

TEMATSKI SAŽETAK SUDSKE PRAKSE U VEZI S KRIVIČNIM GONJENJEM SEKSUALNOG I RODNO UVJETOVANOG NASILJA U BOSNI I HERCEGOVINI



Publikacija Projekta Rod i međunarodno krivično pravo Ureda za istraživanje u oblasti ratnih zločina (WCRO) i Programa Žene i međunarodno pravo (WILP)

TEMATSKI SAŽETAK SUDSKE PRAKSE

u vezi s

KRIVIČNIM GONJENJEM SEKSUALNOG I RODNO UVJETOVANOG NASILJA U BOSNI I HERCEGOVINI

SADRŽAJ

SPISAK IZVORA	v
I. UVOD	1
II. SILOVANJE: DEFINICIJA	3
A. <i>U ranoj praksi ad hoc tribunala usvojena je konceptualna definicija silovanja</i>	3
1) <i>Actus reus silovanja uključuje seksualni odnos, ali može obuhvatiti bilo kakav fizički nasrtaj seksualne prirode počinjen protiv osobe pod okolnostima koje čine prisilu.....</i>	4
2) <i>Fizički nasrtaj seksualne prirode razlikuje silovanje od drugih oblika seksualnog nasilja</i>	4
B. <i>U kasnijoj praksi ad hoc tribunala usvojena je uža definicija silovanja kojom je silovanje definisano kao seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna, određenih dijelova tijela bez pristanka žrtve</i>	4
C. <i>Definicija silovanja Međunarodnog krivičnog suda.....</i>	5
1) <i>Koncept “nasrtaja” je zamišljen tako da bude dovoljno širok da bude spolno neutralan i da obuhvati penetraciju u slučajevima kada su počinitelj i žrtva istog spola</i>	5
2) <i>Koncept “nasrtaja” obuhvata muške i/ili ženske počinioce i žrtve</i>	5
D. <i>Vaginalna penetracija predstavlja silovanje</i>	5
E. <i>Djelimična penetracija predstavlja silovanje</i>	6
F. <i>Penetracija stranim predmetima može predstavljati silovanje</i>	6
G. <i>Oralna penetracija može predstavljati silovanje.....</i>	6
H. <i>Radnje seksualnog nasilja koje ne potpadaju pod definiciju silovanja mogu predstavljati druga međunarodna krivična djela</i>	7
I. <i>Mens rea krivičnog djela silovanja</i>	7
1) <i>Mens rea krivičnog djela silovanja je namjera da se postigne seksualna penetracija i znanje da se to događa bez pristanka žrtve</i>	7
2) <i>Činjenične okolnosti, kao što je zatočenje, mogu biti dokaz za traženo znanje da do penetracije dolazi bez pristanka žrtve</i>	8

III. PRISTANAK I PRINUDA U DEFINICIJI SILOVANJA I DRUGIH OBLIKA SEKSUALNOG NASILJA . 9

- A. U ranoj sudskoj praksi ad hoc tribunala silovanje je definisano kao fizički nasrtaj seksualne prirode – i seksualno nasilje kao akt seksualne prirode – počinjen protiv osobe pod “okolnostima koje čine prisilu”, i koje se ne moraju ogledati u primjeni fizičke sile..... 9
- B. U kasnijoj praksi ad hoc i mješovitih tribunala silovanje je definisano kao seksualna penetracija određenih dijelova tijela bez pristanka žrtve 9
- 1) Primjena sile ili prijetnja primjenom sile predstavlja neoboriv dokaz odsustva pristanka, ali primjena sile nije *po sebi* element bića silovanja..... 10
 - 2) Otpor žrtve se ne traži kako bi optuženi bio svjestan njenog nepristajanja na seksualni odnos 10
 - 3) Pristanak mora biti dan dobrovoljno, kao rezultat slobodne volje žrtve, procijenjen na osnovu konteksta postojećih okolnosti..... 11
 - 4) Osoba može biti nesposobna dati istinski pristanak uslijed nesposobnosti izazvane prirodnim ili vanjskim faktorima, ili nesposobnosti povezane sa starosnom dobi te osobe..... 12
 - 5) Iako primjena sile ili prijetnja primjenom sile mogu predstavljati dokaz o odsustvu pristanka, odsustvo pristanka može se dokazivati i na druge načine, kao na primjer ako je žrtva bila izložena zatočenju, pritisku ili psihološkom ugnjetavanju 12
 - 6) Zaključak o odsustvu pristanka može se izvesti i na osnovu postojećih prisilnih okolnosti kao što je provođenje genocidne kampanje, napad na civilno stanovništvo ili oružani sukob 14
 - 7) Primjena sile ili prijetnja primjenom sile usmjerena prema trećoj osobi predstavlja prinudu..... 15
- C. Međunarodni krivični sud je usvojio šire tumačenje okolnosti koje nasrtaju na tijelo osobe daju njegov kriminalni karakter 15
- 1) Za silovanje se traži: (i) primjena sile; (ii) prijetnja primjenom sile ili prinude, kao što je ona izazvana strahom od nasilja, pritiska, zatočenja, psihološkog ugnjetavanja ili zloupotrebe moći, protiv te ili druge osobe; (iii) iskorištavanje prisilnog okruženja; ili (iv) napad usmjeren protiv osobe koja nije u stanju dati istinski pristanak 15
 - 2) Odsustvo pristanka žrtve nije zakonski element zločina silovanja prema Rimskom statutu 15
 - 3) Faktori koji mogu predstavljati dokaz o postojanju “prisilnog okruženja” obuhvataju prijetnje, zastrašivanje, iznuđivanje i druge oblike pritiska koji koriste strah ili očaj, kao i prisustvo neprijateljskih snaga među civilnim stanovništvom 16
 - 4) Faktori koji mogu doprinjeti stvaranju prisilnog okruženja obuhvataju broj osoba koje učestvuju u počinjenju zločina, da li je silovanje počinjeno tokom

ili neposredno nakon oružane borbe, i počinjenje drugih zločina pored silovanja	16
D. <i>Države imaju pozitivnu obavezu kažnjavanja i djelotvornog krivičnog gonjenja “svakog seksualnog čina izvršenog bez saglasnosti žrtve, uključujući i slučajeve kada žrtva nije pružala fizički otpor”</i>	16
IV. GENOCIDNO SILOVANJE	18
A. <i>Silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati actus reus “nanošenja teških tjelesnih ili duševnih povreda”</i>	18
1) Silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati tešku tjelesnu i duševnu povredu	18
2) Teška povreda ne mora biti uzrokom trajne i neizlječive povrede	19
3) Teška povreda mora se ocijenjivati u zavisnosti od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja	19
B. <i>Silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati actus reus “uvođenja mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe”</i>	20
C. <i>Dokazi o silovanju i seksualnom nasilju kojima se ukazuje na mens rea za počinjenje genocida: namjera da se uništi zaštićena grupa</i>	20
V. SEKSUALNO NASILJE KAO PROGON	21
A. <i>Progon je definisan kao radnja ili propust koji su de facto diskriminacija, kojim se uskraćuje ili narušava neko temeljno pravo, i koji su izvršeni sa namjerom diskriminacije</i>	21
B. <i>Jedno jedino djelo može biti okvalifikovano kao progon ukoliko predstavlja de facto diskriminaciju i ukoliko je izvršeno smišljeno, s namjerom da se izvrši diskriminacija po jednom od navedenih osnova</i>	21
1) Djelo ili propust moraju biti istog stepena težine kao i druga krivična djela protiv čovječnosti navedena u relevantnoj odredbi Statuta	22
2) Prilikom primjene standarda težine, dotična djela se ne smiju posmatrati izolovano, nego u kontekstu, posmatrajući njihovo kumulativno dejstvo	22
3) Ostala djela seksualnog nasilja pored silovanja mogu predstavljati progon	23
4) Narušavanje nekog osnovnog prava uključuje narušavanje prava na fizički integritet	23
C. <i>Mens rea krivičnog djela progona jeste namjera diskriminacije na zabranjenim osnovama</i>	24
1) Diskriminatorna namjera može proizilaziti iz okolnosti u kojima su počinjena silovanja i druga djela seksualnog nasilja	24
2) Ciljana grupa se može definisati na osnovu pozitivnih ili negativnih kriterija	25
3) Grupa koja je meta diskriminacije obuhvata osobe za koje se sumnja da su pripadnici te grupe ili osobe koje simpatiziraju tu grupu	25
4) Seksualni motiv ne isključuje diskriminatornu namjeru	26

5) U slučajevima kada to zakon dozvoljava, radnje diskriminacije po osnovu spola ili roda mogu predstavljati progon	26
VI. SILOVANJE KAO MUČENJE	28
A. <i>Silovanje i seksualno nasilje mogu ispuniti kriterije koji definišu mučenje</i>	28
1) “Uzrokuje tešku bol ili patnju”	29
2) Silovanje i seksualni nasrtaji počinjeni “u cilju...dobijanja informacija...kažnjavanja...zastrašivanja ili prisiljavanja ...ili ...diskriminacije” predstavljaju mučenje.....	31
3) Silovanje ili seksualno nasilje koje počini javno zvanično lice ili lice koje djeluje u zvaničnom svojstvu, ili koje se počini uz pristanak ili odobravanje takvog lica, predstavlja mučenje.....	33
VII. POTKREPLJIVANJE.....	35
A. <i>Potkrepljivanje iskaza o seksualnom nasilju nije neophodno</i>	35
B. <i>Sudovi imaju slobodu da ocijene pouzdanost i vjerodostojnost iskaza jedinog svjedoka</i>	36
VIII. KREDIBILITET (VJERODOSTOJNOST) ILI KARAKTER ŽRTVE	39
A. <i>Ako svjedok pati od post-traumatskog stresnog poremećaja, to ne umanjuje vjerodostojnost tog svjedoka</i>	39
B. <i>Nedavanje ranijih izjava u vezi sa silovanjem ne umanjuje vjerodostojnost žrtve</i>	39
C. <i>Dobivanje podrške i/ili reparacije ne umanjuje vjerodostojnost žrtve</i>	40
D. <i>Saradnja sa udruženjima žrtava ne umanjuje vjerodostojnost žrtve</i>	40
E. <i>Zakašnjelo prijavljivanje silovanja ili izostavljanje određenih detalja u ranijim izjavama ne umanjuje vjerodostojnost žrtve</i>	41
F. <i>Manje nedosljednosti u iskazu ne umanjuju vjerodostojnost žrtve</i>	42

SPISAK IZVORA

Presude Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ)

Tužilac protiv Blaškića, predmet br. IT-95-14 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 29. juli 2004.

Tužilac protiv Brđanina, predmet br. IT-99-36 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 1. septembar 2004.

Tužilac protiv Brđanina, predmet br. IT-99-36 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 3. april 2007.

Tužilac protiv Češića, predmet br. IT-95-10/1-S (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 11. mart 2004.

Tužilac protiv Đorđevića, predmet br. IT-05-87/1-A (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 27. januar 2014.

Tužilac protiv Delalića i dr. [predmet takođe poznat kao *Mucić i dr.* ili "Logor Čelebići"] predmet br. IT-96-21-T (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 16. novembar 1998.

Tužilac protiv Delalića i dr. [predmet takođe poznat kao *Mucić i dr.* ili "Logor Čelebići"] predmet br. IT-96-21-A (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 20. februar 2001.

Tužilac protiv Furundžije, predmet br. IT-95-17/1-T (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 10. decembar 1998.

Tužilac protiv Karadžića, predmet br. IT-95-5/18-T (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 24. mart 2016.

Tužilac protiv Kordića i Čerkeza, predmet br. IT-95-14 2 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 17. decembar 2004.

Tužilac protiv Krstića, predmet br. IT-98-33 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 2. avgust 2001.

Tužilac protiv Krnojelca, predmet br. IT-97-25 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 17. septembar 2003.

Tužilac protiv Kunarca i dr., predmet br. IT-96-23-T i IT-96-23/1-T (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 22. februar 2001.

Tužilac protiv Kunarca i dr., predmet br. IT-96-23 i IT-96-23/1 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 12. juni 2002.

Tužilac protiv Kupreškića i dr., predmet br. IT-95-16 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 14. januar 2000.

Tužilac protiv Kvočke i dr., predmet br. IT-98-30 1 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 2. novembar 2001.

Tužilac protiv Kvočke i dr., predmet br. IT-98-30 1 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 28. februar 2005.

Tužilac protiv Naletilića i Martinovića, predmet br. IT-98-34 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 31. mart 2003.

Tužilac protiv Šainovića i dr., predmet br. IT-05-87 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 26. februar 2009.

Tužilac protiv Šainovića i dr., predmet br. IT-05-87 (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 23. januar 2014.

Tužilac protiv Simića i dr., predmet br. IT-95-9 2 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 17. oktobar 2002.

Tužilac protiv Stakića, predmet br. IT-97-24 (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 31. juli 2003.

Tužilac protiv Stanišića i dr., predmet br. IT-03-69 (Pretresno vijeće MKSJ), 30. maj 2013.

Tužilac protiv Stanišića i Župljanina, predmet br. IT-08-91 (Pretresno vijeće MKSJ), 27. mart 2013.

Tužilac protiv Tadića, predmet br. IT-94-1 (Pretresno vijeće MKSJ), 7. maj 1997.

Tužilac protiv Vasiljevića, predmet br. IT-98-32 (Žalbeno vijeće MKSJ), 25. februar 2004.

Presude Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (MKSR)

Tužilac protiv Akayesua, predmet br. ICTR-96-4 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 2. septembar 1998.

Tužilac protiv Gacumbitsia, predmet br. ICTR-2001-64 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 17. juni 2004.

Tužilac protiv Gacumbitsia, predmet br. ICTR-2001-64 (Presuda Žalbenog vijeća MKSR), 7. juli 2006.

Tužilac protiv Karemere i Ngirumpatsea, predmet br. ICTR-98-44 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 2. februar 2012.

Tužilac protiv Muhimane, predmet br. ICTR-95-1B (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 28. april 2005.

Tužilac protiv Museme, predmet br. ICTR-96-13 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 27. januar 2000.

Tužilac protiv Nindiliyimane i dr., predmet br. ICTR-00-56 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 17. maj 2011.

Tužilac protiv Nyiramasuhuko i dr., predmet br. ICTR-98-42 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 24. juni 2011.

Tužilac protiv Semanze, predmet br. ICTR-97-20 (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 15. maj 2003.

Presude Međunarodnog krivičnog suda (MKS)

Tužilac protiv Al-Bashira, predmet br. ICC-02/05-01/09 (Pretpretresno vijeće MKS “Druga odluka po zahtjevu Tužilaštva za izdavanje naloga za hapšenje”), 12. juli 2010.

Tužilac protiv Bemba Gombo, predmet br. ICC-01/-5-01/08 (Presuda Pretresnog vijeća MKS), 21. mart 2016.

Tužilac protiv Katange, predmet br. ICC-01/04-01/07 (presuda Pretresnog vijeća MKS), 7. mart 2014.

Presude Specijalnog suda za Sjevernu Leone (SCSL)

Tužilac protiv Sesaya, predmet br. SCSL-04-15 (Presuda Pretresnog vijeća SCSL), 2. mart 2009.

Tužilac protiv Taylora, predmet br. SCSL-03-01 (Presuda Pretresnog vijeća SCSL), 18. maj 2012.

Predmeti Suda Bosne i Hercegovine (BiH)

Tužilac protiv Baričanina, predmet br. S1 K004648 11 Kri (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 9. novembar 2011.

Tužilac protiv Baričanina, predmet br. S1 1 K 004648 12 Krž 3 (Presuda Drugostepenog vijeća Suda BiH), 28. mart 2012.

Tužilac protiv Bogdanovića, predmet br. S1 1 K 003336 11 Krž 3 (Presuda Drugostepenog vijeća Suda BiH), 21. juni 2012.

Tužilac protiv Damjanovića [Dragana], predmet br. X-KRZ-05-51 (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 13. juni 2007.

Tužilac protiv Hasanovića i Pavića, predmet br. 097-0-KŽ-09-000 039 (Presuda Drugostepenog vijeća Apelacionog suda Brčko Distrikta BiH), 11. maj 2009.

Tužilac protiv Jankovića [Gojka], predmet br. X-KR-05/161 (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 16. februar 2007.

Tužilac protiv Kujundžića, predmet br. X-KR-07/442 (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 30. oktobar 2009.

Tužilac protiv Leleka, predmet br. X-KR/06/202 (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 28. maj 2008.

Tužilac protiv Markovića [Miodraga], predmet br. S 1 1 K 003426 10 Krž, (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 27. septembar 2011.

Tužilac protiv Mejakića i dr., predmet br. X-KRZ-06-200 (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 30. maj 2008.

Tužilac protiv Nikačevića, predmet br. X-KR-08/500, (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 19. februar 2009.

Tužilac protiv Nikačevića, predmet br. X-KRŽ-08/500, (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 12. juli 2010.

Tužilac protiv Palije, predmet br. KRZ-06-290 (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 28. novembar 2007.

Tužilac protiv Radića i dr., predmet br. X-KR-05/139 (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 9. mart 2011.

Tužilac protiv Samardžića, predmet br. KRZ-05-49 (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 13. decembar 2006.

Tužilac protiv Tanaskovića, predmet br. X-KR-06-165 (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 24. avgust 2007.

Predmeti Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP)

Aydin protiv Turske, Predstavka br. 57/1996/676/866, (Presuda ESLJP), 25. septembar 1997.

M.C. protiv Bugarske, Predstavka br. 39272/98, (Presuda ESLJP), 4. decembar 2003.

Statuti, propisi i krivični zakoni

Krivični zakon Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14), donesen u junu 2003. godine, izmijenjen i dopunjen u članu 66., 08/10.

Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09), koji je stupio na snagu 3. marta 2003. godine.

Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (Službeni glasnik SFRJ, br. 44 od 8. oktobra 1976; ispravka u Službenom glasniku SFRJ, br. 36 od 15. jula 1977), stupio na snagu 1. jula 1977).

Međunarodni krivični sud, Elementi zločina (ICC-ASP/1/3), usvojeni 9. septembra 2002, stupili na snagu 9. septembra 2002.

Međunarodni krivični sud, Pravilnik o postupku i dokazima (ICC-ASP/1/3), stupio na snagu 9. septembra 2002. godine.

Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, Pravilnik o postupku i dokazima (IT/32/Rev.50), usvojen 11. februara 1994., izmijenjen i dopunjen 8. jula 2015. godine.

Međunarodni krivični sud za Ruandu, Pravilnik o postupku i dokazima (ITR/3/REV.1), usvojen 29. juna 1995, izmijenjen i dopunjen 1. oktobra, 2009. godine.

Specijalni sud za Sijera Leone, Pravilnik o postupku i dokazima (stupio na snagu 12. aprila 2002, izmijenjen i dopunjen 28. maja 2010. godine)

I. UVOD

U protekle dvije decenije, tačnije 22 godine, bili smo svjedoci ogromnog napretka u procesuiranju počinilaca seksualnog i rodnog uvjetovanog nasilja u ratnim sukobima. Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju (MKSJ), Međunarodni krivični sud za Ruandu (MKSR), Specijalni sud za Sijera Leone i Međunarodni krivični sud (MKS) su svi doprinjeli sprečavanju nekažnjivosti donošenjem precedentnih odluka i kreiranjem sudske prakse koja ima za cilj ostvarenje pravde za žrtve različitih oblika seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja počinjenog u oružanim sukobima i periodima represije. Međunarodni sudovi su u svojim presudama utvrdili da silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati ratne zločine, zločine protiv čovječnosti, čak i genocid. Tijela za zaštitu ljudska prava, kao što je Evropski sud za ljudska prava (ESLJP), takođe su razmatrala srodna pitanja, kao što je recimo pitanje kako tumačenje silovanja u oružanom sukobu od strane međunarodnih sudova može uticati na razumijevanje prinude i pristanka kao obilježja krivičnog djela silovanja u okviru nacionalnih krivično-pravnih sistema.

Uprkos ovom napretku, dokumenti vezani za ove predmete koji predstavljaju svojevrsnu prekretnicu u procesuiranju ovih djela teško su dostupni. Tužiocima, sudijama, zastupnicima žrtava i drugi koji se bore protiv nekažnjivosti za zločine seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja nisu mogli uporediti pristupe različitih vijeća u okviru istog suda, a o poređenju prakse različitih sudova i tribunala izlišno je i govoriti. Brojni zastupnici žrtava i oni koji se u praksi bave ovim predmetima, pogotovi oni koji žive u udaljenim područjima gdje nemaju pristup pravnoj biblioteci ili istraživačkom institutu, nisu imali uvid u ključnu analizu radnji koje su u ovim predmetima poduzimali tužiocima, argumenata koje su iznosili branioci i konačno odluka koje su donosili sudovi. Kao odgovor na ovu situaciju, Projekat Rod i međunarodno krivično pravo – zajednička inicijativa Centra za istraživanje u oblasti ratnih zločina i Programa Žene i pravo pri Američkom univerzitetu, kreirali su jedinstvenu bazu podataka Zbirka rodne jurisprudencije (www.genderjurisprudence.org) koja svima koji se u praksi bave ovim predmetima omogućava pretraživanje preko 31.000 dokumenata 13 krivičnih sudova/tribunala i ESLJP korištenjem 30 kriterija za pretraživanje i više od 130 termina za pretraživanje relevantnih za istraživanje seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja. Uz podršku vladinog Ureda državnog sekretara za globalna pitanja žena, Projekat Rod i međunarodno krivično proširio je ovu bazu podataka, ponudio i druge alate za pretraživanje i prilagodio ih potrebama aktera u pravosudnom sistemu koji se bave procesuiranjem seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja u ratu kao međunarodnih krivičnih djela u okviru nacionalnog krivično-pravnog sistema Bosne i Hercegovine. U okviru ovih aktivnosti, osoblje Projekta izradilo je i ovaj tematski sažetak koji se fokusira na najvažnija pitanja koja proističu iz prakse bh. sudova kada je u pitanju procesuiranje seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja počinjenog u ratu, a sve to s ciljem da se lokalnim akterima u pravosudnom sistemu obezbijedi resurs koji im omogućuje jednostavan pristup ključnim utvrđenjima o ovim pitanjima u okviru jednog jedinstvenog dokumenta. Ovaj tematski sažetak obuhvata odabranu sudsku praksu MKSJ, MKSR, Specijalnog suda za Sijera Leone, MKS i ESLJP, kao i Suda

Bosne i Hercegovine, te kantonalnih i okružnih sudova u BiH. Teme koje su obuhvaćene ovim sažetkom uključuju: kako je definisano krivično djelo silovanja, uključujući element prinude u definiciji silovanja kao i element pristanka u definiciji silovanja; obilježja silovanja u predmetima kada se silovanje procesuirao kao međunarodno krivično djelo, uključujući silovanje kao djelo genocida, silovanje ili seksualno nasilje kao progon u osnovi krivičnog djela zločin protiv čovječnosti, i silovanje kao mučenje; i procesna pitanja kao što je to da li je neophodno da iskaz žrtve seksualnog ili rodno uvjetovanog nasilja bude potkrijepljen drugim dokazima i kako su sudovi cijenili pitanja koja se tiču kredibiliteta ili vjerodostojnosti žrtava seksualnog ili rodno uvjetovanog nasilja. U sadržaju ovog sažetka nalaze se detaljne informacije o predmetima koji se citiraju i brojevi stranica gdje se mogu naći relevantni pasusi iz ovih predmeta. U dijelu u kojem se navode izvori mogu se naći detaljnije informacije o svim citiranim dokumentima u ovom tematskom sažetku. Nadamo se da će se ovaj resurs pokazati korisnim i da će korisnicima biti od pomoći u njihovoj borbi protiv nekažnjivosti za zločine seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja u ratu.

II. SILOVANJE: DEFINICIJA

Međunarodni krivični tribunali i domaći sudovi koji sude u predmetima međunarodnih krivičnih djela pojašnjavali su u svojim presudama elemente krivičnog djela silovanja u predmetima u kojima su se optuženi teretili za genocid, zločin protiv čovječnosti i ratne zločine. O sudskoj praksi u kojoj se obrađuju ovi elementi biće više riječi u daljem tekstu ovog poglavlja, sa izuzetkom elemenata pristanka i prinude koji će biti razmotreni zasebno u poglavlju III ovog tematskog sažetka. Sudska praksa u kojoj se silovanje obrađuje kao čin genocida, progona, ili kao oblik mučenja, takođe će biti razmotrena u tri zasebna poglavlja “Genocidno silovanje (Poglavlje IV)”, “Silovanje kao mučenje (Poglavlje V)” i “Seksualno nasilje kao progon (Poglavlje VI)”.

A. U ranoj praksi ad hoc tribunala usvojena je konceptualna definicija silovanja

Akayesu (Pretno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragrafi 687-88: Pretresno vijeće odbija precizno razgraničiti koja djela će predstavljati silovanje, navodeći da je “silovanje oblik agresije i da se ključni elementi zločina silovanja ne mogu predočiti mehaničkim opisom predmeta ili dijelova tijela.” Osim toga, Pretresno vijeće u predmetu *Akayesu* “napominje kulturološke osjetljivosti uključene u javne rasprave o intimnim stvarima i podsjeća na bolnu nespornost i nemogućnost svjedoka da grafički opišu anatomske detalje seksualnog nasilja koje su preživjeli. Konvencija Ujedinjenih nacija protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih i ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja ne navodi konkretne radnje u svojoj definiciji mučenja, već se prije usredsređuje na konceptijski okvir nasilja sankcionisanog od strane države. Sud smatra da je ovakav pristup korisniji u kontekstu međunarodnog prava.”

Predmet *Delalić i dr.* [predmet takođe poznat kao “*Mucić i dr.*” ili “Logor Čelebići”] (Pretresno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998. godine, paragrafi 478-79: Pretresno vijeće se poziva na presudu Pretresnog vijeća u predmetu *Akayesu* u kojoj je zaključeno “da se ključni elementi zločina silovanja ne mogu predočiti mehaničkim opisom predmeta ili dijelova tijela”, konstatujući pritom da “ne vidi razloga da odstupa od zaključka MKSR-a po ovom pitanju u *Presudi u predmetu Akayesu.*”

Predmet *Musema* (Pretresno vijeće MKSR), 27. januar 2000. godine, paragrafi 226, 228-29: “Vijeće se slaže sa konceptualnim pristupom utvrđenim u presudi u predmetu *Akayesu* za definiciju silovanja, kojom je utvrđeno da suštinu silovanja ne čine posebni detalji dijelova tijela i korišteni predmeti, već agresija koja se ispoljava na seksualni način pod uvjetima prisile.” “Vijeće dalje zapaža, kao što se i uvažava u presudi MKSJ-a u predmetu *Furundžija* (vidjeti u tekstu niže), da u nacionalnom zakonodavstvu postoji trend da se definicija silovanja proširi. U svjetlu tekuće dinamične evolucije u razumijevanju krivičnog djela silovanja i unošenja ovog razumijevanja u načela međunarodnog prava, Vijeće smatra da je konceptualna definicija prihvatljivija u odnosu na mehaničku definiciju silovanja. Konceptualna definicija će bolje

obuhvatiti evoluciju normi krivičnog prava. Iz ovih razloga, Vijeće usvaja definiciju silovanja i seksualnog nasilja sadržanu u presudi u predmetu *Akayesu*.”

- 1) *Actus reus* silovanja uključuje seksualni odnos, ali može obuhvatiti bilo kakav fizički nasrtaj seksualne prirode počinjen protiv osobe pod okolnostima koje čine prisilu

Akayesu (Pretno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragrafi 596-98: “Pretno vijeće definira silovanje kao fizički nasrtaj seksualne prirode, počinjen protiv osobe pod okolnostima koje čine prisilu. Seksualno nasilje [,] koje uključuje silovanje, se smatra da je bilo koji čin seksualne prirode koji je počinjen protiv lica pod okolnostima koje čine prisilu.” “Tako je silovanje u određenim nacionalnim zakonodavstvima definirano kao seksualni odnos bez pristanka, varijacije ovog djela silovanja mogu uključivati radnje koje uključuju prodiranje predmetima u tjelesne otvore i/ili korištenje tjelesnih otvora koji nisu sami po sebi seksualni.”

- 2) Fizički nasrtaj seksualne prirode razlikuje silovanje od drugih oblika seksualnog nasilja

Musema (Pretno vijeće MKSR), 27. januar 2000, paragraf 227: “Vijeće smatra da je razlika između silovanja i drugih oblika seksualnog nasilja na koju se ukazuje u presudi u predmetu *Akayesu*, odnosno ‘fizički nasrtaj seksualne prirode’ naspram ‘bilo kojeg čina seksualne prirode’ počinjenog protiv osobe pod okolnostima koje čine prisilu, jasna i da se njom uspostavlja okvir za sudsko razmatranje pojedinačnih incidenata seksualnog nasilja i utvrđivanje, od slučaja do slučaja, da li ti incidenti predstavljaju silovanje.”

B. U kasnijoj praksi ad hoc tribunala usvojena je uža definicija silovanja kojom je silovanje definisano kao seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna, određenih dijelova tijela bez pristanka žrtve

Furundžija (Pretno vijeće MJSJ), 10. decembar 1998. godine, paragraf 185: Pretno vijeće ovako definira *actus reus* silovanja: “(i) seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna: (a) vagine ili anusa žrtve penisom počinitelja ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili (b) usta žrtve penisom počinioca; (ii) uz upotrebu prinude ili sile ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili trećeg lica.”

Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragrafi 127-28: Žalbeno vijeće potvrđuje definiciju koju je u svojoj presudi dalo Pretno vijeće u ovom predmetu da je “*actus reus* krivičnog djela silovanja prema međunarodnom pravu ... seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna: (a) vagine ili anusa žrtve penisom počinioca ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili (b) usta žrtve penisom počinioca; kada do takve seksualne penetracije dođe bez pristanka žrtve.”

Semanza (Pretnesno vijeće MKSR), 15. maj 2003, paragrafi 344-45: “U presudi u predmetu *Akayesu* iznosi se šira definicija silovanja. . . Žalbeno vijeće MKSJ. . . potvrdilo je uže tumačenje kojim se materijalni element silovanja. . . definiše kao penetracija, bez obzira koliko neznatna, vagine ili anusa žrtve penisom počinioca ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinilac poslužio, ili usta žrtve penisom počinioca, bez pristanka žrtve. Iako je ovaj sud prvobitno odbio ovaj mehanički stil definisanja krivičnog djela silovanja, Vijeće smatra da je komparativna analiza u predmetu *Kunarac* uvjerljiva i shodno tome, usvojiti će definiciju silovanja odobrenu od strane Žalbenog vijeća MKSJ.”

C. Definicija silovanja Međunarodnog krivičnog suda

Bemba (Pretnesno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragraf 99: “Za silovanje se traži nasrtaj na tijelo neke osobe djelovanjem koje rezultira penetracijom, bez obzira koliko neznatnom, u bilo kojem dijelu tijela žrtve ili počinitelja spolnim organom, ili analnog ili genitalnog otvora žrtve nekim predmetom ili drugim dijelom tijela.” [Vidjeti Poglavlje III.F. u daljem tekstu za okolnosti koje ovom napadu daju kriminalni karakter]

- 1) Koncept “nasrtaja” je zamišljen tako da bude dovoljno širok da bude spolno neutralan i da obuhvati penetraciju u slučajevima kada su počinilac i žrtva istog spola

Bemba (Pretnesno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragraf 100: “Vijeće naglašava da je, u skladu sa Elementima zločina [MKS], ‘koncept ‘nasrtaja’ zamišljen tako da bude dovoljno širok da bude spolno neutralan. Shodno tome, ‘nasrtaj’, u zakonskom okviru ovog suda, obuhvata penetraciju u slučajevima kada su počinilac i žrtva istog spola.”

- 2) Koncept “nasrtaja” obuhvata muške i/ili ženske počinioce i žrtve

Bemba (Pretnesno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragraf 100: “Vijeće naglašava da je, u skladu sa Elementima zločina [MKS], ‘koncept ‘nasrtaja’ zamišljen tako da bude dovoljno širok da bude spolno neutralan. Shodno tome, ‘nasrtaj’, u zakonskom okviru ovog suda . . . obuhvata muške i/ili ženske počinioce i žrtve.”

D. Vaginalna penetracija predstavlja silovanje

Akayesu (Pretnesno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragrafi 421, 424, 430: Pretnesno vijeće pominje iskaze tri svjedokinje koje su navele kako su ih silovali pripadnici jedinice *Interahamwe* opisujući pritom da je u svakom od ovih incidenata počinilac svojim polnim organom izvršio penetraciju žrtvine vagine.

Delalić i dr. [predmet takođe poznat kao “*Mucić i dr.*” ili “*Logor Čelebići*”] (Pretnesno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998. godine, paragraf 962: “Pretnesno vijeće nalazi da djela vaginalne penetracije penisom. . . , u okolnostima nesumnjive prinude, predstavljaju silovanje.”

Radić i dr. (Apelaciono vijeće Suda Bosne i Hercegovine), 9. mart 2011. godine, paragraf 611: Vijeće smatra da je “došlo... do penetracije muškog polnog organa u vaginu i u usta žrtve od strane svih navedenih lica, čime je počinjeno djelo silovanja iz tačke g) člana 172. KZ BiH.”

E. Djelimična penetracija predstavlja silovanje

Furundžija (Pretno vijeće MKSJ), 10. decembar 1998, paragraf 185 (naglasak dodan): Pretno vijeće ovako definiše *actus reus* silovanja: “(i) seksualna penetracija, *bez obzira koliko neznatna*: (a) vagine ili anusa žrtve penisom počinitelja ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili (b) usta žrtve penisom počinitelja; (ii) uz upotrebu prinude ili sile ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili trećeg lica.”

Radić i dr. (Apelaciono vijeće Suda Bosne i Hercegovine), 9. mart 2011, paragrafi 526, 571, 579: Vijeće je utvrdilo da je Brekalova djelimična penetracija žrtvine vagine njegovim polnim organom predstavljala silovanje, pritom se pozivajući na definiciju silovanja iz predmeta MKSJ-a *Furundžija* kojom je predviđeno da penetracija – “bez obzira koliko neznatna” – predstavlja silovanje ako su ispunjeni drugi elementi.

F. Penetracija stranim predmetima može predstavljati silovanje

Akayesu (Pretno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragraf 686: “Čin kao što je onaj koji je u svom iskazu opisala svjedokinja KK - umetanje komada drveta u seksualne organe žene od strane pripadnika jedinice *Interahamwe* dok je ova ležala na samrti - predstavlja silovanje po mišljenju ovog suda.”

Musema (Pretno vijeće MKSR), 27. januar 2000, paragrafi 220-29: Vijeće usvaja definiciju silovanja i seksualnog nasilja iz presude u predmetu *Akayesu*, ali i dodatno konstatuje da “različiti oblici čina silovanja mogu uključivati radnje koje se odnose na prodiranje predmetima u tjelesne otvore i/ili korištenje tjelesnih otvora koji nisu sami po sebi seksualni.”

G. Oralna penetracija može predstavljati silovanje

Delalić (Pretno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998, paragraf 1066 (naglasak dodan): “Pretno vijeće zaključuje da djelo prisiljavanja Vase Đorđića i Veseljka Đorđića na međusobni felacio predstavlja, u najmanju ruku, suštinski napad na njihovo ljudsko dostojanstvo. Shodno tome, Pretno vijeće nalazi da to djelo predstavlja krivično djelo nečovječnog postupanja ... [i] da bi... moglo predstavljati silovanje koje bi moglo povlačiti odgovornost ako bi se za njega teretilo na odgovarajući način.”

Furundžija (Pretno vijeće MKSJ), 10. decembar 1998, paragraf 184: “[P]risilni oralni seks može biti jednako toliko ponižavajući i traumatičan za žrtvu kao vaginalna ili analna penetracija. Stoga je ideja da je biti osuđen za vaginalnu ili analnu penetraciju sramotnije nego biti osuđen za prisilnu oralnu penetraciju posljedica dvojbenih stavova. Štaviše, temeljni princip zaštite

ljudskog dostojanstva, koji govori u prilog proširenju definicije silovanja, odnosi prevagu nad takvim razmišljanjima.”

Češić (Pretresno vijeće MKSJ), 11. mart 2004, paragrafi 14, 35, 52: Vijeće pojašnjava u presudi o kazni da se optuženi izjasnio krivim za silovanje kao zločin protiv čovječnosti zbog prisiljavanja dvojice braće da “jedan nad drugim vrše *fellatio*”.

Radić i dr. (Apelaciono vijeće Suda Bosne i Hercegovine), 9. mart 2011, paragrafi 601, 611, 622-23: Apelaciono vijeće je utvrdilo da su optuženi počinili silovanje kao zločin protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka g) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iz 2003. godine, konstatujući pritom da prisilna penetracija usta žrtava polnim organima optuženih ispunjava elemente silovanja.

Bemba (Pretresno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragraf 101: “Vijeće ističe da definicija silovanja obuhvata radnje kojim se vrši ‘nasrtaj’ na bilo koji dio žrtvinog tijela, uključujući usta žrtve, polnim organom počinioca. Kako je utvrđeno u sudskoj praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (‘MKSJ’), oralna penetracija polnim organom može predstavljati silovanje i predstavlja degradirajući suštinski napad na ljudsko dostojanstvo koji može biti jednako ponižavajući i traumatičan za žrtvu kao vaginalna ili analna penetracija.”

H. Radnje seksualnog nasilja koje ne potpadaju pod definiciju silovanja mogu predstavljati druga međunarodna krivična djela

Semanza (Pretresno vijeće MKSR), 15. maj 2003, paragrafi 344-45: “U presudi u predmetu *Akayesu* iznosi se šira definicija silovanja. . . Žalbeno vijeće MKSJ. . . potvrdilo je uže tumačenje kojim se materijalni element silovanja. . . definiše kao penetracija, bez obzira koliko neznatna, vagine ili anusa žrtve penisom počinioca ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinilac poslužio, ili usta žrtve penisom počinioca, bez pristanka žrtve.” Pretresno vijeće konstatuje da “druge radnje seksualnog nasilja koje ne potpadaju pod ovu užu definiciju mogu se krivično goniti kao zločini protiv čovječnosti. . . kao što je mučenje, progon, porobljavanje ili druga nečovječna djela.”

I. Mens rea krivičnog djela silovanja

- 1) *Mens rea* krivičnog djela silovanja je namjera da se postigne seksualna penetracija i znanje da se to događa bez pristanka žrtve

Kunarac i dr. (Pretresno vijeće MKSJ), 22. februar 2001, paragraf 460: Pretresno vijeće definiše *mens rea* krivičnog djela silovanja prema međunarodnom pravu kao “namjer[u] da se postigne... seksualna penetracija i znanje da se to događa bez pristanka žrtve.”

Semanza (Pretresno vijeće MKSR), 15. maj 2003, paragraf 346: “Subjektivni element silovanja kao zločina protiv čovječnosti je namjera da se postigne zabranjena seksualna penetracija, uz znanje da se to događa bez pristanka žrtve.”

- 2) Činjenične okolnosti, kao što je zatočenje, mogu biti dokaz za traženo znanje da do penetracije dolazi bez pristanka žrtve

Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragrafi 127-28, 211, 218: Žalilac je tvrdio da kod njega nije postojao element *mens rea* koji se traži definicijom silovanja jer nije znao da pristanak žrtve D.B. nije bio dobrovoljan, dodavši pritom da je do seksualnog kontakta došlo na njenu inicijativu. Žalbeno vijeće odbija ovaj argument, pozivajući se na zaključak Pretresnog vijeća da “s obzirom na okolnosti u kojima je D.B. bila zatočena u dvorani ‘Partizan’ [žalilac] nije mogao zaključiti da ona želi imati polne odnose s njim.”

Radić i dr., (Apelaciono vijeće Suda BiH), 9 mart 2011, paragraf 528: Apelaciono vijeće se poziva na okolnosti koje je u svojoj presudi obrazložilo Žalbeno vijeće u predmetu *Kunarac i dr.*, o čemu je bilo riječi u ranijem tekstu, konstatujući pritom da “[č]injenične okolnosti mogu biti dobar dokaz pri odlučivanju da li je optuženi imao neophodni *mens rea* da izvrši silovanje. Posebno u odnosu na situaciju gdje su žene smatrane zatvorenicama, ovi implicitni modaliteti zločina pojašnjavaju da je počinitelj znao da seksualni odnos nije bio i ne može biti sa pristankom žrtve.”

Vidjeti takođe “Poglavlje III: PRISTANAK I PRINUDA U DEFINICIJI SILOVANJA I DRUGIH OBLIKA SEKSUALNOG NASILJA”

III. PRISTANAK I PRINUDA U DEFINICIJI SILOVANJA I DRUGIH OBLIKA SEKSUALNOG NASILJA

Međunarodni krivični tribunali i domaći sudovi koji sude u predmetima međunarodnih krivičnih djela razmatrali su koncept pristanka, da li odsustvo pristanka predstavlja element krivičnog djela silovanja i/ili drugih oblika seksualnog nasilja, kao i vezu između pristanka i primjene sile i prinude. Sudovi su uglavnom široko tumačili koncept nepristajanja žrtve na seksualni odnos, smatrajući da primjena fizičke sile nije neophodna i da “prisilne okolnosti”, koje su često prisutne u situacijama kao što su oružani sukob ili zatočenje, mogu predstavljati dokaz o odsustvu pristanka.

A. U ranoj sudskoj praksi ad hoc tribunala silovanje je definisano kao fizički nasrtaj seksualne prirode – i seksualno nasilje kao čin seksualne prirode – počinjen protiv osobe pod “okolnostima koje čine prisilu”, i koje se ne moraju nužno ogledati u primjeni fizičke sile

Akayesu (Pretno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragraf 688: “Sud definiše silovanje kao fizički nasrtaj seksualne prirode, počinjen protiv osobe pod okolnostima koje čine prisilu. Sud smatra da je seksualno nasilje, koje uključuje silovanje, bilo koji čin seksualne prirode koji je počinjen protiv lica pod okolnostima koje čine prisilu.”

*Akayesu (Pretno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragraf 688: “Sud ističe da se u ovom kontekstu prisilne okolnosti ne moraju ogledati u primjeni fizičke sile.” Umjesto toga, “[p]rijetnje, zastrašivanje, iznuđivanje i drugi oblici pritiska koji koriste strah ili očaj mogu predstavljati prinudu, i prinuda može biti svojstvena određenim okolnostima, kao što je oružani sukob ili ... prisustvo vojske”. Pretno vijeće nalazi da je prisustvo pripadnika paravojne formacije *Interahamwe* među ženama izbjeglicama iz plemena Tutsi predstavljalo prisilne okolnosti.*

B. U kasnijoj sudskoj praksi ad hoc i mješovitih tribunala silovanje je definisano kao seksualna penetracija određenih dijelova tijela bez pristanka žrtve

*Furundžija (Pretno vijeće MKSJ), 10. decembar 1998, paragraf 185: Pretno vijeće ovako definiše *actus reus* silovanja: “(i) seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna: (a) vagine ili anusa žrtve penisom počinitelja ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili (b) usta žrtve penisom počinioca; (ii) uz upotrebu prinude ili sile ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili trećeg lica.”*

*Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragrafi 127-28: Žalbeno vijeće potvrđuje definiciju koju je u svojoj presudi dalo Pretno vijeće u ovom predmetu da je “*actus reus* krivičnog djela silovanja prema međunarodnom pravu ... seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna: (a) vagine ili anusa žrtve penisom počinioca ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili (b) usta žrtve penisom počinioca; kada do takve seksualne penetracije dođe bez pristanka žrtve.”*

- 1) Primjena sile ili prijetnja primjenom sile predstavlja neoporiv dokaz odsustva pristanka, ali primjena sile nije *po sebi* element bića silovanja

Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragraf 129 [naglasak kao u izvornom dokumentu]: Žalbeno vijeće potvrđuje definiciju silovanja koju je dalo Pretresno vijeće uz konstataciju da “ističući odsustvo pristanka kao *conditio sine qua non* za krivično djelo silovanja, Pretresno vijeće nije odbacilo prijašnje definicije koje su proizišle iz prakse Međunarodnog suda nego je pokušalo da pojašni vezu koja postoji između primjene sile i pristanka. Primjena sile ili prijetnja primjenom sile svakako predstavlja neoporiv dokaz odsustva pristanka, ali primjena sile nije *po sebi* element bića silovanja.” Žalbeno vijeće se slaže sa Pretresnim vijećem u pogledu postojanja drugih “faktora [uz primjenu sile] zbog kojih se seksualna penetracija može smatrati činom na koji žrtva *nije pristala i koji nije željela*”, dodavši pritom da bi “[r]estriktivna definicija zasnovana na primjeni sile ili prijetnji primjenom sile omogućila [...] počiniteljima silovanja da, koristeći koercitivne okolnosti, a bez primjene sile, izbjegnu odgovornost za seksualni čin nad žrtvama koje na njega nisu pristale.”

Stakić (Pretresno vijeće MKSJ), 31. juli 2003, paragrafi 755-56. Pretresno vijeće se slaže sa utvrđenjem u presudi Žalbenog vijeća u predmetu *Kunarac i dr.* da “[p]rimjena sile ili prijetnja primjenom sile svakako predstavlja neoporiv dokaz odsustva pristanka, ali primjena sile nije *po sebi* element bića silovanja. [...] Restriktivna definicija zasnovana na primjeni sile ili prijetnji primjenom sile omogućila bi počiniteljima silovanja da, koristeći koercitivne okolnosti, a bez primjene sile, izbjegnu odgovornost za seksualni čin nad žrtvama koje na njega nisu pristale.”

Ndindiliyimana i dr. (Pretresno vijeće MKSR), 17. maj 2011, paragraf 2121: “Primjena sile ili prijetnja primjenom sile predstavlja neoporiv dokaz odsustva pristanka, ali primjena sile nije *po sebi* element bića silovanja.”

Taylor (Pretresno vijeće Specijalnog suda za Sijera Leone), 18. maj 2012, paragraf 416: “Primjena sile ili prijetnja primjenom sile predstavlja neoporiv dokaz odsustva pristanka, ali primjena sile nije *po sebi* element bića silovanja, i postoje drugi faktori pored primjene sile zbog kojih se seksualna penetracija može smatrati činom na koji žrtva nije pristala i koji nije željela.”

- 2) Opor žrtve se ne traži kako bi optuženi bio svjestan njenog nepristajanja na seksualni odnos

Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragrafi 125, 128: Kunarac i ostali saoptuženi uložili su žalbu na presudu Pretresnog vijeća tvrdeći da je definicija silovanja koju je dalo Pretresno vijeće trebala obuhvatiti dva dodatna elementa: “upotreb[u] sile ili prijetnj[u] upotrebom sile te ‘stalni’ i ‘stvarni’ opor žrtve.” Žalbeno vijeće se nije složilo, zaključivši pritom da “[k]ad žaliooci misle da mogu ustvrditi kako samo trajan opor omogućuje silovatelju da uvidi da njegovo udvaranje ne nailazi na dobrodošlicu, oni ne samo da griješe u pogledu primjene prava nego i izriču besmislicu u pogledu činjenica.”

- 3) Pristanak mora biti dan dobrovoljno, kao rezultat slobodne volje žrtve, procijenjen na osnovu konteksta postojećih okolnosti

Kunarac i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 22. februar 2001, paragrafi 452, 457, 460: Pretno vijeće je razmotrilo definiciju silovanja u različitim nacionalnim zakonodavstvima nalazeći pritom da iako se u mnogim ovim zakonima traži primjena sile ili prijetnja silom ili da je žrtva na drugi način dovedena u bespomoćno stanje, ove radnje će predstavljati silovanje ako je “volja žrtve bila svladana ili ... je privremeno ili u trajnijem obliku bila onesposobljena da slobodno odbije neki od oblika spolnog čina.” “Seksualna autonomija je narušena svaki put kada osoba izvrgnuta činu, na njega nije slobodno pristala ili nije dobrovoljni sudionik.” “[Shodno tome], Pretno vijeće smatra da *actus reus* krivičnog djela silovanja prema međunarodnom pravu tvori seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna ... kada do takve seksualne penetracije dođe bez pristanka žrtve. Pristanak za tu svrhu mora biti dan dobrovoljno, kao rezultat slobodne volje žrtve, procijenjen na osnovu konteksta postojećih okolnosti.”

Kvočka i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 2. novembar 2001, paragrafi 175-77: “Pretno vijeće se slaže sa faktorima koje je izložilo Pretno vijeće u predmetu *Kunarac*, definišući silovanje kao kršenje slobode odlučivanja u seksualnoj sferi. Neka seksualna aktivnost se može klasifikovati kao silovanje ako je: (i) seksualna aktivnost praćena silom ili prijetnjom silom, koja je upućena žrtvi ili nekoj trećoj strani; (ii) seksualna aktivnost praćena silom ili različitim drugim specificiranim okolnostima koje su žrtvu učinile osobito ranjivom ili su je učinile nesposobnom da izrazi informirano odbijanje; ili (iii) do seksualne aktivnosti došlo bez pristanka žrtve.” “U presudi u predmetu *Kunarac* naglašeno je da pristanak mora biti ‘dan dobrovoljno, kao rezultat slobodne volje žrtve, procijenjen na osnovu konteksta postojećih okolnosti’ i da se u osnovi treba usredotočiti na pitanje da li je došlo do teških kršenja slobode odlučivanja u seksualnoj sferi.”

Ndindiliyimana i dr. (Pretno vijeće MKSR), 17. maj 2011, paragraf 2121: “Pristanak za tu svrhu mora biti dan dobrovoljno, kao rezultat slobodne volje žrtve, i procijenjuje se na osnovu konteksta postojećih okolnosti.”

Janković [Gojko] (Prvostepeno vijeće Suda BiH), 16. februar 2007, str. 64-65: Prilikom ocjene slučaja u kojem je šesnaestogodišnja djevojka zarobljena, odvedena u kuću pa kasnije u stan gdje je držana i višestruko silovana, Sud konstatuje da iako je žrtva izjavila da im je optuženi pružao neku vrstu zaštite Sud je “van razumne sumnje uvjeren da, u gorepomenutim okolnostima, odnos između optuženog koji je bio oženjen čovjek i otac troje djece, i maloljetne FWS-186 nikada nije mogao biti ili prerasti u normalan i dobrovoljan seksualni odnos.” Uprkos činjenici da su žrtva i ostale djevojke koje su bile u kući [u Trnovači] imale ključ od kuće i da se znalo desiti da ostanu same u kući, nisu mogle nigdje otići jer su se nalazile na teritoriji koja bila pod kontrolom srpskih snaga. “S obzirom na ekstremne uslove u kojima se našla FWS-186, ona nikada nije bila u poziciji da dâ istinski pristanak. Ona je *de facto* bila lišena svoje seksualne nezavisnosti.”

Baričanin (Prvostepena presuda Suda BiH), 9. novembar 2011, paragraf 215: “[V]ijeće je imalo u vidu i praksu MKSJ u predmetu *Furundžija* u kojem je pretresno vijeće MKSJ iznijelo mišljenje da će seksualna penetracija predstavljati silovanje ukoliko do nje nije došlo uz istinsku volju ili pristanak žrtve”, te ističe “relevantnost ne samo sile, prijetnje silom i prinude, nego i odsustva pristanka ili voljnog sudjelovanja.” Vijeće dalje konstatuje da je u predmetu *Kunarac*, ova definicija razrađena na način da upotreba sile ima široko tumačenje i obuhvata “dovođenje žrtve u bespomoćno stanje.”

- 4) Osoba može biti nesposobna dati istinski pristanak uslijed nesposobnosti izazvane prirodnim ili vanjskim faktorima, ili nesposobnosti povezane sa starosnom dobi te osobe

Sesay i dr. (Pretresno vijeće Specijalnog suda za Sijera Leone), 2. mart 2009, paragrafi 147-48: “Upotreba ili prijetnja silom predstavlja neoboriv dokaz o odsustvu pristanka, ali se ono ne zahtijeva.” “[Č]ak i u odsustvu sile ili prinude, ne može se reći da je osoba istinski pristala na seksualni čin. Osoba ne može, na primjer, biti u stanju da dâ istinski pristanak ako je premlada, pod uticajem neke supstance, ili pati od neke bolesti ili invaliditeta.”

Taylor (Pretresno vijeće Specijalnog suda za Sijera Leone), 18. maj 2012, paragraf 416: “Osoba može biti nesposobna dati istinski pristanak uslijed nesposobnosti izazvane prirodnim ili vanjskim faktorima, ili nesposobnosti povezane sa starosnom dobi te osobe.”

- 5) Iako primjena sile ili prijetnja primjenom sile mogu predstavljati dokaz o odsustvu pristanka, odsustvo pristanka može se dokazivati i na druge načine, kao na primjer ako je žrtva bila izložena zatočenju, pritisku ili psihološkom ugnjetavanju

Furundžija (Pretresno vijeće MKSJ), 10. decembar 1998, paragraf 271: “Mišljenje je Pretresnog vijeća da bilo kakvo zatočeništvo isključuje pristanak.”

Kunarac i dr. (Pretresno vijeće MKSJ), 22. februar 2001, paragrafi 462, 464: Pretresno vijeće konstatuje da iako se odsustvo istinskog pristanka može dokazivati primjenom sile ili prijetnje silom, odsustvo pristanka se može dokazivati i na druge načine, te u tom smislu ističe da se “Pravilom 96 predviđa... sljedeće... (ii) pristanak se ne može upotrijebiti kao odbrana ako je žrtva (a) bila izložena nasilju, prisili, lišavanju slobode ili psihičkom pritisku, ili joj se istim prijetilo, ili je imala razloga da se boji istog ...” “[O]čigledno je da faktori koji se spominju u pravilu 96 nisu jedini faktori koji mogu negirati pristanak. Međutim, njihovo spominjanje u tom pravilu služi tome da se pojača uslov prema kojem će se smatrati da u tim okolnostima, ako nije dat slobodno, pristanak ne postoji.”

Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragrafi 130-33: Žalbeno vijeće ističe da se u ovom predmetu “[r]adi... o toliko koercitivnim okolnostima” – silovanje žena držanih u zatočeništvu – “da je mogućnost pristanka potpuno isključena”.

Kvočka i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 28. februar 2005, paragraf 396: Vijeće potvrđuje utvrđenje iz presude Pretresnog vijeća u ovom predmetu da “u slučajevima seksualnog delikta [...] status zatočeništva u takvim okolnostima obično poništava pristanak.”

Šainović i dr. (Pretresno vijeće MKSJ), 26. februar 2009, paragraf 200: “Svaki oblik prinude, uključujući djela ili prijetnje nasiljem, zatočenje, i uopšteno, prisutne opresivne okolnosti, jednostavno su dokaz koji govori o nepostojanju pristanka. Pored toga, Pretresno vijeće stoji na stanovištu da se, kada se neko lice drži u zatočenju, posebno za vrijeme oružanog sukoba, iz tih okolnosti može izvesti zaključak o prinudi i odsustvu pristanka.”

Dorđević (Žalbeno vijeće MKSJ), 27. januar 2014, paragraf 852: “Što se tiče pitanja pristanka, Žalbeno vijeće smatra da svaki oblik prinude, uključujući djela nasilja ili prijetnje nasiljem (fizičkim ili psihičkim), zloupotrebe ovlašćenja, svaki oblik prijetnje i uopšteno opresivne okolnosti, može da predstavlja dokaz o odsustvu pristanka i često ukazuje upravo na to. Osim toga, status zatočenika, posebno za vrijeme oružanog sukoba, obično poništava pristanak.”

Nikačević (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 19. februar 2009, str. 35, 32: “‘Prisiljavanje’ kao drugi element krivičnog djela seksualnog nasilja podrazumijeva odsustvo dobrovoljnog pristanka.” “[P]rilikom ocjenjivanja da li je žrtva mogla slobodno i dobrovoljno pristati na spolni odnos, vijeće je razmotrilo sve okolnosti, uključujući i radnje optuženog prije samog događaja, njegovo ponašanje tokom samog događaja i opšti kontekst događanja u Foči u to vrijeme. Iako priznaje da određene činjenice podliježu višestrukim tumačenjima kad se posmatraju izolovano, vijeće zaključuje da je dokazano van razumne sumnje da žrtva nije niti mogla niti jeste slobodno i dobrovoljno pristala na spolni odnos. Vijeće naročito zaključuje da je optuženi svojim radnjama stvorio atmosferu krajnjeg nasilja, straha i psihološkog ugnjetavanja, te da je iskoristio nasilno okruženje da bi slomio volju žrtve.”

Hasanović i Pavić (Drugostepena presuda Apelacionog suda Brčko Distrikta), 11. maj 2009, pages 1, 8: Vijeće je osudilo optužene za silovanje kao ratni zločin, pozivajući se na okolnosti koje su u ovom slučaju učinile spolni odnos prisilnim, uključujući i sljedeće činjenice: “oštećena je osoba prisilno premještena iz svoje kuće, ograničena mogućnost kretanja, dolazak nepoznatih uniformiranih i naoružanih osoba u kasnim noćnim satima za vrijeme policijskog sata, izdavanje naredbe oštećenoj da napusti prostoriju u kojoj je smještena sa mužem i uvjerenje oštećene da je te nepoznate osobe vode na strijeljanje.” Vijeće je utvrdilo da je “kod takvog specifičnog vida prinude isključena svaka mogućnost dobrovoljnosti konkretnog spolnog odnosa.”

Baričanin (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 9. novembar 2011, paragrafi 111, 205, 219-225: Odbrana je tvrdila da seksualni odnos nije bio prisilan s obzirom da optuženi “nije fizički zlostavljao” žrtvu i da žrtva nije pružala fizički otpor. Prvostepeno vijeće odbija ovu argumentaciju pozivajući se na “specificiran[e] okolnost[i] koje su žrtve učinile osobito ranjivom ili su je učinile nesposobnom da izrazi informirano odbijanje”, a koje su uključivale način na koji su optuženi Baričanin i drugi počinitelj ušli u stan u kojem se nalazila žrtvina porodica;

činjenicu da su njeni članovi porodice odvedeni u nepoznatom pravcu; način na koji je Baričanin odveo žrtvu u stan u kojem je došlo do seksualnog odnosa; činjenicu da je Baričanin držao pušku pored kreveta; i činjenicu da se optuženi Baričanin predstavio kao osoba koja je može spasiti i pomoći joj da se pridruži svojoj porodici. Vijeće zaključuje da u ovim okolnostima iz dokaza proizilazi da su ispunjeni elementi silovanja kao zločina protiv čovječnosti u skladu sa Krivičnim zakonom BiH, u kojem se za ovo djelo eksplicitno traži “prisiljavanje druge osobe upotrebom sile ili prijetnje direktnim napadom na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe, na seksualni odnos ili s njim izjednačenu seksualnu radnju (silovanje).” *Vidjeti takođe Baričanin* (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 28. mart 2012, paragrafi 43-51: Apelaciono vijeće potvrđuje ovo utvrđenje.

M.C. protiv Bugarske (ESLJP), 4. decembar 2003, paragrafi 74, 88-100, 161, 171: Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da iako su u mnogim nacionalnim zakonima elementi poput “sile” obuhvaćeni definicijom silovanja, ono što je odlučujuće jeste “značenje koje se daje pojmovima kao što su ‘sila’ ili ‘prijetnje’ i drugim izrazima koji se koriste u zakonskim definicijama.” Nakon što je ispitao kako je prinuda definisana u zakonima različitih zemalja, Sud zaključuje da iako fizička sila ili drugi vidovi prinude (kao što je korištenje elemenata iznenađenja ili prevare, ili iskorištavanje žrtvine bespomoćnosti ili nesposobnosti da pruži otpor) mogu predstavljati dokaz o odsustvu pristanka, “sudovi više zemalja su proširili tumačenje s ciljem da se obuhvate sve seksualne radnje do kojih je došlo bez pristanka žrtve.”

- 6) Zaključak o odsustvu pristanka može se izvesti i na osnovu postojećih prisilnih okolnosti, kao što su provođenje genocidne kampanje, napad na civilno stanovništvo ili oružani sukob

Muhimana (Pretresno vijeće MKSR), 28. april 2005, paragraf 546: “Okolnosti koje preovladavaju u većini predmeta koji se u skladu sa međunarodnim krivičnim pravom vode po optužbama za genocid, zločine protiv čovječnosti ili ratne zločine skoro uvijek će biti prisilne, i shodno tome isključena je mogućnost stvarnog pristanka.”

Gacumbitsi (Žalbeno vijeće MKSR), 7. juli 2006, paragrafi 148-49, 155: Žalbeno vijeće nalazi da “[o]ptužba može dokazati odsustvo pristanka van razumne sumnje tako što će dokazati postojanje prisilnih okolnosti u kojima davanje smislenog pristanka nije moguće. Kao što je slučaj sa svakim elementom bilo kojeg djela, Pretresno vijeće će razmotriti sve relevantne i dopustive dokaze prilikom utvrđivanja da li se, na osnovu okolnosti u datom predmetu, može zaključiti da je odsustvo pristanka dokazano van razumne sumnje. Ali nije neophodno, kao pravno pitanje, da optužba izvodi dokaze... o primjeni sile. Umjesto toga, Pretresno vijeće može izvesti zaključak o odsustvu pristanka na osnovu postojećih okolnosti, kao što je provođenje genocidne kampanje...”

Karemera i Ngirumpatse (Pretno vijeće MKSR), 2. februar 2012, paragrafi 1676, 1681: “Zaključak o odsustvu pristanka može se izvesti iz postojanja prisilnih okolnosti u kojima davanje smislenog pristanka nije moguće.”

Taylor (Pretno vijeće Specijalnog suda za Sijera Leone), 18. maj 2012, paragraf 416: “Pristanak žrtve mora biti dan dobrovoljno, kao rezultat slobodne volje žrtve, procijenjen na osnovu konteksta postojećih okolnosti. Ovo je nužno kontekstualna ocjena. Međutim, u situacijama oružanog sukoba ili zatočeništva, prisila je skoro univerzalna.”

- 7) Primjena sile ili prijetnja primjenom sile usmjerena prema trećoj osobi predstavlja prinudu

Furundžija (Pretno vijeće MKSJ), 10. decembar 1998, paragrafi 180, 185: Nakon što je ispitalo veći broj nacionalnih zakonodavstava kako bi utvrdilo zajedničke elemente u definiciji silovanja, Pretno vijeće je konstatovalo da je “u svim jurisdikcijama koje je Pretno vijeće razmotrilo nužan... element sile, prinude, prijetnje ili djelovanja bez saglasnosti žrtve”, ali da “upotreba sile ima široko tumačenje i obuhvata dovođenje žrtve u bespomoćno stanje.” Vijeće ističe da je u nekim jurisdikcijama prihvaćeno da “sila ili zastrašivanje” usmjereno prema trećoj osobi predstavlja prinudu. Pretno vijeće prihvata ovo tumačenje u svojoj definiciji objektivnih elemenata silovanja, konstatujući da je silovanje seksualna penetracija “uz upotrebu prinude ili sile ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili trećeg lica.”

C. Međunarodni krivični sud je usvojio šire tumačenje okolnosti koje nasrtaju na tijelo osobe daju njegov krivični karakter

- 1) Za silovanje se traži: (i) primjena sile; (ii) prijetnja primjenom sile ili prinude, kao što je ona izazvana strahom od nasilja, pritiska, zatočenja, psihološkog ugnjetavanja ili zloupotrebe moći, protiv te ili druge osobe; (iii) iskorištavanje prisilnog okruženja; ili (iv) napad usmjeren protiv osobe koja nije u stanju dati istinski pristanak

Bemba (Pretno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragraf 102: “[D]a bi napad na tijelo osobe predstavljao silovanje, mora biti počinjen uz postojanje jedne ili više od sljedeće četiri moguće okolnosti: (i) primjena sile; (ii) prijetnja primjenom sile ili prinude, kao što je ona izazvana strahom od nasilja, pritiska, zatočenja, psihološkog ugnjetavanja ili zloupotrebe moći, protiv te ili druge osobe; (iii) iskorištavanje prisilnog okruženja; ili (iv) napad usmjeren protiv osobe koja nije u stanju dati istinski pristanak.”

- 2) Odsustvo pristanka žrtve nije zakonski element zločina silovanja prema Rimskom Statutu

Bemba (Pretno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragrafi 105-06: “Vijeće ističe da u skladu sa Statutom ovog suda odsustvo pristanka žrtve nije zakonski element zločina silovanja. Iz

pripremnih radova vidi se da su oni koji su radili na izradi Statuta izabrali da od optužbe ne traže da dokazuje odsustvo pristanka žrtve izvan razumne sumnje zbog toga što bi se taj uslov, u većini slučajeva, negativno odrazio na napore da se počinioci privedu pravdi.” “Shodno tome, u slučajevima kada su dokazani ‘primjena sile’, ‘prijetnja primjenom sile’, ili ‘iskorištavanje prisilnog okruženja’, Vijeće smatra da optužba ne mora dokazati odsustvo pristanka.”

- 3) Faktori koji mogu predstavljati dokaz o postojanju “prisilnog okruženja” obuhvataju prijetnje, zastrašivanje, iznuđivanje i druge oblike pritiska koji koriste strah ili očaj, kao i prisustvo neprijateljskih snaga među civilnim stanovništvom

Bemba (Pretno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragrafi 103-04: “Kako je ranije istaknuto, jedna od mogućih okolnosti za silovanje, kako je predviđeno u Elementima zločina [MKS], jeste da počinilac ‘iskori[sti] prisilno okruženje’. Prilikom tumačenja koncepta ‘prisilnog okruženja’, Vijeće ... prihvata analizu ‘prisilnih okolnosti’ iz presude Pretnog vijeća u predmetu *Akayesu* gdje se kaže: ‘[P]risilne okolnosti se ne moraju ogledati u primjeni fizičke sile. Prijetnje, zastrašivanje, iznuđivanje i drugi oblici pritiska koji koriste strah ili očaj mogu predstavljati prinudu, i prinuda može biti svojstvena određenim okolnostima, kao što je oružani sukob ili prisustvo vojske, odnosno pripadnika jedinice *Interahamwe* među ženama izbjeglicama iz plemena Tutsi u mjesnom uredu.’ Vijeće ne isključuje mogućnost da, pored prisustva neprijateljskih vojnika među civilnim stanovništvom, postoje i drugi oblici prisilnog okruženja koje počinilac može iskoristiti da bi počinio silovanje.”

- 4) Faktori koji mogu doprinjeti stvaranju prisilnog okruženja obuhvataju broj osoba koje učestvuju u počinjenju krivičnog djela, da li je silovanje počinjeno tokom ili neposredno nakon oružane borbe, i počinjenje drugih zločina pored silovanja

Bemba (Pretno vijeće MKS), 21. mart 2016, paragrafi 103-04: “Nadalje, Vijeće smatra da nekoliko faktora može doprinjeti stvaranju prisilnog okruženja. Ti faktori mogu biti, na primjer, broj osoba koje učestvuju u počinjenju krivičnog djela, da li je silovanje počinjeno tokom ili neposredno nakon oružane borbe, ili je počinjeno zajedno sa drugim zločinima.”

D. Države imaju pozitivnu obavezu kažnjavanja i djelotvornog krivičnog gonjenja
“svakog seksualnog čina izvršenog bez saglasnosti žrtve, uključujući i slučajeve kada žrtva nije pružala fizički otpor”

M.C. protiv Bugarske (Evropski sud za ljudska prava), 4. decembar 2003, paragrafi 133, 163, 166, 171, 181, 185, 187: Evropski sud je utvrdio da se uskim ili rigidnim definisanjem silovanja “ugrožava djelotvorna zaštita seksualne autonomije pojedinca”, te da države članice imaju pozitivnu obavezu kažnjavanja i djelotvornog krivičnog gonjenja “svakog seksualnog čina izvršenog bez saglasnosti žrtve, uključujući i slučajeve kada žrtva nije pružala fizički otpor.” Evropski sud konstatuje da “iako je ponekad u praksi teško dokazati nepostojanje pristanka u

odsustvu ‘direktnih’ dokaza o silovanju kao što su tragovi primjene sile ili očevici, vlasti su dužne da istraže sve činjenice i da odluče na osnovu procjene svih datih okolnosti”, pritom ističući da se “istraga i zaključci... moraju usredsrediti na pitanje nepostojanja pristanka.” Neispunjavanjem ovog standarda, Bugarska nije ispunila zahtjeve iz pozitivnih obaveza države “da se ustanovi i djelotvorno primjeni sistem krivičnog sankcionisanja svih oblika silovanja i seksualnog zlostavljanja.”

Vidjeti takođe “Poglavlje II: SILOVANJE: DEFINICIJA”

IV. GENOCIDNO SILOVANJE

Krivično djelo genocida je definisano kao jedno ili više od dole navedenih djela počinjeno "s namjerom da se u cijelosti ili djelimično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva." Navedena djela uključuju: ubijanje pripadnika te grupe, nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima te grupe, smišljeno nametanje pripadnicima te grupe životnih uslova koji su sračunati da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja, uvođenje mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar te grupe, i prisilno premještanje djece te grupe u drugu grupu. Međunarodni sudovi su stajali na stanovištu da seksualno nasilje, uključujući silovanje, može ukazivati na genocidnu namjeru i predstavljati djelo genocida u vidu "nanošenja teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima te grupe" ili "uvođenja mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar te grupe".

A. Silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati actus reus "nanošenja teških tjelesnih ili duševnih povreda"

1) Silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati tešku tjelesnu i duševnu povredu

*Akayesu (Pretnosno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragrafi 706-07, 731-33: "U pogledu, naročito, djela. . . silovanja i seksualnog nasilja, Vijeće želi istaći činjenicu da prema njegovom mišljenju, ova djela predstavljaju genocid na isti način kao i sva druga djela ukoliko su počinjena s posebnom namjerom da se uništi, u potpunosti ili djelimično, određena grupa, koja je kao takva cilj napada. Zaista, silovanje i seksualno nasilje nedvojbeno predstavljaju nanošenje teških tjelesnih i duševnih povreda žrtvama, i čak su prema mišljenju Vijeća, jedan od najgorih načina nanošenja povreda žrtvama s obzirom da on ili ona pretrpi i tjelesne i duševne povrede. U svijetlu dokaza koji su mu predočeni, Vijeće konstatuje da su djela silovanja i seksualnog nasilja. . . počinjena isključivo nad ženama iz plemena Tutsi, od kojih su mnoge podvrgnute najgorem javnom poniženju, sakaćene i silovane u više navrata, često naočigled prisutnih u prostorijama mjesnog ureda ili na drugim javnim mjestima, i često od strane više napadača. Ova silovanja su za posljedicu imala fizičko i duševno uništenje žena iz plemena Tutsi, njihovih porodica i zajednica. Seksualno nasilje bilo je sastavni dio procesa uništenja, čija su glavna meta bile žene iz plemena Tutsi i čime se naročito doprinijelo njihovom uništenju i uništenju Tutsija kao grupe u cjelini. Kako je gore navedeno, sam Akayesu je, obraćajući se pripadnicima jedinice *Interahamwe* koji su počinili silovanja, rekao: 'Nemojte se nikad više pitati kakva je Tutsi žena'. Ovakva seksualna prezentacija etničkog identiteta pokazuje da su Tutsi žene bile predmetom seksualnog nasilja jer su bile pripadnice Tutsija. Seksualno nasilje bilo je korak u procesu uništenja Tutsija kao grupe – uništenja duha, volje za životom, i samog života." "[V]ijeće smatra da djela silovanja i seksualnog nasilja, kao i druga djela teških tjelesnih i duševnih povreda nanosenih Tutsijima, ukazuju na riješenost da se prije usmrćivanja žene iz plemena Tutsi izlože mučenju i sakaćenju, s namjerom da se unište Tutsiji kao grupa nanoseći u tom procesu teške i ozbiljne povrede članovima ove grupe."*

Karemera, et al. (Pretno vijeće MKSR), 2. februar 2012, paragraf 1666: “S obzirom na prirodu zločina i brutalan i često javan način na koji su ovi zločini izvršeni, često u više navrata i od strane više napadača, Vijeće zaključuje da seksualni napadi, sakaćenje i silovanja kojima su žene iz plemena Tutsi nasilno podvrgavane u periodu od aprila do juna 1994. godine zasigurno predstavljaju djela nanošenja teških tjelesnih i duševnih povreda.”

Gacumbitsi (Pretno vijeće MKSR), 17. juni 2004, paragrafi 291-93: “Teška tjelesna povreda označava bilo koji oblik tjelesne povrede ili radnju kojom se žrtvi nanosi teška tjelesna povreda, kao što su mučenje i seksualno nasilje. Teška tjelesna povreda ne podrazumijeva nužno da je povreda neizlječive prirode. Slično tome, teška duševna povreda može predstavljati neku vrstu oštećenja umnih kapaciteta ili povredu koja uzrokuje teško oštećenje duševnog stanja žrtve. . . [V]ijeće je već utvrdilo da je optuženi javno poticao na silovanje djevojaka i žena iz plemena Tutsi, te da je silovanje svjedokinje TAQ i još sedam Tutsi djevojaka i žena od strane napadača koji su se odazvali pozivu bilo direktna posljedica takvog postupanja optuženog. Vijeće nalazi da su ova silovanja prouzročila tešku tjelesnu povredu pripadnicama etničke skupine Tutsi. Shodno tome, Vijeće nalazi da je u pogledu krivičnog djela nanošenja teške tjelesne povrede, Sylvestre Gacumbitsi odgovoran za zločin genocida zbog poticanja na silovanje djevojaka i žena iz plemena Tutsi.”

2) Teška povreda ne mora biti uzrokom trajne i neizlječive povrede

Krstić (Pretno vijeće MKSJ), 2. avgust 2001, paragraf 513: “[P]retno vijeće smatra da teška povreda ne mora biti uzrokom trajne i neizlječive povrede, no mora uključivati povredu koja je teža od privremene ojađenosti, nelagode ili poniženja. Mora se raditi o povredi čija je posljedica dugotrajno i teško oštećenje sposobnosti osobe da vodi normalan i konstruktivan život. . . [V]ijeće smatra da su nečovječno postupanje, mučenje, silovanje, seksualno zlostavljanje i deportacije među djelima koja mogu prouzročiti tešku tjelesnu ili duševnu povredu.”

3) Teška povreda mora se ocijenjivati u zavisnosti od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja

Karadžić (Pretno vijeće MKSJ), 24. mart 2016, paragrafi 545, 2581-82, 2626: Iako je Pretno vijeće utvrdilo da Karadžić nije imao *mens rea* za izvršenje genocida u opštinama navedenim u prvoj tački optužnice protiv njega, Vijeće jeste utvrdilo da djela silovanja i drugih oblika seksualnog nasilja ispunjavaju *actus reus* “nanošenja teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima [nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe].” “Utvrđenje o tome šta predstavlja tešku povredu zavisi od okolnosti svakog pojedinačnog predmeta. Primjeri teške tjelesne ili duševne povrede kao djela genocida uključuju mučenje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje, seksualno nasilje uključujući silovanje, ispitivanje praćeno premlaćivanjem, prijatnje smrću, i povrede koje oštećuju zdravlje ili uzrokuju unakaženje ili ozbiljnu povredu vanjskih ili

unutrašnjih organa pripadnika grupe.” “Vijeće je takođe utvrdilo da su u opštinama koje se navode u prvoj tački optužnice, odnosno u Foči, Prijedoru, Vlasenici i Zvorniku, žene, muškarci, djevojčice i dječaci, bosanski Muslimani, bili podvrgavani silovanju i drugim djelima seksualnog nasilja, uključujući slučajeve teškog zlostavljanja seksualne prirode. Utvrđeno je da su ova djela uzrokovala tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu. Vijeće smatra da su ova djela bila u tolikoj mjeri ozbiljne prirode da su doprinjela, ili su stremila da doprinesu, uništenju bosanskih Muslimana i bosanskih Hrvata u opštinama iz prve tačke optužnice.”

B. Silovanje i seksualno nasilje mogu predstavljati actus reus “uvođenja mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe”

Akayesu (Pretnesno vijeće MKSR), 2. septembar 1998, paragrafi 507-08: “Vijeće konstatuje da mjere kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe obuhvataju seksualno sakaćenje, vršenje sterilizacije, prisilnu kontracepciju, razdavajanje spolova i zabranu braka. U patrijarhalnim društvima, gdje se pripadnost grupi određuje prema identitetu oca, primjer mjere koja ima za cilj sprečavanje rađanja unutar grupe je slučaj gdje prilikom silovanja, ženu iz date grupe namjerno oplodi muškarac koji pripada drugoj grupi, sa namjerom da ona rodi dijete koje sljedstveno tome neće pripadati istoj grupi kao i njegova majka. Pored toga, Vijeće ističe da mjere kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe mogu biti fizičke prirode, ali takođe mogu biti i psihološke prirode. Na primjer, silovanje može biti mjera koja ima za cilj sprečavanje rađanja kada osoba koja je silovana kasnije odbija da rodi dijete na isti način kao što se i na pripadnike određene grupe može uticati, putem prijetnji ili povrijeđivanja, da ne stvaraju potomstvo.”

C. Dokazi o silovanju i seksualnom nasilju kojima se ukazuje na mens rea za počinjenje genocida: namjera da se uništi zaštićena grupa

Karadžić (Pretnesno vijeće MKSJ), 24. mart 2016, paragrafi 2616-17, 2619-20, 2626: Pretnesno vijeće nalazi u svojoj presudi da dokazi o krivičnim djelima počinjenim nad bosanskim Muslimanima i bosanskim Hrvatima, uključujući i djela silovanja i seksualnog nasilja počinjena u zatočeničkim centrima u nekoliko opština, nisu dovoljni da bi se izvan razumne sumnje dokazalo da je optuženi Karadžić posjedovao genocidnu namjeru.

Al Bashir (Pretpretresno vijeće MKS), 12. juli 2010, paragrafi 29-31: Prilikom ponovnog ocijenjivanja zahtjeva Tužilaštva za izdavanje naloga za hapšenje Omara al-Bashira po optužbama za genocid, Pretpretresno vijeće nalazi da “postoji razuman osnov da se vjeruje da su djela silovanja, mučenja i prisilnog premještanja počinjena nad pripadnicima ciljanih etničkih grupa”, uključujući pripadnike grupa Fur, Masalit i Zaghawa. “Shodno tome, Vijeće nalazi da je materijalni element krivičnog djela genocida koji se ogleda u nanošenju teške tjelesne ili duševne povrede ... ispunjen”, te da na osnovu ovih činjeničnih okolnosti “postoji razuman osnov da se vjeruje da su subjektivni elementi krivičnog djela genocida počinjenog nanošenjem teške tjelesne i duševne povrede ... ispunjeni.”

V. SEKSUALNO NASILJE KAO PROGON

Nekoliko međunarodnih i domaćih sudova procesuirali su silovanje ili druge oblike seksualnog nasilja kao djelo progona u osnovi krivičnog djela zločin protiv čovječnosti. Procesuiranje seksualnog nasilja kao progona postavlja specifične izazove, uključujući i to da li sama ova djela predstavljaju uskraćivanje nekog osnovnog prava i da li dosežu dovoljan stepen težine da bi se mogla okvalifikovati kao progon, te kako se diskriminacija po navedenim osnovama može dokazati u slučajevima silovanja i drugih djela seksualnog nasilja.

- A. *Progon je definisan kao radnja ili propust koji su de facto diskriminacija, kojim se uskraćuje ili narušava neko temeljno pravo, i koji su izvršeni sa namjerom diskriminacije*

Kordić i Čerkez (Žalbeno vijeće MKSJ), 17. decembar 2004, paragraf 101: Žalbeno vijeće konstatuje da se progon kao zločin protiv čovječnosti sastoji u sljedećem:

“u radnji ili propustu: 1) koji su de facto diskriminacija i uskraćuju ili narušavaju neko temeljno pravo definisano međunarodnim običajnim ili ugovornim pravom (actus reus); i 2) koji su izvršeni hotimično, sa namjerom diskriminacije po jednoj od navedenih osnova, tačnije, na osnovi rasne, vjerske ili političke pripadnosti (mens rea).”

Vidjeti takođe: Krnojelac (Žalbeno vijeće MKSJ), 17. septembar 2003, paragraf 185; Vasiljević (Žalbeno vijeće MKSJ), 5. februar 2004, paragraf 113; Blaškić (Žalbeno vijeće MKSJ), 29. juli 2004, paragraf 131; Stanišić i dr. (Pretresno vijeće MKSJ), 30. maj 2013, paragraf 1238.

- B. *Jedno jedino djelo može biti okvalifikovano kao progon ukoliko predstavlja de facto diskriminaciju i ukoliko je izvršeno smišljeno, s namjerom da se izvrši diskriminacija po jednom od navedenih osnova*

Dorđević (Žalbeno vijeće MKSJ), 27. januar 2014, paragraf 887: “Žalbeno vijeće podsjeća da, mada se krivično djelo progona uglavnom odnosi na niz djela, jedno jedino djelo može biti okvalifikovano kao progon ukoliko predstavlja de facto diskriminaciju i ukoliko je izvršeno smišljeno, s namjerom da se izvrši diskriminacija po jednom od navedenih osnova.”

Kupreškić i dr. (Pretresno vijeće MKSJ), 14. januar 2000, paragraf 624: “Pretresno vijeće [je] primjetilo da se izraz progon često koristi da bi se opisao niz djela. No, Pretresno vijeće ne isključuje mogućnost da jedno jedino djelo može predstavljati progon. U takvom slučaju moraju postojati jasni dokazi diskriminatorne namjere. Na primjer, u bivšoj Jugoslaviji neki je pojedinac možda učestvovao u ubistvu jednog Muslimana. Ako je očito da je njegova namjera bila da ga ubije jer je ovaj Musliman, te ako se to dogodilo u okviru [široko] rasprostranjenog ili sistematskog progonilačkog napada na civilno stanovništvo, takvo jedno ubistvo može predstavljati progon. No,

da bi se takvo krivično djelo moglo okvalificirati kao progon, mora se dokazati diskriminatorna namjera počinioca.”

Vidi takođe predmete *Blaškić* (Žalbeno vijeće MKSJ), 29. juli 2004, paragraf 135; *Vasiljević* (Žalbeno vijeće MKSJ), 25. februar 2004, paragraf 113; *Kordić i Čerkez* (Žalbeno vijeće MKSJ), 17. decembar 2004, paragraf 102.

- 1) Djelo ili propust moraju biti istog stepena težine kao i druga krivična djela protiv čovječnosti navedena u relevantnoj odredbi Statuta

Dorđević (Žalbeno vijeće MKSJ), 27. januar 2014, para. 900: “Žalbeno vijeće dalje podsjeća da djela u osnovi, da bi predstavljala progon kao zločin protiv čovječnosti, moraju biti istog stepena težine ili ozbiljnosti kao i druga djela navedena u članu 5 [koji kriminalizira zločine protiv čovječnosti] Statuta [MKSJ]. S tim u vezi, Žalbeno vijeće konstatuje da je Pretresno vijeće zaključilo da su svjedokinja K20 i svjedokinja K14 bile silovane, što je navedeno kao zločin protiv čovječnosti u članu 5(g) Statuta [MKSJ]. Žalbeno vijeće je zaključilo da su mlada kosovska Albanka u konvoju i dvije mlade žene u Belegu seksualno zlostavljane, što u Statutu nije navedeno kao zločin protiv čovječnosti. Međutim, Žalbeno vijeće podsjeća da, u skladu s međunarodnim krivičnim pravom, seksualno zlostavljanje može biti kažnjivo kao krivično djelo progona ‘pod uslovom da dostiže isti stepen težine kao i druga krivična djela protiv čovječnosti nabrojana u članu 5 Statuta.’ Žalbeno vijeće takođe podsjeća da je za seksualno zlostavljanje, po definiciji, potrebno utvrditi da je postojalo narušavanje fizičkog ili moralnog integriteta žrtve. Dalje, Žalbeno vijeće konstatuje da se u slučajevima seksualnog zlostavljanja o kojima je ovdje riječ radilo o više izvršilaca koji su to djelo izvršili nad mladim ženama u opštem kontekstu straha, zastrašivanja i šikaniranja. Shodno tome, Žalbeno vijeće se uvjerilo da su ti slučajevi seksualnog zlostavljanja dostigli isti stepen težine kao i druga krivična djela navedena u članu 5.”

Brđanin (Žalbeno vijeće MKSJ), 3. april 2007, paragraf 296: “Žalbeno vijeće podsjeća na to da se djela u osnovi progona iz člana 5(h) Statuta ne moraju nužno smatrati zločinima u međunarodnom pravu. Da bi se djela koja kao krivično djelo nisu navedena u Statutu mogla smatrati zločinom progona iz člana 5(h) Statuta [MKSJ], ona moraju biti iste težine kao ostali zločini navedeni u članu 5 Statuta, bilo posmatrana pojedinačno bilo u kombinaciji sa drugim djelima.”

- 2) Prilikom primjene standarda težine, dotična djela se ne smiju posmatrati izolovano, nego u kontekstu, posmatrajući njihovo kumulativno dejstvo

Kvočka i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 28. februar 2005, paragraf 321: “Žalbeno vijeće takođe napominje da je, u vezi s elementom *actus reus* krivičnog djela progona, Pretresno vijeće s pravom konstatovalo da su djela obuhvaćena krivičnim djelom progona, bez obzira na to da li se razmatraju u kombinaciji ili odvojeno, iste težine kao i krivična djela nabrojana u članu 5 Statuta... Žalbeno vijeće ističe da se, prilikom primjene standarda težine, dotična djela ne smiju posmatrati izolovano, nego u kontekstu, posmatrajući njihovo kumulativno dejstvo.”

Radić i dr. (Apelaciono odjeljenje Suda BiH), 9. mart 2011, paragrafi 691, 693, 808: Apelaciono vijeće se poziva na sudsku praksu Suda BiH i MKSJ kako bi utvrdilo da “[u] pogledu krivičnog djela progona, krivične radnje se moraju posmatrati u cjelini i zajedno, zadovoljavajući standard da iste predstavljaju gruba i flagrantna uskraćivanja osnovnih ljudskih prava uz postojanje diskriminatorne namjere.” Vijeće je izreklo osuđujuću presudu optuženima za progon kao zločin protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h) Krivičnog zakona BiH, u vezi sa ostalim zločinima protiv čovječnosti, uključujući silovanje i seksualno nasilje, koja djela su sva počinjena sa diskriminatornom namjerom. Konkretno, Vijeće konstatuje da su brojna silovanja žena i djevojaka, od kojih su neke silovane i više puta u toku jednog dana, bila sastavni dio zločinačkog sistema progona budući da su počinjena sa diskriminirajućom namjerom nad ženama bošnjačke nacionalnosti.

3) Ostala djela seksualnog nasilja pored silovanja mogu predstavljati progon

Simić i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 17. oktobar 2003, paragraf 771: “Pretno vijeće se uvjerilo i da su premlaćivanja vršena na diskriminatornoj osnovi. Dokazi su pokazali da su praktično svi premlaćeni zatočenici bili nesrbi. Jednom su prilikom nasilnici jednu žrtvu udarili u prepone i rekli da Muslimani ne treba da se množe. Zatvorenike su redovno vrijeđali na osnovu njihove nacionalne pripadnosti. Zbog toga Pretno vijeće smatra da premlaćivanja vršena na diskriminatornoj osnovi predstavljaju surovo i nečovječno postupanje kao djelo u osnovi krivičnog djela progona.”

Brđanin (Pretno vijeće MKSJ), 1. septembar 2004, paragraf 1013: “Pretno vijeće je utvrdilo veliki broj incidenata seksualnih delikata, uključujući slučaj kada su jednu Hrvaticu prisilili da se svuče pred srpskim policajcima i vojnicima koji su navijali. U jednom drugom incidentu, preko dojke jedne Muslimanke prevukli su nož. Od zatočenika se često tražilo da međusobno spolno opšte. U svakom od tih incidenata izvršiocu su bili pripadnici vojske ili policije bosanskih Srba. Pretno vijeće se uvjerilo, da ocjenjivana unutar konteksta, ta djela dosežu dovoljan stepen težine da se mogu smatrati zločinima protiv čovječnosti. Štaviše, Pretno vijeće se uvjerilo da okolnosti u kojima je seksualno zlostavljanje vršeno ne ostavljaju mjesta sumnji u to da faktički jesu postojale i diskriminacija i namjera diskriminacije na strani neposrednih izvršilaca, na rasnoj, vjerskoj ili političkoj osnovi.”

Vidi takođe *Stanišić i Župljanin* (Pretno vijeće MKSJ), 27. mart 2013, paragrafi 1663, 1689-90: Pretno vijeće nalazi da radnje koje su uključivale odsijecanje spolovila nesrpskih zatočenika i prisiljavanje zatočenika da međusobno spolno opšte predstavljaju progon.

Lelek (Prvostepena presuda Suda BiH), 28. maj 2008, str. 2: Vijeće nalazi da prisiljavanje jedne žene i njene majke, starice od 80 godine, da se skinu do gola i prisiljavanje druge žene da dodiruje polni organ optuženog kojom prilikom je on vrijeđao na nacionalnoj osnovi predstavljaju radnje progona.

4) Narušavanje nekog osnovnog prava uključuje narušavanje prava na fizički integritet

Dorđević (Žalbeno vijeće MKSJ), 27. januar 2014, paragraf 900: “Žalbeno vijeće podsjeća da, u skladu s međunarodnim krivičnim pravom, seksualno zlostavljanje može biti kažnjivo kao krivično djelo progona ‘pod uslovom da dostiže isti stepen težine kao i druga krivična djela protiv čovječnosti nabrojana u članu 5 Statuta.’ Žalbeno vijeće takođe podsjeća da je za seksualno zlostavljanje, po definiciji, potrebno utvrditi da je postojalo narušavanje fizičkog ili moralnog integriteta žrtve... [U] slučajevima seksualnog zlostavljanja o kojima je ovdje riječ radilo [se] o više izvršilaca koji su to djelo izvršili nad mladim ženama u opštem kontekstu straha, zastrašivanja i šikaniranja. Shodno tome, Žalbeno vijeće se uvjerilo da su ti slučajevi seksualnog zlostavljanja dostigli isti stepen težine kao i druga krivična djela navedena u članu 5.”

C. Mens rea krivičnog djela progona jeste namjera diskriminacije na zabranjenim osnovama

- 1) Diskriminatorna namjera može proizilaziti iz okolnosti u kojima su počinjena silovanja i druga djela seksualnog nasilja

Brđanin (Pretno vijeće MKSJ), 1. septembar 2004, paragrafi 1010-1011: “Ranije u ovoj presudi, Pretresno vijeće je utvrdilo da je u opštinama Prijedor i Teslić silovano više žena. Pretresno vijeće konstatuje da je, osim u tim opštinama, silovanja muslimanskih i hrvatskih žena bilo i u opštinama Banja Luka, Bosanska Krupa, Donji Vakuf i Kotor-Varoš. U svim takvim incidentima izvršioци su bili srpski vojnici ili policajci. Nema mjesta sumnji da ta silovanja nisu bila diskriminaciona. Što se tiče uslova *mens rea*, Pretresno vijeće napominje da su se neposredni izvršioци obilato služili pogrdama. Jedan od njih nije skrivao da hoće da mu Muslimanka ‘rodi malog Srbina’. Pretresno vijeće se van razumne sumnje uvjerilo u to da su, s obzirom na okolnosti u kojima su ta silovanja počinjena, te radnje bile izvršene sa namjerom diskriminacije bosanskih Muslimanki i bosanskih Hrvatica na rasnoj, vjerskoj i političkoj osnovi.”

Šainović i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 23. januar 2014, paragrafi 579-99: “Tražena diskriminatorna namjera ne može se izvoditi direktno iz opšteg diskriminatornog karaktera napada koji je okvalifikovan kao zločin protiv čovječnosti, ali se ‘na osnovu takvog konteksta može izvesti zaključak da je postojala diskriminatorna namjera ako, razmatrajući činjenice predmeta, okolnosti u kojima su počinjena krivična djela potvrđuju postojanje takve namjere.” Žalbeno vijeće zaključuje da je “jedini razuman zaključak koji se mogao izvesti na osnovu dokaza” taj da su kosovske Albanke silovane sa diskriminatornom namjerom od strane policajaca i vojnika na osnovu okolnosti u kojima su ta silovanja počinjena. Žalbeno vijeće ukazuje na činjenicu da su žrtve bile kosovske Albanke, i da su ova silovanja počinjena u kontekstu kampanje nasilja koja je uključivala istjerivanje kosovskih Albanaca iz njihovih domova, paljenje zgrada i pljačkanje kuća. Pored toga, jedna žrtva je silovana dok je bila zatvorena sa grupom drugih žena koje su sve bile kosovske Albanke i kojom prilikom je jedan od počinitelja psovao Albance. Ova žrtva je prije ovog silovanja takođe bila seksualno zlostavljana kojom prilikom su je tukli, vezali joj ruke liscama i ispitivali je. Žalbeno vijeće takođe nalazi da je druga kosovska Albanka silovana sa diskriminatornom namjerom od strane policajca na osnovu dokaza da je njena kuća uzeta na metu zato što su tamo živjeli kosovski Albanci. Vijeće je

utvrdilo da je još jedna kosovska Albanica silovana sa diskriminatornom namjerom jer su počinioci – za koje nije utvrđeno da li su bili vojnici ili policajci – pretresli njen stan i raspitivali se da li u njemu krije pripadnike OVK [Oslobodilačka vojska Kosova] u okviru kampanje protjerivanja kosovskih Albanaca iz tog naselja.

Dorđević (Žalbeno vijeće MKSJ), 27. januar 2014, paragrafi 876-77, 886, 888: Žalbeno vijeće konstatuje da se “tražena diskriminatorna namjera ne može izvesti direktno iz opšte diskriminatorne prirode napada okvalifikovanog kao zločin protiv čovječnosti, ali da se ‘na osnovu takvog konteksta može [...] izvesti ako, razmatrajući činjenice predmeta, okolnosti u kojima su počinjena [navedena] krivična djela potvrđuju postojanje takve namjere.” Žalbeno vijeće konstatuje da “ako su unutar grupe lica odabranih na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi, samo neka od njih izdvojena i podvrgnuta zlostavljanju, razuman presuditelj o činjenicama može da zaključi da je to zlostavljanje izvršeno na diskriminatornim osnovama.” Žalbeno vijeće konstatuje da je Pretresno vijeće u predmetu *Dorđević* pogriješilo kada je ocijenilo da su za utvrđivanje diskriminatorne namjere nužni “konkretni dokazi” bez da je uzelo u obzir okolnosti u kojima su ove žrtve silovane. Ovaj “širi kontekst” u kojem su počinjena silovanja uključuje činjenicu da su ti zločini “izvršeni tokom prisilnog raseljavanja albanskog stanovništva s Kosova koje su [sprovodile] srpske snage” i da je to bio dio plana koji je “sproveden sistematskom kampanjom terora i nasilja, [i] čiji je cilj bio da se kosovski Albanci natjeraju da odu s Kosova i da se obezbijedi srpska kontrola nad pokrajinom.” Žalbeno vijeće se poziva na sudsku praksu koja pokazuje da se “činjenica da su zločini izvršeni dok su žrtve bile – na diskriminatornoj osnovi – deportovane ili zatočene pred deportaciju... [uzima u obzir] kako bi se iz okolnosti izvukao zaključak o postojanju diskriminatorne namjere.” Žalbeno vijeće konstatuje da je u ovim slučajevima seksualno zlostavljanje počinjeno sa diskriminatornom namjerom, na što ukazuje činjenica da je seksualno zlostavljanje počinjeno na istom području i u isto vrijeme kada se odvijala i šira kampanja koja je za cilj imala ubistva i terorisanje kosovskih Albanaca, s tim da su se silovanja odigrala neposredno prije protjerivanja žrtava u Albaniju i da su izvršioci bili isti srpski vojnici i policajci koji su činili i druge zločine u sklopu kampanje protjerivanja kosovskih Albanaca.

Vidjeti takođe predmet *Stakić* (Pretresno vijeće MKSJ), 31. juli 2003, paragrafi 791, 793: Pretresno vijeće ističe “važnu ulogu” koju je imala diskriminatorna namjera neposrednog izvršioca, a o čemu svjedoče pogrđne riječi koje je upućivao Muslimanki koju je silovao. *Stanišić i Župljanin* (Pretresno vijeće MKSJ), tom 1, paragrafi 475, 1087: U svojim utvrđenjima u pogledu optužbe za progon, Pretresno vijeće ističe vrijeđanje na nacionalnoj osnovi zatočenika koji su prisiljeni na međusobni *fellatio*, kao i jedne žene koja je silovana.

2) Ciljana grupa se može definisati na osnovu pozitivnih ili negativnih kriterija

Kvočka i dr. (Pretresno vijeće MKSJ), 2. novembar 2001, paragraf 195: “Prvostepena presuda u predmetu *Tadić* pokazala je da diskriminatorno djelo može proisteći iz primjene pozitivnih ili negativnih kriterija. U toj presudi je zaključeno da napad ‘na civilno stanovništvo izvršen samo protiv nesrpskog dijela stanovništva zato jer nisu bili Srbi’ upućuje na nužnu diskriminatornu

namjeru. U ovom predmetu zatočenici u logoru Omarska su odabrani na osnovu političkog, etničkog ili vjerskog kriterija; njihova pripadnost po tim kriterijima razlikovala se i definisala kao različita od pripadnosti bosanskih Srba koji su ih držali u zatočeništvu i zlostavljali. Kada su svi zatočenici ne-Srbi ili oni na koje se sumnja da su simpatizeri ne-Srba, a svi oni koji ih zlostavljaju su Srbi ili simpatizeri Srba, neiskreno je tvrditi da grupa protiv koje je usmjeren napad nije definisana političkom, vjerskom ili etničkom pripadnošću.”

- 3) Grupa koja je meta diskriminacije obuhvata osobe za koje se sumnja da su pripadnici te grupe ili osobe koje simpatiziraju tu grupu

Kvočka i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 2. novembar 2001, paragraf 195: “Pretno vijeće zapaža da osobe za koje se sumnjalo da su pripadnici tih grupa takođe spadaju u moguće žrtve diskriminacije. Na primjer, ako bi neki bosanski Srbin postao meta napada zbog sumnji da simpatizira bosanske Muslimane, takav bi se napad mogao klasifikovati kao progon. Uz to, ako je neka osoba bila objekt zlostavljanja zato jer se sumnjalo da pripada muslimanskoj zajednici, diskriminatorni element je zadovoljen čak i ako se pokaže da je ta sumnja bila netačna.”

Naletilić i Martinović (Pretno vijeće MKSJ), 31. mart 2003, paragraf 636 (naglasak u originalu): “Diskriminatorna osnova postoji kada neka osoba postane meta napada iz vjerskih, političkih ili rasnih razloga, tj. zbog pripadnosti određenoj grupi-žrtvi koju napada grupa-počinilac. Vijeće se slaže s mišljenjem iznesenim u Prvostepenoj presudi u predmetu *Kvočka* da ciljane grupa ne uključuje samo one osobe koje *lično* posjeduju (vjerske, rasne ili političke) karakteristike grupe. Pojam ciljane grupe valja tumačiti široko, i on može, konkretno, obuhvaćati osobe koje *počinilac definiše kao pripadnike grupe-žrtve zbog njihove bliske povezanosti ili simpatija za grupu-žrtvu*. Vijeće smatra da je takvo tumačenje u skladu s temeljnim smislom odredbe kojom se zabranjuje progon, budući da je počinilac taj koji definiše grupu žrtvu, dok žrtve protiv kojih je napad usmjeren nemaju uticaja na definiciju svog statusa. Vijeće je mišljenja da u takvim slučajevima stvarna diskriminacija postoji onda kada su žrtve *de facto diskriminirane* zbog onoga ko ili što one jesu iz perspektive počinilaca.”

- 4) Seksualni motiv ne isključuje diskriminatornu namjeru

Kvočka i dr., (Žalbeno vijeće MKSJ), 28. februar 2005, paragraf 463: “Valja razlikovati motiv i namjeru. Lični motivi, kao što su namirivanje starih računa ili lični dobitak, ne isključuju diskriminatornu namjeru.”

Dorđević (Žalbeno vijeće MKSJ), 27. januar 2014, paragrafi 887, 892, 895: “Žalbeno vijeće dalje podsjeća na to da lični motiv ne sprječava izvršioca da ima i traženu posebnu namjeru. Žalbeno vijeće naglašava da se isto odnosi i na seksualne delikte, prema kojima se u tom smislu ne smije postupati drugačije od drugih djela nasilja samo zbog toga što su seksualne prirode. Stoga, izvršilac krivičnog djela može biti motivisan seksualnom željom, ali u isto vrijeme može imati namjeru da nad svojom žrtvom izvrši diskriminaciju na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi.” “Žalbeno vijeće, uz suprotno mišljenje sudije Tuzmukhamedova, smatra da je odluka izvršilaca, čak i ako se

pretpostavi da su u trenutku kad su silovali svjedokinja K20 bili motivisani i seksualnom željom, proizašla iz namjere da nad njom izvrše diskriminaciju na osnovu etničke pripadnosti.”

- 5) U slučajevima kada to zakon dozvoljava, radnje diskriminacije po osnovu spola ili roda mogu predstavljati progon

Samardžić, (Apelaciono vijeće Suda BiH), 13. decembar 2006, str. 3-4: “[U] okviru širokog i sistematičnog napada protiv civilnog bošnjačkog stanovništva opštine Foča, znajući za takav napad, kao pripadnik vojske tzv. Srpske Republike BiH, [Samardžić je] izvršio progon civilnog bošnjačkog stanovništva na nacionalnoj, etničkoj, vjerskoj i spolnoj osnovi, u vidu prisilnog preseljavanja stanovništva, teškog oduzimanja fizičke slobode suprotno osnovnim pravilima međunarodnog prava, prisiljavanja na seksualno ropstvo, silovanja, te drugih nečovječnih djela učinjenih u namjeri nanošenja velikih patnji, odnosno ozbiljnih fizičkih povreda i narušavanja zdravlja, čime je, radnjama opisanim u tačkama od 1. do 9. izreke osuđujućeg dijela presude počinio krivično djelo – Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h)...” Član 172. stav 1. tačka h) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iz 2003. godine uključuje u svojoj definiciji progona diskriminatorne radnje počinjene na spolnoj ili rodnoj osnovi. Ova odredba glasi: “[P]rogon bilo koje grupe ljudi ili kolektiva na političkoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj ili drugoj osnovi koja je univerzalno prihvaćena kao nedopustiva po međunarodnom pravu, u vezi s bilo kojim krivičnim djelom iz ovog stava ovog člana, bilo kojim krivičnim djelom propisanim u ovom zakonu ili bilo kojim krivičnim djelom u nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine”.

Kujundžić (Prvostepeno vijeće Suda BiH), 30. oktobar 2009, paragraf 591: “Svaka počinjena radnja od strane optuženog Predraga Kujundžića učinjena je uz diskriminatornu namjeru, upravo iz razloga pripadnosti žrtve drugoj, etničkoj, vjerskoj, nacionalnoj i kulturnoj pripadnosti. Vijeće zaključuje da su sve te radnje za namjeru upravo i imale diskriminaciju žrtvi po osnovu ove pripadnosti, kao i na spolnoj osnovi (u slučaju silovanja svjedokinja ‘2’ i ‘4’ i držanja u seksualnom ropstvu svjedokinje ‘2’) što je nesumnjivo protivno pravilima međunarodnog prava. Ovakav zaključak je zasnovan na riječima i radnjama optuženog prilikom počinjenja predmetnih zločina, kako će to u nastavku presude biti detaljnije obrazloženo.”

VI. SILOVANJE KAO MUČENJE

Međunarodni krivični sudovi, kao i Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine, utvrdili su da silovanje i drugi oblici seksualnog nasilja mogu predstavljati mučenje kao ratni zločin ili kao zločin protiv čovječnosti. Pored opštih elemenata (chapeau) koji se traže za šire kategorije ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, sudska praksa međunarodnih krivičnih sudova predviđa da radnje seksualnog nasilja moraju ispuniti dodatne kriterije da bi predstavljale mučenje, uključujući nanošenje teške tjelesne ili duševne patnje, da su počinjene u svrhu postizanja zabranjenog cilja, te u ranijim sudskim presudama, da su počinjene od strane ili uz pristanak ili odobravanje zvaničnog lica. Kasnija praksa, npr. Rimski statut kojim je formiran Međunarodni krivični sud (MKS) odbacuje elemente “zabranjenog cilja” i “zvaničnog lica”, definirajući mučenje kao zločin protiv čovječnosti kao “namjerno nanošenje teške boli ili patnje, bilo fizičke ili duševne, osobi kojoj je oduzeta sloboda ili koja je pod nadzorom optuženog, osim što mučenje neće obuhvatati bol ili patnju nastalu, sadržanu ili posljedičnu samo izvršavanju neke zakonite kazne” (Rimski statut, čl. 7(2)(e)).” Ako se međutim pogledaju Obilježja krivičnih djela MKS-a, mučenje kao ratni zločin zahtijeva da bude ispunjen element “zabranjenog cilja” (čl. 8(2)(a)(ii)(1) i čl. 8(2)(c)(i)(4)). U članu 172. stav 2. tačka e) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine mučenje je definisano kao zločin protiv čovječnosti bez da se zahtijeva da je optuženi imao “zabranjeni cilj” da bi se to djelo smatralo mučenjem. Sudska praksa o kojoj će biti riječi u daljem tekstu odnosi se na praksu međunarodnih sudova i tribunala, Odjela za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava. U predmetima se prvo u širim okvirima definiše kako silovanje može predstavljati mučenje, a zatim se iznose pojedinačni elementi mučenja koji su analizirani u slučajevima optužbi za silovanje i druge oblike seksualnog nasilja.

A. Silovanje i seksualno nasilje mogu ispuniti kriterije koji definišu mučenje

Delalić i dr. [ovaj predmet se takođe označava i kao Mucić i dr. ili “Logor Čelebići”] (Pretresno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998, paragrafi 494-96, 941-43, 963-64 : “Pretresno vijeće nalazi da se elementi mučenja... mogu pobrojati kako slijedi:

- (i) Mora da postoji određena radnja ili propust kojim se nanosi težak bol ili patnja, bilo duševna ili tjelesna,*
- (ii) koji se vrše namjerno,*
- (iii) radi ostvarivanja ciljeva kao što su dobivanje informacija ili priznanja od žrtve, ili trećeg lica, kažnjavanja žrtve za djelo koje je on ili ona ili treće lice počinilo ili se sumnja da su ga počinili, zastrašivanja ili prisiljavanja žrtve ili trećeg lica, ili iz bilo kog razloga zasnovanog na diskriminaciji bilo koje vrste,*
- (iv) a da takvu radnju ili propust počinu ili na njega podstiče ili na njega da pristanak ili ga odobrava zvanično ili drugo lice koje djeluje u zvaničnom svojstvu.*

Shodno tome, kad god silovanje i drugi oblici seksualnog nasilja zadovoljavaju prethodno pomenute kriterijume, oni će predstavljati mučenje na isti način na koji to predstavljaju bilo koje druge radnje koje ispunjavaju ove kriterijume.”

Lelek (Prvostepeno vijeće Suda BiH), 23. maj 2008, str. 31-32, 42-43: Prema odredbi člana 172. stav (2) tačka e) KZ BiH koja je bila na snazi u vrijeme donošenja ove presude, elementi mučenja kao zločina protiv čovječnosti bili su:

- 1) namjerno nanošenje;
- 2) snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje;
- 3) osobi zadržanoj od strane optuženog. ”

Pored uzimanja u obzir ovih elemenata, Vijeće u predmetu *Lelek* konstatuje “[d]a silovanje predstavlja mučenje, Međunarodni krivični sud za Ruandu (“MKSJ”) i MKSJ utvrdili su da je po međunarodnom običajnom pravu neophodno da nanošenje ovog snažnog bola ili patnje bude izvršeno u nedozvoljene svrhe kao što je ‘dobijanje informacija ili priznanja, ili u svrhu kažnjavanja, zastrašivanja, ili prisiljavanja žrtve ili treće osobe, ili u svrhu diskriminacije, po bilo kojem osnovu, žrtve ili neke treće osobe.’” Vijeće konstatuje da iako su MKSJ i MKSR utvrdili takav zabranjeni cilj kao dodatni element koji se traži da bi neko djelo predstavljalo mučenje, postojanje ovog elementa se ne zahtijeva u sklopu definicije mučenja iz člana 172. KZ BiH. [Treba naglasiti da je u periodu nakon donošenja ove presude Krivični zakon BiH izmijenjen i dopunjen 2014. godine, te da relevantna odredba sada glasi: “Mučenje jest namjerno nanošenje snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje osobi zadržanoj od strane *počinioca* ili pod nadzorom *počinioca* ...” [naglasak dodan]

- 1) “Uzrokuje tešku bol ili patnju”

- a) Silovanje i seksualno nasilje sami po sebi uzrokuju tešku bol ili patnju

Kunarac i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 12. juni 2002, paragrafi 149-50: “Krivično djelo mučenja čini djelo ili propust kojim se uzrokuje ‘teška tjelesna ili duševna bol ili patnja’, no ne postoje specifičniji uslovi koji bi omogućili iscrpnu klasifikaciju i nabranje svih djela koja bi se mogla svrstati u tu kategoriju. Postojeća praksa nije u apsolutnom smislu odredila stepen patnje koji bi bio uslov da se neko djelo klasifikuje kao mučenje. Žalbeno vijeće smatra pogrešnom postavku žalilaca prema kojoj patnja mora biti vidljiva, čak i dugo nakon počinjenja krivičnih djela koja su je izazvala. Uopšteno gledano, neka djela sama po sebi čine patnju žrtava neupitnom. Silovanje je svakako jedno od tih djela. Pretresno vijeće nužno je moralo zaključiti da je postojala takva patnja, čak i bez ljekarske potvrde. Seksualno nasilje neizostavno izaziva tešku fizičku ili duševnu bol ili patnju, što opravdava da ga se klasifikuje kao krivično djelo mučenja.”

Lelek (Prvostepeno vijeće Suda BiH), 23. maj 2008, str. 31-32, 42-43: “Neke radnje same po sebi podrazumijevaju patnju kod onih nad kojima su izvršene. Silovanje predstavlja takvu radnju... seksualno nasilje neizbježno izaziva tešku bol ili patnju i na taj način opravdava kvalifikaciju tog

djela kao mučenje. Ovaj događaj je zasigurno izazvao tešku patnju, duševnu bol i gađenje kod oštećene. Sama činjenica da su žene i djevojke nesrpske nacionalnosti prisilno dovođene u banju Vilina vlas od strane naoružanih muškaraca, pod fizičkom prijetnjom koja je bila upućena kako njima tako i njihovim porodicama, te da su bile zatvorene upravo da bi bile predmet seksualnog i fizičkog zlostavljanja zasigurno izaziva i imalo je namjeru da izazove, kod žrtve koja se nalazi u takvom prostoru potpuno bespomoćna i bez mogućnosti da se zaštiti ili da to izbjegne, strašne patnje i osjećaj bespomoćnosti. Kako je svjedokinja navela, ona je dovedena u banju Vilina vlas i silovana isključivo u cilju izživljavanja počinitelja zbog njene pripadnosti određenoj nacionalnosti i u nedozvoljene svrhe diskriminacije. Svjedokinja je opisala višestruko i nemilosrdno seksualno zlostavljanje kojem je bila izložena dok je bila u banji, a koje je za posljedicu imalo unutrašnje i vanjske fizičke povrede i krvarenje.”

b) Prisiljavanje na gledanje seksualnih nasrtaja ili napada uzrokuje tešku fizičku i duševnu patnju

Furundžija (Pretno vijeće MKSJ), 10. decembar 1998, paragraf 267(ii): “Dok je optuženi nastavio ispitivati svjedokinju A i svjedoka D, optuženi B ih je oboje tukao pendrekom po stopalima. Svjedok D je zatim bio prisiljen gledati seksualne nasrtaje optuženog B na svjedokinju A, koji su ranije opisani. Fizički napadi na svjedoka D, kao i činjenica da je bio prisiljen gledati seksualne nasrtaje na ženu, i to ženu koju je znao kao prijateljicu, uzrokovali su kod njega teške fizičke i duševne patnje.”

Kvočka i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 2. novembar 2001, paragrafi 145, 149: “U praksi Međunarodnih sudova, sukladno sudskoj praksi tijela koja se bave ljudskim pravima, smatra se da silovanje može predstavljati teški bol i patnju u tolikoj mjeri da čini mučenje, pod uslovom da su prisutni ostali elementi mučenja, kao što je zabranjeni cilj.” “Kod procjenjivanja težine nanesene povrede uzima se u obzir nanesena šteta fizičkom ili duševnom zdravlju. Pretno vijeće primjećuje da zlostavljanje koje čini mučenje ne mora nužno da uključuje fizičku povredu, jer je duševna povreda prevladavajući oblik mučenja. Naprimjer, duševne patnje nanesene osobi prisiljenoj da posmatra teško zlostavljanje nekog svog srodnika predstavljale bi onaj stepen težine koji se traži za krivično djelo mučenja. Slično tome, Pretno vijeće u predmetu *Furundžija* smatralo je da je to što je određena osoba bila prisiljena da posmatra teške seksualne nasrtaje na poznanicu predstavljalo mučenje dotične osobe koja je bila prisiljena da posmatra. Prisustvo posmatrača, posebno članova porodice, takođe nanosi teške duševne povrede silovanoj osobi koje predstavljaju mučenje.”

- 2) Silovanje i seksualni nasrtaji počinjeni “u cilju... dobijanja informacija ... kažnjavanja... zastrašivanja ili prisiljavanja ... ili... diskriminacije” predstavljaju mučenje

Delalić i dr. [ovaj predmet je takođe poznat kao *Mucić i dr.* ili “Logor Čelebići”] (Pretno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998, paragrafi 471, 495, 941, 963: “[T]eško je zamisliti okolnosti u kojima bi se moglo smatrati da je do silovanja, od strane ili na podsticaj javnog zvaničnog lica, ili uz pristanak ili odobravanje zvaničnog lica, došlo radi nekog cilja koji na određen način ne podrazumijeva kažnjavanje, prisilu, diskriminaciju ili zastrašivanje. Po mišljenju ovog Pretnog vijeća ovo je svojstveno situacijama oružanog sukoba.” “Osnovno razgraničenje u vezi sa ciljem zbog kojeg se mučenje vrši je razgraničenje između ‘zabranjenog cilja’ i cilja koji je potpuno privatne prirode. Obrazloženje ovakvog razgraničavanja je to da se zabrana mučenja ne bavi privatnim ponašanjem, koje je po pravilu sankcionisano nacionalnim zakonom. Posebno su silovanje i drugi seksualni nasrtaji često označavani kao ‘privatni’, čime se onemogućava njihovo kažnjavanje prema nacionalnom ili međunarodnom pravu. Međutim, takvo ponašanje bi moglo da ispunji uslov ciljnosti mučenja, pošto, tokom oružanih sukoba, elementi ciljnosti zastrašivanja, prinude, kažnjavanja ili diskriminacije mogu često da budu sastavni dio ponašanja, čime relevantno ponašanje dovode u okvire ove definicije. Shodno tome, samo u izuzetnim slučajevima bi stoga trebalo da bude moguće zaključiti da nanošenje teškog bola ili patnje od strane zvaničnog lica ne predstavlja mučenje... na osnovu toga da je djelovalo rukovođeno čisto privatnim razlozima.” “Ciljevi silovanja koja je počinio Hazim Delić bili su, između ostalog, dobijanje informacija o mjestu gdje se nalazi muž [žrtve] gđe. Čećez koji je smatran oružanim pobunjenikom; da je se kazni zbog toga što nije mogla da pruži informacije o svom mužu; da je se prisili i zastraši kako bi dala takve informacije; i da je se kazni za muževljeva djela. Činjenica da su ta djela počinjena u zatvoru/logoru, od strane naoružanog službenika, i da je za njih znao komandant zatvora/logora, stražari, drugi ljudi koji su radili u zatvoru/logoru, i što je najvažnije, zatvorenici, svjedoči o cilju g. Delića da zastraši ne samo žrtvu već i druge zatočenike stvaranjem atmosfere straha i bespomoćnosti.” “Pored toga, nasilje kojem je gđa. Čećez bila izložena u obliku silovanja, izvršeno je protiv nje od strane Delića jer je žena. Kao što je prethodno razmotreno, ovo predstavlja oblik diskriminacije koji predstavlja zabranjeni cilj kod ustanovljavanja krivičnog djela mučenja.” Pretno vijeće je došlo do sličnih utvrđenja u odnosu na žrtvu, gđu. Antić: “Silovanja su počinjena u zatvoru/logoru Čelebići i svakom prilikom je Hazim Delić bio u uniformi, naoružan, i svirepo je prijetio gđi Antić. Cilj ovih silovanja bio je da gđu. Antić zastraši, prinudi i kazni. Dalje, barem što se tiče prvog silovanja, Delićev cilj je bio da od gđe. Antić izvuče informacije, jer je silovanje počinjeno u kontekstu ispitivanja. Pored toga, nasilje kojem je gđa. Antić bila izložena u obliku silovanja, nanijeto joj je od strane Delića jer je žena. Kao što je prethodno razmotreno, ovo predstavlja oblik diskriminacije koji za utvrđivanje krivičnog djela mučenja predstavlja zabranjeni cilj.”

a) Zabranjeni cilj ne mora biti jedini razlog za određeno ponašanje

Kunarac i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 22. februar 2001, paragrafi 485, 816: “Pretno vijeće prihvata da su sljedeći ciljevi postali dijelom međunarodnog običajnog prava: (a) dobivanje informacije ili priznanja, (b) kažnjavanje, zastrašivanje ili prisiljavanje žrtve ili treće osobe, (c) diskriminacija, po bilo kojem osnovu, žrtve ili neke treće osobe.” “U Završnom pretnom podnesku odbrane optuženi Zoran Vuković tvrdi da bi on, čak i da se tako nešto dokaže, neku ženu silovao iz seksualne potrebe, a ne iz mržnje. Međutim, ono što je doista bitno u ovom kontekstu jest da je optuženi bio svjestan napada uperenog protiv muslimanskog civilnog stanovništva, čiji je žrtva pripadnik, te da je u svrhe mučenja namjeravao sprovesti diskriminaciju između grupe kojoj je sâm pripadao i grupe kojoj je pripadala žrtva. U međunarodnom običajnom pravu određeno ponašanje ne mora se zasnivati *isključivo* na jednom od zabranjenih ciljeva mučenja, kao što je diskriminacija. Dovoljno je samo da zabranjeni cilj bude dio motivacije određenog ponašanja, a ne dominantni ili isključivi cilj. Pretno vijeće ne sumnja u to da se ovdje u najmanju ruku radi o dominantnom cilju, jer je optuženi očito imao namjeru da sprovede diskriminaciju na štetu grupe čiji je pripadnik bila žrtva, odnosno Muslimana, a posebno na štetu svoje žrtve.”

b) Silovanje osobe na osnovu spola ili roda predstavlja zabranjeni cilj

Kvočka i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 2. novembar 2001, paragraf 560: “Nadalje, Pretno vijeće nalazi da su silovanje i drugi oblici seksualnog nasilja počinjeni samo nad ne-Srbima zatočenim u logoru i da su počinjeni samo nad ženama, zbog čega ova krivična djela imaju diskriminacijski karakter na više nivoa. Radić nije silovao zatočenike ne-Srbe muškog pola. Kao što je konstatovano u predmetu *Čelebići*, silovanje neke osobe na osnovu pola predstavlja jedan od zabranjenih ciljeva u krivičnom djelu mučenja.”

Delalić i dr. [ovaj predmet je takođe poznat kao *Mucić i dr.* ili “Logor Čelebići”] (Pretno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998, paragrafi 941, 963: Kako je već navedeno, Pretno vijeće nalazi da je “nasilje kojem je gđa. Čećez bila izložena u obliku silovanja, izvršeno [...] protiv nje od strane Delića jer je žena. Kao što je prethodno razmotreno, ovo predstavlja oblik diskriminacije koji predstavlja zabranjeni cilj kod ustanovljavanja krivičnog djela mučenja.” Pretno vijeće je došlo do sličnih utvrđenja u odnosu na žrtvu, gđu. Antić: “Silovanja su počinjena u zatvoru/logoru Čelebići i svakom prilikom je Hazim Delić bio u uniformi, naoružan, i svirepo je prijetio gđi Antić. Cilj ovih silovanja bio je da gđu. Antić zastraši, prinudi i kazni. Dalje, barem što se tiče prvog silovanja, Delićev cilj je bio da od gđe. Antić izvuče informacije, jer je silovanje počinjeno u kontekstu ispitivanja. Pored toga, nasilje kojem je gđa. Antić bila izložena u obliku silovanja, nanijeto joj je od strane Delića jer je žena. Kao što je prethodno razmotreno, ovo predstavlja oblik diskriminacije koji za utvrđivanje krivičnog djela mučenja predstavlja zabranjeni cilj.”

- c) Iako se Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine ne zahtijeva da radnje budu počinjene u cilju postizanja “zabranjenog cilja”, sudovi konstatuju da radnje počinjene u cilju diskriminacije zbog žrtvine “nacionalne pripadnosti” jesu mučenje

Lelek (Prvostepeno vijeće Suda BiH), 23. maj 2008, str. 31-32, 42-43: Vijeće nalazi da su radnje silovanja počinjene u cilju diskriminacije zbog “nacionalne pripadnosti” žrtava, konkretno zbog činjenice da su “Bošnjakinje Muslimanke”. Vijeće konstatuje da iako su MKSJ i MKSR utvrdili takav zabranjeni cilj kao dodatni element koji se traži da bi neko djelo predstavljalo mučenje, postojanje ovog elementa se ne zahtijeva u sklopu definicije mučenja iz člana 172. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine. Ipak, u pogledu ovih optužbi za mučenje, Vijeće konstatuje da su radnje počinjene u cilju diskriminacije zbog “nacionalne pripadnosti” žrtava, konkretno zbog činjenice da su “Bošnjakinje Muslimanke”.

- 3) Silovanje ili seksualno nasilje koje počini javno zvanično lice ili lice koje djeluje u zvaničnom svojstvu, ili koje se počini uz pristanak ili odobravanje takvog lica, predstavlja mučenje

Delalić i dr. [ovaj predmet je takođe poznat kao *Mucić i dr.* ili “Logor Čelebići”] (Pretresno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998, paragraf 495: Pretresno vijeće smatra silovanje bilo koje osobe činom dostojnim prezrenja, kojim se vrijeđa sama suština ljudskog dostojanstva i fizičkog integriteta. Osuda i kažnjavanje silovanja još su hitniji kada ga počini, ili na njega podstiče, javno zvanično lice ili se počini uz pristanak ili odobravanje takvog zvaničnog lica..

- a) Silovanje pritvorenice od strane službenika države radi pribavljanja informacija predstavlja mučenje

Aydin protiv Turske (ESLJP), 25. novembar 1997, paragrafi 83, 85-86: “Dok je podnositeljica zahtjeva bila držana u pritvoru, silovala ju je osoba čiji identitet tek treba utvrditi. Silovanje pritvorenice od strane službenika države mora se smatrati posebno teškim i gnusnim oblikom zlostavljanja s obzirom na lakoću kojom počinitelj može iskoristiti ranjivost i oslabljeni otpor svoje žrtve. Nadalje, silovanje ostavlja duboke psihičke ožiljke na žrtvi koji protekom vremena ne iscjeljuju jednako brzo kao drugi oblici tjelesnog i psihičkog nasilja. Podnositeljica je takođe osjetila jaku tjelesnu bol zbog prisilne penetracije, što joj je moralo ostaviti osjećaj poniženosti i obeščaćenosti, kako u tjelesnom tako i u emocionalnom smislu.” Sud je utvrdio da je podnositeljica zahtjeva odvedena u sjedište žandarmerije i da su patnje kojima je bila izložena za vrijeme svog boravka tamo imale za cilj pribavljanje informacija. “Na ovim osnovama, Sud se uvjerio da kumulativne radnje tjelesnog i duševnog nasilja nanesenog podnositeljici zahtjeva, a posebno okrutni čin silovanja kojem je bila podvrgnuta predstavljaju mučenje protivno članu 3. Konvencije. Štaviše, Sud bi taj zaključak donio i na temelju svake od tih osnova uzetih zasebno.”

- b) Zvaničnici strana u sukobu koje nisu države mogu se smatrati licima koja djeluju u zvaničnom svojstvu

Delalić i dr. [ovaj predmet je takođe poznat kao *Mucić i dr.* ili “Logor Čelebići”] (Pretno vijeće MKSJ), 16. novembar 1998, paragrafi 473-74: “Po tradicionalnom gledištu, djelo mučenja mora biti počinjeno od strane, ili na podsticaj, ili uz pristanak ili odobravanje, javnog službenika ili lica koje djeluje u zvaničnom svojstvu. U kontekstu međunarodnog humanitarnog prava, ovaj uslov mora se tumačiti tako da obuhvata zvaničnike strana u sukobu koje nisu države, kako bi ova zabrana zadržala značaj u situacijama unutrašnjih oružanih sukoba ili međunarodnih sukoba u koje su umiješani određeni entiteti koji nisu države. Ugrađivanje ovog elementa u definiciju mučenja sadržanu u Konvenciji o mučenju opet slijedi Deklaraciju o mučenju i dalje je razrađuje dodavanjem riječi ‘ili uz pristanak ili odobravanje’ i ‘ili drugog lica koje djeluje u zvaničnom svojstvu’. Tako je ona postavljena veoma široko i obuhvata zvanična lica koja se postave pasivno ili su slijepi na mučenje, najočitije time što ne sprečavaju ili ne kažnjavaju mučenje shodno nacionalnom kaznenom ili vojnom zakonu, kada do njega dođe.”

- c) Prisustvo državnog službenika ili bilo koje druge osobe koja raspolaže ovlastima nije nužno

Kunarac i dr. (Pretno vijeće MKSJ), 22. februar 2001, paragrafi 496-97: “Pretno vijeće zaključuje da definicija mučenja prema međunarodnom humanitarnom pravu ne sadrži iste elemente kao definicija mučenja koja se generalno primjenjuje u skladu sa normama zaštite ljudskih prava. Konkretno, Pretno vijeće smatra da nije nužno da u procesu mučenja bude prisutan državni službenik ili bilo koja druga osoba koja raspolaže ovlastima kako bi se u skladu sa međunarodnim humanitarnim pravom dotično krivično djelo smatralo mučenjem.”

Kvočka i dr. (Žalbeno vijeće MKSJ), 28. februar 2005, paragraf 284: “Žalbeno vijeće će razmotriti i to da li je Pretno vijeće načinilo grešku u primjeni prava zato što nije zahtijevalo da krivično djelo mučenja počinu neki javni službenik, odnosno, kada se radi o više počinilaca, da barem jedna od osoba umiješanih u postupak mučenja bude javni službenik. To pitanje razriješilo je Žalbeno vijeće u Drugostepenoj presudi u predmetu *Kunarac*. U tom predmetu, Žalbeno vijeće je zaključilo da je Pretno vijeće u predmetu *Kunarac* zauzelo ispravan stav da uslov javnog službenika ne predstavlja uslov koji se traži u međunarodnom običajnom pravu kada je riječ o krivičnoj odgovornosti pojedinca za mučenje izvan okvira Konvencije protiv mučenja. Žalbeno vijeće u ovom predmetu ponovno potvrđuje taj zaključak. Shodno tome, Žalbeno vijeće konstatuje da Kvočkin argument da nije mogao biti proglašen krivim za mučenje zbog djela koja su počinili Žigić i Knežević pošto oni nisu javni službenici ne može proći, bez obzira na tačan status ove dvojice. Ova žalbena podosnova se odbija.”

VII. POTKREPLJIVANJE

Seksualno i rodno uvjetovano nasilje najčešće se dešava u privatnom kontekstu, često bez svjedoka, osim počinioca i žrtve krivičnog djela. Zbog toga su brojni sudovi razmatrali pitanje da li su potkrijepljujući dokazi u vidu iskaza dodatnih svjedoka neophodni za dokazivanje krivičnog djela silovanja ili drugih oblika seksualnog nasilja, kojom prilikom su utvrđivali pravila i razvijali sudsku praksu koja ne predviđa potkrijepljujuće iskaze drugih svjedoka kao uslov za dokazivanje djela. Sudska praksa MKSJ i MKSR poziva se na Pravilo 96(i) koje je identično u Pravilnicima o postupku i dokazima oba tribunala, i koje u relevantnom dijelu glasi: “[u] slučajevima seksualnog delikta, neće se tražiti dodatno potkrepljivanje svjedočenja žrtve.”

A. Potkrepljivanje iskaza o seksualnom napadu nije neophodno

Tadić (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 7. maj 1997., paragrafi 536-39: “Opšti princip koji Pretresno vijeće mora da primjeni na osnovu Pravilnika je princip da se svaki relevantni dokazni materijal probativne vrijednosti može prihvatiti kao dokaz, osim ako potreba da se osigura pravično suđenje uveliko ne preteže nad njegovom probativnom vrijednošću. Jedino se pravilo 96(i) bavi pitanjem potkrepljivanja dokaza, i to samo u slučajevima seksualnih napada za koje, kako stoji u pravilu, nije potrebno potkrepljivanje dokaza Tu se objašnjava da navedeno potpravilo iskazu žrtve seksualnog napada daje istu presumpciju pouzdanosti kao i iskazima žrtava drugih zločina, što je *common law* dugo uskraćivao žrtvama seksualnih napada.” “No, bez obzira na Pravilnik, nije ispravno tvrditi da potkrepljivanje dokaza u današnjim sistemima građanskog prava ostaje opšti uslov. Ovlašćenja koja u procesu presuđivanja ima sudija u sistemu građanskog prava najbolje se mogu opisati pozivanjem na princip slobodne procjene dokaza, koji je, ukratko rečeno, inherentno pravo sudije, kao osobe koja utvrđuje činjenice, da odlučuje samo na osnovu svog dubokog ličnog uvjerenja. Ovo vrlo široko diskreciono pravo podložno je određenom broju ograničenja. No, na princip izražen u latinskoj izreci *unus testis, nullus testis*, koji zahtijeva potkrepljivanje svjedočenja jedinog svjedoka neke relevantne činjenice drugim svjedokom, više se ne poziva gotovo ni jedan moderni kontinentalni pravni sistem.” “Slično tome, ovaj princip ne postoji u marksističkim pravnim sistemima, uključujući i jugoslavenski i kineski, koji uglavnom slijede princip slobodne procjene dokaza iz sistema građanskog prava. Iz navedenog slijedi da nema osnova za zaključak da se u međunarodnom običajnom pravu traži potkrepljivanje dokaza, te da bi to trebao tražiti i Međunarodni sud.”

Akayesu (Presuda Pretresnog vijeća MKSR), 2. septembar 1998., paragrafi 134-35: “Jedino se Pravilo 96(i) Pravilnika o postupku i dokazima konkretno bavi pitanjem potkrepljivanja iskaza koje traži ovo vijeće. Odredbe ovog pravila, koje se primjenjuju samo u slučajevima iskaza žrtava seksualnog napada, predviđaju da nije potrebno potkrepljivanje dokaza.” Citirajući direktno prvostepenu presudu u predmetu *Tadić*, Pretresno vijeće zaključuje da “vijeće može temeljiti svoje zaključke samo na jednom iskazu ako smatra da je taj iskaz relevantan i vjerodostojan.”

Katanga (Pretno vijeće MKS), 7. mart 2014., paragraf 986: “Međutim, Vijeće je dužno naglasiti da prema Pravilu 63(4) Pravidnika o postupku i dokazima [MKS] ne postoji zakonska obaveza potkrepljivanja dokaza u cilju dokazivanja krivičnih djela seksualnog nasilja.” Pravilo 63(4) Pravidnika o postupku i dokazima MKS u relevantnom dijelu glasi: “[V]ijeće neće nametnuti zakonsku obavezu da je za dokazivanje bilo kojeg krivičnog djela iz nadležnosti Suda, posebno krivičnih djela seksualnog nasilja, neophodno potkrepljivanje dokaza.”

B. Sudovi imaju slobodu da ocijene pouzdanost i vjerodostojnost iskaza jedinog svjedoka

Delalić i dr. [predmet je takođe poznat i kao *Mucić i dr.* ili “Logor Čelebići”] (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 20. februar 2001., paragraf 506.: “[N]e postoji nikakav pravni zahtjev na iskaz jedinog svjedoka o materijalnim činjenicama da on, kako bi mogao biti prihvaćen kao dokaz, mora da bude potkrijepljen. Važna je pouzdanost i vjerodostojnost koja se tom iskazu pridaje.”

Musema (Presuda II Pretnog vijeća MKSR), 27. januar 2000., paragrafi 45-46: “Vijeće konstatuje da kao što je navedeno u presudi u predmetu *Akayesu* i presudi u predmetu *Rutaganda*, potpravilo 96(i) iskazu žrtve seksualnog napada daje isti osnov za ocijenjivanje pouzdanosti kao i iskazima žrtava drugih zločina... [P]ravelno je zaključiti da u svojim nastojanjima da donese odluku na osnovu iskaza i drugih dokaza vijeće nije ograničeno bilo kakvim pravilom o potkrepljivanju dokaza, već se treba osloniti na vlastitu ocjenu probativne vrijednosti izvedenih dokaza... Vijeće ima slobodu u ocjeni relevantnosti i vjerodostojnosti svih izvedenih dokaza. Vijeće ističe da se ova sloboda u ocjeni dokaza odnosi i na one iskaze koji *su* potkrijepljeni: potkrepljivanje ili potvrda iskaza, čak i od strane više svjedoka, ne čini te iskaze apsolutno vjerodostojnim.“ *Vidjeti takođe Musema* (Presuda II B Žalbenog vijeća MKSR), 16. novembar 2001., paragrafi 37-38 (gdje se u žalbenom postupku potvrđuju nalazi prvostepenog vijeća).

Kunarac i dr. (Presuda Pretnog vijeća MKSJ), 22. februar 2001., paragraf 566: “U pojedinim slučajevima, o nekom događaju za koji se tereti neki od optuženih svjedočila je samo jedna svjedokinja. Pravilo 96 posebno odbacuje zahtjev koji postoji ili je postojao u nekim nacionalnim pravnim sistemima da se svjedočenje žrtve koja tvrdi da je silovana mora dodatno potkrijepiti – riječ je o zahtjevu koji je uistinu uklonjen iz većine tih nacionalnih pravnih sistema. Ipak, ostaje činjenica da je samo jedna svjedokinja svjedočila o datom događaju, i to obično zbog toga što je ona, s izuzetkom optuženog, bila jedina osoba prisutna kada se navodno odigrao događaj za koji se optuženi tereti. U takvoj situaciji, Pretno vijeće je svjedočenje svjedoka optužbe razmotrilo s velikom pažnjom prije nego što bi ga prihvatilo kao osnovu za zaključak o krivici bilo kojeg od optuženih.”

Nyiramasuhuko i dr. (Presuda Pretnog vijeća MKSR), 24. juni 2011., paragrafi 174-76: “Ne postoji obaveza da se presude moraju zasnivati samo na iskazima dva ili više svjedoka. Vijeće može donijeti odluku na osnovu jednog iskaza ako smatra da je taj iskaz relevantan i

vjerodostojan. Potkrepljivanje dokaza jednostavno je jedan od brojnih potencijalnih faktora koje Vijeće ima u vidu prilikom razmatranja vjerodostojnosti svjedoka. Ukoliko Vijeće smatra određenog svjedoka vjerodostojnim, iskaz tog svjedoka može biti prihvaćen čak iako nije potkrijepljen drugim dokazima. Slično tome, čak i ukoliko Vijeće utvrdi da iskaz određenog svjedoka nije dosljedan ili je na neki drugi način problematičan u toj mjeri da ne bi trebao biti prihvaćen, vijeće ipak može odlučiti da prihvati taj iskaz jer je potkrijepljen drugim dokazima. U svojim nastojanjima da donese odluku na osnovu iskaza i drugih dokaza vijeće nije ograničeno bilo kakvim pravilom o potkrepljivanju dokaza, već se treba osloniti na vlastitu ocjenu probativne vrijednosti izvedenih dokaza. Vijeće ima slobodu u ocjeni relevantnosti i vjerodostojnosti svih izvedenih dokaza. Vijeće ističe da se ova sloboda u ocjeni dokaza odnosi i na one iskaze koji *su* potkrijepljeni: potkrepljivanje ili potvrda iskaza, čak i od strane više svjedoka, ne čini te iskaze apsolutno vjerodostojnim. Kada je u odnosu na određenu materijalnu činjenicu dostupan iskaz samo jednog svjedoka, vijeće se može osloniti na taj iskaz čak i ako nije potkrijepljen drugim dokazima, ali treba pažljivo provjeriti sve nepotkrijepljene dokaze prije nego donese bilo kakvo utvrđenje na osnovu takvih dokaza. Vijeće konstatuje da u slučajevima seksualnih napada, u skladu sa odredbama Pravila 96 (i) Pravilnika o postupku i dokazima, Vijeće neće zahtijevati potkrepljivanje iskaza žrtve.”

Radić i dr. (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 9. mart 2011, paragraf 545: “Naime, Sud BiH se bavio mnogim predmetima ratnih zločina sa jako velikim brojem žrtava silovanja. U svjetlu rješavanja istih, koristeći svoje diskreciono pravo, Sud je prihvatio stanovište da je u svojoj procjeni dokaza za seksualno nasilje, u granicama razumnosti, slobodan da dodijeli kredibilitet svjedocima koje on odabere i da taj događaj uopšte nije potrebno potvrditi niti se to potvrđivanje posebno traži. Pored toga, MKSJ iznosi stanovište da je pri ocjenjivanju svjedočenja silovanih žrtava, pored ostalog, važno prepoznati uticaj te traume na svjedoka.”

Janković [Gojko] (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 16. februar 2007., strana 56: “Jedini dokaz izveden pred Sudom u vezi sa prvim i drugim dijelom ove tačke je svjedočenje FWS-95 te se u osudi Sud oslanja isključivo na njen iskaz. Bez obzira na to, Sud slobodno ocjenjuje izvedene dokaze i nije neophodno ni uopšteno ni posebno potkrepljivanje. Ovo pravilo jednako važi i za svjedočenje žrtve seksualnog napada.”

Tanasković (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 24. avgust 2007, strana 27-28: Analizirajući prigovor odbrane, Prvostepeno vijeće je zaključilo da se “ova tačka optužnice [koja se odnosi na silovanje] zasniva na izjavi samo jednog svjedoka i to zaštićenog svjedoka, a osudu nije moguće zasnovati na takvom iskazu. Vijeće napominje da je slobodno u ocjeni dokaza, a shodno članu 15. ZKP-a BiH pravo je Suda da ocjenjuje postojanje ili nepostojanje činjenica i nije vezano posebnim formalnim dokaznim pravilima. Prema mišljenju Vijeća, ukoliko je određeni dokaz zakonit i validan, te ukoliko je vjerodostojan i kredibilan, takav dokaz može biti dovoljan da utvrdi počinjenje krivičnog djela, čak i ako takav dokaz proizilazi iz iskaza samo jednog svjedoka. Krivično djelo silovanja se rijetko kad počini pred svjedocima. Vijeće je primijetilo da je svjedočkinja A, dala po nju samu jako emotivan i bolan iskaz, te da je iskaz dat

na jasan i koherentan način i da u njenom iskazu nema nedosljednosti u pogledu djelovanja samog optuženog i onoga što joj se kasnije desilo.” (U presudi Apelacionog vijeća u ovom predmetu ovaj nalaz je potvrđen, 26. mart 2008., str. 10-13)

Nikačević (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 19. februar 2009., str. 35: “Nadalje, vijeće je svjesno, a kako je već gore navedeno, da je samo svjedokinja oštećena svjedočila o samom činu silovanja zato što je bila sama sa optuženim u prostoriji kada se desio događaj za koji se optuženi tereti. Iz tog razloga vijeće je sa posebnom pažnjom razmotrilo svjedočenje svjedoka optužbe prije nego što ih je prihvatilo kao osnovu za donošenje zaključka o krivnji. Pri tome vijeće je imalo u vidu i praksu MKSJ u skladu sa [Pravilom] 96. [Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ] koj[e] propisuje da prilikom svjedočenja žrtve neće se tražiti dodatno potkrepljivanje svjedočenja žrtve silovanja.” (U presudi Apelacionog vijeća u ovom predmetu ovaj nalaz je potvrđen, 12. juli 2010., paragrafi 52, 71).

VIII. KREDIBILITET (VJERODOSTOJNOST) ILI KARAKTER ŽRTVE

U mnogim predmetima pred domaćim i međunarodnim sudovima vjerodostojnost ili karakter žrtava seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja dolazi u prvi plan na suđenju češće nego što je to slučaj sa svjedocima koji svjedoče o drugim vrstama krivičnih djela u kojima su oštećeni. Sudovi su razmatrali pristup pitanju vjerodostojnosti koja je specifična za žrtve seksualnog i rodno uvjetovanog nasilja, posvećujući pritom posebnu pažnju faktorima kao što su zakašnjelo prijavljivanje nasilja ili izostavljanje određenih detalja prilikom prijavljivanja ili svjedočenja o nasilju, odnos žrtve sa organizacijama koje pružaju podršku žrtvama, "neočekivano" ponašanje i problem nemogućnosti da se žrtva prisjeti određenih detalja bez nedosljednosti tokom svjedočenja.

A. Ako svjedok pati od post-traumatskog stresnog poremećaja to ne umanjuje vjerodostojnost tog svjedoka

Furundžija (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 10. decembar 1998., paragrafi 99, 103, 105, 108-09: "Optužba je u svojoj završnoj riječi ustvrdila da je svaka tvrdnja da je vjerodostojnost svjedokinje A umanjena uticajem terapije na njezino pamćenje ili biološkim oštećenjem njezinog mozga zasnovana na čistoj spekulaciji. [Post-traumatski stresni poremećaj ili] PTSP ne čini pamćenje nekog lica o traumatičnim događajima bezvrijednim. Dokazi stručnjaka zapravo sugeriraju da se intenzivna iskustva poput događaja o kojima se ovdje radi često tačno pamte uprkos nekim nedosljednostima." "[P]retresno vijeće došlo je do ovih zaključaka: Pretresno vijeće nalazi da pamćenje svjedokinje A o materijalnim aspektima događaja nije narušeno bilo kakvim poremećajem kojeg je ona mogla imati. Pretresno vijeće prihvata njezin iskaz da se ona dovoljno dobro sjeća tih materijalnih aspekata događaja. Nema dokaza o bilo kojem obliku oštećenja mozga, niti o tome da je njezino pamćenje na bilo koji način kontaminirano bilo kakvim liječenjem kojeg je mogla biti podvrgnuta." Pretresno vijeće je odbilo argument odbrane optuženog da je učee u grupnoj terapiji moglo dovesti do kontaminiranja sjećanja svjedokinje A, što je dovelo do toga da je grupna terapija "popunila praznine i proizvela pogrešna vjerovanja." "Pretresno vijeće prihvata iskaz dr. Ratha [iskusni klinički i forenzički psiholog iz Kalifornije, koji je bio svjedok Tužilaštva] da je tretman kojeg je možda imala bio sasvim preliminarne prirode. Pretresno vijeće takođe je uzelo u obzir da cilj terapije nije utvrđivanje činjenica. Pretresno vijeće drži na umu da, čak i kada neka osoba pati od PTSP-a, to ne znači da ona nužno daje netočan iskaz. Nema razloga zašto osoba sa PTSP-om ne bi mogla biti savršeno pouzdani svjedok."

B. Nedavanje ranijih izjava u vezi sa silovanjem ne umanjuje vjerodostojnost žrtve

Kvočka i drugi (Presuda Pretresnog vijeća MKSJ), 2. novembar 2001., paragraf 552: "Odbrana je osporavala vjerodostojnost svjedokinje K, jer je ta svjedokinja priznala na unakrsnom ispitivanju da novinarki koja ju je intervjuirala u Zagrebu 1993. godine nije spomenula da ju je Radić silovao, dok je u izjavi koju je 1995. dala Tužilaštvu opisala taj događaj. Nadalje, odbrana je

istakla da postoje kontradikcije između izjave iz 1995. i iskaza svjedokinje K pred Pretresnim vijećem u pogledu doba dana kada je do silovanja došlo. Međutim, Pretresno vijeće smatra irelevantnom činjenicu da svjedokinja K nije 1993. godine novinarki spomenula silovanje, osobito s obzirom na to da se radi o krivičnom djelu seksualnog karaktera i vrlo intimne prirode. Ovaj propust ne umanjuje vjerodostojnost njenog svjedočenja. Osim toga, nepodudarnost koja eventualno postoji između njena dva iskaza u pogledu doba dana kada se silovanje desilo nije od ključne važnosti za vjerodostojnost tog svjedočenja.” *Vidjeti i Kvočka i dr.* (Presuda Žalbenog vijeća MKSJ), 28. februar 2005., paragrafi 404-05: Žalbeno vijeće u ovom predmetu potvrdilo je zaključak Pretresnog vijeća da je svjedokinja K vjerodostojan svjedok.

C. Dobivanje podrške i/ili reparacije ne umanjuje vjerodostojnost žrtve

Bemba (Pretresno vijeće MKS), 21. mart 2016., paragraf 331: “Pretresno vijeće konstatuje da je formiranje i učestvovanje u radu organizacija za podršku žrtvama uobičajena pojava u postkonfliktnim društvima. Osim pružanja određenog nivoa psihološke i materijalne podrške žrtvama i njihovim porodicama, takve organizacije mogu pomoći žrtvama u njihovoj potrazi za pravdom, te im pomoći da na odgovarajući način sudskim putem dođu do reparacije, čime se podržava pravo žrtava na pravni lijek, koje je priznato u međunarodnim instrumentima. Shodno tome, članstvo ili učešće u radu organizacija koje pružaju podršku žrtvama, ili pak njihovi potencijalni budući imovinsko-pravni zahtjev, ne mogu se, sami po sebi, smatrati faktorima koji umanjuju vjerodostojnost svjedoka.”

D. Saradnja sa udruženjima žrtava ne umanjuje vjerodostojnost žrtve

Nikačević (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 19. februar 2009., str. 9, 46-47: “Tužilaštvo ... navodi da činjenica da je silovanje prijavljeno sa kašnjenjem, koju je odbrana optuženog istakla tokom dokaznog postupka, a to je da obje svjedokinje nisu o događajima silovanja nikome govorile sve do... 2007. godine, kada su se povjerile i svoje iskaze dale udruženju “Žene-žrtve rata”, ne može uticati na vjerodostojnost njihovih iskaza na suđenju, pogotovo kada se u obzir uzmu okolnosti koje su vladale na području općine Foča u inkriminisano vrijeme. Naime, svjedokinje, kao stanovnici grada Foče bošnjačke nacionalnosti bile su lišene osnovnih ljudskih prava, te su bile prepuštene same sebi, strahujući svakodnevno za svoj život, te da u tim okolnostima nisu mogle potražiti nikakvu zaštitu jer im ista ne bi bila pružena. Šutnja o silovanju, kako navodi tužilac, nije rijedak slučaj, a to je potvrdio i svjedok odbrane doktor Danilo Mihajlović, koji je u svom iskazu naveo da mnoge žene ne kažu da su bile silovane, kao i to da postoje razlozi zbog kojih one to ne urade i godinama nakon što su silovane.” “[B]itno je razmotriti tvrdnju odbrane. [Redigovano] je prvobitno Nikačević odvezao iz Foče u Crnu Goru. Drugi komšija je s njim dogovorio da odvede [redigovano] i njenu kćerku. Odbrana je postavila ovo pitanje da bi narušila njenu vjerodostojnost. Zbog čega bi nakon svega ijedna razumna žena išla bilo gdje sa svojim silovateljem? Postavljanje ovog pitanja ukazuje na nepoznavanje ovog zločina. Silovanje je zločin motivisan osjećajem moći i ne postoji samo jedan način na koji razumna žena reaguje na nerazuman zločin. To je bilo vrijeme rata i haosa. [Redigovano] je u u

osnovi bila od onih što preživljavaju. Stoga je vijeće ovu situaciju shvatilo drugačije.” *Vidjeti takođe i Nikačević* (Odjel za ratne zločine, Sud BiH, Apelaciono vijeće), 12. juli 2010., paragrafi 62-63: Apelaciono vijeće je našlo da “činjenica da su oštećene silovanje prvo prijavile udruženju “Žene-žrtve rata” ne umanjuje istinitost, niti vjerodostojnost njihovih iskaza. Štaviše, logično da se žene, koje su proživjele izuzetno traumatične događaje, odluče da svoju priču prvo podijele sa ženama koje su prošle kroz iste ili slične situacije.” Apelaciono vijeće je takođe konstatovalo da “prijavljivanje silovanja po proteku 15 godina, ni u kom slučaju, samo po sebi, ne dovodi u pitanje vjerodostojnost iskaza oštećenih.”

E. Zakašnjelo prijavljivanje silovanja ili izostavljanje određenih detalja u ranijim izjavama ne umanjuje vjerodostojnost žrtve

Palija (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 28. novembar 2007., str. 43-46: Činjenicu da se svjedokinja A nije mogla sjetiti manjih detalja kada je riječ o navodnom silovanju i to da li je jednoj od svojih prijateljica rekla šta joj se dogodilo ili ne, Vijeće je našlo “apsolutno [...] nevažnim, obzirom na traumu kojoj je svjedokinja bila izložena ne samo tada, prilikom silovanja, nego i ponovnog traumatiziranja izazvanog samim prisjećanjem i prepričavanjem ovog događaja.” Vijeće konstatuje da je svjedokinja A u svom iskazu navela da ju je optuženi upozorio da nikome ne smije reći šta se desilo ili će u protivnom ubiti njenu prijateljicu ili djecu, te primjećuje da je “težina njene traume [...] razlog nemogućnosti da se sjeti tačnog datuma kada se sve opisano i dogodilo.”

Damjanović (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 13. juni 2007, str. 8: “[Č]injenica da oštećena o činu silovanja nije ranije nikome govorila, osim suprugu, može se sasvim lako shvatiti obzirom na tadašnje prilike i da se radilo o izuzetno stresnom i traumatičnom događaju koji je ostavio jak uticaj i nakon proteka vremena. Osim toga u patrijarhalnoj sredini, iz koje i sama oštećena potiče, čin silovanja je sramota i za samu žrtvu, a kada se pri tome ima u vidu da se sve dešavalo u prisustvu njenog muža, potpuno je razumljivo da oštećena o tome nikome nije govorila.”

Mejakić i dr. (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 30. maj 2008., str. 121: “U toku dokaznog postupka, odbrana je, prilikom unakrsnog ispitivanja, ukazala svjedokinji na njenu ranije datu izjavu, u kojoj nije spominjala silovanja. Svjedokinja je, u pogledu različitosti tih izjava, dala objašnjenje da se u to vrijeme plašila, da je bila u šoku zbog pretrpljenih trauma, zbog čega je izostavila priču o silovanju, koje argumente je Sud prihvatio imajući u vidu da je predmetna izjava data u maju 1993. godine, dakle, nepunu godinu nakon kritičnih dešavanja, u koje vrijeme je svjedokinja, sasvim je moguće, bila još uvijek u stanju šoka i straha od svega što joj se desilo u logoru Omarska.”

Bogdanović (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 21. juni 2012., paragrafi 47, 67-68, 70-71, 79: U toku žalbenog postupka, odbrana optuženog Bogdanovića tvrdila je da činjenica da je žrtva silovanja “dala prvi iskaz o ovom događaju nakon punih 17 godina [...] izaziva apsolutnu sumnju

u istinitost i preciznost samog događaja.” Apelaciono vijeće konstatuje da “je bitno cijeniti činjenicu da je svjedokinja od prvog susreta sa optuženim znala ko je on, bez obzira što taj podatak nije podijelila sa porodicom, komšijama i prijateljima, te je u tom smislu izjavila da nikome nije rekla da ju je optuženi silovao, nego samo da ju je maltretirao, iz slijedećih razloga: *'Nisam zato što smo mi ipak generacija jedna koja je kako da Vam kažem i shvatanja o tim intimnim stvarima i to se nekako više sve držalo u sebi i više nikako nisi imo' slobodu ni da kažeš. Bojala sam se kako će muž reagovati ako mu sve te pojedinosti kažem. Ostali u tom stanu, nismo otišli nikuda. Pod tri, bojala se ako kažem sinu koji je tada eto bio 18 godina, kako će on reagovati kad dođe, kad sazna ko je, jer ja znam tu osobu. Drugo je da je to NN osoba da ja ne znam ko je to uradio. Kako će me prihvatiti rodbina, kako će me prihvatiti okolina, kako moj komšiluk...'*” “Pri tome svakako treba imati u vidu konzervativnu sredinu, neobrazovanost, opšte odsustvo empatije, koji su samo neki od faktora koji utiču na to da sve žrtve silovanja, pa tako i oštećena ..., rijetko prijavljuju počinitelje ovog krivičnog djela.” “Poznato je da se žrtve seksualnih delikata nerado odlučuju na prijavljivanje iz mnogo razloga, a prije svega zbog straha od odmazde, stida, osjećaja samokrivnje, nepovjerenja u rad organa krivičnog gonjenja, zbnjenosti, kao i brojnih drugih razloga.” “Oštećena je, prema mišljenju i Apelacionog vijeća, sasvim opravdano skrivala identitet učinioca, iz razloga što je optuženi prilikom izvršenja krivičnog djela prema oštećenoj upotrijebio silu i uputio joj mnogobrojne prijetnje, te s obzirom da se oštećena plašila za vlastitu i sigurnost supruga, koji je bio odveden u logor.” Odgovarajući na argument odbrane optuženog da činjenica da oštećena nije punih 17 godina nakon navodnog silovanja zatražila terapiju umanjuje njenu vjerodostojnost, Apelaciono vijeće ističe da se “u pobijanoj presudi pravilno [...] navodi činjenica da žrtve silovanja često rade i da, naizgled, normalno funkcioniraju, pozivajući se pri tome i na iskaze vještaka date pred sudom, koji su istakli da ove osobe *'tiho pate'* i funkcioniraju sa smanjenom funkcijom.”

F. Manje nedosljednosti u iskazu ne umanjuju vjerodostojnost žrtve

Lelek (Presuda Prvostepenog vijeća Suda BiH), 23. maj 2008., str. 41: “[B]ez obzira na ovakvo osporavanje odbrane, Vijeće nalazi da iskaz svjedokinje M.H. nema značajnih nedosljednosti koje bi uticale na kvalitet vjerodostojnosti njenog iskaza. Vijeće nalazi da se ovakve nekonzistentnosti kod svjedočenja, naročito žrtava ovakvih djela, mogu sasvim izvjesno pripisati protoku vremena te uslijed toga i lošijoj kvaliteti sjećanja, zatim traumi koje je svjedokinja doživjela uslijed kojih nije bila u mogućnosti da detaljno opaža. Ipak, svjedokinjin iskaz je u ključnim dijelovima koji se odnose na identifikaciju optuženog i opis sveukupnih dešavanja dovoljan i pouzdan.”

Marković (Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH), 27. septembar 2011., para. 80: “[A]pelaciono vijeće naglašava da je pretresno vijeće pravilno odbacilo manje nedosljednosti u iskazu oštećene i njenih izjava koje je dala Tužilaštvu za vrijeme istrage. Kako je naglasilo pretresno vijeće u predmetu *Furundžija*, od lica koja su preživjela takva traumatična iskustva poput silovanja “nije razumno očekivati da se sjećaju sitnih detalja događaja kao što su datum ili vrijeme. Također nije razumno očekivati da se sjećaju svakog pojedinačnog elementa kompliciranog i traumatičnog

redosljeda događaja. U stvari, nedosljednosti mogu pod određenim okolnostima ukazivati na istinitost i na činjenicu da na svjedoke nije uticano.” Apelaciono vijeće potvrđuje ovakvo stanovište i ne pridaje naročitu težinu nedosljednostima u iskazu oštećene u pogledu datuma i vremena djela.”

Projekat Jačanje pristupa pravdi za žrtve u Bosni i Hercegovini finansiran je od strane Ureda državnog sekretara za globalna pitanja žena koji djeluje u okviru Vlade SAD-a



Želimo se zahvaliti našim projektnim partnerima, Medici Zenica i Univerzitetu u Sarajevu, na njihovom nemjerljivom doprinosu ovom projektu

www.genderjurisprudence.org