba na odluku o kazni može se, prije svega, uložiti na osnovu toga da pretresno vijeće nije primijenilo relevantne zakonske odredbe prilikom odmjeravanja kazne. Međutim, Apelaciono vijeće neće preinačiti odluku o kazni samo zbog toga što pretresno vijeće nije primijenilo sve relevantne zakonske odredbe, već će Apelaciono vijeće preispitati odluku o kazni samo ako podnosilac žalbe pokaže da je propust da se primijene sve relevantne zakonske odredbe doveo do nepravilne presude. Ako Apelaciono vijeće smatra da je došlo do nepravilne presude ono će utvrditi odgovarajuću kaznu na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog od strane pretresnog vijeća i pravilno primijenjenog zakona.

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

167. 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.

168. Apelaciono vijeće uzima u obzir da pretresno vijeće nije obavezno da posebno obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost. Ako je Apelaciono vijeće uvjeren

da je pretresno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.

B. ŽALBENI NAVODI

169. Iako odbrana smatra da u ovom krivičnom predmetu ne postoji ni jedan element krivične odgovornosti optuženog, želi naglasiti i da Sud prilikom odmjeravanja kazne optuženom, u paragrafima 311 – 318 pobijane presude, nije pravilno cijenio sve olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, a što je suprotno članu 300. ZKP BiH.

C. ODLUKA APELACIONOG VIJEĆA

170. Nasuprot istaknutim žalbenim prigovorima, Apelaciono vijeće nalazi pravilnom i potpunom argumentaciju iz pobijane presude koja se odnosi na način utvrđivanja i visinu krivičnopravne sankcije optuženom u ovom krivičnom postupku.

171. Razmatrajući odluku o krivičnopravnoj sankciji u okviru žalbenih navoda, ovo Vijeće je utvrdilo da je prvostepeno vijeće razmotrilo sve okolnosti konkretnog slučaja, kao i sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, uključujući i sve okolnosti na koje žalba ukazuje, te imalo u vidu sve subjektivne i objektivne faktore koji se odnose na krivično djelo i njegovog počinioca, kako to i nalaže odredba člana 48. KZ BiH.

172. U tom pogledu je prvostepeno vijeće razmotrilo i u presudi obrazložilo stepen krivične odgovornosti optuženog, motiv za izvršenje krivičnog djela, jačinu ugrožavanja, odnosno, povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo počinjeno, te raniji život učinitelja, njegove osobne prilike i držanje nakon učinjenog djela, kao i druge okolnosti vezane za ličnost počinioca.

173. Shodno navedenom, prvostepeno vijeće je u pogledu olakšavajućih okolnosti cijeniло da je optuženi neosuđivan, dok je od otežavajućih okolnosti cijinjena činjenica da je optuženi krivično djelo učinio sukcesivnim radnjama u dužem vremenskom periodu, od kraja aprila pa do sredine mjeseca augusta 1992. godine, na osnovu čega

je zaključilo da je optuženi pokazao istrajnost u počinjenju djela. Osim toga, prvostepeno vijeće je utvrdilo da je optuženi umišljajno ostvario sva bitna obilježja krivičnog djela za koje je oglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina.

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

175. Silovanjem se na izrazito grub način vrijeđa najintimnija sfera života žrtve (žene) i napada ne samo na spolni, nego i ukupni integritet. Naime, radi se o tipičnom djelu nasilja, koje je u konkretnom slučaju počinjeno nad ženom starije životne dobi¹¹, koja je u inkriminisano vrijeme mogla biti majka optuženom, i to u dužem vremenskom periodu¹². Ono predstavlja tešku povredu ličnosti žrtve, njene autonomije, psihofizičkog integriteta, samokontrole i samopoštovanja, te ima posebno destruktivan i često nepovratan učinak na žrtve. Nerijetko se pri tome kao sekundarne žrtve javljaju brojne druge osobe počev od članova porodice žrtava, rodbine, prijatelja, poznanika i drugih.¹³ S tim da se posebno treba cijeliti inherentna težina zločina seksualnog nasilja¹⁴ koje se optuženom stavlja na teret, te da je žrtva nesporno civilno lice i da je uživala zaštitu po zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija. Navedeno krivično djelo nanosi fizičku, psihološku i socijalnu štetu, o čemu je detaljno govorio vještak dr. Omer Ćemalović na glavnom pretresu. Vještak je istakao da ne dolazi samo do razaranja seksualne sfere, što dovodi do toga da oštećena ... , već i osjećaj grižnje savjesti, te jedan dramatični

¹¹ Presuda o kazni u predmetu *Rajić*, fusnota 102, paragraf 117.

¹² Prvostepena presuda u predmetu *Kvočka*, fusnota 19, paragraf 702; Prvostepena presuda u predmetu *Martić*, paragraf 499 i Drugostepena presuda, paragraf 340, paragraf 340; Prvostepena presuda u predmetu *Stanišić i Župljanin*, tom 2, paragraf 930, 949; Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, fusnota 42, paragraf 686.

¹³ Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, fusnota 42, paragraf 683; Drugostepena presuda u predmetu *Kmojelac*, paragraf 260; Presuda o kazni u predmetu *Rajić*, paragraf 96, 179.

¹⁴ Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, fusnota 42, paragraf 686; Presuda o kazni u predmetu *Zelenović*, fusnota 55, paragraf 36; Prvostepena presuda u predmetu *Furundžija*, fusnota 21, paragraf 295; Presuda o kazni u predmetu *Milana Simića*, fusnota 19, paragraf 63.

unutrašnji osjećaj štetnosti koji za sobom povlači depresiju i čini život potpuno bezsvrsishodnim.

176. Odbrana u žalbi ističe da nisu pravilno ocijenjene olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, ne ukazujući konkretno na koje okolnosti misli, tako da ovo Vijeće nije moglo utvrditi da li su te okolnosti uopšte cijanjene i ako jesu da li im je poklonjen adekvatan značaj.

177. Dakle, prema ocjeni Apelacionog vijeća sve okolnosti koje utiču na visinu kazne su pravilno ocijenjene od strane prvostepenog vijeća, koje je ispravno iskoristilo svoje diskreciono pravo kod valoriziranja istih, zaključujući da okolnosti koje su uzete u razmatranje u svojoj ukupnosti opravdavaju izrečenu kaznu zatvora u trajanju od sedam godina.

178. Cijeneći sve naprijed navedeno, Apelaciono vijeće zaključuje da se sa izrečenom kaznom može postići svrha kažnjavanja, odnosno ciljevi opće i specijalne prevencije.

179. Iz svih navedenih razloga, a na osnovu člana 313. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci ove presude.

ZAPISNIČAR

Pravna savjetnica

Neira Tatlić

PREDSJEDNIK VIJEĆA

SUDIJA

Mirko Božović

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