



Broj: X-KRŽ-05/161
Sarajevo, 23.10. 2007. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja Odjela I za Ratne zločine, sastavljenom od sudija Azre Miletić kao predsjednice vijeća, te sudija Jose Ricardo Juan de Prade i Finn Lynghjema, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne savjetnice Melike Bušatlić, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Janković Gojka, zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačke a), d), e), f), i g) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH), odlučujući o žalbi branioca optuženog, advokata Trbojević D. Milana izjavljenoj na Presudu Suda Bosne i Hercegovine broj X-KR-05/161 od 16.02.2007. godine, na sjednici održanoj u prisustvu optuženog, njegovog branioca, advokata Trbojević D. Milana i tužioca Tužilaštva Bosne i Hercegovine, David-a Schwendiman-a, dana 23.10.2007. godine, donio je:

P R E S U D U

Žalba branioca optuženog Janković Gojka se djelimično uvažava, pa se presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KR-05/161 od 16.02.2007. godine, preinačava u pravnoj ocjeni radnji izvršenja krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, za koje je oglašen krivim, na način da je optuženi, radnjama opisanim u izreci te presude:

- pod tačkom 1. počinio: zatvaranje iz člana 172. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 29. KZ BiH;
- pod tačkom 2. : ubistva, mučenja i zatvaranje, iz člana 172. stav 1. tačke a) f) i e) KZ BiH.
- pod tačkom 3.; mučenje i silovanje iz člana 172. stav. 1. tačke f) i g) u vezi sa članom 31. KZ BiH

Na osnovu člana 138. stav 3. ZKP BiH i člana 56. KZ BiH, optuženom se u izrečenu kaznu ima uračunati vrijeme provedeno u pritvoru, počev od 14.03.2005. godine, pa do upućivanja na izdržavanje kazne.

U ostalom dijelu prvostepena presuda ostaje neizmijenjena.

O B R A Z L O Ž E N J E

Presudom Suda Bosne i Hercegovine broj X-KR-05/161 od 16.02.2007. godine, optuženi Janković Gojko oglašen je krivim da je radnjama opisanim pod tačkama 1 do 7 izreke presude učinio krivično djelo Zločin protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačke a), d), e), f), i g) KZ BiH.

Za gore navedeno krivično djelo prvostepeno ga je vijeće osudilo na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od trideset i četiri (34) godine, u koju kaznu mu je, na osnovu člana 56. KZ BiH, uračunalo vrijeme provedeno u pritvoru počev od 14.03.2005. godine, pa nadalje, dok ga je, primjenom člana 188. stav 1. ZKP BiH, obavezalo da naknadi troškove krivičnog postupka, o čemu će se donijeti posebno rješenje.

Na osnovu člana 198. stav 2. ZKP BiH, oštećeni su sa imovinskoopravnim zahtjevima, upućeni na parnicu.

Protiv navedene presude žalbu je izjavio branilac optuženog advokat Milan D. Trbojević, dok je Tužilaštvo BiH uložilo odgovor na žalbu.

Branilac optuženog je žalbu izjavio iz svih žalbenih osnova propisanih članom 296. ZKP BiH, te Apelacionom vijeću predložio da istu uvaži i pobijanu presudu ukine i odredi održavanje pretresa.

U obrazloženju žalbe branilac optuženog ističe da je osporena presuda u cjelosti suprotna principu in dubio pro reo, odnosno suprotna članu 3. stav 2. ZKP BiH, dok u pogledu bitnih povreda određaba krivičnog postupka, ističe da se ista zasniva na povredi određaba iz člana 297. stav 1. tačke a), c), d), i) i k) ZKP BiH.

Vežano za bitnu povredu određaba krivičnog postupka koja se tiče stava a) navedenog člana (nepropisan sastav Suda), branilac ističe da osnivanje Suda nije zasnovano na Ustavu BiH, te da je izbor međunarodnih sudija suprotan ustavnoj i zakonskoj regulativi koja je na snazi u BiH.

Nadalje, branilac smatra da iz činjenice da je glavni pretres održavan i bez prisustva njegovog branjenika, proizilazi povreda određaba krivičnog postupka iz stava c) navedenog člana.

Branilac, također, ističe i da je u toku postupka povrijeđeno optuženikovo pravo na odbranu, te da se prvostepena presuda zasniva na dokazima na kojima se ne može zasnivati. Navedeno se ogleda u tome što je prvostepeno vijeće odlučilo da, kroz čitanje iskaza zaštićenih svjedokinja FWS-105 i FWS-186, i udaljavanjem optuženog iz sudnice, neosnovano ispusti princip neposrednog izvođenja dokaza, te obzirom da se presuda zasniva na iskazima zaštićenih svjedokinja FWS-105, FWS-186, FWS-95 i FWS-75, na čijim iskazima se, prema mišljenju branioca, ne može zasnivati

presuda, došlo do gore navedenih povreda odredaba krivičnog postupka. U prilog navedenom branilac ističe da je svjedokinja FWS-95, prema nalazima vještaka, duševni bolesnik, dok njen iskaz pobijana presuda prihvata kao pouzdan i uvjerljiv. Iskaz svjedokinje FWS-75 prvostepena presuda, također, cijeni kao pouzdan, iako je, prema navodima žalbe, jasno da ista više puta nije govorila istinu.

Branilac navodi da je usljed ne pravljenja razlike između sukoba i napada jedne strane u ratu, u konkretnom slučaju došlo i do povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH. Navedeno proizilazi iz činjenice da u jednom dijelu pobijana presuda, iz drugih presuda, uzima kao utvrđeno da je "postojao širok, sistematski napada vojske i policije i paravojnih formacija na nesrpsko stanovništvo na širem području opštine Foča, u kojem su ti civili zarobljavani, fizički zlostavljani i ubijani,...", pri čemu ne navodi postojanje prisustva Armije R BiH u sukobu, kao ni postojanje žrtava na strani srpskih civila, dok se u drugom dijelu konstatuje da se "u periodu od 08.04.1992. pa najmanje do februara 1993. godine, vodio oružani sukob između bosanskih srba i bosanskih muslimana na području opštine Foča", gdje se ne navodi ko se s kim sukobljavao kao ni činjenica da je navedeni sukob rezultirao i žrtvama na strani srpskog civilnog stanovništva. Nadalje, kako se ističe, navedeno je bilo samo na štetu odbrane, budući da više nije bilo moguće dokazivati bilo šta u tom pravcu, mada iz dopisa Boračke organizacije Foča, koji je prezentiran Sudu, proizilazi da je u više navrata bilo i civilnih žrtava među srpskim civilima, a na što se osporena presuda nije ni osvrnula.

Branilac prvostepenu presudu pobija i zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, obrazlažući ovaj žalbeni osnov u odnosu na pojedine tačke osuđujućeg dijela presude.

U odnosu na tačku 1. izreke presude, žalba ističe da presuda ne sadrži obrazloženje u pogledu bitnih činjenica, odnosno, ne sadrži obrazloženje u pogledu komandne odgovornosti optuženog. Također, branilac ističe da se u ovom dijelu osporena presuda ne bavi nespornim činjenicama da su neki od civila bili vraćeni kućama, zatim ponovo lišeni slobode i odvedeni, ali bez znanja i učešća optuženog, iako ga ista nalazi krivim i u pogledu ovih događaja.

U pogledu tačke 2. izreke presude, prema navodima žalbe, došlo je do pogrešne procjene iskaza svjedoka. Navedeno se konkretno odnosi na iskaz svjedoka dr. Aščerić Nurudina, čiji kredibilitet odbrana izričito dovodi u sumnju, koji, kako žalba ističe, i nije svjedok budući da isti nema saznanja ni o kakvim konkretnim činjenicama. Nadalje se pobija zaključak Suda da je optuženi imao de facto komandnu ulogu u cijeloj operaciji na brdu Kremenik, te ističe da navedeno nema utemeljenja u provedenim dokazima.

U pogledu tačke 3. izreke presude, žalilac ističe da je došlo do pogrešne ocjene dokaza, pri čemu se isti izričito osvrće da iskaz svjedokinje FWS-75.

U pogledu tačke 4. izreke pobijane presude, žalbeni prigovor branilac zasniva na iskazima svjedokinja FWS-95 i FWS-75, pri čemu nalazi da se na iskazu svjedokinje FWS-95 ne može zasnivati nikakva odluka, budući da je ista dugogodišnji duševni bolesnik, te da je neuračunljiva.

U pogledu tačke 5. izreke presude, odbrana nadalje ističe da je sudeće vijeće nekonzistentno odstupilo od primjene načela neposrednosti. Navedeno se konkretno odnosi na činjenicu da je iskaz svjedokinje FWS-105 čitan na glavnom pretresu, iako se to uopće nije smjelo ni učiniti, niti iskaz svjedokinje koristiti kao dokazno sredstvo, dok s druge strane, raniji iskazi drugih svjedoka nisu ni čitani. Branilac navodi, stoga, da je u konkretnom slučaju postupano na štetu odbrane. Odbrana zaključuje da iz tih iskaza svjedoka, nedvojbeno proizilazi nedosljednost istih, pri čemu se navedeno naročito odnosi na svjedokinju FWS-105 i svjedokinju FWS-186 koja je svoj iskaz dan u AID-u, kasnije znatno izmijenila, a u pogledu neposredne prinudne aktivnosti optuženog spram nje.

Navedeni žalbeni prigovor se odnosi i u odnosu na tačke 6. i 7. izreke pobijane presude. Svjedokinja D.B., također, nije očevidac događaja koji se, navodno, odnosi na svjedokinju FWS-105, već je ista, sljedeće jutro, kada su pile kafu, po izrazu lica oštećene, zaključila da je ista bila silovana.

Vežano za tačku 7. izreke, naročito se ističe da se optuženom na teret stavlja i silovanje maloljetne A.B. čije postojanje nije ni dokazano u postupku, obzirom da za isto ne postoji dokumentacija, niti se pojavio iko od članova njene porodice.

Branilac takođe pobija prvostepnu presudu zbog povrede krivičnog zakona, što prema navodima žalbe je rezultat pogrešne pravne kvalifikacije sukladno KZ BiH, a ne KZ SFRJ, koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, a koji je blaži i povoljniji za optuženog. U konkretnom slučaju, optuženom se nije moglo staviti na teret izvršenje krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH, nego krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ.

Vežano za tačku 1. izreke kojom se optuženom stavlja na teret radnje izvršenja iz člana 172. stav 1. stav d) i e) KZ BiH (prisilno preseljenje stanovništva i zatvaranje), branilac ističe da je u konkretnom slučaju osam lica bilo zarobljeno i to od strane vojnika koji nisu bili podređeni optuženom. Neki od njih su bili pušteni, pa ponovo zarobljeni i odvedeni u KPD, pri čemu branilac negira znanje ili učešće njegovog branjenika. Opis krivičnopravnih radnji, prema navodima žalbe, odgovara opisu krivičnopravnih radnji koje se odnose na inkriminaciju pod tačkom e), a nikako i pod tačkom d) navedenog člana.

U pogledu tačke 2., žalilac ističe da radnje izvršenja koje se optuženom stavlja na teret, nikako se ne mogu kvalificirati kao ubistva i preseljenje stanovništva, već se radi o lišenju slobode civila, koji su kasnije oslobođeni.

Nadalje, u pogledu tačaka 3., 4., 5. i 7. izreke (mučenje i silovanje)- branilac navodi da krivično djelo silovanja konzumira krivično djelo mučenja u ovoj situaciji, te ne može postojati realni sticaj.

U pogledu tačke 6., žalilac ističe da radnje izvršenja su kvalificirane kao mučenje i seksualno ropstvo, pri čemu za isto ne postoji osnov, budući da odnos ropstva nije ni postojao. Oštećene su voljno pristale da uživaju zaštitu u takvoj situaciji, same su izabrale manje zlo kako iste ne bi bile prepuštene neizvjesnosti od grupe vojnika. Navedeno, prema navodima žalbe, bi se moglo kvalificirati kao silovanje, ali bez odgovornosti optuženog u tom smjeru. Također, činjenica da je optuženi, navodno, iskoristio i zloupotrijebio takvu situaciju, ne može se dovesti s njim u vezu.

Branilac također pobija prvostepenu presudu zbog odluka o kazni i troškovima krivičnog postupka, ističući da bi optuženom, primjenom odredaba iz KZ SFRJ, mogla biti izrečena kazna iz člana 142. stav 1., a ne kazna dugotrajnog zatvora.

Branilac ističe da prvostepeno vijeće u pobijanoj presudi, prilikom odmjeravanja kazne, nije našlo nikakve olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, a koje se, kako branilac ističe, ogledaju u činjenici da se optuženi dobrovoljno predao, da je u toku postupka bio korektan i saradivao sa sudom, te okolnosti vezano za njegovo zdravstveno stanje, za šta je prezentirana medicinska dokumentacija.

Nadalje, žalbom se pobija odluka suda o troškovim postupka, te predlaže da sud na osnovu odredaba člana 188. stav 4. ZKP BiH, optuženog oslobodi troškova. Odbrana navedeno dovodi u vezu sa činjenicom da je MKSJ već utvrdio da optuženi nema mogućnosti da sam izabere branioca, i istog mu postavio po službenoj dužnosti.

Tužilaštvo BiH je dostavilo odgovor na žalbu u kojem predlaže da se ista odbije u cjelosti i potvrdi prvostepena presuda, dok je u pogledu odluke Suda o naknadi troškova krivičnog postupka istaknuto da se ista treba potvrditi, odnosno preinačiti ukoliko bi apelaciono vijeće takvu odluku smatralo odgovarajućom.

Na sjednici Apelacionog vijeća održanoj dana 23.10.2007. godine, u smislu člana 304. ZKP BiH, branilac optuženog je ukratko iznio navode žalbe i tužilac odgovor na istu, te su obje strane u cjelosti ostale kod iznesenih navoda i prijedloga.

Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama žalbenih navoda, Apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci iz slijedećih razloga:

Prema ocjeni ovog vijeća, žalbeni prigovori kojima se ukazuje na bitne povrede odredaba krivičnog postupka, i to iz člana 297. stav 1. tačke a), c), d) i) i k) ZKP BiH su u cijelosti neosnovani. Naime, pitanje razmatranja ustavnosti Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine ne predstavlja žalbeni prigovor zakonom definisan u članu 297. stav 1. tačka a) ZKP BiH, te Apelaciono vijeće ovog suda nije nadležno za razmatranje navedenog pitanja. Međutim, o navedenom pitanju svoju odluku je donio

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u predmetu U-26/01 koji je taj argument našao neosnovanim.

Nadalje, član 24. ZKP BiH propisuje da u prvom stepenu sudi vijeće krivičnog odjeljenja Suda sastavljeno od trojice sudija. Član 65. stav 4. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine reguliše da u prelaznom periodu više međunarodnih sudija može biti imenovano u Odjel I. Bespredmetni su žalbeni navodi branioca u pogledu nepostojanja ustavnih ovlaštenja za osnivanje Suda BiH, kao i za imenovanje međunarodnih sudija, o čemu je Ustavni sud Bosne i Hercegovine donio meritornu odluku u predmetu AP 1785/06, odlučujući po apelaciji Abduladhima Maktoufa.

Neosnovan je žalbeni prigovor branioca kojim ističe da je glavni pretres održan bez prisustva osobe čije prisustvo je bilo neophodno u skladu sa zakonom. Naime, u toku glavnog pretresa dana 31. augusta 2006. godine, prvostepeno vijeće je donijelo odluku na osnovu člana 10. Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka da se optuženi za vrijeme ispitivanje svjedoka E i J udalji iz sudnice. Detaljno obrazloženje razloga za donošenje navedene odluke prvostepeno je vijeće iznijelo u pobijanoj presudi. Iz navedenog proizilazi da je prvostepeno vijeće, odlučujući po obrazloženom prijedlogu Tužilaštva BiH, nakon izjašnjenja stranaka i branioca, u smislu odredbi člana 235. ZKP BiH donijelo odluku o isključenju javnosti tokom svjedočenja svjedoka E i J, nastojeći prvenstveno zaštititi njihov osobni i intimni život, te radi dalje zaštite svjedoka u skladu sa članom 10. Zakona o zaštiti svjedoka donijelo odluku da se optuženi za vrijeme ispitivanje ovih svjedoka udalji iz sudnice. Istovremeno, prvostepeno vijeće je odlučilo da optuženom, putem uređaja za prenos slike i zvuka omogući praćenje njihovih svjedočenja, kako bi nakon direktnog ispitivanje mogao konsultovati svoga branioca u pogledu unakrsnog ispitivanja. Ovakvim postupanjem, suprotno žalbenim navodima, nije povrijeđen princip zabrane suđenja u odsustvu, niti je optuženom onemogućeno da prati suđenje i sudjeluje u toku glavnog pretresa. Navedena odluka, prema ocjeni ovog vijeća, donesena je u cijelosti i u kontekstu garancija osiguranih članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP), te je neosnovan žalbeni prigovor branioca kojim ističe da je povrijeđeno i pravo na odbranu. Naime, standardi koje postavlja član 6. EKLJP, i koji su primjenljivi na konkretno procesno pitanje, zahtijevaju da optuženi odmah, na jeziku koji razumije, bude podrobno obavješten o prirodi i razlogu optužbe protiv njega, što je nesporno i učinjeno prilikom saslušanja pred sudijom za prethodno saslušanje, održavanjem ročišta o izjašnjenju o krivnji, te otvaranjem glavnog pretresa čitanjem optužnice. Nadalje, optuženi je imao mogućnost da prati direktno ispitivanje svjedoka, te da obavi konsultacije sa braniocem u pogledu unakrsnog ispitivanja. Pravo na odbranu zagantovano članom 7. ZKP BiH garantuje pravo optuženom da se brani uz stručnu pomoć branioca, te da mu se mora omogućiti dovoljno vremena za pripremanje odbrane. Pored navedenog, član 6. stav 3. EKLJP dodaje i pravo optuženog da ispituje svjedoke protiv sebe ili da ih neko ispita u njegovo ime. Imajući u vidu navedeno, te iako ZKP izričito ne propisuje ovakvu procesnu situaciju, u konkretnom slučaju Zakon o zaštiti svjedoka predstavlja *lex specialis*, iako su navedena prava optuženog bila djelimično ograničena, isto je

izvršeno u skladu sa zakonskim ograničenjima, te je donesenom odlukom obezbjeđeno da optuženi na adekvatan način prati tog glavnog pretresa, bez narušavanja njegovog prava na odbranu.

Nadalje, prvostepeno vijeće je donijelo odluku kojom se djelimično usvaja prijedlog Tužilaštva za izuzeće od neposrednog izvođenja dokaza u odnosu na svjedoke FWS-105 i FWS-186, i to temeljem odredbi člana 273. stav 2. ZKP BiH, člana 11. Zakona o zaštiti svjedoka, te člana 5. i 7. Zakona o ustupanju, koja odluka je detaljno obrazložena u pobijanoj presudi. Prvostepeno vijeće je pravilno primijenilo standarde ustanovljene jurisprudencijom Evropskog suda za ljudska prava i kako je to detaljno obrazloženo u pobijanoj presudi, čitanje izjava svjedoka uzetih u fazi istrage samo po sebi ne predstavlja kršenje člana 6. stav 3. tačka d) EKLJP, ukoliko su ispoštovana prava odbrane. Imajući u vidu da pobijana presuda detaljno obrazlaže sve korake koje je sud preduzeo kako bi osigurao prisustvo svjedoka, uz to ne zasnivajući isključivo ili u odlučujućoj mjeri svoju odluku na tim izjavama, prema ocjeni ovog vijeća, u prvostepenom postupku vijeće je ispoštovalo potrebne uvjete, te nije došlo do povrede prava optuženog.

Žalbeni progovor branioca da se pobijana presuda zasniva na dokazima koji ne mogu biti osnov za presudu, što predstavlja žalbeni osnov iz člana 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH, prema ocjeni Apelacionog vijeća je neosnovan iz slijedećih razloga. Žalilac u žalbi iznosi analizu suštine dokaza, odnosno iskaza svjedoka FWS-105, FWS-186, FWS-95 i FWS-75, ne navodeći zakonske odredbe u skladu sa kojima bi ovi dokazi bili neprihvatljivi, te se prigovori žaliooca odnose na ocjenu navedenih dokaza, a ne na njihovu prihvatljivost. Prema ocjeni ovog vijeća, u pogledu svjedoka FWS-95, prvostepno vijeće je u skladu sa principom slobodne ocjene dokaza pažljivo cijenilo iskaz FWS-95, uzimajući u obzir njene psihičke probleme koji su posljedica zločina koji je nad njom izvršen, te je dovođenjem u vezu njenog iskaza sa iskazom vještaka Marije Komšić, kao i iskazom svjedoka FWS-87, ispravno zaključilo da je taj dokaz pouzdan, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće.

Nadalje, u pogledu svjedoka FWS-75, priroda žalbenog prigovora branioca ukazuje na ocjenu vjerodostojnosti svjedoka, ne dajući nikakvo uporište za svoje tvrdnje. Neosnovano žalilac ističe da je FWS-75 prepoznala glas optuženog preko toki-vokija iako ga nikad prije nije čula, jer iz iskaza ovog svjedoka jasno proizilazi da je ista prepoznala glas optuženog iz razloga što ga je dobro poznavala. U pogledu iskaza svjedoka FWS-105 i FWS-186, žalilac ističe da se isti nisu mogli koristiti, ne dajući nikakvo obrazloženje za takvu tvrdnju. Izjave ovih svjedoka su prihvaćene u skladu sa odredbama člana 273. stav 2. ZKP BiH i člana 11. Zakona o zaštiti svjedoka nakon detaljnog i pažljivog razmatranja postojanja zakonskih osnova za takvu odluku, što je prvostepno vijeće na detaljan način obrazložilo u pobijanoj presudi, a pored toga, prema ocjeni ovog vijeća prvostepno vijeće je ispoštovalo standarde utvrđene jurisprudencijom Evropskog suda za ljudska prava, te nije isključivo na tim dokazima, niti u znatnoj mjeri temeljilo svoju odluku.

Prema ocjeni apelacionog vijeća, suprotno navodima žalbe, prvostepena presuda nije nerazmljiva, niti kontradiktorna sama sebi ili kontradiktorna osnovama presude. Naime, žalilac neosnovano ističe da prvosteno vijeće nije moglo da zaključi da je postojao rasprostranjen i sistematski napad na nesrpsko stanovništvo na području Foče dok je istovremeno postojala Armija BiH, te uz postojanje i žrtava na srpskoj strani, što prema navodima žalioaca je u suprotnosti sa utvrđenom činjenicom koja je prihvaćena iz predmeta MKSJ Kunarac i dr, da je u relevantno vrijeme postojao oružani sukob između bosanskih Srba i bosanskih muslimana na području opštine Foča. Prema ocjeni ovog vijeća, napad i oružani sukob su odvojeni elementi, koje ih na isti način tretira i sudska praksa MKSJ i to primjera radi u predmetu Kunarac i dr. žalbeno vijeće MKSJ stava je da je “napad mogao prethoditi, nadmašiti, ili se nastaviti u toku oružanog sukoba (te da može) ali ne mora da bude dio istog“. Nadalje, žalilac neosnovano ističe da prvostepeno vijeće nije uzelo u obzir činjenicu da je bilo žrtava i na srpskoj strani. Naime, prilikom utvrđivanja da li je došlo do napada na određeno civilno stanovništvo, nije relevantno da li je i druga strana takođe počinila zlodjela nad civilnim stanovništvom protivnika. Postojanje napada jedne strane na civilno stanovništvo druge strane ne bi opravdalo napad te druge strane na civilno stanovništvo protivnika, niti bi se na osnovu toga moglo zaključiti da su snage te druge strane ustvari za cilj imale civilno stanovništvo kao takvo. Svaki napad na civilno stanovništvo druge strane bi bio jednako nezakonit, a zločini počinjeni kao dio takvog napada bi, uz ispunjenje svih drugih uvjeta, predstavljao zločin protiv čovječnosti (vidi predmet Kunarac i dr., presuda žalbenog vijeća od 12.06.2002. godine). Prema ocjeni apelacionog vijeća, postojanje oružanog sukoba nije u suprotnosti sa postojanjem rasprostranjenog i sistematskog napada na civilno stanovništvo, te postojanje žrtava izvan grupe koja je bila cilj napada nije u suprotnosti sa postojanjem napada, te je ovaj žalbeni prigovor branioca valjalo odbiti.

U odnosu na tačku 1. osuđujućeg dijela žalilac navodi da prvostepeno vijeće nije obrazložilo osnov za zaključak da je optuženi komandovao grupom vojnika koja je napala zaseok Brežine/Zubovići, koji žalbeni navod ovo vijeće nalazi u cijelosti neosnovanim. Prvostepeno vijeće u presudi na detaljan način obrazlaže dokaze na osnovu kojih je utvrdilo činjenice i okolnosti na osnovu kojih je iznijelo zaključak o ulozi optuženog, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće. Suprotno navodima žalbe, upravo svjedoci tužilaštva, kako je to prvostepeno vijeće pravilno obrazložilo i utvrdilo, navode da je optuženi imao komandnu ulogu, što potvrđuju svjedoci B, Ferida Glušac i Enes Hrnjić, koji svjedoci su, također, svjedočili o naredbi optuženog da se muškarci odvoje od žena i odvedu. Konačno, žalilac bespredmetno ističe da u pobijanoj presudi nije obrazložen zaključak da je optuženi naredio otvaranje vatre po kućama, iz razloga što do takvog zaključka prvostepeno vijeće nije ni došlo u pobijanoj presudi.

Nadalje, žalilac ističe da je tačka 1. osuđujućeg dijela presude kontradiktorna u mjeri u kojoj se u istoj tvrdi da su zarobljavanje civila i njihovo odvođenje izvršili drugi vojnici koji nisu bili pod komandom optuženog. Ovaj žalbeni prigovor je u cijelosti neosnovan, iz razloga što u pobijanoj presudi prvostepeno vijeće nije utvrdilo da je

neko drugi izvršio zarobljavanje civila, osim vojnika koji su bili pod komandom optuženog i koji su djelovali u skladu sa njegovim izričitim naredbama. Prvostepeno vijeće pravilno je, na osnovu iskaza troje očevidaca, utvrdilo da se radilo upravo o osobi pod kontrolom optuženog, koja je, djelujući u skladu sa njegovom naredbom, odvela zarobljene civile, muškarce sa mjesta njihovog zarobljavanja i povelu u pravcu Broda, što jasno proizilazi iz iskaza svjedoka Enesa Hrnjičića, koji je bio dio te grupe koja je odvedena.

Nadalje, prvostepeno vijeće na pravilan način zaključuje, na osnovu izvedenih dokaza, kako izjava svjedoka, tako i materijalnih dokaza, da je Radmilo Babić mogao formalno biti komandir voda, dok je optuženi imao stvarnu kontrolu. Ovo utvrđenje činjenice prvostepenog vijeća u pogledu uloge optuženog je potvrđeno pismom Odjeljenja opšte uprave Foča br. 04-835/4 od 22.01.2007. godine, u kojem se navodi da je Gojko Janković bio vođa jedinice, barem od aprila 1992. godine.

Konačno, žalilac navodi da prvostepena presuda nije uzela u obzir činjenicu da su u jendom momentu neki od zarobljenih civila nakratko vraćeni kućama prije nego što su ponovno odvedeni u zatočeništvo, bez učešća i znanja optuženog o tim dešavanjima, ali je ipak za to oglašen krivim.

Iz iskaza svjedoka B i Feride Glušac proizilazi da su dva ili tri dana nakon zarobljavanja, dvojica muškaraca nakratko vraćeni kućama, prije nego što su ponovno prebačeni u KPD. Prema ocjeni ovog vijeća, navedena činjenica nije odlučna činjenica koja utiče na krivičnu odgovornost optuženog. Prvostepenom presudom optuženi je oglašen krivim za prvobitno lišavanje slobode tih muškaraca na osnovu direktnog umišljaja, i za njihovo zatočenje na osnovu indirektno namjere, jer je mogao predvidjeti da će njegove radnje za posljedicu imati njihovo dugotrajno zatočenje. Činjenica da su dvojica muškaraca vraćena kućama na 15 minuta prije nego što su ponovno odvedeni u pritvor, nije značajna u toj mjeri da bi mogla prekinuti uzročno posljedičnu vezu između radnji optuženog i zatvaranja muškaraca. Optuženi nije ni oglašen krivim za konkretne slučajeve zlostavljanja kojima su ti muškarci bili podvrgnuti tokom svog boravka u zatočeništvu (ubijanja, premlaćivanja), ono što je bitno sa stanovišta krivnje optuženog, jeste predvidivi rezultat, odnosno posljedica njegovih radnji: zatočenje tih muškaraca, dok nije relevantno da je neko drugi privremeno izveo dvojicu muškaraca iz pritvora i ponovno ih vratio. Slijedom navedenog, prema ocjeni ovog vijeća ovaj žalbeni prigovor žalioaca je u cijelosti neosnovan.

U odnosu na tačku 2. osuđujućeg dijela presude, žalilac osporava pozivanje prvostepene presude na iskaz dr. Nerudina Aščerića, navodeći da on nema direktnog saznanja ni o kakvim konkretnim činjenicama i da je njegov kredibilitet sumnjiv. Međutim, žalilac ne dovodi u vezu iskaz ovog svjedoka sa nekim konkretnim utvrđenjem ili zaključkom prvostepenog vijeća. Svojim paušalnim i ničim potkrijepljenim navodima, prema ocjeni ovog vijeća, žalilac nije osporio vjerodostojnost i kredibilitet iskaza ovog svjedoka, koji i nije svjedočio o svojim

direktnim saznanjima o događajima koji su obuhvaćeni ovom tačkom izreke prostepene presude, već je u odnosu na konkretne okolnosti potkrijepio iskaze nekih od svjedoka oštećenih, odnosno isti predstavlja kontrolni dokaz.

Nadalje, žalilac osporava pozivanje prvostepene presude na pismo komandanta fočanske taktičke grupe pukovnika Marka Kovača br. 01/705-1 od 13.08.1993. godine, koje sadrži prijedlog da s optuženi proglašeni „Vojvodom“, navodeći da je takav prijedlog „očigledna budalaština nekog od, vjerovatno, pijanih komandanata“. Ovaj paušalni i nepotkrijepljeni navod žalioaca u cijelosti je neosnovan, iz razloga što navedeni dokument nije jedini dokaz na osnovu kojeg je prvostepeno vijeće donijelo svoj zaključak u pogledu uloge optuženog. Prvostepeno vijeće je na pravilan način cijevalo ovaj materijalni dokaz, a u vezi sa mnogim drugim dokumentima i iskazima svjedoka, te na pravilan način, što je i detaljno obrazloženo u pobijanoj presudi, utvrdilo da je optuženi u relevantno vrijeme bio vođa svoga voda, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće.

Nadalje, žalilac ističe da je utvrđenje da je optuženi de facto imao komandnu ulogu u cijeloj operaciji na brdu Kremenik, pogrešan zaključak koji nema utemeljenja u provedenim dokazima i da je donesen kako bi se prikrila činjenica da su neki vojnici koji su učestvovali u tome bili pripadnici drugih jedinica, a ne voda kojim je komandovao optuženi. Iz iskaza svjedoka FWS-75, FWS-88, DB, FWS-96, FWS-105, FWS-74 I WFS-87 proizilazi da je optuženi komandovao grupom vojnika koja ih je napala, a koja grupa približno po broju odgovara sastavu voda. Nadalje, sva utvrđenja prvostepenog vijeća u vezi sa činjenicom da je optuženi komandovao operacijom na lokaciji Kremenik, ukazuju na grupu vojnika veličine voda koja je učestvovala u konkretnoj operaciji. Iz iskaza gore navedenih svjedoka jasno proizilazi zaključak prvostepenog vijeća da je optuženi de facto komandovao vojnicima iz te grupe, na način da je istim davao uputstva koja su i izvršavali. Termin „de facto komandir“ nije korišten od strane prvostepenog vijeća da bi se proširila odgovornost optuženog, već konstatovanje upravo činjenice da neki od vojnika koji su tog dana izvršavali naređenja optuženog nisu bili pripadnici njegovog voda, već su stavljeni pod komandu optuženog u svrhu te konkretne operacije, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće, stoga su žalbeni navodi branioca u pogledu nepotpuno i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja odnosu na tačku 2. osuđujućeg dijela prvostepene presude neosnovani u cijelosti.

U pogledu tačke 3. osuđujućeg dijela presude, žalilac ističe da su utvrđenja pod ovom tačkom rezultat pogrešne ocjene dokaza, naročito oslanjanja na iskaz svjedoka FWS-75. Prema ocjeni Apelacionog vijeća, ovaj žalbeni prigovor branioca je u cijelosti neosnovan, iz razloga što je prvostepeno vijeće na pravilan i zakonit način iznijelo svoj pristup ocjenjivanju iskaza i dokaza, koji je primjenjen na sve tačke optužnice, pa tako i u odnosu na ovu tačku. Članom 15. ZKP BiH definisano je jedno od osnovnih načela krivičnog postupka, odnosno načelo slobodne ocjene dokaza, koje daje pravo sudu da ocjenjuje postojanje ili nepostojanje činjenica slobodno, odnosno oslobođeni su formalnih pravila koja bi, a priori, određivala vrijednost dokaza. U

tom smislu sud je dužan da savjesno ocijeni svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima i da na osnovu takve ocjene izvede zaključak o tome da li je neka činjenica dokazana. Ocjena dokaza obuhvata logičku i psihološku ocjenu. U tom smislu, prvostepno vijeće je dalo detaljno obrazloženje kako svakog dokaza pojedinačno, tako i svih dokaza zajedno, koji su izvedeni u okviru ove tačke izreke prvostepene presude, te je detaljno obrazložilo koje činjenice smatra utvrđenim u okviru ove tačke, kao i svoj zaključak d, iako je jedino svjedokinja FWS-75 svjedočila o svom ispitivanju i grupnom silovanju, ostatak njenog iskaza je potkrijepljen i direktno i indirektno iskazima drugih svjedoka, što u cijelosti prihvata i ovo vijeće. Prema ocjeni ovog vijeća, ocjena iskaza svjedoka FWS-75 od strane prvostepenog vijeća je učinjena na zakonom propisan način, te je u tom pogledu valjalo odbiti ovaj žalbeni prigovor kao neosnovan.

U pogledu tačke 4. osuđujućeg dijela presude, žalilac osporava oslonjanje prvostepenog vijeća na iskaz svjedoka FWS-95, te time i sva utvrđenja koja su zasnovana na njenom svjedočenju. Žalilac ističe da je svjedok FWS-95 promijenila svoju raniju izjavu u tolikoj mjeri da bi jedino logično objašnjenje bilo da se ona o tome dogovorila s nekim. Nadalje, žalilac ističe da je iskaz svjedoka FWS-95 u vezi sa masovnim silovanjem na fudbalskom stadionu „toliko fantastičan“ da bi za takav iskaz bilo potrebno više potvrda da bi se prihvatio kao valjan, ističući da je ona mnogo godina na psihijatrijskom liječenju, što je čini praktično psihički nesposobnom“. Svjedok FWS-95 objasnila je zbog čega nije spomenula događaje o kojima je dala iskaz u svojoj izjavi iz 1996. godine, i to iz razloga što je smatrala da je to kratka izjava u kojoj nije mogla ispričati sve što joj se desilo, te da ona sada uzima lijekove i da se može sjetiti više stvari. Nadalje, vještak neuropsihijatar Dr. Komšić, izjavila je da bez obzira na to što pati od ..., svjedok FWS-95 bila je sposobna da da valjan iskaz. Na osnovu navedenog, prvostepeno vijeće je pravilno zaključilo da je svjedok FWS-95 pouzdan svjedok, uz to uzimajući u obzir da je njen iskaz potvrđen iskazom svjedoka FWS-87. U pogledu sadržine iskaza svjedoka FWS-95, o masovnom silovanju na stadionu, ovo vijeće napominje, da je prvostepena presuda donijeta odlučujući po optužnici Tužilaštva Bosne i Hercegovine broj KT-RZ-163/05, u kojoj taj događaj nije obuhvaćen, optuženi se ne tereti u vezi sa tim događajem, pa isti i nije bio predmetom odlučivanja u pobijanoj presudi, zbog čega se navedeni žalbeni prigovor ukazuje nerelevantnim i ne može biti predmet odlučivanja po žalbi izjavljenoj na prvostepnu presudu.

U odnosu na tačku 5. osuđujućeg dijela prvostepene presude, žalilac ponavlja svoj žalbeni navod da je prvostepeno vijeće pogriješilo kada je dozvolilo uvođenje i čitanje izjave FWS-105, te ističe da smatra da prvostepeno vijeće trebalo uvesti i sve izjave svjedoka FWS-105, kako bi se mogle ispitati eventualne nedosljednosti. Prvostepeno vijeće je na detaljan način obrazložilo razloge zbog kojih nije prihvatilo izjavu ovog svjedoka datu pred MKSJ, upravo iz razloga što je ista data u krivičnom predmetu protiv Kunarca i dr., u kojem su optuženi Kunarac, Kovač i Vuković, de jure, imali priliku da unakrsno ispituju svjedoka tokom svjedočenja na glavnom pretresu pred MKSJ, i možda su pokušali da sebe oslobode krivice i time prebace

teret na ostale osobe koje su bile umiješane, između ostalog i optuženog Gojka Jankovića. Kako je to pravilno zaključilo prvostepeno vijeće, ovo samo po sebi, izaziva značajnu sumnju u pogledu pouzdanosti i sveukupne pravičnosti, te predstavlja kršenje standarda EKLJP, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće. Nadalje, izjava svjedoka FWS-105, koja je pročitana na glavnom pretresu u krivičnom predmetu protiv Gojka Jankovića, potvrđena je i iskazom svjedoka DB, koju su optuženi i „Beba“ zajedno sa svjedokom FWS-105 odveli u kuću na Trnovači, nakon čega je „Beba“ nju odveo u jednu sobu gdje ju je silovao dok je FWS-105 ostala u društvu optuženog. Mada DB nije vidjela silovanje FWS-105, slijedećeg jutra, kada ju je vidjela, na osnovu izraza na njezinom licu i opšteg stanja njene prijateljice, te na osnovu vlastitog iskustva, zaključila je da je FWS-105 prošla kroz istu patnju. Pored navedenog, prvostepeno vijeće je u pobijanoj presudi detaljno obrazložilo i svoju odluku zasnovanu i na iskazima FWS-75 i FWS-96, koje su prepričale ono što se dogodilo svjedokinji FWS-105. Slijedom navedenog, prema ocjeni ovog vijeća, pravilan je zaključak prvostepenog vijeća da je optuženi silovao FWS-105 na način opisan pod tačkom 5. izreke prvostepene presude, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće.

U odnosu na tačku 6. osuđujućeg dijela presude, žalilac ističe nedosljednosti između izjave koju je FWS-186 dala AID-u, u kojoj ona navodi da je pristala na seksualni odnos sa optuženim, u poređenju sa kasnijim izjavama u kojima navodi da joj je bilo zapriječeno pištoljem i da je silovana. I ovaj žalbeni prigovor je u cijelosti neosnovan. Naime, izjava koju je FWS-186 dala AID-u nije uvrštena u dokaze u ovom krivičnom postupku. Tužilac se nije pozivao na tu izjavu, niti je od prvostepenog vijeća tražio da se ta izjava pročita. Uvidom u spis proizilazi da je tužilac navedenu izjavu dostavio odbrani uz ostale dokaze koji su bili prilog optužnici, ali istu nije koristio na glavnom pretresu. Nadalje, proizilazi da je odbrana imala kopiju navedene izjave tokom čitavog glavnog pretresa, te da istu nije predložila kao dokaz odbrane. U smislu odredbi člana 295. stav 4. ZKP BiH, u žalbi se mogu iznositi nove činjenice i novi dokazi koji i pored dužne pažnje i opreza nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu. Žalilac je dužan navesti razloge zašto ih ranije nije iznio. Suprotno zakonskoj odredbi, u svojoj žalbi, žalilac ne navodi razloge zbog kojih nije uveo navedenu izjavu svjedoka FWS-186 u toku glavnog pretresa, a imajući u vidu da je posjedovao kopiju iste, prema ocjeni ovog vijeća, branilac u žalbi upravo ukazuje na svoj nemar i na svjesno taktiziranje.

U odnosu na tačku 7. osuđujućeg dijela prvostepene presude, žalilac osporava postojanje malodobne A.B., koje navode žalilac ničim ne potkrepljuje, te je ovaj žalbeni prigovor, prema ocjeni Apelacionog vijeća, neosnovan. Prvostepeno vijeće je na osnovu opširnih i koherentnih iskaza FWS-75, FWS-87, FWS-132 i FWS-191 utvrdilo da je optuženi silovao malodobnu A.B., na način поближе opisan pod tačkom 7. izreke prvostepene presude, koji zaključak u cijelosti prihvata i ovo vijeće. Navedeni svjedoci na jasan i decidan način u svojim iskazima spominju malodobnu djevojčicu A.B., starosne dobi od 12 godina, koju su poznavali, te na osnovu njihovih iskaza nesporno proizilazi činjenica da je malodobna A.B. postojala. Činjenica da

sudbina malodobne A.B. nije poznata, ne predstavlja odlučnu činjenicu u pogledu krivične odgovornosti optuženog, iz razloga što na osnovu iskaza navedenih svjedoka se može sa velikom vjerovatnoćom pretpostaviti da malodobna A.B. nije živa.

Takođe je neosnovan žalbeni prigovor branioca kojim se ukazuje na povredu krivičnog zakona iz člana 298. ZKP BiH iz razloga što je sud, umjesto KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, i koji je prema ocjeni branioca blaži za učinioca, primjenio KZ BiH. Prvostepeno vijeće je u pogledu primjene materijalnog prava u presudi dalo iscrpne i valjane razloge, kako u pogledu odstupanja od principa zakonitosti i vremenskog važenja krivičnog zakona, tako i u pogledu statusa zločina protiv čovječnosti u međunarodnom običajnom pravu, te zaključku da je kazna propisana Krivičnim zakonom BiH u svakom slučaju blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, u potpunosti prihvata ovo vijeće, te nalazi da navodi žalbe nisu dostatni da bi se osporilo iscrpno i detaljno obrazloženje koje je u tom pogledu dato od strane prvostepenog vijeća.

Na suprot tome, žalilac osnovano u žalbi ističe da je učinjena povreda krivičnog zakona time što su radnje koje se optuženom stavljaju na teret pod tačkama 1. i 2. izreke prvostepene presude pravno kvalifikovane u odnosu na tačku 1. prisilno preseljenje stanovništva i zatvaranje iz člana 172. stav 1. tačke d) i e) u vezi sa članom 29. KZ BiH, te u odnosu na tačku 2., ubistva, mučenje i prisilno preseljenje stanovništva iz člana 172. stav 1. tačke a), f) i d) u vezi sa članom 29. KZ BiH. Žalilac osnovano ističe da u odnosu na tačku 1. izreke pobijane presude, u konkretnoj situaciji osam lica je zarobljeno, te da činjenični opis odgovara lišenju slobode i zatvaranju kako predviđa tačka e) iz člana 172. stav 1. KZ BiH, što je također slučaj i sa činjeničnim opisom koji je utvrđen pod tačkom 2., u kojem nema elemenata za pravnu kvalifikaciju preseljenja stanovništva, već o lišenju slobode civila. Naime, u svrhu utvrđivanja da zločin zatvaranja čini zločin protiv čovječnosti potrebno je da budu dokazani slijedeći elementi: i) da je pojedinac lišen slobode; ii) da je lišavanje slobode proizvoljno, to jest, da ne postoji pravna osnova koja bi opravdala lišavanje slobode; iii) da je djelo ili propust kojim je pojedinac lišen fizičke slobode počinio optuženi, ili osoba odnosno osobe za koje optuženi snosi odgovornost, s namjerom da pojedinca proizvoljno liši fizičke slobode ili s razumno mogućim znanjem da bi njegovo djelo ili propust vjerovatno mogli dovesti do proizvoljnog lišavanja fizičke slobode (vidi predmet Krnojelac, presuda pretresnog vijeća od 15.03.2002. paragraf 115). Kako je to pravilno utvrdio prvostepeni sud u pobijanoj presudi, u vezi sa krivičnim djelom zatvaranja ili drugog lišavanja slobode suprotno osnovnim pravilima međunarodnog prava, na osnovu izvedenih dokaza utvrđeno je da je lišavanje osam muškaraca fizičke slobode bilo samovoljno i bez zakonskog opravdanja. U odnosu na tačku 1. izreke pobijane presude, optuženi je u samom početku imao direktnu namjeru u pogledu njihovog lišavanja fizičke slobode, te je imao indirektnu namjeru za duži period zarobljenišva jer je, u svjetlu datih okolnosti (naime, veća operacija koja se ogleda u zarobljavanju drugih lica u isto vrijeme), bila predvidljiva posljedica da će tih osam muškaraca biti držani u zarobljeništvu duži vremenski period, kao i u odnosu na tačku 2., u dijelu u kojem je činjenično utvrđeno

odvođenje žena i djece na način pobliže opisan u izreci pobijane presude. Na suprot tome, utvrđeno činjenično stanje pod tačkom 1. i 2. izreke presude, nije dostatno kako bi se na osnovu istog ispunili elementi prisilnog preseljenja stanovništva, koji obuhvataju: i) prisilno preseljenje pojedinaca iseljavanjem ili drugim prisilnim radnjama iz područja na kojima zakonski borave na druge lokacije unutar državnih granica, bez osnova dozvoljenih međunarodnim pravom, te ii) namjera počinioca da prisilno raseli osobe, međutim ta namjera ne mora podrazumjevati trajno preseljenje. U pobijanoj presudi, prvostepeno vijeće je obrazložilo samo prvi element, dok je propustilo da primijeni drugi uslov koji obuhvaćen definicijom prisilnog preseljenja.

Dakle, pobijana presuda pod tačkama 1. i 2. izreke, pravilno i potpuno utvrđuje činjenično stanje ali izvodi pogrešan pravni zaključak koji rezultira pogrešnom primijenom materijalnog prava, stoga je valjalo uvažiti žalbu branioca, te djelimično preinačiti pobijanu presudu, na način da se pobijana presuda preinačava u pravnoj ocjeni radnji izvršenja krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. K Z BiH, za koje je optuženi oglašen krivim, i to na način da je optuženi, radnjama opisanim: pod tačkom 1. počinio: zatvaranje iz člana 172. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 29. KZ BiH; pod tačkom 2. : ubistva, mučenja i zatvaranje, iz člana 172. stav 1. tačke a) f) i e) u vezi sa članom 29. KZ BiH.

Nadalje, žalilac navodi da je prvostepeno vijeće počinilo povredu krivičnog zakona u tačkama 3., 4., 5 i 7. osuđujućeg dijela presude, kvalifikacijom radnji optuženog kao mučenje i silovanje iz člana 172. stav 1. tačka f) i g) KZ BiH, ističući da između ta dva krivična djela ne može postojati sticaj, jer djelo silovanja konzumira krivično djelo mučenja, koji žalbeni prigovor ovo vijeće smatra u cijelosti neosnovanim. Prema ocjeni ovog vijeća, ova dva krivična djela su u odnosu idealnog sticaja i za svako od njih neophodno je dokazivanje bitno drugačijeg obilježja. Naime, kako je to pravilno utvrdilo prvostepeno vijeće, kumulativne osude za silovanje i mučenje, koje su zasnovane na istom ponašanju, su dozvoljene, jer svaka od krivičnih radnji sadrži poseban element koji zahtijeva činjenični dokaz koji druga radnja ne zahtijeva, koji stav u cijelosti prihvata i ovo vijeće. Za krivično djelo silovanja neophodan je dokaz o seksualnoj penetraciji, što ne predstavlja obilježje krivičnog djela mučenja, za koje je potrebna zabranjena namjera, kao što je dobijanje obavještenja ili priznanja, kažnjavanje, zastrašivanje ili vršenje pritiska na žrtvu ili treće lice ili bilo koji oblik diskriminacije (*vidi predmet Kunarac i dr., presuda žalbenog vijeća od 12.06.2002. paragraf 142*). Imajući u vidu navedeno, prema ocjeni ovog vijeća, žalbeni prigovor branioca je u cijelosti neosnovan.

Nadalje, žalilac u pogledu tačke 6. osuđujućeg dijela presude navodi da je prvostepeno vijeće počinilo povredu krivičnog zakona kada je u odnosu na ovu tačku radnje kvalifikovalo i kao mučenje i kao seksualno ropstvo iz člana 172. stav 1. tačke f) i g) KZ BiH. Navedeni žalbeni prigovor je u cijelosti neosnovan. . Prvostepeno vijeće je pravilno primijenilo slijedeće elemente koji čine krivično djelo seksualnog ropstva: i) namjerno provođenje bilo koje ili svih ovlasti koje su u vezi sa pravom vlasništva nad osobom; ii) počinilac je učinio da žrtva učestvuje u jednom ili više

činova seksualne prirode. Prvostepeno vijeće je pravilno utvrdilo, na osnovu izvedenih dokaza, da su oštećene bile u kući u Trnovači protiv svoje volje, pošto nisu bile u situaciji da daju bilo kakav istinski pristanak, te da su FWS -186 i FWS-191 bile podvrgnute uslovima koji predstavljaju seksualno ropstvo, te je prvostepeno vijeće pravilno zaključilo da ove radnje predstavljaju obilježja krivičnog djela mučenja zbog bola i patnje koji se mogu pripisati uslovima u kojima su se oštećene nalazile i diskriminatorne namjere koja je u osnovi tog zločina.

Ispitujući pobijanu presudu povodom žalbenih progovora u pogledu odluke o kazni, suprotno žalbenim navodima, apelaciono vijeće smatra da je prvostepeno vijeće, primjenom člana 48. KZ BiH, pravilno odmjerilo kaznu optuženom. -Imajući u vidu sve okolnosti koji utiču na visinu kazne, kako subjektivne tako i objektivne, a koje se odnose na krivično djelo i njegovog učinioca. Naime, prvostepeni sud je je optuženom, osudivši ga na kaznu zatvora u trajanju od 34 godine, e izrekao adekvatnu kaznu, s obzirom na stepen krivične odgovornosti, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu povrede zaštićenog dobra, brojnost radnji, te osobne prilike optuženog. Žalbeni navod branioca kojim ističe da je prvostepeno vijeće trebalo uzeti u obzir činjenicu da se optuženi dobrovoljno predao, u cijelosti je neosnovan. Pri tome, odlučna činjenica je da je optuženom trebalo gotovo devet godina da se preda nadležnim organima, od 26. juna 1996. godine, kada je MKSJ podigao prvu optužnicu protiv njega i izdao nalog za hapšenje, do 14. maja 2005. godine, datuma njegove predaje. Propust optuženog da se preda, u tokom ovih skoro 9 godina, u cijelosti poništava značaj dobrovoljne predaje u smislu olakšavajućih okolnosti. (vidi predmet Simić i dr., presuda pretresnog vijeća od 17.10.2003. godine, paragraf 1086). Nadalje, prema ocjeni ovog vijeća, saradnja sa pravosudnim organima može se uzeti u obzir u slučaju priznanja krivnje ili sklapanja sporazuma o priznaju krivnje, a u suprotnom, od svakog optuženog, kao stranke u postupku, očekuje se primjereno ponašanje pred sudom za vrijeme sudskog postupka, jer zakon jasno propisuje mjere koje može preduzeti vijeće radi osiguranja procesne discipline. Slijedom navedenog, prema ocjeni ovog vijeća, činjenica da se optuženi korektno držao tokom suđenja, ne predstavlja olakšavajuću okolnost prilikom odmjeravanja kazne. Nadalje, zdravstveno stanje optuženog shodno je tretirati prilikom izvršenja izrečene kazne, a samo u izuzetnim okolnostima i rijetkim slučajevima loše zdravstveno stanje trebalo bi smatrati olakšavajućom okolnosti (vidi predmet Simić, presuda pretresnog vijeća od 17.10.2002. paragraf 98). Međutim, u konkretnom slučaju, nisu ispunjeni uslovi kako bi se zdravstveno stanje optuženog Gojka Jankovića smatralo olakšavajućom okolnosti. Apelaciono vijeće smatra da izrečena kazna predstavlja adekvatan odraz težine krivičnog djela za koje je optuženi oglašen krivim, čiji zaštitni objekt je od šireg društvenog značaja, te je kao takvo sankcionisano i kroz međunarodnu legislativu, i ima posebnu težinu sa psihološkog, moralnog, vjerskog, običajnog i drugih aspekata, kako života samih žrtava, tako i njihovih porodica, te prema ocjeni ovog vijeća izrečena kazna dugotrajnog zatvora pravilno je odmjerena, te adekvatna za postizanje, kako svrhe krivičnopravne sankcije, tako i svrhe kažnjavanja.

Nadalje, suprotno navodima žalioaca, uvidom u spis, vijeće konstatuje da je optuženom dana 15.05.2006. godine postavljen branilac po službenoj dužnosti iz razloga predviđenih u članu 45. stav 3. ZKP BiH, odnosno iz razloga što ZKP BiH u ovom članu predviđa obaveznu odbranu na način da propisuje da optuženi nakon podizanja optužnice za krivično djelo za koje se može izreći deset godina zatvora ili teža kazna, mora imati branioca u vrijeme dostavljanja optužnice. Nadalje, u krivičnom postupku nije dokazano da je optuženi slabog imovnog stanja, te imajući u vidu da žalilac nije potkrijepio svoje navode na osnovu kojih bi vijeće moglo utvrditi da bi plaćanjem troškova krivičnog postupka od strane optuženog bilo ugroženo izdržavanje njegove porodice, prema ocjeni apelacionog vijeća nisu se stekli zakonski uslovi za oslobađanje optuženog od obaveze plaćanja troškova krivičnog postupka, u skladu sa članom 188. stav 4. ZKP BiH.

Nadalje, optuženom je nakon izricanja prvostepene presude, pritvor produžen u skladu sa odredbama člana 287. ZKP BiH, u vezi sa odredbama člana 138. stav 1. ZKP BiH, koji po tom rješenju može trajati do pravomoćnosti presude. Imajući u vidu da je Zakonom o izmjena i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine od 13.04.2007. godine, u članu 2. izmjenjen i dopunjen član 138. ZKP BiH u stavu 3. na način da pritvor koji je određen ili produžen po odredbama stava 1. ovog člana može trajati do upućivanja osobe na izdržavanje kazne, ali najduže dok ne istekne vrijeme trajanja kazne izrečene u pravomoćnoj presudi, Apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci presude, te se optuženom ima uračunati vrijeme provedeno u pritvoru počev od 14.03.2005. godine, pa do upućivanja na izdržavanje kazne.

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

Zapisničar:
Melika Bušatlić

Predsjednik vijeća
sudija
Azra Miletić

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