



Predmet br.: S1 1 K 028283 20 Krž

Datum održavanja sjednice: 21.12.2020. godine

**Vijeće u sastavu: sudija Mirza Jusufović, predsjednik vijeća
sudija Amela Huskić, izvjestilac
sudija dr. Dragomir Vukoje, član**

**TUŽILAŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE
protiv
Saše Ćurčića**

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Mersudin Pružan

Branilac optuženog:

Slaviša Prodanović, advokat iz Foče

Broj: S1 1 K 028283 20 Krž

Sarajevo, 21.12.2020. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja sastavljenom od sudije Mirze Jusufovića, kao predsjednika vijeća, te sudija Amele Huskić i dr. Dragomira Vukoja, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravnog savjetnika Mirele Karović, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Saše Ćurčića, zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka g) u vezi sa članom 180. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, odlučujući o žalbama Tužilaštva Bosne i Hercegovine i branioca optuženog Saše Ćurčića, advokata Slaviše Prodanovića, izjavljenim protiv presude Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 1 K 028283 19 Kri od 14.09.2020. godine, nakon održane javne sjednice Vijeća, u prisustvu tužioca Tužilaštva BiH Mersudina Pružana, optuženog lično i njegovog branioca, postupajući na osnovu odredbi člana 310. u vezi člana 313. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, dana 21.12.2020. godine donio je:

P R E S U D U

Odbijaju se, kao neosnovane, žalba Tužilaštva Bosne i Hercegovine i žalba branioca optuženog Saše Ćurčića, te **potvrđuje** presuda Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 1 K 028283 19 Kri od 14.09.2020. godine.

O B R A Z L O Ž E N J E

I T O K P O S T U P K A

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH) broj: S1 1 K 028283 19 Kri od 14.09.2020. godine, optuženi Saša Ćurčić, oglašen je krivim da je, na način opisan u izreci presude, počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH) u vezi sa tačkom g), a sve u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH, te je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 5 (pet) godina.
2. Na osnovu odredbe člana 198. stav 2. Zakona o krivičnom postupku Bopsne i Hercegovine (ZKP BiH) oštećena „S 1“ je sa imovinskopравnim zahtjevom upućena na parnicu, dok je primjenom člana 188. stav 4. ZKP BiH, optuženi oslobođen dužnosti

naknade troškova krivičnog postupka, te je odlučeno da isti padaju na teret budžetskih sredstava.

II ŽALBE I SJEDNICA VIJEĆA

3. Žalbe na presudu su u zakonskom roku izjavili Tužilaštvo Bosne i Hercegovine (Tužilaštvo) i optuženi Saša Ćurčić, po braniocu Slaviši Prodanoviću.

4. Tužilaštvo je žalbu izjavilo zbog odluke o krivično-pravnoj sankciji, sa prijedlogom da vijeće Apelacionog odjeljenja Suda žalbu uvaži i preinači pobijanu presudu u odluci o kazni i izrekne strožiju kaznu, u skladu sa KZ BiH.

5. Branilac optuženog je žalbu izjavio zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, povrede Krivičnog zakona i zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji i imovinskopravnom zahtjevu, sa prijedlogom da Apelaciono vijeće žalbu uvaži, ukine pobijanu presudu i održi ponovni pretres.

6. I Tužilaštvo i branilac optuženog su dostavili odgovore na žalbu suprotne strane, sa prijedlozima da se žalba suprotne strane odbije kao neosnovana.

7. Na sjednici vijeća Apelacionog odjeljenja, održanoj dana 21.12.2020. godine, tužilac Tužilaštva BiH je ukratko izložio žalbene razloge, a isto je povodom žalbe optuženog, učinio i njegov branilac.

8. Optuženi se složio s navodima svoga branioca, ističući da nema nikakve veze s predmetnim događajem, te da se ne osjeća krivim.

9. Ukratko su izneseni i sadržaji izjavljenih odgovora na žalbe, a sve u skladu sa ranijim pismenim podnescima.

10. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama istaknutih žalbenih prigovora, u skladu sa odredbom člana 306. ZKP BiH, vijeće Apelacionog odjeljenja (Apelaciono vijeće/Vijeće) donijelo je odluku kao u izreci, iz razloga koji slijede :

II BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA

11. Prvostepenu presudu po ovom žalbenom osnovu pobija odbrana optuženog.
12. Prije nego se upusti u ocjenu ovog žalbenog osnova, Vijeće će samo kratko ukazati da branilac optuženog u žalbi pozivajući se na bitne povrede odredaba krivičnog postupka očiglednom greškom u pisanju navodi zakonski osnov iz tačke g. stava 1. člana 297. ZKP BiH, a što je Tužilaštvo problematiziralo u odgovoru na žalbu, ističući da je neupitna nadležnost Sud BiH za odlučivanje u ovoj krivičnopravnoj stvari. Međutim, obzirom da je branilac na sjednici Vijeća dao pojašnjenje da se radi o grešci u pisanju, a što je očigledno i iz samog sadržaja žalbe, jer se u okviru ovog žalbenog osnova obrazlaže povreda prava na odbranu, to Vijeće radi otklanjanja eventualnih nejasnoća konstatuje da se očigledno radi o žalbenom osnovu iz tačke d) stava 1. člana 297. ZKPBIH, a ne o žalbenom osnovu iz tačke g) istog člana, te da je odbrana očigledno napravila grešku u kucanju kod pismenog podneska žalbe.

Povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH – povreda prava na odbranu

13. Ukazujući na navedenu povredu branilac optuženog ističe da je prvostepeni sud odbio da uvede predložene dokaze odbrane koje su oslobađajućeg karaktera – izjava svjedokinje S1, koju je dala Haškom tribunalu u periodu 15. do 18.11.1995.g. u predmetu Kunarac i dr. Obrazlažući ovu bitnu povredu odbrana osporava odluku prvostepenog suda o neprihvatanju ovog dokaznog prijedloga, smatrajući da prvostepeni sud nije dao valjano obrazloženje za navedeno. Tako odbrana ukazuje da je za ovakvu svoju odluku prvostepeni sud samo paušalno naveo kako odbrana ne ukazuje na postojanje razlika u kazivanju svjedokinje po pitanju istog događaja, nego samo da svjedokinja ne pominje optuženog, uz logično obrazloženje da za optuženog nikada nije ni pitana, te da odbrana nije imala potrebno odobrenje MKSJ za korištenje ranijih iskaza svjedokinje S1 u predmetnom krivičnom postupku. Po ocjeni odbrane, prvostepeni sud nije mogao zaključiti da li postoje razlike u iskazu svjedoka u situaciju kada nije ni pročitao izjavu svjedokinje S1 koju je dala pred MKSJ.
14. Obrazlažući navedenu povredu, odbrana dalje ukazuje da je nelogično da svjedokinja u svojoj izjavi pred MKSJ nabroja 52 imena, dok pred ovim sudom tvrdi da optuženog ne pominje jer nije pitana za njega, te je zaključak prvostepenog suda o prihvatanju takvog obrazloženja neutemeljen i nelogičan.

15. Odbrana tvrdi da su netačni navodi pobijane presude da odbrana nema odobrenje MKSJ za korištenje iskaza svjedoka u ovom predmetu, jer postoji korespodencija Odjeljenja krivične odbrane i MKSJ iz koje je vidljivo postojanje odobrenja za korištenje dokumenata.

16. Ukazujući na povredu prava na odbranu, odbrana ističe da je prvostepeni sud dozvolio Tužilaštvu da kao dokaz uvede svjedočenje zaštićenog svjedoka koji je imao pseudonim pred MKSJ FWS-87, a koja je u ovom predmetu svjedočila pod pseudonimom S-2 . Naime svjedok S 2 je pred MKSJ svjedočila u istom predmetu kao i svjedok S-1, a da predsjednik vijeća, prilikom uvođenja izjave svjedoka S2, od tužioca nije tražio postojanje odobrenja, koje je prethodno zahtijevano od odbrane.

17. Tužilaštvo je uvelo 185 dokaza od kojih se niti jedan ne odnosi na predmetni događaj, niti na optuženog Ćurčića, što je sud prihvatio bez pozivanja na odredbu člana 263. stav 2. ZKP BiH, kao što je to učinio kod dokaza odbrane – transkripta svjedočenja S1 pred MKSJ, a koji dokaz je oslobađajućeg karaktera. Zbog navedenog odbrana ističe da nije imala fer suđenje, da su postojali dvostruki standardi kod uvođenja dokaza, čime je povrijeđeno pravo na odbranu.

18. Apelaciono vijeće nalazi neosnovanim istaknute prigovore u kontekstu povrede prava na odbranu.

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

20. Odbrana pogrešno zaključuje da su postojali dvostruki standardi prvostepenog suda kada je u pitanju prihvatanje dokaza Tužilaštva i odbijanje dokaznih prijedloga odbrane.

21. Okolnosti koje se odnose na vjerodostojnost i kredibilitet zaštićene svjedokinje S1, Vijeće će razmatrati kod ocjene žalbenih navoda kojima se ukazuje na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, ali će na ovom mjestu dati generalan osvrt na način tretiranja i ocjene dokaznih prijedloga i činjenične tvrdnje stranaka u postupku. To što je pretresno vijeće prihvatilo dokazne prijedloge Tužilaštva, a jedan od dokaznih prijedloga odbrane odbilo, uz valjano i argumentovano obrazloženje, ne može automatski značiti nejednak tretman stranaka u postupku.

22. Prvostepeni sud je u paragrafima 53 do 59 pobijane presude valjano obrazložio svoju odluku kojom je odbio prijedlog odbrane da se kao dokaz uvede iskaz svjedokinje S1 dat istražiocima Haškog tribunala u periodu od 15. do 18.11.1995. godine (predmet Kunarac i dr.), postupajući u cjelosti u skladu sa svojim obavezama propisanim članom 239. ZKP BiH, gdje je sud dužan da se stara za svestrano pretresanje predmeta i otklanjanje svega što odugovlači postupak, a ne doprinosi razjašnjenju stvari. Argumentaciju u tom pravcu, da odbrana nije ukazala da postoje razlike po pitanju kazivanja svjedokinje o istom događaju, te da za korištenje tog iskaza ne postoji izričito odobrenje MKSJ, prihvata i ovo Vijeće, što će detaljnije biti obrazloženo kod ocjene kredibiliteta svjedokinje S1.

23. Činjenica da je prvostepeni sud dozvolio Tužilaštvu korištenje iskaza svjedokinje S2 koji je dala pred MKSJ pod pseudonimom FWS-87, a da pri tome nije tražio izričito odobrenje MKSJ za korištenje tog iskaza u ovom predmetu, dok je korištenje iskaza svjedokinje S1 dat istražiteljima Haškog tribunala od 15. do 18.11.1995.g., pored postojanja razlike u kazivanju, sud uslovio i postojanjem izričitog odobrenja MKSJ za korištenje u ovom postupku, ne implicira povredu prava na odbranu na način kako to prezentira odbrana.

24. Prije svega, iskaz svjedokinje S2 koji je dala u postupku pred MKSJ, korišten je u ovom postupku kao izuzetak od neposrednog izvođenja dokaza. Naime, svjedokinja S2 nije svjedočila neposredno pred Sudom, već je njena izjava u vezi predmetnog događaja, primjenom odredbe člana 273. stav 2. ZKP BiH pročitana na glavnom pretresu, uz prethodnu saglasnost odbrane. Odbrana izvođenju ovog dokaza nije prigovarala, niti ukazala da ne postoji saglasnost MKSJ za korištenje ove izjave. Za razliku od navedene procesne situacije koja se odnosila na svjedoka S2, svjedok S1 je neposredno saslušana na glavnom pretresu, te je korištenje njene ranije izjave prvostepeni sud uslovio, prije svega postojanjem razlika u kazivanju svjedoka, koju razliku odbrana nije mogla predočiti, što je bio odlučan razlog da prvostepeni sud odbije korištenje izjave svjedoka S1 date istražiteljima Haškog tribunala, kao dokaza u ovom krivičnom postupku. Kada govori o koliziji iskaza, očigledno da je intencija zakonodavca na dva različita iskaza, što podrazumjeva da svjedok sadržajno daje dvije različite izjave. Tako činjenica da svjedok u jednom od svojih iskaza ne pominje optuženog, što tvrdi i odbrana, ne može podrazumjevati razliku u iskazima, kada jedan od iskaza ni ne postoji u pravcu da je moguće ukazati na koliziju. U tom pravcu Vijeće u cjelosti podržava odluku prvostepenog suda koji na opisani način tretira koliziju iskaza. Prvostepeni sud se dodatno bavio i

pitanjem postojanja saglasnosti MKSJ za korištenje iskaza svjedoka S1 u ovom postupku, čemu je izričito prigovaralo Tužilaštvo, ukazujući da je MKSJ odbilo i Tužilaštvu dostaviti iskaz svjedoka S1, kojom prilikom je sud utvrdio da za korištenje tog iskaza u ovom postupku ne postoji saglasnost MKSJ. Identično stavu prvostepenog vijeća i ovo Vijeće nije moglo utvrditi postojanje tražene saglasnosti, te je prvostepeni sud navedeni nedostatak pravilno cijenio kao dodatni razlog da odbije korištenje iskaza svjedoka S1. Postupanjem na opisani način, po ocjeni Vijeća, odbrana nije dovedena u neravno pravan položaj, jer se u konkretnom radi o dvije različite procesne situacije kada je u pitanju način saslušanja svjedoka S1 i svjedoka S2. Stoga Vijeće zaključuje da je zadatak suda da procjeni dokaznu građu i donese odluku o potrebi i načinu saslušanja određenog svjedoka, koja odluka suda ne može automatski dovesti do neravnopravnog položaja stranaka u postupku, dok u konačnici konkretna odluka suda, nije ni imala uticaja na donošenje pravilne i zakonite odluke.

25. Apelaciono vijeće nalazi kako nije moguće izvesti zaključak o dvostrukim standardima u postupanju pretresnog suda, na način kako to odbrana želi prikazati. Vijeće ukazuje da su ovakvi prigovori odbrane suprotni načelima ekonomičnosti i efikasnosti, te ukoliko bi svako odbijanje dokaznog prijedloga vodilo osnovanosti povrede principa jednakosti oružja, ili pak onemogućavanja u dokazivanju, tada bi se izgubila svrha zakonske obaveze suda o procjeni prihvatljivosti dokaznih prijedloga, u skladu sa načelom efikasnosti i konačnom vođenju postupka u skladu sa razumnim rokom, što bi zasigurno dovelo do izvođenja dokaza u nedogled.

Povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH – presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama

26. S obzirom da odbrana ovaj žalbeni osnov obrazlaže kroz pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, to će i Vijeće dati detaljniji osvrt po tom pitanju u nastavku, ali na ovom mjestu smatra za potrebnim ukazati da je cijenio neosnovanim, paušalnim i neargumentovanim zamjerke upućene prvostepenoj presudi, u smislu da ista ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama. Analiza pobijane presude, a kako se to zahtijeva prema standardima za preispitivanje presude zbog osnova bitnih povreda, ne ukazuje na postojanje opisane bitne povrede. Pretresno vijeće je u cijelosti postupilo u skladu sa odredbom člana 290. stav 7. ZKP BiH, koja propisuje obavezu sudećeg vijeća, navesti koje su to činjenice i iz kojih razloga sud iste uzima kao dokazane i na njih se oslanja. Dakle, sa aspekta formalne ispravnosti pobijane presude, Apelaciono vijeće zaključuje

kako je pretresno vijeće iznijelo dovoljne i u svemu prihvatljive razloge za svoje stavove i činjenična utvrđenja, oslanjajući se na relevantne dokaze koji potkrijepljuju cjelinu stava koji je sud zauzeo, o čemu će detaljnije biti riječi kod analize žalbenih razloga kojima se ukazuje na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

III POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

27. Prvostepenu presudu po ovom žalbenom osnovu pobija odbrana optuženog.

28. U žalbi se navodi da je pogrešan zaključak prvostepenog suda kako je odbrana optuženog tezu o identitetu izvršioca zasnivala isključivo na činjenici da oštećena svjedok S1 nikad ranije nije pominjala optuženog, kao lice koje je nad njom izvršilo silovanje.

29. Odbrana je svoje dokaze usmjerila na tvrdnju da se u kući muslimanskog policajca u naselju Gornje Polje nad oštećenom nije desio zločin, kako je ista prvobitno izjavila istražiteljima MKSJ.

30. Odbrana navodi da svjedok S1, kao žrtva mnogobrojnih silovanja, vremenom mjenja događaje i ličnosti, te je njeno pamćenje bilo najbolje kad je davala izjavu protekom tri godine od događaja. S obzirom na postojanje više izjava svjedoka –oštećene u vezi spornog događaja, odbrana je dala analizu svake od datih izjava svjedoka:

31. U prvoj izjavi koju je S1 dala istražiteljima MKSJ u periodu 15.11. do 18.11.1995.g. na 17 strana, kada joj je pamćenje bilo najbolje, pomenula je događaj u naselju Gornje Polje u Foči u kući muslimanskog policajca, navodeći da su druge dvije djevojke koje su s njom tu dovedene, silovane od strane Zelje i nepoznatog muškarca, a da je nju trebao silovati izvjesni Liči, koji je vidio koliko je uplašena, pa se sažalio i nije je silovao.

32. U drugoj izjavi koju je svjedokinja S1 dala 24.07.2002.g. pred Vrhovnim sudom FBiH kao zaštićeni svjedok „120“, izjavljuje da je sa još jednom djevojčicom i jednom ženom dovedena u navedenu kuću, da su silovane od Zelje i Ličija, ali se nije mogla sjetiti da je tu bio još neko. Dakle, ne spominje optuženog Sašu Ćurčića, te je u odnosu na prvu izjavu u kojoj navodi da nije silovana, u ovoj izjavila da je silovana od Zelja i Ličija.

33. U izjavi koju je svjedokinja S1 dala Tužilaštvu dana 10.04.2017.g. opisujući događaj u Gornjem Polju, navodi da je Liči silovao, te da je bio prisutan i izvjesni Saša,

čije prezime ne zna, zna da je oženjen, da je imao oko 25 g., da je nije silovao, ali je prisilio da ga oralno zadovolji.

34. Na osnovu ove izjave Tužilaštvo je za isti događaj u Gornjem Polju, u dva odvojena postupka optužilo Davidović Milomira, zvanog Liči i Sašu Ćurčića, te je svjedok S1 u postupku protiv Davidović Milomira zvani Liči, izjavila kako nije sigurna da je Liči silovao, dok je za osobu po imenu Saša istakla kako je prisilio da ga oralno zadovolji, ali se ne može sjetiti da li je silovao. U ovom postupku Davidović Milomir je oslobođen od optužbi jer je sud usljed ovakve izjave S1 došao u sumnju u pogledu činjeničnih navoda optužnice.

35. Na glavnom pretresu u ovom predmetu, samo godinu dana nakon što je svjedočila u predmetu Davidović Milomira zv.Liči, oštećena S1 po pitanju istog događaja navodi da su je silovali Zelja i Liči, dok je Saša prisilio da ga oralno zadovolji. Pri ovome odbrana ukazuje i na razlike ovog iskaza u odnosu na iskaz iz istrage od 10.04.2017.g., kada je navela da je samo Liči silovao, dok na glavnom pretresu govori da su se tu „svi izredali“, odnosno kako su je svi silovali. Odbrana smatra da oštećena u istoj izjavi daje dvije verzije događaja.

36. Nakon analize prethodno navedenog, Vijeće zaključuje da se žalbenim navodima neosnovano osporava zaključak prvostepenog suda da je kritične prilike oštećenu S1 silovao upravo optuženi, na način kako je to svjedokinja detaljno i uvjerljivo opisala, a koji iskaz je potkrijepljen i iskazima svjedoka "S 2", Dragana Zelenovića i Milomira Davidovića. Navodi odbrane da oštećena svjedokinja S1 optuženog Sašu Ćurčića nije pomenula u svom iskazu istražiteljima Haškog tribunala u postupku protiv drugih optuženih, aposolutno ne znači da se događaj nije desio. Iako iskaz S1, dat pred istražiteljima Haškog tribunala, nije korišten kao dokaz u ovom postupku, oštećena je pojasnila da je tom prilikom, bila skoncentrisana na druge osobe, što je razlog zašto nije pominjala optuženog Sašu Ćurčića. Ovakvo pojašnjenje, po ocjeni Vijeća je prihvatljivo i logično obzirom na brojnost radnji silovanja o kojima je S1 svjedočila. Ni navodi odbrane da je svjedokinja u svojim kasnijim izjavama, pred Vrhovnim sudom FBiH, pred Tužilaštvom BiH u fazi istrage, te u postupku protiv Davidović Milomira, na drugačiji način opisivala događaj, ne izazivaju sumnju u tačnost iskaza koji je svjedokinja S1 dala u ovom postupku.

37. Vijeće je pažljivo analizirajući iskaz svjedokinje S1 zaključilo da je svjedokinja vrlo uvjerljivo, bez oklijevanja, koherentno i detaljno, te na način koji ne ostavlja prostora za bilo kakvu sumnju, opisala kritični događaj i navela da je optuženi Saša (kojem tada nije znala prezime) prisilio da ga oralno zadovolji. Svjedokinja S1 je na upit tužioca da ispriča

šta se kritične prilike desilo u kući u Gornjem Polju, pored ostalog izjavila „*i ovaj Saša je mene, kao on je mene uzeo tu, eto kao njemu nije do do seksa i on to kao ne radi. On je on je toliko dobar čovjek, on ima svoju ženu i... A u međuvremenu otkopčava pantole i nagoni mene, eto da mu ja učinim zadovoljstvo. Ja da mu popušim, kao eto, „dosta si ih i popušila, moreš i meni učinjet zadovoljstvo“ i tako me natjerao da ga zadovoljim oralno i tude... kako da kažem... I kad pričam gadi mi se, ne mogu da izgovaram. Povraća mi se. Kako on poč'o bio lijepo pričat', kontala sam, a Bože evo jedan normalan. Al' međutim i on me toliko snizio, tolko ponizio, toliko osjećam to, tu gadost i to se ne može opisat' nikako, nikako, riječima se ne može opisati. Samo ja znam šta ja i kako ja živim sa tim.“, te je vrlo uvjerljivo ponovila „*A on je, ja kad sam se odupirala, ono mislim kontam, 'ajde normalan je priča normalno i kontam, ne mogu da vjerujem šta se sad dešava, on je, ja kako sam se odupirala, on je mene uzeo za kosu i vuko da moram ja njemu pušit'. I to sam radila i eto tako, šta ja znam.*“ Na osnovu ovakvog kazivanja svjedoka, Vijeće je zaključilo o potpuno pouzdanom iskazu oštećene svjedokinje S1 u pogledu seksualnog zlostavljanja, kao i da njena identifikacija počinioca, ne ostavljaju bilo kakvu sumnju u pogledu istinitosti datog iskaza.*

38. Pogrešna je tvrdnja odbrane da svjedokinja optuženog Sašu pominje u svojoj izjavi pred Tužilaštvom 2017.godine, nakon čega Tužilaštvo pokreće postupak protiv Davidović Milomira i Saše Ćurčića. Naime, svjedok S1 je optuženog pominjala i u svojim izjavama još 1996.godine kada daje iskaz Agenciji za istraživanje i dokumentaciju BiH, u kojoj opisujući događaje u Foči, gdje je silovana i zlostavljana, decidno navodi da je kritične prilike bio prisutan i Saša, i to da ju je Saša odveo u sobu i rekao da njemu to ne treba, jer je oženjen, ali je tražio da mu „pričini zadovoljstvo i da mu popuši“, te nakon što mu je rekla da to ne može, odgovorio joj je „možeš, možeš, dosta si ih popušila, možeš i ovaj“, nakon čega je ugurao svoj polni organ u njena usta, a nakon toga svršio po njoj. Optuženog Sašu, kojem svjedok S1 nije znala prezime, pominje i u svojim naknadno datim izjavama, i to u Tužilaštvu dana 07.06.2006.godine, navodeći kako je Saša prisilio da ga oralno zadovolji, što je identično navela i u svojoj izjavi pred prvostepenim sudom, kada je ponovo na isti način opisala predmetni događaj i označila optuženog kao počinitelja krivično pravne radnje izjednačene sa silovanjem. Činjenica da je svjedok S1 na drugačiji način opisivala događaj, koji se vezuje za krivično pravne radnje stavljene na teret optuženom Milomiru Davidoviću i što je u predmetu protiv optuženog Milomira Davidovića postupajuće pretresno vijeće izvelo drugačije činjenične zaključke, aposlutno ne obavezuje pretresno vijeće, niti Apelaciono vijeće u ovom konkretnom slučaju. Odluke se donose na

osnovu savjesne i brižljive ocjene dokaza izvedenih neposredno pred Sudom, dovođenjem istih u međusobnu vezu, koristeći se pri tome pravilima logičkog zaključivanja i životnog iskustva.

39. Međutim, Vijeće će radi razjašnjenja, dati osvrt i na navedene razlike u kazivanju svjedoka S1, na kojima odbrana insisitira, osporavajući da se silovanje kritične prilike zapravo i dogodilo. Razlike na koje ukazuje odbrana, da svjedok S1 prilikom prvog saslušanja pred istražiteljima Haškog tribunala 1995.godine u krivičnim predmetima protiv drugih optuženih nije pomenula optuženog Saša Ćurčića kao osobu koja ju je silovala, koja saznanja Vijeće crpi iz iskaza svjedokinje S1 sa glavnog pretresa. Nadalje da je svjedok S1 u svojoj izjavi pred Vrhovnim sudom tokom 2002 godine, u predmetu protiv Davidović Milomira navela kako je kritične prilike silovana od strane Zelje i Ličija, pri čemu nije pomenula Sašu, te je u istrazi pred Tužilaštvom 2017.godine, dajući izjavu navela da ju je kritične prilike silovao Liči, a Saša prisilio da ga oralno zadovolji, da bi potom u predmetu protiv Davidović Milomira, pred ovim Sudom prilikom saslušanja izjavila da nije sigurna da je Liči silovao ali potvrđuje da je Saša prisilio da ga oralno zadovolji, da bi na glavnom pretresu u ovom predmetu izjavila kako su je svi silovali, uključujući i Sašu, po ocjeni Vijeća ne ukazuju da se događaj nije desio i da radnju izjednačenu sa silovanjem nije počinio optuženi Saša Ćurčić.

40. Prije svega treba imati u vidu da se radi o traumatiziranom svjedoku, koji nije bio samo puki očevidac događaja, nego osoba nad kojom je izvršeno više silovanja i gdje žrtva upravo zbog te stresne situacije prilikom svakog svjedočenja i opisivanja događaja kroz koji je prošla, može iznositi drugačije detalje, što je i logično, međutim, te razlike po ocjeni Vijeća ne umanjuju dokaznu snagu njenog iskaza. Evidentno je da svjedokinja konstatno pominje Sašu, kojeg i prepoznaje prilikom istražne radnje prepoznavanja u Tužilaštvu od 10.4.2016 kada joj je predložen Fotoalbum sa 6 fotografija, kada ukazuje na fotografiju optuženog Saše Ćurčića kao osobe koja je kritične prilike nad njom počinila radnju izjednačenu sa silovanjem. Na glavnom pretresu svjedokinja S1, prilikom identifikacije svog potpisa na pomenutom Fotoalbumu, dodaje da nije imala dilemu kod prepoznavanja, jer je zapamtila lik počinitelja.

41. Pri ovome naročito treba imati u vidu da je svjedok S1, kako to iz njenog kazivanja proizilazi, silovana mnogo puta u dužem vremenskom periodu, od strane većeg broja osoba i da je o tome svjedočila u nekoliko navrata u raznim postupcima protiv različitih osoba, zbog čega ovo Vijeće nalazi da svjedok zasigurno nema razloga da neosnovao

tereti optuženog Sašu Ćurčića i ponovo prolazi kroz stresne situacije kako što je svjedočenje o seksualnom nasilju. Vijeće zaključuje da je jedini razlog zbog kojeg svjedok S1 svjedoči, taj što se događaj nesumnjivo i desio na način kako je to svjedok i opisala, te da ista nema motiv, niti razlog da govori drugačije. U prilog navedenom, a što je pravilno ocijenio i prvostepeni sud, govori činjenica da svjedok S1, prilikom svjedočenja konzistentno i uvjerljivo opisuje događaj, te na upit odbrane pojašnjava „Mene ste pitali.....Je li Vas Saša silovao i ja sam rekla, da me nije Saša silovao, da me je gonio na oralni, da ga oralno zadovoljim, tako sam rekla.“, zbog čega Vijeće zaključuje kako svjedok očigledno ne želi teretiti optuženog više od onog što se zaista i dogodilo.

42. Iz navedenih razloga, Vijeće nalazi da se radi o kredibilnom svjedoku, te da pouzdanost i vjerodostojnost kazivanja svjedoka nije dovedena u pitanje razlikama u iskazu na kojim odbrana insistira, zbog čega Vijeće naprijed iznesene žalbene navode odbrane cijeni neosnovanim.

43. Odbrana u žalbi dalje ističe da je ovaj Sud donio oslobađajuću presudu u odnosu na Davidović Milomira za isti događaj, upravo zbog neuvjerljivog iskaza svjedoka S1, koja je svjedočila i u tom predmetu, zbog čega bi i optuženi Saša Ćurčić trebao biti oslobođen, s obzirom da je kredibilitet iskaza oštećene o ovom događaju doveden u pitanje. Odbrana ukazuje da je prvostepeni sud ignorisao presudu u odnosu na Davidović Milomira, koja je uvedena kao dokaz, ne dajući ocjenu ovog po odbrani „ključnog“ dokaza koji je oslobađajućeg karaktera za optuženog Sašu Ćurčića. U navedenom postupanju prvostepenog suda odbrana vidi bitnu povredu postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, jer nisu dati razlozi o odlučnim činjenicama.

44. U vezi presude u odnosu na Davidović Milomira, gdje odbrana tvrdi da je optuženi oslobođen od optužbe, Vijeće ima za potrebu razjasniti da je Milomir Davidović u navedenom predmetu osuđen zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka g) u vezi sa članom 180. KZ BiH, i to zbog silovanja oštećene S1, ali povodom drugog događaja, druge prilike i na drugom mjestu, kada su oštećenu silovali i drugi srpski vojnici, dok je oslobođen za krivično pravnu radnju silovanja oštećene u predmetu ovog postupka, zbog nedostatka dokaza.

45. U obrazloženju oslobađajućeg dijela navedene presude, pretresno vijeće je utvrdilo da je svjedokinja S1 istakla da su kritične prilike u kući bili Davidović Milomir, Miki Živanović, Zelja i Saša, da je silovana, ali da nije na uvjerljiv način potvrdila da ju je silovao Davidović Milomir. Dakle, pretresno vijeće se bavilo pitanjem krivično pravne radnje

silovanja učinjene od strane Davidović Milomira, a ne optuženog Saše Čurčića dok je indikativno da i ovom prilikom svjedokinja spominjala optuženog Sašu Čurčića. Osim toga odluka suda vezano za Davidović Milomira, ne obavezuje sud u postupku u odnosu na optuženog Sašu Čurčića, za što je već naprijed dato obrazloženje, vezano za princip slobodne ocjene dokaza. U tom pravcu prvostepeni sud, nije našao za potrebnim cijeliti presudu u drugom postupku i u odnosu na drugo optuženo lice, zbog čega nije učinjena bitna povreda postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, kako to tvrdi odbrana.

46. Prvostepeni sud u izvođenju zaključaka o odlučnim činjenicama se nije morao osvrnuti na svaki pojedinačni dokaz, već je bilo potrebno pobrojati i sadržajno iznijeti one dokaze koji su od odlučnog značaja za izvođenje zaključaka o odlučnim činjenicama. Pobijana presuda je u dijelu kojim se analiziraju dokazi i navodi odbrane, potpuno jasna i razumljiva.

47. Odbrana je u žalbi istakla da sudu nije bilo u interesu utvrditi istinu, da je odbrana nepotrebno prekidana u ispitivanju oštećene S1, te kada je S1 pitana zbog čega u prvoj izjavi istražiteljima MKSJ 1995 godine nije pomenula Sašu, predsjednik pretresnog vijeća je odbranu prekinuo konstatacijom: „ drugo je branioče ako nije spominjala, a drugo je ako je nešto drugačije rekla“, koji stav predsjedavajućeg vijeća, po odbrani je nerazumljiv, jer je svjedok drugačije izjavljivala i nije tvrdila da je bila silovana od bilo koga. Svjedokinja S1 je navedeno pojasnila činjenicom da je bila skoncentrisana na druge optužene od kojih je silovana i ne zna zbog čega nije pomenula Sašu, iako je pominjala imena druga 52 lica.

48. Apelaciono vijeće prihvata stav prvostepenog suda, da se u situaciji kada svjedok u svom iskazu ne pominje neki događaj, ne može raditi o različitom kazivanju svjedoka, kada bi bilo primjereno ukazivanje na koliziju datih iskaza. U situaciji kada se svjedok nije u svom prethodnom iskazu konkretno izjašnjavao o spornoj krivično pravnoj radnji kojom se tereti optuženi, onda je prihvatljivo da svjedok nije ni pomenula Sašu Čurčića u postupku protiv drugih optuženih. Za ovo Vijeće sasvim je opravdano da svjedokinja ne može objasniti okolnost da pred istražiteljima Haškog tribunala pominje 52 imena, ali ne i ime optuženog Saše Čurčića. Naime, cijeneći brojnost krivično pravnih radnji silovanja koje su izvršene nad oštećenom svjedokom S1, traumatičnost događaja u kojem učestvuje duži vremenski period i o čemu svjedoči, u datim okolnostima činjenica da svjedok u jednom od mnogobrojnih iskaza, nije pomenula jedan od događaja koji se vezuje za ime optuženog Saše Čurčića, apsolutno ne umanjuje dokaznu snagu iskaza svjedoka datog

pred ovim Sudom, gdje je tokom postupka svjedokinja očigledno fokusirana na tačno određeni događaj i o čemu iznosi potpuno tačna i vjerodostojna saznanja.

49. U pogledu načina ispitivanja svjedokinje S1 od strane odbrane, gdje odbrana tvrdi da je nepotrebno prekidana, Vijeće nalazi da je predsjednik pretresnog vijeća postupao u skladu sa odredbom člana 262. stav 3. ZKP BiH, prema kojoj je postupao u mjeri koja ne dovodi u sumnju nepristrasnost suda, kontrolisao način i redosljed ispitivanja svjedoka, vodeći računa da ispitivanje bude efikasno za utvrđivanje istine, da se izbjegne nepotrebno gubljenje vremena i zaštiti svjedok od uznemiravanja i zbunjivanja, zbog čega je neosnovan prigovor odbrane da sudu nije bilo stalo da utvrdi istinu.

50. Odbrana optuženog u žalbi dalje ukazuje kako se praksa ovog suda razlikuje u pogledu korištenja ranije datih iskaza i zavisi od vijeća do vijeća, navodeći da je pretresno vijeće u predmetu protiv Davidović Milomira dozvolilo korištenje prethodno datog iskaza oštećene S1 istražiteljima MKSJ, dok u konkretnom predmetu protiv optuženog Saše Ćurčića to nije dozvoljeno, iako se radi o dokazu koji ima oslobađajući karakter.

51. U odnosu na istaknuti žalbeni navod, Vijeće ukazuje da u ovom postupku nije moguće preispitivati procesne odluke suda u drugim postupcima koji su vođeni pred sudovima. U konkretnom predmetu prvostepeni sud je pravilno zaključio da bez izričite saglasnosti MKSJ iskaz zaštićenog svjedoka S1 dat istražiteljima Haškog tribunala u predmetu Kunarac i dr., nije mogao biti korišten kao dokaz. Član 86. Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ, u okviru mjera zaštite žrtava i svjedoka, za korištenje dokaza koji ukazuje na identitet žrtve ili svjedoka u drugim postupcima pred Mehanizmom ili u nekoj drugoj jurisdikciji, a što je slučaj sa iskazom svjedokinje S1, dat istražiteljima Haškog tribunala zahtijeva postojanje odobrenja MKSJ. Dakle, Pravilnik zahtijeva potrebno odobrenje za korištenje takvog dokaza čak i u drugim postupcima pred MKSJ, a ne samo za drugu jurisdikciju, kao što je konkretan slučaj, zbog čega je ovakve navode odbrane Vijeće ocijenilo neosnovanim.

52. Odbrana je dalje ukazujući na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje u žalbi istakla da optuženi kritične prilike nije boravio u kući u Gornjem Polju, što posredno proizilazi iz iskaza svjedokinje S2 i S11, koji iskazi su pročitani na glavnom pretresu, a koji svjedoci su prema tvrdnji S1 bile kritične prilike s njom u istoj u kući. Tako svjedokinja S2, koje je svjedočila i pred MKSJ, ne pominje Sašu Ćurčića, kao ni svjedokinja S11, koja na upit da li poznaje optuženog Sašu Ćurčića odgovara da se ne sjeća. Svjedokinja S8, koja dobro poznaje oštećenu S1 i koja je svjedočila o događajima kroz koje je prošla u

srednjoškolskom centru i sportskoj dvorani „Partizan“, u svojoj izjavi ne pominje optuženog, a koje izjave svjedoka, po tvrdnji odbrane potvrđuju naprijed iznesenu tezu.

53. Odbrana u žalbi zaključuje da, osim više verzija izjava oštećene S1, niko od svjedoka koji su se pojavili u ovom predmetu nije potvrdio da je optuženi Ćurčić kritičnog dana bio u kući u naselju Gornje Polje te izvršio silovanje oštećene S1.

54. Apelaciono vijeće nalazi da odbrana pogrešno zaključuje, kada navodi da iz iskaza svjedoka S1 i S11 proističe zaključak da optuženi kritične prilike nije bio u kući u Gornjem Polju. Tako, iz iskaza svjedokinje S11 od 20.02.2017.godine je vidljivo da se ista ne sjeća predmetnog događaja, ali odobrava mogućnost da je boravila u navedenoj kući. Međutim, neovisno od toga kako ove svjedokinje iskazuju, očigledno je da ista nije bila svo vrijeme u istoj prostoriji sa svjedokinjom S1, da bi mogle iznositi neposredna saznanja o počiniocu krivičnog djela silovanja. Nesumnjivo je svjedokinja S2 kritične prilike bila u istoj kući u Gornjoj Mahali u Foči, zajedno sa S1, ali razdvojena od S1 u drugoj sobi, kada je i sama bila žrtva silovanja, koji svjedok u cjelosti potvrđuje iskaz svjedoka S1 u pogledu potkrepljujućih činjenica koje iznosi, tako da je realna tvrdnja prvostepenog suda o saglasnim iskazima S1 i S2 u djelu koji se međusobno dopunjuju i povezuju u jedinstvenu cjelinu. Dakle, činjenica jeste da svjedokinja S2 ne pominje optuženog, iako je kritične prilike bila u istoj kući sa S1, dok se svjedokinja S11 ne sjeća događaja, ali cijeneći okolnosti pod kojim se predmetni događaj desio, sasvim je logično da svjedoci S2 i S11 nemaju neposredna saznanja o tome šta se dešava sa svjedokinjom S1 u drugoj sobi. Svoja neposredna saznanja o predmetnom događaju i radnjama optuženog, uvjerljivo i detaljno je iznijela svjedokinja S1, kojem iskazu je prvostepeni sud poklonio vjeru, za što je dao jasno i prihvatljivo obrazloženje, koje dijeli i ovo Vijeće, o čemu je naprijed dalo svoje razloge.

55. Osim toga, navodi odbrane da optuženog ne pominje ni svjedokinja S8, ne isključuje prisustvo optuženog kritične prilike u kući u Gornjem polju, budući da svjedokinja S8, kojoj se svjedokinja S1 povjeravala o događajima koje je preživjela, ne mora nužno imati saznanja o optuženom, jer je moguće da joj svjedokinja S1 to nije prenijela, što ne znači da se u mnoštvu takvih istih i sličnih događaja, sporni događaj nije desio. Stoga, Vijeće ovakve tvrdnje odbrane nije prihvatilo kao osnovane.

56. Odbrana je u žalbi dala osvrt i na ocjenu iskaza svjedoka Dragana Zelenovića i Milomira Davidovića, koji su svjedočili kao akteri predmetnog događaja. Tako odbrana ukazuje da je prvostepeni sud poklonio vjeru iskazu svjedoka Zelenovića samo djelimično,

ne navodeći u presudi njegovo svjedočenje kako optuženi Ćurčić, kritične prilike nije boravio u kući u naselju Gornje Polje, dok u pogledu svjedočenja Davidović Milomira, prvostepeni sud ne prihvata njegovo svjedočenje sa glavnog pretresa, da kritične prilike u kući s njima nije bio Saša Ćurčić, već prihvata njegov iskaz iz istrage, kada svjedok izjavljuje drugačije. Također, odbrana problematizira činjenicu gdje prvostepeni sud ne prihvata obrazloženje svjedoka Davidovića da je po nagovoru Zelenovića u istrazi dao lažni iskaz.

57. Analizirajući iskaze ovih svjedoka i ocjenu istih od strane prvostepenog suda, Vijeće zaključuje da se žalbom neosnovano ukazuje na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje. Radi se prije svega o svjedocima koji su osuđeni za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti, zbog počinjenih silovanja na području Foče u kritično vrijeme, a koji su bili prisutni u kući u Gornjoj Mahali kritične prilike. Kada se njihovi iskazi dovedu u vezu sa iskazom oštećene svjedokinje S1, te iskazom svjedokinje S2, koje kao žrtve ovih zločina daju iskaze kao učesnici događaja, lišene interesa da nekoga neosnovano terete, nesumnjivo se može zaključiti da je dio pročitanih iskaza svjedoka Zelenovića od 30.03.2017.godine, te iskaz svjedoka Davidovića na glavnom pretresu, iskonstruisani iskazi, dati sa isključivim ciljem da pomognu optuženom Saši Ćurčiću izbjeći krivičnu odgovornost. Naime, svjedok Zelenović u svom iskazu pominje optuženog kao osobu koja je pored ostalih bila prisutna kod izvođenja djevojaka iz Srednjoškolskog centra u Foči i odvođenja u stan u zgradi Lepa Brena gdje su naveče sjedili i pili, ali optuženog Ćurčića izričito ne pominje kada govori o predmetnom događaju u kući u Gornjoj Mahali, dok svjedok Davidović u iskazu datom na glavnom pretresu navodi da kritične prilike Saša Ćurčić nije bio u kući u Gornjoj Mahali. Međutim, nesumnjivo je da svjedok Milomir Davidović, prilikom saslušanja u istrazi, potvrdio prisustvo optuženog Saše Ćurčića kritične prilike u kući u Gornjoj Mahali, što je saglasno iskazu svjedokinje S1. U nedostatku adekvatnog i logičnog obrazloženja zbog čega mjenja iskaz, svjedok Davidović Milomir nudi objašnjenje da ga je na takav iskaz u istrazi nagovorio Zelenović, iako ostaje nejasno kakav interes bi imao od davanja drugačijeg iskaza, osim da pomognu optuženom Saši Ćurčiću, pa je stoga bilo sasvim ispravno pokloniti vjeru iskazu svjedoka Davidović Milomira datom u istrazi. Nasuprot očigledno iskonstruisanom iskazu svjedoka Davidovića na glavnom pretresu, svjedok Zelenović o istom događaju ne iznosi potpuna saznanja, već govori u množini, navodeći da se sjeća kako su kritične prilike „odveli“ djevojke u muslimansku kuću u Gornjem Polju, ne iznoseći detalje događaja. Stoga je prvostepeni sud pravilno poklonio vjeru iskazu svjedokinje S1, a ne navedenim svjedocima sa glavnog

pretresa, nalazeći ga „kredibilnim, objektivnim, nepristrasnim i dosljednim u bitnim elementima i tokom unakrsnog ispitivanja od strane odbrane optuženog, te potkrijepljenim u značajnom dijelu iskazima drugih svjedoka, zbog čega je osudu za predmetnu inkriminaciju, u odlučujućem dijelu i zasnovalo na tom iskazu.

58. Odbrana se u tom smislu pozvala na stav Apelacionog vijeća Suda BiH u predmetu Radmilo Vuković, navodeći da iskaz oštećene, upravo zato što samom činu silovanja u pravilu ne prisustvuju svjedoci koji bi iskaz mogli decidno podržati, ovakav iskaz mora biti takav da ne ostavlja sumnju u njegovu tačnost, istinitost, te kredibilitet svjedoka. Odbrana se dalje u vezi primjene principa in dubio pro reo pozivala kako na stav ovog suda, tako i na stav Ustavnog suda BiH, zaključujući da je prvostepeni sud u konkretnom slučaju očigledno ignorisao primjenu ovog principa.

59. Vijeće nalazi da je upravo na način kako odbrana navodi u žalbi da je trebao, prvostepeni sud i cjenio iskaz svjedokinje S1, koji ne ostavlja nikakvu sumnju u njegovu tačnost i istinitost. Iskaz oštećene svjedokinje S1, koja je vjerodostojno i vrlo plastično opisala traumatičan događaj koji je preživjela, dajući pregled činjeničnih pojedinosti, doveden u vezu sa iskazom svjedokinje S2, ne upućuje niti na jedan drugi zaključak osim da se događaj uistinu i desio, te da krivnju za isti snosi upravo optuženi Saša Ćurčić. Prema tome, neosnovani su žalbeni navodi da je u konkretnom trebalo primjeniti princip in dubio pro reo.

IV POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA

60. Prvostepenu presudu po ovom žalbenom osnovu pobija odbrana optuženog.

61. Odbrana navodi da je sud u konkretnom slučaju trebao primjeniti krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivično pravne radnje koja se stavlja na teret optuženom, a to je KZ SFRJ, koji je kao preuzeti Zakon važio u R BiH, nakon njenog priznanja kao samostalne države

62. Odbrana ukazuje da je prvostepeni sud propustio da primjeni princip vremenskog važenja zakona shodno članu 4. KZ BiH, a samim tim i princip zakonitosti iz člana 3. istog zakona.

63. Prema navodima žalbe, u konkretnom slučaju, u vrijeme počinjenja krivično pravne radnje koja se optuženom stavlja na teret važio je KZ SFRJ, koji je preuzet u R BiH, kojim zakonom su shodno odredbi člana 142. inkriminirani razni oblici krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva, za koja je bila propisana kazna najmanje 5 godina zatvora ili smrtna kazna. Nakon eliminisanja smrtne kazne iz sistema krivičnih sankcija u BiH 1993. godine do donošenja KZ BiH u januaru 2003. godine kao najteža kazna ostala je kazna zatvora od 20 godina. Na taj način izmjenjen je KZ SFRJ, koji je važio 1992. i 1993. godine, dakle u vrijeme za koje se optužuje optuženi Ćurčić Saša, pa se ima smatrati da je u to vrijeme u BiH postojala kao najteža kazna zatvora od 20 godina, na koji način su stvoreni uslovi za primjenu ovog zakona, kao blažeg za počinioca.

64. Žalba dalje ističe da je odredba člana 142. KZ SFRJ u svakom pogledu blaža za učinioce, jer su propisana samo dva načina izvršenja više različitih oblika ovog krivičnog djela. Odredba člana 180. KZ BiH retroaktivno predviđa oblike izvršenja krivičnih djela iz glave 17 KZ BiH i na taj način se krši i drugi princip krivičnog prava, princip zabrane retroaktivnosti, kao i član 7. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava, jer u toku 1992 i 1993. godine u međunarodnom pravu nije bilo širokog tumačenja tzv. komandne odgovornosti.

65. Odredba člana 4a. KZ BiH je po stavu odbrane nezakonita, protivustavna i protivna odredbi člana 11. Međunarodne povelje o ljudskim pravima, te članu 7. Evropske konvencije, zbog čega se navedena odredba ne može koristiti kao osnov za primjenu KZ BiH za krivična djela učinjena prije donošenja tog zakona. Odredba člana 4a. KZ BiH bi se mogla primjeniti samo na djela koja bi bila počinjena nakon uvođenja ove odredbe u KZ BiH izmjenom i dopunom ostog zakona, a sve što je učinjeno kao krivično djelo prije svih izmjena, ima se suditi bez primjene ove odredbe, s obzirom da nije bilo definisano zakonom stupanjem na snagu KZ BiH, te je po odbrani, osnovna verzija zakona blažeg za počinioca, ona koja ne ograničava primjenu odredbe člana 3. i 4. istog zakona.

66. Odbrana smatra da se direktna primjena Konvencije ograničava samo na inkriminaciju, odnosno postojanje krivičnog djela u međunarodnom običajnom pravu, pri čemu se ne govori o kaznama, kojih nema propisanih u običajnom pravu, niti to pitanje može biti riješeno običajnim pravom, te postupanje prvostepenog suda dezavuiše primjenu člana 3. stav 2. KZ BiH, odnosno načela zakonitosti.

67. U tom smislu žalba je ukazala na različitu praksu ovog suda, u predmetima Kurtović Zijad, Novalić Ćerim, Mihaljević Zdravko, Lalović Slavko i predmet Osmić, u

kojima je Apelaciono vijeće preinačilo odluke prvostepenog suda u pogledu primjene krivičnog zakona, a primjenom člana 4. KZ BiH, cijeneći da je zbog propisane minimalne kazne, za počinioca blaži onaj zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela, dok u predmetu Rašević nisu primjenjeni ovi razlozi, već su osuđenom cijanjene naročito olakšavajuće okolnosti i osuđen je na kaznu zatvora ispod zakonskog minimuma. Isto tako, u slučaju otmice putnika iz autobusa, poznat kao slučaj „Sjeverin“ primjenjen je novi zakon, a u slučaju „Štrpci“ – otmica putnika iz voza, primjenjen je stari zakon, što sve govori u prilog konfuzne prakse suda u primjeni zakona.

68. Odbrana ukazuje da čak i okružni i kantonalni sudovi, u predmetima ratnih zločina, primjenjuju KZ SFRJ, dok jedino Sud BiH ima svoje tumačenje koje se razlikuje od tumačenja svih sudova bivše SFRJ koji se bave ovom vrstom predmeta.

69. Žalbene prigovore odbrane u pogledu primjene materijalnog prava, Apelaciono vijeće je u cijelosti odbilo kao neosnovane.

70. Naime, nesporno je da u vrijeme izvršenja djela koje se optuženom stavlja na teret, a u kojima su ostvarena bitna obilježja bića krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. KZ BiH, ovo krivično djelo nije kao takvo bilo propisano krivičnim zakonom koji je bio na snazi u to vrijeme (KZ SFRJ).

71. Nesporno je također, da prema načelu zakonitosti, nikome ne može biti izrečena krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana krivično pravna sankcija. Prema načelu vremenskog važenja krivičnog zakona, na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a ako se poslije učinjenja krivično djela, zakon jednom ili više puta izmijeni, primijenit će se zakon koji je blaži za počinioca. Međutim, članom 4a KZ BiH, na koji se prvostepena presuda pravilno poziva, propisano je da članovi 3. i 4. KZ BiH ne sprječavaju suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa općim načelima međunarodnog prava. Ovakvom zakonskom regulativom preuzete su odredbe člana 7. stav (2) EKLJP i člana 15. stav (2) MPGPP, te je omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH.

72. Prvostepeno vijeće pravilno ukazuje da se navedeni stav upravo odnosi i na ovaj predmet, jer se radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila međunarodnog prava. U inkriminisano vrijeme, krivično djelo zločini protiv čovječnosti predstavljalo je krivično djelo

kako sa aspekta međunarodnog običajnog prava, tako i sa aspekta principa međunarodnog prava. U vezi s tim, pretresno vijeće je dalo detaljnu i iscrpnu argumentaciju, koja je prema ocjeni Apelacionog vijeća u potpunosti valjana i ispravna, te je u cijelosti prihvatila.

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

74. Žalбом odbrane se ukazuje da je KZ SFRJ, blaži za učinioca u odnosu na zakon koji je primjenjen. Apelaciono vijeće primjećuje da uslijed činjenice da u vrijeme izvršenja krivičnog djela, u okviru KZ SFRJ nisu pravno egzistirali zločini protiv čovječnosti kao posebno krivično djelo, prima facie, proizlazi da bi taj zakon mogao biti blaži zakon. Međutim, kako je već navedeno, član 7. stav 2. EKLJP, kao i član 15. stav 2. MPGPP koji su identični članu 4a KZ BiH, izuzetno dozvoljavaju odstupanje od načela zakonitosti i ne sprečavaju suđenje i kažnjavanje optuženog u konkretnom slučaju. Stoga je prvostepeni sud bio u mogućnosti da u skladu sa postojećim sistemom kažnjavanja odredi odgovarajuću sankciju za krivično djelo propisano međunarodnim pravom. Ovakvo postupanje identično je praksi Evropskog suda za ljudska prava izraženoj u predmetima u kojima su ispitani zahtjevi principa zakonitosti iz člana 7. EKLJP, u kojima nikada nije dovedena u pitanje sankcija koja se u današnje vrijeme izriče za djela počinjena u periodu kada to postupanje nije sankcionisano kao krivično djelo.

75. Konačna potvrda osnovanosti stava prvostepenog vijeća, a koji dijeli i ovo Vijeće, proizlazi i iz presude ESLJP u predmetu Šimšić protiv Bosne i Hercegovine br. 51552/10 od 10.04.2012. godine, gdje se aplikant žalio na osuđujuću presudu iz 2007. godine za zločine protiv čovječnosti, u odnosu na djela koja su se dogodila 1992. godine, a na koju se između ostalog u svom uvodnom dijelu poziva i presuda ESLJP u predmetu Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine od 18.07.2013. godine. Tako je u predmetu Šimšić protiv BiH zauzet stav da se za krivična djela u oba predmeta radi o krivičnom djelu

Zločini protiv čovječnosti, koja su u domaće zakonodavstvo uvedena 2003. godine, te da Sud BiH, ali i entitetski sudovi nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon BiH iz 2003. godine. U tom konkretnom predmetu ESLJP je između ostalog, ispitao apelaciju i prema članu 7. Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, proglasivši je očigledno neutemeljenom. Navedene stavove je u potpunosti slijedio i Ustavni sud BiH, kao i Sud BiH u predmetima u kojima se radilo o krivičnom djelu Zločini protiv čovječnosti.

76. Stoga, prigovor primjene blažeg zakona, te pozivanje žalioaca na druge predmete u kojima je primjenjen zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, nije osnovan prigovor.

V ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI I

IMOVINSKOPRAVNOM ZAHTJEVU

77. Žalbu u pogledu odluke o krivičnopravnoj sankciji, u skladu sa članom 300. ZKP BiH, podnijeli su i odbrana i Tužilaštvo, dok je odbrana žalbu izjavila i u pogledu odluke o imovinskopravnom zahtjevu.

Žalbeni navodi Tužilaštva

78. Tužilaštvo žalbom ukazuje na nepravilnu primjenu odredbe KZ o svrsi kažnjavanja, te ističe da je prvostepeni sud prilikom izricanja kazne zatvora u trajanju od 5 godina nepravilno primjenio odredbe KZ BiH. Zanemarena je svrha kažnjavanja iz člana 39. KZ BiH, te je za krivično djelo za koje je određen minimum kazne zatvora u trajanju od 10 godina, a za koje je predviđena i kazna dugotrajnog zatvora do 45 godina, izrečena kazna koja je devet puta niža od dužine kazne koja se može izreći za ovo krivično djelo. Izrečena kazna neće utjecati na optuženog da ubuduće ne čini krivična djela, neće potaknuti na njegov preodgoj, te neće utjecati na ostale da ne čine krivična djela, niti na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela.

79. Tužilaštvo je žalbom ukazalo na okolnosti koje nisu mogle biti cijenjene kao olakšavajuće, te je tako navelo da primjereno ponašanje optuženog tokom postupka ne može biti cijenjeno kao olakšavajuća okolnost, jer je takvo ponašanje obaveza optuženog. Također ni činjenica da odbrana, ni optuženi nisu pokazali nepoštivanje traume koju je

žrtva preživjela, ne može biti cijenjena kao olakšavajuća okolnost, jer je obaveza optuženog tokom postupka da poštuje sve učesnike u postupku. Činjenica da optuženi prilikom učinjenja djela nije ispoljio bilo kakav oblik ekstremnog nasilja, ne može biti olakšavajuća okolnost, jer da je ispoljio bilo kakav oblik nasilja, tada bi to predstavljalo obilježja težeg oblika krivičnog djela, odnosno mučenja. Oštećena se u vrijeme konkretnog silovanja više i ne opire, jer joj je prilikom prethodnih silovanja slomljen svaki otpor (neposredno prije toga ubijeni su joj bliski članovi porodice, a zatim je ona kontinuirano silovana na različitim lokacijama), pa optuženi zbog toga nije ni morao primjenjivati nasilje, a pri tome se još i pokušao prikazati dobrom osobom. Isto tako, ni okolnost da optuženi nije silovao žrtvu zbog mržnje na etničkoj osnovi, ne može biti tretirano kao olakšavajuća okolnost, jer bi se u suprotnom optuženi teretio za silovanje kao zločin progona, u kojem je sadržana diskriminatorna namjera.

80. Tužilaštvo je dalje ocijenilo pogrešnim zaključak prvostepenog suda da na strani optuženog ne postoje otežavajuće okolnosti, te je tako prvostepeni sud propustio da cijeni pobude iz kojih je djelo učinjeno, jer optuženi djelo čini sa namjerom da ponizi oštećenu. Prvostepeni sud nije cijenio okolnosti pod kojima je djelo učinjeno i to, kao otežavajuću okolnost njegovu upornost prilikom izvršenja krivičnog djela, jer je djelo počinjeno nakon što je oštećena izvedena iz zatočeničkog centra sa druge dvije djevojke, a zatim prebačena na skrovito mjesto i silovana, pri čemu optuženi koristi priliku u kojoj se oštećena nalazi. Optuženi je zajedno sa još dvojicom pripadnika VRS izveo ukupno tri zarobljene Bošnjakinje iz zatočeničkog centra, kada ih odvede u napuštenu kući i siluju. Optuženi je saglasan sa radnjama druga dva vojnika i ni na koji način ne izražava svoje neslaganje, niti ih pokušava spriječiti u navedenom, što predstavlja otežavajuću okolnost na strani optuženog. Prvostepeni sud je propustio cijeliti lične prilike optuženog, njegovu zrelost i porodičnost, koje činjenice su trebale biti cijenjene kao otežavajuća okolnost. Sud je propustio cijeliti držanje optuženog nakon učinjenog krivičnog djela, koji nije izrazio kajanje, niti žaljenje zbog onoga što je učinio oštećenoj S1. Optuženi nakon završetka rata u BiH bježi u Srbiju, skriva se godinama, čak i neposredno prije lišenja slobode u stanu svojih roditelja. Sud je propustio cijeliti tip žrtve, s obzirom da se radi o osobi mlađe životne dobi, koja je bespomoćna, koja je bila sugrađanka optuženog, ali druge nacionalnosti, koja je zbog nacionalnosti i zarobljena, a koju srpski vojnici izvede i siluju, a među njima i optuženi.

81. Tužilaštvo u žalbi ističe i da je pogrešan zaključak prvostepenog suda o naročito olakšavajućim okolnostima koje opravdavaju izricanje kazne ispod zakonom predviđenog

minimumu. Naročito olakšavajuće okolnosti bi, po ocjeni Tužilaštva, jedino postojale u slučaju da je optuženi na početku glavnog pretresa priznao krivnju i time doprinio ekonomičnosti i efikasnosti postupka, da je izrazio kajanje ili eventualno, da je krivično djelo učinio u stanju smanjene uračunljivosti. Međutim, po ocjeni Tužilaštva, u konkretnom slučaju u potpunosti su izostale naročito olakšavajuće okolnosti koje bi opravdale ublažavanje kazne ispod zakonskog minimuma.

Žalbeni navodi optuženog

82. Obzirom na sve navedeno u žalbi, a posebno izjave oštećene S1, žalba branioca smatra da prvostepeni sud nije mogao izreći optuženom niti jednu sankciju, već ga je trebao osloboditi od optužbe. Iz istih razloga oštećenoj nije mogao biti dosuđen ni imovinskopravni zahtjev.

Zaključci Apelacionog vijeća

83. Prvostepeni sud je prilikom odmjeravanja kazne za počinjeno krivično djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja kao temeljnu odrednicu za visinu kazne i pravednost, te sve okolnosti konkretnog slučaja, ponašanje optuženog, te olakšavajuće okolnosti koje je našao da postoje i nedokazanost postojanja otežavajućih, optuženom izrekao kaznu zatvora u trajanju od 5 godina, koja je i po ocjeni ovog Vijeća u konkretnom slučaju adekvatna krivično pravna sankcija.

84. Nesporno je da je primjereno ponašanje optuženog tokom postupka njegova obaveza koja se očekuje, kako to Tužilaštvo žalbom ispravno ukazuje. Ipak, navedena okolnost se ne može potpuno zanemariti. Pored toga, u konkretnom slučaju su na strani optuženog nađene i druge okolnosti kojima je prvostepeni sud, nasuprot tvrdnji Tužilaštva, ispravno dao olakšavajući karakter. Tako je prvostepeni sud pravilno uzeo u obzir ponašanje optuženog prema žrtvi na način da prilikom učinjenja djela nije ispoljio ekstremno nasilje, kakvo se često pojavljuje kod ove vrste djela. Takođe, stoji činjenica da optuženi tokom postupka nije pokazao nepoštovanje traume koju je žrtva preživjela, niti negirao njen zarobljenički status i šta se sve događalo tokom zarobljeništa, što je bilo od značaja za efikasno vođenje i okončanje postupka.

85. Osnovano žalba Tužilaštva ukazuje da bi optuženi, da je silovao žrtvu zbog mržnje na etničkoj osnovi bio optužen za silovanje kao zločin progona u kojem je sadržana diskriminatorna namjera. Međutim, činjenica da optuženi ne preuzima radnju silovanja u

trenutku kada to u susjednim sobama čine drugi vojnici i kada je silovanje zarobljenica bilo svakodnevna pojava, pa i same oštećene, ipak ukazuje na manji stepen zločinačkih namjera optuženog u odnosu na druge vojnike u istoj situaciji, pa i vid njegovog distanciranja od onoga šta oni rade, što ipak u određenoj mjeri valja imati u vidu prilikom ocjene njegove ličnosti i mogućnosti postizanja svrhe kažnjavanja. Uostalom, nije suprotno Zakonu, nego upravo u skladu s njim, kod odmjeravanja visine kazne cijeliti sve okolnosti konkretnog slučaja i ličnosti učinioca, koje mogu uticati da kazna bude primjerena konkretnom slučaju, konkretnom počiniocu, njegovom štetnom djelovanju, nastaloj posljedici, satisfakciji žrtve. Imajući sve to u vidu, kao i razloge pravičnosti o kojima se govori u obrazloženju pobijane presude i princip jednakosti pred zakonom koji upućuje i na jednako kažnjavanje za jednaka djela, te s tim u vezi izrečene kazne za ista i slična djela drugim izvršiocima, i ovo Vijeće cijeni da je optuženom izrečena kazna zatvora u trajanju od 5 godina adekvatno odmjerena.

86. Nasuprot žalbenim navodima Tužilaštva, Vijeće nalazi da je prvostepeni sud pravilno cijenio da na strani optuženog ne postoje okolnosti koje se imaju smatrati otežavajućim. Kod krivičnih djela ratnog seksualnog nasilja otežavajućim okolnostima u praksi se navodila učestalost seksualnog nasilja (broj silovanja jedne žrtve i broj različitih žrtava, tip žrtve: maloljetne i ranjive žrtve), uloga optuženog (zlostreba moći, npr. kao stražar u logoru/vojnici/politički vođa, te entuzijastično učešće u krivičnom djelu, npr. kao vođa grupe saizvršilaca), zatim način počinjenja (upotreba ekstremnog nasilja, krivično djelo počinjeno na posebno ponižavajući/okrutan način), stav optuženog prema krivičnom djelu (diskriminatorni ili osvetoljubivi motivi za djelo, osim ako već nije element krivičnog djela, pokazivanje bezdušnosti), te posljedice za žrtve (pretrpljene fizičke i/ili psihološke traume). Navedene okolnosti su u konkretnom slučaju izostale, obzirom da se radilo o jednoj žrtvi, koja nije bila maloljetna, niti bolesna ili stara, da je uslijedio je jedan čin - jedna radnja, koju nije pratilo ekstremno nasilje i okrutnost, niti diskriminatorni i osvetoljubivi motivi, te se u tom smislu ukazuje pravilnim zaključak prvostepenog suda o nepostojanju otežavajućih okolnosti na strani optuženog.

87. Stoji činjenica da je oštećena zbog radnji optuženog pretrpjela posljedice u vidu psihičkih i fizičkih trauma, što uvažava i cijeni i prvostepeni sud, ali se njihova težina ne može konkretno definisati, budući da se ne mogu razdvojiti od posljedica koje je oštećena nesumnjivo doživjela postupanjem niza drugih osoba.

88. S obzirom na sve navedeno i ocjenu o adekvatnosti kazne od pet godina zatvora, odbijeni su kao neosnovani, prigovori Tužilaštva u odnosu na izrečenu krivičnopravnu sankciju.

89. Imajući u vidu navedene razloge, kao i činjenicu da odbrana samo paušalno osporava odluku o krivičnopravnoj sankciji i odluku o imovinskopravnom zahtjevu, neosnovanom se ukazuje i žalba odbrane po navedenim žalbenim osnovima.

90. Zbog svega navedenog, na osnovu člana 310. u vezi sa članom 313. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci ove presude.

Zapisničar:

PREDSJEDNIK VIJEĆA

Pravni savjetnik

S U D I J A

Mirela Karović

Mirza Jusufović

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