

Bosna i Hercegovina

Босна и Херцеговина



Sud Bosne i Hercegovine

Суд Босна и Херцеговина

Predmet broj : S1 1 K 027404 22 Krž

Datum donošenja: 07.02.2023. godine

Datum pismenog otpravka: 02.03.2023. godine

Pred Apelacionim vijećem u sastavu:

sudija Amela Huskić, predsjednik vijeća

sudija Mirza Jusufović, član vijeća

sudija Zvezdana Antonović, član vijeća

PREDMET TUŽILAŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE

protiv optuženog

MOMČILA TEŠIĆA

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Predrag Tomić

Branilac optuženog Momčila Tešića:

Advokat Rade Golić

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

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

Broj: S1 1 K 027404 22 Krž
Sarajevo, 07.02.2023. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja, sastavljenom od sudije Amele Huskić, kao predsjednice vijeća, te sudija Mirze Jusufovića i Zvezdane Antonović, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne savjetnice Lejle Džaferbegović, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Momčila Tešića, zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH) u vezi sa tačkom a) istog člana, sve u vezi sa članom 29. i 180. stav 1. istog zakona KZ BiH, odlučujući o žalbi Tužilaštva Bosne i Hercegovine, žalbi optuženog Momčila Tešića i žalbi branioca optuženog Momčila Tešića, advokata Radeta Golića, izjavljenim protiv presude Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 1 K 027404 18 Kri od 07.09.2022. godine, nakon održane javne sjednice vijeća dana 07.02.2023. godine u prisustvu tužioca Tužilaštva Bosne i Hercegovine Predraga Tomića, optuženog Momčila Tešića i njegovog branioca advokata Radeta Golića, na osnovu člana 310. stav 1. i člana 314. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH), donio je slijedeću:

PRESUDU

Odbija se kao neosnovana žalba Tužilaštva BiH, a žalbe optuženog Momčila Tešića i branioca optuženog Momčila Tešića **djelimično uvažavaju**, te se presuda Suda BiH broj: S1 1 K 027404 18 Kri od 07.09.2022. godine **preinačava u odluci o krivičnopravnoj sankciji** na način da se optuženi Momčilo Tešić za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h), u vezi sa tačkom a) KZ BiH, za koje je oglašen krivim, **osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od 18 /osamnaest/ godina**, dok se u ostalom dijelu žalbe optuženog i branioca optuženog odbijaju kao neosnovane i prvostepena presuda potvrđuje.

OBRAZLOŽENJE

I TOK POSTUPKA

A. PRVOSTEPENA PRESUDA

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Sud BiH/sud), broj: S1 1 K 027404 18 Kri od 07.09.2022. godine, optuženi Momčilo Tešić zv. „Crnac“ je oglašen krivim da je radnjama opisanim u izreci presude počinio krivično djelo Zločin protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h), u vezi sa tačkom a) Krivičnog zakona BiH, sve u vezi sa članom 29. i 180. stav 1. istog Zakona, za koje krivično djelo mu je prvostepeno vijeće primjenom članova 285. ZKP BiH, te članova 39., 42. i 48. KZ BiH izreklo kaznu zatvora u trajanju od 20 (dvadeset) godina.

2. Prvostepeno vijeće je temeljem odredbe člana 56. stav 1. KZ BiH, odlučilo da se vrijeme koje će optuženi provesti u pritvoru, počev od 07.09.2022. godine, ima uračunati u izrečenu kaznu zatvora.

3. U smislu odredbe člana 188. stav 4. ZKP BiH, optuženi je oslobođen dužnosti naknade troškova krivičnog postupka, te su isti pali na teret budžetskih sredstava.

4. Na osnovu odredbe člana 198. stav 2. ZKP BiH srodnici oštećenih su s imovinskopравnim zahtjevom upućeni na parnicu.

B. ŽALBE I ODGOVORI NA ŽALBE

5. **Tužilaštvo BiH** je žalbu izjavilo zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji (član 296. tačka d) u vezi sa članom 300. stav 1. ZKP BiH), sa prijedlogom da apelaciono vijeće uvaži žalbu, te preinači izrečenu kaznu zatvora u trajanju od 20 godina i izrekne kaznu dugotrajnog zatvora.

6. **Optuženi Momčilo Tešić** žalbu je izjavio zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka (član 297. ZKP BiH), povrede krivičnog zakona (član 298. stav 1. tačka d) ZKP BiH), pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (član 299. ZKP BiH), odluke o krivičnopravnoj sankciji i imovinskopравnom zahtjevu (član 300. stav 1. ZKP BiH), sa prijedlogom da apelaciono vijeće žalbu uvaži kao osnovanu, te preinači pobijanu presudu Suda BiH broj: S1 1 K 027404 18 Kri od 07.09.2022. godine na način da optuženog Tešića

oslobodi od optužbe ili da ukine pobijanu presudu i odredi održavanje pretresa pred apelacionim vijećem Suda BiH.

7. **Branilac optuženog, advokat Rade Golić** je žalbu izjavio zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, povrede krivičnog zakona, pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o krivičnopravnoj sankciji, sa prijedlogom da apelaciono vijeće žalbu uvaži, ukine prvostepenu presudu i odredi održavanje pretresa ili optuženog oslobodi od optužbe.

8. Tužilaštvo BiH je u dostavljenim odgovorima na žalbe optuženog Tešića i njegovog branioca ocijenilo da iste treba odbiti kao neosnovane. Suprotno navodima žalbe, Tužilaštvo navodi da je činjenični opis djela usklađen sa utvrđenim činjeničnim stanjem, pravna kvalifikacija djela nije teža, a izmijenjeni dijelovi optužnice nisu optuženog doveli u teži procesnopravni položaj, te iskazi svjedoka koje branilac pobija jesu relevantni jer su svjedočili o općim okolnostima rasvjetljavanja događaja. Također smatra da je Sud primijenio zakon koji se imao primijeniti.

9. Branilac optuženog Tešića, advokat Rade Golić je dostavio odgovor na žalbu Tužilaštva kojim, iznoseći argumente navedene u izjavljenoj žalbi, osporava primjenu kazne dugotrajnog zatvora.

10. Na javnoj sjednici vijeća održanoj dana 07.02.2023. godine, u smislu člana 304. ZKP BiH, tužitelj BiH, optuženi Momčilo Tešić, kao i branilac optuženog ostali su kod pisano iznijetih žalbenih prigovora i razloga, kao i odgovora na žalbe. Optuženi Tešić se saglasio sa svime što je iznio njegov branilac, obrazlažući dodatno i ono što je predmet njegove žalbe, te o čemu će se odlučiti u okviru preispitivanja žalbenih prigovora iznesenih u pisano podnešenoj žalbi.

11. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u okviru istaknutih žalbenih osnova i navoda, vijeće Apelacionog odjeljenja (Apelaciono vijeće/Vijeće) je donijelo odluku kao u izreci iz razloga koji slijede.

II OPĆA PITANJA

12. Prije obrazloženja za svaki istaknuti žalbeni prigovor, apelaciono vijeće napominje da je obaveza žalioca da u skladu sa odredbom iz člana 295. stav 1. tačke b) i c) ZKP BiH,

u žalbi navede kako pravni osnov za pobijanje presude, tako i obrazloženje kojim potkrepljuje osnovanost istaknutog prigovora.

13. Budući da apelaciono vijeće na osnovu odredbe iz člana 306. ZKP BiH presudu ispituje samo u granicama istaknutih žalbenih prigovora, obaveza je podnosioca žalbe da žalbu sastavi tako da ista može poslužiti kao valjana osnova za ispitivanje presude.

14. U tom smislu, podnosilac žalbe mora konkretizovati žalbene osnove iz kojih pobija presudu, precizirati koji dio presude, dokaz ili postupak suda osporava, te navesti jasno i argumentovano obrazloženje kojim će potkrijepiti istaknuti prigovor.

15. Samo paušalno označavanje žalbenih osnova, jednako kao i ukazivanje na navodne nepravilnosti u toku prvostepenog postupka, bez preciziranja na koji žalbeni osnov se podnosilac žalbe poziva, nije valjana osnova za ispitivanje prvostepene presude zbog čega će apelaciono vijeće neobrazložene i nejasne žalbene prigovore *prima facie* odbiti kao neosnovane.

16. Konačno, apelaciono vijeće ističe da valja imati u vidu da drugostepena presuda predstavlja odluku koja je donesena u žalbenom postupku, te kada je u pitanju njeno obrazloženje dovoljno je da se u njoj upućuje, odnosno da ona sadrži slaganje sa tvrđenjima i ocjenama nižestepenog suda u tom smislu da žalbeni sud u obrazloženju svoje odluke ukazuje na prihvatljivost stavova i ocjena nižeg suda, odnosno njegovih utvrđenja sa kojima se slaže. To znači da nije neophodno odgovoriti i obrazložiti svaki žalbeni navod, već je dovoljno da je drugostepni sud razmotrio osnovna pitanja koja žalbe osporavaju i koja su od odlučujućeg značaja u donošenju konačne odluke o postojanju krivičnog djela i krivične odgovornosti.¹

III ŽALBENI OSNOV BITNA POVREDA ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 296. STAV 1. U VEZI SA ČLANOM 297. ZKP BIH

1. Standardi za odlučivanje po žalbi

¹ Vidi Evropski sud, *Garcia Ruiz protiv Španje*, 1999-I, 31 EHRR 589 GC; Ustavni sud, odluke br. U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i AP 352/04 od 23. marta 2005. godine

22. U skladu sa članom 296. ZKP BiH, presuda se može pobijati zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka definisane su članom 297. ZKP BiH.²

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

24. Apsolutno bitne povrede ZKP BiH taksativno su nabrojane u tačkama a) do k) stava 1. člana 297. ZKP BiH.

25. Ukoliko bi apelaciono vijeće našlo da postoji neka od bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, obavezno je da u skladu sa odredbom iz člana 315. stav 1. tačka a) ZKP BiH, ukine prvostepenu presudu, izuzev u slučajevima iz člana 314. stav 1. ZKP BiH.³

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

² Član 297. **Bitne povrede odredaba krivičnog postupka:** (1) Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji: a) ako je Sud bio nepropisno sastavljen ili ako je u izricanju presude učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnom pretresu ili koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja, b) ako je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti, c) ako je glavni pretres održan bez osobe čija je prisutnost na glavnom pretresu po zakonu obavezna ili ako je optuženom, branitelju, ili oštećenom protivno njegovom zahtjevu, uskraćeno da na glavnom pretresu upotrebljava svoj jezik i da na svom jeziku prati tok glavnog pretresa, d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu, e) ako je protivno zakonu bila isključena javnost na glavnom pretresu, f) ako je Sud povrijedio propise krivičnog postupka o postojanju odobrenja nadležnog organa, g) ako je Sud donio presudu a nije bio stvarno nadležan ili ako je nepravilno odbio optužbu zbog stvarne nenadležnosti, h) ako Sud svojom presudom nije potpuno riješio predmet optužbe; i) ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda, j) ako je optužba prekoračena, k) ako je izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama. (2) Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako Sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu ovog zakona, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

³Član 314. **Preinačenje prvostepene presude:** (1) Vijeće apelacionog odjeljenja će, uvažavajući žalbu, presudom preinačiti prvostepenu presudu ako smatra da su odlučne činjenice u prvostepenoj presudi pravilno utvrđene i da se, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, po pravilnoj primjeni zakona, ima donijeti drukčija presuda, a prema stanju stvari i u slučaju povrede iz člana 297. stav (1) tačka f), g) i j) ovog zakona.

27. U odnosu na navode da je povreda načela krivičnog postupka mogla imati negativan utjecaj na donošenje zakonite i pravilne presude, nije dovoljno da podnosilac žalbe jednostavno tvrdi da se procesna povreda *hipotetički* mogla negativno odraziti na donošenje zakonite i pravilne presude, već će žalbeno vijeće zaključiti da se povreda načela krivičnog postupka desila samo ako podnosilac žalbe ukaže da je ona materijalne prirode i da se ne može zaključiti da navedena povreda nije negativno utjecala na donošenje zakonite i pravilne presude. Naime, kada žalbeno vijeće smatra da je donesena zakonita i pravilna presuda bez obzira na povredu postupka takve prirode, žalbeno vijeće će zaključiti da član 297. stav 2. ZKP BiH nije prekršen.

i. Žalbe optuženog Momčila Tešića i branioca optuženog Momčila Tešića

28. Žalbom se ističe da je Sud nepravilno primijenio član 281. i član 290. stav 6. i 7. ZKP BiH, što je rezultiralo pogrešno ili nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem. Optuženi je mišljenja da sud nije cijenio materijalne dokaze u vezi sa iskazima saslušanih svjedoka, tačnije, tvrdi da dokazi od T-34 do T-41, od T-49 do T-55, od T-59 do T-124, T-126 do T-128 i T-130 do T-138 nemaju veze s njim kao optuženim, niti njegovim učešćem u događanjima u Srebrenici tokom jula 1995. godine, niti sa njegovim stepenom znanja o činjenicama koje proizilaze iz materijalnih dokaza. Nadalje, ističući povredu člana 14. stav 2. ZKP BiH, kao i načela in dubio pro reo iz člana 3. stav 2. ZKP BiH, smatra da dokazi izvedeni na glavnom pretresu nisu potvrdili van svake razumne sumnje da je optuženi znao za postojanje širokog sistematičnog napada i da je voljno prihvatio i učestvovao u tom napadu, što potvrđuje paragraf 194. pobijane presude, odnosno da mu je naređeno da kao pripadnik vojne policije Vlaseničke brigade ode u mjesto Luke, te obavi zadatak kontrole i usmjeravanja izbjeglica prema Kladnju.

29. Branilac u okviru bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, prije svega dovodi u pitanje nepristrasnost suda iz razloga što je presuda donesena i javno objavljena odmah nakon izlaganja završnih riječi odbrane, a čiji pisani primjerak nije ni tražen, čime je načinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH. Za odbranu Tužilaštvo BiH nije van razumne sumnje dokazalo objektivno postojanje udruženog zločinačkog poduhvata, navodeći da je slaba veza između optuženog vojnog policajca i komandnog kadra kao što je general Mladić. Također, u pobijanoj presudi (paragraf 263.), je „izostavljen“ navedeni oblik odgovornosti, čime je načinjena povreda iz člana 297. stav 1. tačka h) ZKP BiH, jer svojom presudom nije riješio jedan dio optužbe.

30. Naime, deminiranje putne komunikacije, zaustavljanje kamiona i autobusa, oduzimanje novca i dragocjenosti, upućivanje ka Kladnju, odvajanje i silovanja su inkriminacije koje zaslužuju rješavanje predmeta optužbe i zaključivanje o znanju optuženog. Branilac ukazuje i na povredu iz tačke k) člana 297. stav 1. ZKP BiH načinjenu izostankom činjenica o prisustvu optuženog u Lukama, paušalnim navođenjem bez analize iskaza svjedoka Vukovića, Došića, Bjelogrića, te proizvoljnim zaključcima Komlenovića. Nadalje, smatra da je Sud postupio suprotno članu 280. ZKP BiH, jer optuženi ne zna za što je osuđen, a za što oslobođen, što za njega, uz presumpciju nevinosti, stvara pravnu nesigurnost u smislu prava na pravično suđenje.

2. Nalazi apelacionog vijeća

Podosnov prvi: Član 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH – u pobijanoj presudi je došlo do povrede prava na odbranu

31. Kako branilac ističe u prvostepenoj presudi je učinjena povreda prava na odbranu iz razloga što je presuda donesena i javno objavljena odmah nakon izlaganja završnih riječi odbrane, a čiji pisani primjerak nije ni tražen. Prema ocjeni optuženog u pobijanoj presudi je dato obrazloženje samo za dokaze koji odgovaraju utvrđenju u pobijanoj presudi, zanemarujući ostale izvedene dokaze, čime je došlo do povrede načela in dubio pro reo, te člana 14. stav 2. ZKP BiH.

32. Analizirajući navedene žalbene prigovore, apelaciono vijeće smatra da u toku prvostepenog postupka nije došlo do povrede prava na odbranu optuženog, odnosno, pretpostavke nevinosti, načela in dubio pro reo, niti povrede načela jednakosti postupanja iz člana 14. ZKP BiH.

33. Naime, povreda prava na odbranu postoji kada nisu primjenjena ili su nepravilno primjenjena pravila postupka na štetu optuženog. Svaka povreda procesne norme na štetu optuženog ima značenje da je povrijeđeno njegovo pravo na odbranu zagarantovano međunarodnim aktima. Ukoliko je počinjena takva povreda, a ovlašteni procesni subjekt na nju žalbom ukaže, ista ima karakter apsolutno bitne povrede krivičnog postupka, koja uvijek za rezultat ima ukidanje presude.

34. Neosnovani su prigovori odbrane optuženog Tešića da je prvostepeno vijeće učinilo povredu prava na odbranu time što je pobijana presuda objavljena odmah nakon iznošenja završnih riječi odbrane i što pisani primjerak završnih riječi nije ni tražen. Naime, odredbom člana 277. ZKP BiH propisano je da nakon završetka dokaznog postupka sud

poziva tužitelja, branitelja i optuženog radi davanja završne riječi. Stranke i branilac iznose usmeno, dakle neposredno na samom kraju glavnog pretresa, završne činjenične i pravne zaključke, predlažu prihvatanje ili odbijanje pojedinih dokaza, analiziraju i predlažu rješenja za pravne dileme materijalnog, odnosno procesnopravnog karaktera. Ti izneseni zaključci uglavnom prate uvodna izlaganja, odnosno daje se prikaz dokaza koji potvrđuju koncept optužbe i odbrane predočen još u uvodnom govoru. U konkretnom slučaju, prvostepeno vijeće je postupilo kako je i propisano odredbom člana 277. ZKP BiH, te nakon završetka dokaznog postupka pozvalo stranke i branioca da iznesu završne riječi. Tom prilikom je prvostepeno vijeće saslušalo sve primjedbe koje su imale obje strane i prijedloge u vezi sa prihvatanjem ili odbijanjem pojedinih dokaza, kako odbrane tako i optužbe. Nakon iznošenja završnih riječi, predsjednica vijeća je objavila da je glavni poretres završen, nakon čega je uslijedilo donošenje i objavljivanje presude.

35. U navedenoj odredbi člana 277. ZKP BiH, nije propisana obaveza stranaka i branioca optuženog da sudu predoče i pisani primjerak svojih završnih riječi, a posebno nije propisana obaveza suda da to traži od stranaka i branioca optuženog. Jasno je da iznošenje završnih riječi podrazumjeva usmeno izlaganje istih, neposredno pred sudećim vijećem, a slobodna je volja i procjena učesnika postupka da u pisanoj verziji u spis predmeta ulože svoje završne riječi, ukoliko to smatraju potrebnim. Dakle, sasvim je dovoljno da sudeće vijeće usmeno sasluša na glavnom pretresu iznošenje završnih riječi, te da posljednja riječ uvijek pripadne optuženom, a da sažetak usmeno iznesenih riječi bude dio sadržaja presude (u pobijanoj presudi nalaze se na stranici od 27 do 30), čime bi se ispunile sve zakonom propisane procesne obaveze prvostepenog vijeća.

36. Što se tiče prigovora žalbe u vezi sa donošenjem i objavljivanjem pobijane presude istog dana, valja ukazati na odredbe članova 278. i 286. ZKP BiH. Odredba člana 278. propisuje da se sud nakon završnih riječi i objave završetka glavnog pretresa povlači na vijećanje i glasanje radi donošenja presude, što je u konkretnom slučaju i učinjeno odmah, te se ne može govoriti o povredi postupka na koju žalba ukazuje. Isto se odnosi i na tvrdnju žalbe u vezi sa objavljivanjem presude, budući da je članom 286. stav 1. ZKP BiH propisano da će sud odmah objaviti presudu nakon što je izrečena. Dakle, to je pravilo u odnosu na koje ZKP dopušta izuzetak u slučaju da „ sud nije u mogućnosti da istog dana po završetku glavnog pretresa izrekne presudu“. U tom slučaju, prema istoj odredbi „sud će objavljivanje presude odložiti za tri dana i odrediti vrijeme i mjesto objavljivanja presude. To što se u praksi u velikom broju slučajeva pribjegava odlaganju objave, ni u kom slučaju ne znači da je u konkretnom slučaju dovedena u pitanje nepristrasnost

prvostepenog vijeća time što se istog dana po okončanju glavnog pretresa, povuklo na vijećanje i glasanje, te izreklo i objavilo pobijanu presudu.

37. Stoga se, prema ocjeni ovog vijeća, žalbeni prigovori odbrane optuženog Tešića u vezi sa iznošenjem završnih riječi i netražanjem njihovog pisanog oblika, u vezi sa okončanjem glavnog pretresa i objavom presude, kao i tvrdnje da je povredom odredbi ZKP povrijeđeno pravo optuženog na odbranu, ukazuju neosnovanim i bez uporišta u podacima iz spisa i odredbama ZKP BiH.

38. Branilac optuženog, kao i sam optuženi Tešić, u žalbama navode da je prvostepeno vijeće postupalo suprotno načelu „in dubio pro reo“. Stoji tvrdnja da je riječ o načelu koje je jedna od neposrednih posljedica presumpcije nevinosti, te da je zakonom izričito propisano da u sumnji sud mora ići u korist optuženog, a da se svaka sumnja u postojanje neke pravno relevantne činjenice mora odraziti u korist optuženog. Nema dileme da slijedom toga, činjenice koje idu na štetu optuženog (in peius) zaista moraju biti utvrđene sa potpunom sigurnošću, a ukoliko postoji sumnja u odnosu na ove činjenice, one se ne mogu uzeti kao utvrđene ili dokazane. S druge strane, činjenice koje idu u korist optuženom se zaista u smislu tog načela imaju smatrati utvrđenim, čak i onda ako su samo vjerovatne, odnosno ako se sumnja u njihovo postojanje.

39. Međutim, u konkretnom slučaju apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće ocijenilo svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima, te da je na osnovu takve ocjene izvelo zaključke o postojanju svih pravno relevantnih činjenica i krivici optuženog izvan razumne sumnje. Stoga je, formalno pravno, prvostepeno vijeće u cijelosti postupilo u skladu sa zakonskim obavezama iz člana 15. ZKP BiH, člana 14. stav 2., te člana 281. stav 2. ZKP BiH.

40. Navodi žalbi optuženog i njegovog branioca da optužba nije van razumne sumnje dokazala krivicu optuženog za inkriminisane radnje su neosnovani. U obrazloženju pobijane presude je navedeno da je prvostepeno vijeće na osnovu provedenih dokaza, utvrdilo da je optuženi Momčilo Tešić, u sklopu široko rasprostranjenog i sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva Zaštićene enklave Srebrenica, znajući za takav napad i da njegove radnje predstavljaju dio napada, a postupajući sa namjerom da diskriminiraju grupu srebreničkih Bošnjaka, vršio progon na nacionalnoj, etničkoj i vjerskoj osnovi, tako što je lišio života 16 muškaraca bošnjačke nacionalnosti, čime je počinio krivično djelo Zločin protiv čovječnosti progonom iz člana 172. stav 1. tačka h) KZ BiH, u vezi sa tačkom a), a sve u vezi sa članom 29. KZ BiH. Na osnovu kojih

dokaza je to utvrđeno, koje od njih je ocijenio i prihvatio kao objektivne i uvjerljive, a koje ne, te iz kojih razloga, prvostepeno vijeće je jasno i konkretno obrazložilo te se ne može prihvatiti tvrdnja o nedostacima obrazloženja i razloga o odlučnim činjenicama.

41. Pobjijana presuda je takođe dala jasne i konkretne razloge i o tezama odbrane koje je ocijenila neprihvatljivim. Povreda načela in dubio pro reo bi bila da sud uopšte nije uzeo u obzir teze odbrane optuženog Tešića, da nije cijenio dokaze odbrane prilikom donošenja odluke, niti dao adekvatno obrazloženje za neprihvatanje teza odbrane, što u konkretnom nije bio slučaj.

42. Apelaciono vijeće nalazi da je primjenu načela in dubio pro reo neophodno konkretnije sagledati u okviru prigovora odbrane na utvrđeno činjenično stanje, njegovu pravilnost i potpunost, odnosno u kontekstu dokazne vrijednosti izvedenih dokaza, te će detaljnija analiza žalbi u vezi s tim biti iznesena u dijelu ove presude u kome se daju razlozi za prigovore na pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

Podosnov drugi: Član 297. stav 1. tačka h) ZKP BiH – u pobjijanoj presudi sud nije potpuno riješio predmet optužbe

43. Odbrana optuženog navodi da prvostepeno vijeće presudom nije riješilo predmet optužbe, jer izostavljeno postojanje udruženog zločinačkog poduhvata u odnosu na optuženog Tešića, kao i radnje koje se odnose na deminiranje putne komunikacije, zaustavljanje kamiona i autobusa, oduzimanje novca i dragocjenosti, upućivanje ka Kladrnu, odvajanje i silovanja, predstavljaju inkriminacije koje zaslužuju rješavanje predmeta optužbe i zaključivanje o znanju optuženog.

44. Na temelju ovako formulisanog prigovora, apelaciono vijeće zaključuje da se na ovaj način zapravo prigovara da optužba u dijelu inkriminacije koja je ispuštena iz činjeničnog opisa izreke pobjijane presude u odnosu na optuženog Tešića nije riješena, te tvrdi da je prvostepeno vijeće za ove radnje, ako već nije našlo da su dokazane, trebalo donijeti oslobađajuću presudu.

45. Iz sadržaja pobjijane presude proizilazi da je prvostepeno vijeće u vezi sa dijelovima inkriminacije koje se odnose na postojanje udruženog zločinačkog poduhvata, zaustavljanje kamiona, oduzimanje novca, nezakonitom zatvaranju i drugim nečovječnim radnjama, našlo da u toku postupka nisu dokazane kao radnje preduzete od strane

optuženog, što je i jasno konstatovano u pobijanoj presudu, u paragrafu 263., na stranici 74.

46. Po ocjeni apelacionog vijeća, stav prvostepenog vijeća o izostavljanju navedenih dijelova iz činjeničnog opisa i nedonošenju posebne presude o istim, ukazuje se sasvim primjerenom i pravilnom, budući da je sve što je navedeno u činjeničnom opisu optužnice označeno kao jedno krivično djelo - zločin protiv čovječnosti učinjen progonom, koje djelo je izvršeno sa više različitih radnji, koje međutim nemaju obilježja samostalnih krivičnih djela. Ove radnje izvršenja (ubijanje, prisilno preseljenje stanovništva, zatvaranje, pljačka, druga nečovječna djela) nemaju karakter posebnih tačaka optuženja, niti su kao takve bile koncipirane u predmetnoj optužnici, budući da se radi o radnjama koje čine jedan jedinstveni događaj, koji je opisan kroz jedinstven činjenični supstrat.

47. Kako to zaključuje i prvostepeno vijeće, u konkretnom slučaju optuženi je oglašen krivim za krivično djelo zločina protiv čovječnosti učinjenog progonom, koje djelo čine radnje ili propuštanja kojim se vrši diskriminacija i uskraćuje ili se krši neko temeljno pravo ugrađeno u međunarodno običajno ili ugovorno pravo, a koje radnje su izvršene smišljeno, sa namjerom diskriminisanja na jednoj od zabranjenih osnova: političkoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj, ili drugoj osnovi koja je univerzalno prihvaćena kao nedopustiva po međunarodnom pravu. Pri tome valja podsjetiti da KZ BiH kao moguće radnje izvršenja progona navodi bilo koje krivično djelo iz člana 172. KZ BiH, bilo koje krivično djelo propisano u KZ BiH ili bilo koje krivično djelo u nadležnosti ovog suda.

48. Pri takvom stanju stvari, prvostepeno vijeće nije bilo u obavezi donositi oslobađajuću presudu za one radnje koje nije našlo utvrđenim, već je u pogledu istih bilo dovoljno u obrazloženju dati razloge zašto su te radnje izvršenja izostavljene iz izreke prvostepene presude, kako bi obrazloženje bilo potpuno i kako bi presuda sadržavala razloge o svim odlučnim činjenicama.

49. U situaciji da su ispuštene - nedokazane radnje, optužnicom Tužilaštva označene i stavljene na teret optuženom kao posebne, pojedinačne tačke, ili kao posebna djela, u tom slučaju bi bilo primjereno donijeti oslobađajuću presudu za te tačke optužnice.

50. Žalba branioca dalje ističe kako je pravo svakog lica da bude oslobođeno za radnje koje nisu dokazane i iz razloga što bi nedonošenjem oslobađajuće presude za te radnje optuženi mogao doći u položaj da mu ponovo bude suđeno za isto krivično djelo više puta.

Tvrdnja o opasnosti ponovnog suđenja ne stoji, jer će donošenjem presude apelacionog vijeća u ovom postupku, prvostepena presuda postati pravosnažna, a radnje izvršenja koje su izostavljene iz izreke prvostepene presude su već bile predmet ovog postupka, zbog čega je na snazi jedan od osnovnih principa krivičnog prava *da se istom učiniocu ne može suditi za isto djelo za koje je donesena pravosnažna presuda*.

51. Konačno, pravilnom se ukazuje argumentacija pobijane presude da dokazi provedeni na glavnom pretresu nisu pružali dovoljno osnova da bi pretresno vijeće u cijelosti prihvatilo činjenični opis iz optužnice, bez prethodnih korekcija koje idu u korist optuženog, kako mu na teret ne bi bilo stavljeno nešto što nije dokazano isključujući svaku razumnu sumnju i što su počinili drugi nepoznati počinioci u ovom događaju, kao što su radnje silovanja od strane neidentificiranih pripadnika Vlaseničke brigade. U tom smislu je prvostepeno vijeće pravilno postupilo kada je činjenični opis djela uskladilo sa utvrđenim činjeničnim stanjem, čime izmjenjeni dijelovi optužnice nisu doveli optuženog u teži procesno-materijalni položaj, nego naprotiv, u znatno povoljniji položaj.

52. Apelaciono vijeće iz istih razloga nalazi da odbrana optuženog neosnovano ukazuje na povredu procesnog zakona i zbog nedonošenja oslobađajuće presude za učešće optuženog u UZP (udruženom zločinačkom poduhvatu), što je takođe izostavljeno iz činjeničnog opisa kao nedokazano. Pri tome valja dodati da UZP ne predstavlja nikakvu posebnu, samostalnu radnju izvršenja, niti posebno krivično djelo da bi se za njega donosila posebna presuda, nego oblik izvršenja konkretnog krivičnog djela, zbog čega se ne može prihvatiti argumentacija žalbe da je i u vezi s tim trebalo donijeti oslobađajuću presudu, kao i tvrdnja da predmet opušbe nije u cijelosti riješen u odnosu na optuženog Momčila Tešića.

53. Slijedom navedenog, žalbeni razlozi i tvrdnje branioca optuženog o povredi identiteta optužbe i presude, se ukazuju kao neosnovani.

Podosnov treći: Član 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH

54. Bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, žalba branioca optuženog nalazi u izostanku odlučnih činjenica, posebno o prisustvu optuženog u Lukama, te u odsustvu analize iskaza svjedoka Vukovića, Došića, Bjelogrića, te proizvoljnim zaključcima o iskazu Komlenovića.

55. Apsolutno bitna povreda odredbi krivičnog postupka u skladu sa članom 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH postoji kada prvostepena presuda, kao formalni sudski akt, sadrži

određene nedostatke u izreci i obrazloženju, koji su po svojoj prirodi takvi, da onemogućavaju ispitivanje njene zakonitosti i pravilnosti. Bitna povreda odredbi krivičnog postupka u smislu ove tačke postoji u slučaju kada prvostepena presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama.

56. Nakon detaljne i sveobuhvatne analize izreke pobijane presude, apelaciono vijeće je ocijenilo da je ona dovoljno jasna i razumljiva, te da joj razlozi iz obrazloženja nisu protivrječni. Ovo Vijeće ocjenjuje da su forma i sadržaj presude u skladu sa odredbama procesnog zakona, te da u tom pogledu nije bilo kršenja odredaba ZKP BiH.

57. Razmatrajući navedeni žalbeni prigovor, apelaciono vijeće je došlo do zaključka da je prvostepeno vijeće dalo pravilnu i sveobuhvatnu argumentaciju u pobijanoj presudi, kojom u cijelosti potvrđuje činjenične navode iz izreke presude, zbog čega se ukazuje neosnovanim žalbeni prigovor odbrane o nedostatku razloga o odlučnim činjenicama i protivrječnosti sa izrekom.

58. Apelaciono vijeće je cijeneći žalbene prigovore odbrane ocijenilo da su u pobijanoj presudi dati razlozi o svim odlučnim činjenicama relevantnim za presuđivanje u ovoj krivičnopravnoj stvari, uz detaljnu i iscrpnu analizu svih dokaza kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti. Po ocjeni ovog vijeća, prvostepeno vijeće se u presudi osvrtao na one dokaze koji su relevantni za donošenje odluke, te u obrazloženju odluke iznosilo zaključke o činjenicama koje su od suštinske važnosti za odluku. To što zaključci prvostepenog vijeća ne idu u prilog odbrani optuženog, ne znači da isti nisu osnovani i utemeljeni na dokaznoj građi.

59. Žalbeni prigovor da je izostala ocjena dokaza i činjenica koje idu u korist optuženog, ovo Vijeće takođe odbija kao neosnovan, jer ocjena nije izostala ali će valjanost datih ocjena i zaključaka i njihovu utemeljenost detaljnije ispitati u dijelu presude koji se odnosi na utvrđeno činjenično stanje.

60. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da žalba odbrane nije osnovano ukazala da je pobijana presuda i njeno obrazloženje manjkavo i protivrječno izreci, a donešena presuda zbog toga nepravilna i nezakonita. Shodno tome ovo Vijeće zaključuje da prvostepeno vijeće nije povrijedilo odredbu člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH.

IV ŽALBENI OSNOV POGREŠNO I NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE IZ ČLANA 296. STAV 1. TAČKA C) U VEZI SA ČLANOM 299. STAV 1. ZKP BIH

1. Standardi za odlučivanje po žalbi

61. Standard koji žalbeno vijeće treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja jeste utemeljenost.

62. Žalbeno vijeće će prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja utvrditi da li bi jedan objektivan sud koji presuđuje u činjeničnim pitanjima došao do istog zaključka isključujući svaku sumnju. Neće svaka činjenična greška biti razlog da žalbeno vijeće ukine presudu, nego samo ona greška koja je uzrokovala nepravilnu presudu, što se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen uprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.

63. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak pretresnog vijeća bio opravdan žalbeno vijeće kreće od načela da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće. Žalbeno vijeće ima na umu, kao opšte načelo, da je zadatak da sasluša, provjeri i odmjeri dokaze izvedene na glavnom pretresu prvenstveno u diskrecionoj nadležnosti pretresnog vijeća. Stoga žalbeno vijeće mora iskazati određeno uvažavanje u pogledu činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće.

64. Žalbeno vijeće može vlastitim nalazom zamijeniti utvrđenje pretresnog vijeća samo ako jedan objektivan sud koji presuđuje u činjeničnim pitanjima ne bi mogao donijeti takvu presudu, kada dokazi na koje se oslanjalo pretresno vijeće ne bi mogli biti prihvaćeni od strane bilo kojeg objektivnog suda ili kada je ocjena dokaza "potpuno pogrešna".

65. Članom 299. ZKP BiH propisano je kada se presuda može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Odlučne činjenice se utvrđuju neposredno pomoću dokaza, ili posredno iz drugih činjenica (indicija ili kontrolnih činjenica). Samo one činjenice koje su sadržane u presudi mogu se smatrati da postoje, te bez obzira što odlučne činjenice postoje, u presudi se uvijek moraju dati razlozi o njihovom postojanju. U suprotnom nema potpuno utvrđenog činjeničnog stanja (nepotpuno utvrđeno činjenično stanje). Ukoliko neka odlučna činjenica nije utvrđena onako kako je zaista postojala u stvarnosti nekog događaja, onda postoji pogrešno utvrđeno činjenično stanje.

66. U odnosu na neposredne i posredne dokaze Ustavni sud Bosne i Hercegovine naglašava da dokazivanje činjenica putem posrednih dokaza nije samo po sebi u

suprotnosti sa načelom pravičnog suđenja u skladu sa članom 6. stav 1. EKLJP. Međutim, dokazanost činjenice putem posrednih dokaza mora se utvrditi izvan svake razumne sumnje, gdje mora postojati čvrsta i logična povezanost tako da činjenični zaključak pretresnog vijeća bude jedini mogući zaključak na osnovu dokaza. Kriterij koji se primjenjuje jeste razumna sumnja. Vrlo rijetko se činjenica može dokazati izvan svake sumnje. Svakako, kao kada se sastave svi dijelovi neke slagalice, ponekad posredni dokazi mogu biti uvjerljiviji od svjedočenja neposrednog očevidca koje može biti podložno varljivosti ljudske percepcije.

67. Ocjenu o tome da li je pogrešno utvrđeno činjenično stanje, apelaciono vijeće će dati u odnosu na činjenice i utvrđenja na koja je odbrana u žalbi ukazala. Kao što je prethodno navedeno, za ovakvu ocjenu treba primijeniti kriterijum po kojem će se razmotriti svi žalbeni prigovori i ocijeniti da li određena odlučna činjenica proizilazi iz izvedenih dokaza.

i. Žalba optuženog Momčila Tešića i branioca optuženog Tešića

68. Prema navodima žalbi optuženog i njegovog branioca, činjenično stanje je pogrešno ili nepotpuno utvrđeno u pogledu postojanja krivičnog djela, te radnji koje su mu stavljene na teret, a sve kao posljedica nesavjesne ocjene svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima (svih saslušanih svjedoka, posebno Milenka Komlenovića i svjedoka „MK-1“). Žalbama se prije svega pobija zaključak suda o postojanju širokog i sistematičnog napada na području općine Vlasenica u vrijeme za koje je optuženi oglašen krivim (paragrafi 102. - 114. presude), kao i njegovo učešće u napadu na Zaštićenu zonu UN Srebrenica (paragraf 176. pobijane presude). Nadalje, smatra da je prvostepeni sud paušalno i bez dokaza prihvatio postojanje elementa znanja za napad kod optuženog (paragrafi 179. - 195. presude), a o čemu tužilac nije izveo niti jedan neposredan dokaz, zbog čega postavlja pitanje da li samo nošenje uniforme i pripadnost Vlaseničkoj brigadi ispunjava uslov znanja za postojanje širokog i sistematičnog napada. Žalbom optuženi osporava i kredibilitet svjedoka Komlenovića, navodeći da isti niti u jednoj od ranije datih izjava nije naveo optuženog Tešića kao izvršioca likvidacije zarobljenika, te da je svjedok, motiviran izbjegavanjem lične odgovornosti, svjedočio neistinito. Kada je riječ o iskazu svjedoka MK-1, žalbom se ukazuje da svjedok nije naveo Tešića kao učesnika u strijeljanju zarobljenika u Mršićima, jula 1995. godine, niti je detaljnije opisao lice koje jeste učestvovalo. Stoga zaključuje da se činjenično stanje pobijane presude zasniva na iskazu samo jednog svjedoka - Komlenović Milenka, s obzirom da su ostali saslušani svjedoci

pružili informacije o drugim okolnostima, te da niti jedan nije izjavio da je Tešić učestvovao u napadu na Srebrenicu, da je imao znanje o napadu i da je bilo koga lišio života.

69. Ukazujući na iskaz svjedoka (deminera) Stanislava Prodanovića i Poljko Krešimira, branilac optuženog, navodi da je radnja deminiranja putnih pravaca je legitimna i obavezujuća za ratujuće strane kako bi se izbjeglo ubijanje međunarodnim pravom zaštićenih lica, a za koju svrhu je i u okviru Vlaseničke brigade postojala odgovarajuća inženjerska jedinica. Navedeno su potvrdili svjedoci Stevo Lazarević i Desimir Vasiljević. Nadalje, svjedoci su izjavili da su za dešavanja u Srebrenici saznali tek nakon povratka u Vlasenicu, a optuženog nisu identifikovali kao prisutnog u Lukama, dakle Tešić nije imao saznanja o dešavanjima u i oko Srebrenice, odnosno o postojanju širokog i sistematičnog napada. Pored toga, branilac je obrazložio da je mjesto Luke od početka rata sastavni dio linije razdvajanja, te da se ne radi o „punktu“ kako je to navedeno u izmjenjenoj optužnici. Ukazujući na paragrafe 179 -195 pobijane presude, branilac navodi da iz provedenih dokaza ne proizilazi da je u radnjama učinjenja učestvovao optuženi Tešić, niti da je bio prisutan. Kada je u pitanju radnja silovanja, navodi da van razumne sumnje nije dokazano da su svjedokinje MK-6 i MK-7 preživjele traume u Lukama, što ne potvrđuju ni na glavnom pretresu. Branilac dovodi u pitanje i kredibilitet svjedokinje MK-2 jer svojim iskazom nije potvrdila iskaz svjedoka MK-6 na čija navodna saznanja se poziva. Za branioca je sporan i način identifikacije učinitelja, a sve izneseno potvrđuje iskaz svjedoka Muhameda Salkanovića. Dakle, odbrana osporava zaključak da su učinioci radnje odvajanja civila pripadnici Vojne policije, odnosno optuženi Tešić, čemu u prilog navodi neslaganje iskaza saslušanih svjedoka u pogledu izgleda uniformi koje su nosili pripadnici VP Vlaseničke brigade. Branilac također pobija iskaz svjedoka Komlenovića, jedinog svjedoka koji je naveo da je vidio Tešića u Lukama, nazivajući ga neiskrenim i sračunatim, te usmjerenim na ličnu zaštitu. Naime, njegov iskaz nije potkrijepljen iskazima drugih saslušanih svjedoka, pa ni njegovim iskazom iz istrage. Stoga je Sud pogrešno utvrdio činjenično stanje navedeno u paragrafu 219. pobijane presude. Dovodeći u vezu iskaze svjedoka koji su svjedočili o odvajanju civila od strane lica u crnim uniformama sa iskazima svjedoka-pripadnika voda Vlade Jokića, branilac izvodi zaključak da u takvim radnjama nisu učestvovali pripadnici VP, a u kontekstu individualne krivične odgovornosti da optuženi Tešić nije bio prisutan ovim dešavanjima. Odbrana pobija zaključak suda u pogledu „znanja o napadu“, obrazlažući da je optuženi po punoljetstvu angažovan u VRS, te su za njega dešavanja u Srebrenici predstavljala konfuznu i neshvatljivu situaciju, a gdje god da se nalazio nije bio informisan o masovnim pogubljenjima. Stoga branilac zaključuje

da optuženi Tešić nije učestvovao i nije bio prisutan općem kontekstu da bi se moglo zaključiti o njegovim saznanjima o širokom i rasprostranjenom napadu iz pobijane presude.

2. Nalazi apelacionog vijeća

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

71. Prije svega, apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće u ovom predmetu cijenilo dokaze u skladu sa ZKP BiH primjenjujući prevashodno načelo pretpostavke nevinosti iz člana 3. ZKP BiH, koja otjelovljuje opšti princip prava prema kojem tužilaštvo snosi teret utvrđivanja krivice optuženog, a tužilaštvo to mora utvrditi isključujući svaku razumnu sumnju.

72. Prije svega valja naglasiti da prvostepeno vijeće i nije bilo dužno detaljno se baviti svakim izvedenim dokazom pojedinačno, kako to neosnovano tvrdi odbrana. Isto je u smislu odredbe iz člana 15. i 281. ZKP BiH izvršilo slobodnu ocjenu dokaza baveći se u prvom redu onim dokazima koji su nužni za ostvarenje svrhe ove presude, smatrajući da nije nužno raspravljati baš o svakom dokazu, pogotovo onim koji se ne odnose na odlučne činjenice. Stoga, ovo Vijeće nalazi da je pobijana presuda pravilno koncentrisana na ispitivanje i ocjenu dokaza na kojima se zasniva ocjena da li je ili ne učinjeno krivično djelo koje se optuženom stavlja na teret i o krivici optuženog, te da pri tome nije došlo do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

73. Nadalje, nerazumno bi bilo očekivati da se u ovakvim masovnim zločinima, kada je vršen progon cjelokupnog bošnjačkog stanovništva na području Zaštićene zone Srebrenica na nacionalnoj i vjerskoj osnovi, utvrde i najsitniji detalji, niti se može očekivati od svjedoka da se sjećaju svih pojedinosti predmetnog događaja, s obzirom na haotična dešavanja u inkriminisano vrijeme i vremensku distancu od događaja do momenta

svjedočenja. Vijeće je svjesno da je rijetkost da dva svjedoka, koja svjedoče na iste okolnosti, neki događaj vide identično ili ga verbalno opisuju na isti način.

74. Iz sadržaja pobijane presude također proizilazi da je prvostepeno vijeće razmotrilo svaki dokument u ovom predmetu kako bi odlučilo o njegovoj pouzdanosti i dokaznoj vrijednosti i zaključilo da je tužilaštvo dokazalo njihovu vjerodostojnost isključujući svaku razumnu sumnju. Kako bi procijenilo vjerodostojnost dokumenata, prvostepeno vijeće je cijenilo i njihovu podudarnost sa ostalim dokazima.

75. Nakon što je apelaciono vijeće izvršilo opću analizu ocjene dokaza u pobijanoj presudi i zaključilo da je ista izvršena u skladu sa pravilima procesnog zakona, savjesno, objektivno i detaljno, u nastavku će analizirati pojedinačne prigovore odbrane optuženog i samog optuženog.

76. Odbrana i optuženi Tešić ističu da prvostepeno vijeće ne daje razloge o odlučnim činjenicama u pogledu znanja i svijesti optuženog da postoji širok i sistematičan napad i da su njegove radnje dio napada na Zaštićenu zonu UN Srebrenica. Odbrana tvrdi da prvostepeno vijeće paušalno i bez dokaza prihvata postojanje elementa znanja za napad kod optuženog, te da o tome tužilac nije izveo niti jedan neposredan dokaz.

77. Analizirajući presudu u kontekstu ovog žalbenog prigovora, vijeće nalazi da je prigovor neosnovan. Naime, u presudi se daju jasni razlozi zašto prvostepeno vijeće nalazi da su radnje optuženog Tešića bile dijelom sveopšteg napada na Zaštićenu zonu UN Srebrenica, te da je optuženi bio svjestan i da je znao da su i njegove radnje sastavni dio tog napada, a ne neke individualne radnje bez ikakve veze sa napadom i cjelokupnim događanjem u vezi sa Zaštićenom zonom Srebranica i sudbinom civilnog stanovništva iste. Prvostepeno vijeće je primjenilo pravilan standard u dokazivanju veze između radnji optuženog i samog napada kao opšteg elementa krivičnog djela Zločin protiv čovječnosti, a to je da optuženom ne moraju biti poznate pojedinosti napada, već da je dovoljno da optuženi razumije opšti kontekst u kojem i on djeluje.

78. Prvostepeno vijeće je pravilno ocijenilo status optuženog - da je bio pripadnik voda vojne policije u sastavu Vlaseničke brigade, što je konstatovano u paragrafu 185 pobijane presude, te je na osnovu provedenih dokaza, utvrdilo da su u sklopu izvršenog napada na Zaštićenu enklavu Srebrenica, pripadnici Vlaseničke brigade, u mjestu Mršići, po prijekom postupku strijeljali grupu od 17 zarobljenih muškaraca civila Bošnjaka iz Srebrenice, od kojih je jedan uspio pobjeći, a koji su prethodno dovezeni autobusima u mjesto Luke,

odvojeni od žena, djece i staraca, držani zarobljeni u školi koja se tu nalazila sa vezanim rukama, što je sve optuženi vrlo dobro znao. Zarobljeni muškarci su lišavani života iz vatrenog oružja, te je jedini logičan zaključak da se radi o djelima koja po svojoj prirodi i posljedicama objektivno predstavljaju dio izvršenog napada.

79. Dakle, iz svih ovih okolnosti se nesumnjivo moglo zaključiti da je svim pripadnicima voda moralo biti poznato da je vršen napad na stanovništvo Zaštićene zone Srebrenice, da su zarobljenici Bošnjaci i da potiču iz Zaštićene zone. Pri tome nije bilo potrebno utvrditi umišljaj svakog pojedinog pripadnika vojne jedinice, kojim bi se dokazivalo njegova svijest i htjenje da učestvuje u tom napadu. Optuženi je nesumnjivo bio pripadnik voda vojne policije, koja je učestvovala u događajima u mjestu Luke, odnosno Tišće, obezbjeđenju putne komunikacije i na kraju likvidaciji 17 civila bošnjačke nacionalnosti, što je sve detaljno obrazloženo u prvostepnoj presudi od paragrafa 179. do 260.

80. Stoga su prigovori žalbi branioca i optuženog da presuda ne sadrži razloge o svijesti optuženog i njegovom znanju u pogledu postojanja širokog i sistematskog napada, po ocjeni ovog vijeća neosnovani.

81. Prvostepeno vijeće je na osnovu provedenih dokaza utvrdilo da je optuženi krivično djelo Zločini protiv čovječnosti učinio progonom, lišavanjem života zarobljenih muškaraca Bošnjaka.

82. Prvostepeno vijeće je također na osnovu provedenih dokaza koje je ocijenilo objektivnim i tačnim, pravilno utvrdilo van razumne sumnje da je optuženi Momčilo Tešić u vrijeme inkriminisanog događaja zajedno sa drugim iz voda Vojne policije Vlaseničke brigade, bio prisutan u mjestu Luke gdje su dovoženi civili radi prelaska na teritoriju Kladnja, da je bio svjestan da je dovođenje civila u mjesto Luke i slanje u Kladanj, rezultat napada na Srebrenicu i njenog pada, što su potvrdili saslušani pripadnici Vojne policije kojoj je isti pripadao. Nesumnjivo je utvrđeno da je optuženi vidio izdvajanje muškaraca pri dolasku na punkt u Lukama, a kasnije i njihovo maltretiranje u prostorijama škole i na kraju, da je učestvovao u odvoženju izdvojenih 17 Bošnjaka iz škole i njihovom ubijanju u mjestu Mršići u noći 13. na 14.07.1995. godine.

83. Navedene zaključke pobijane presude u cijelosti prihvata i apelaciono vijeće kao pravilne i utemeljene na dokaznoj građi.

84. Odbrana optuženog je u žalbi osporavala navedena činjenična utvrđenja prvostepenog vijeća, pa je u tom smislu apelaciono vijeće razmotrilo i prigovore koji su se

odnosili na svjedočenje svjedoka Komlenovića, uključujući i navode da isti ni u jednoj od ranije datih izjava nije naveo optuženog Tešića kao izvršioca likvidacije zarobljenika, te tvrdnju da je svjedočio neistinito motiviran izbjegavanjem lične odgovornosti. Branilac optuženog također pobija tvrdnju svjedoka Komlenovića da je vidio Tešića u Lukama, te ističe da njegov iskaz nije potkrijepljen iskazima drugih saslušanih svjedoka, pa ni njegovim iskazom iz istrage. Stoga smatra da je Sud pogrešno utvrdio činjenično stanje navedeno u paragrafu 219. pobijane presude.

85. Po ocjeni apelacionog vijeća, neosnovanim se ukazuju navedeni prigovori optuženog i branioca, budući da su na okolnosti dešavanja u Lukama (razdvajanje civila muškaraca i upućivanje žena, djece i starih prema Kladnju), svjedočili pored svjedoka Komlenovića i drugi pripadnici Vojne policije Vlaseničke brigade - svjedok Dragiša Matić, Dragić Mirče, Stanimir Majstorović, potom i svjedoci civilni, Sead Ahmić, zaštićeni svjedoci MK-1, MK -3. Svi navedeni svjedoci su suprotno žalbenim prigovorima, svjedočili na okolnosti izdvajanja muškaraca iz kolone civila koja se trebala uputiti prema Kladnju, kao i učesću pripadnika vojne policije u tom izdvajanju. S tim u vezi, u pobijanoj presudi je pravilno, na osnovu izvedenih dokaza utvrđeno, a dovodeći u vezu sva svjedočenja na navedenu okolnost, da su i pored toga što su još u Potočarima izdvojeni vojno sposobni muškarci od žena, djece i nemoćnih, pripadnici VRS ponovo vršili kontrolu na posljednjem punktu prije prelaska na teritoriju koja je bila pod komandom Armije R BiH i tako izdvojila određeni broj lakše ranjenih muškaraca, ali i onih koji nisu bili vojno sposobni, sve to radeći, kako je jedan od svjedoka naveo, "odokativno" i po ličnom nahođenju, a koje civile muškarce su zatim do večernjih sati držali svezanih ruku na livadi pored škole koja se tu nalazila, te da su u toku noći, zarobljeni muškarci bili smješteni u jednu prostoriju u školi, gdje su fizički i psihički zlostavljani.

86. Imajući u vidu ocjenu izvedenih dokaza, kao i iznesene zaključke prvostepenog vijeća u pogledu radnji razdvajanja, te fizičkog i psihičkog zlostavljanja zarobljenih muškaraca, iznesenim u paragrafima 214 do 234 pobijane presude, ovo vijeće nalazi neosnovanim prigovore odbrane da u tim radnjama nisu učestvovali pripadnici Vojne policije, te da nije dokazano prisustvo optuženog na tim lokacijama. Kada se analiziraju iskazi saslušanih svjedoka, iznesenih na stranama pobijane presude 64 do 68, suprotno tvrdnjama odbrane da pobijana presuda ne komentariše razlike u svjedočenjima posebno u opisu izgleda uniformi, apelaciono vijeće nalazi da pobijana presuda u svom obrazloženju sadrži zadovoljavajući kritički odnos prema iskazima saslušanih svjedoka, te u tom pogledu iznosi valjan i ispravan zaključak da je van razumne sumnje utvrđena

prisutnost optuženog u mjestu Luke, što su potvrdili saslušani pripadnici Vojne policije kojoj je isti pripadao. Izvan svake razumne sumnje su utvrđene i činjenice da je optuženi znao da se radi o civilima iz Srebrenice, te da je, ako već nije i sam učestvovao, a ono vidio druge kako odvajaju muškarce na punktu u Lukama, a kasnije i njihovo maltretiranje u prostorijama škole u Lukama, te da je na kraju, zajedno sa drugim pripadnicima voda vojne policije učestvovao u odvođenju zarobljenih 17 muškaraca Bošnjaka iz škole i njihovom ubijanju u mjestu Mršići u noći 13. na 14.07.1995. godine.

87. U vezi sa navedenim, posebno je analiziran i pažljivo cijenjen iskaz svjedoka MK-1, koji je prvostepeno vijeće u cijelosti prihvatilo iz razloga što se radi o svjedoku očevidcu, koji je i sam bio u grupi od 17 odvedenih Bošnjaka, te što je u svjedočenju ostao dosljedan i na glavnom pretresu govorio isto kao u istrazi. Pored toga je valjalo imati u vidu i činjenicu da u toku postupka nije prezentiran niti jedan razlog koji bi ukazivao da je svjedok imao motiva i interesa da neosnovano tereti optuženog. Navedenu ocjenu iskaza svjedoka MK-1 i apelaciono vijeće prihvata kao pravilnu i logičnu, kao i navedene razloge prvostepenog vijeća. Uvidom u spis i apelaciono vijeće se uvjerilo da je svjedok zaista bio dosljedan, vjerodostojan i kao takav kredibilan.

88. Žalbeni prigovor optuženog da svjedok MK-1 nije naveo Tešića kao učesnika u strijeljanju zarobljenika u Mršićima jula 1995. godine, odnosno da nije detaljnije opisao lice koje je učestvovalo, nema uporište u iskazu ovog svjedoka, koji je kao jedini preživjeli među 17 odvedenih zarobljenika, svjedočio na glavnom pretresu, te je na pitanje da opiše kako su izgledala četiri vojnika koja su bila u pratnji zarobljenika, izjavio da su dvojica imala automatske puške a dvojica puškomitraljeze, dok je jedan od njih imao prirodno bijelu kosu. Svjedok je upravo optuženog Tešića prepoznao kao lice koje je imalo prirodno bijelu kosu i na predloženim fotografijama u istrazi, opisujući ga na isti način kao i u toku glavnog pretresa.

89. Da je upravo optuženi učestvovao u kritičnom događaju – odvođenju i ubijanju zarobljenika potvrdio je i svjedok Milenko Komlenović, koji je u inkriminisanom periodu bio pomoćnik komandanta Vlaseničke brigade Vojske Republike Srpske za bezbjednost i obavještajne poslove i nalazio se na licu mjesta. Svjedok je potvrdio da se i on kritične prilike nalazio na kamionu koji je vozio zarobljenike, ali u kabini kamiona, dok su sa zarobljenim muškarcima bili pripadnici Vojne policije Vlaseničke brigade, među kojima i optuženi Tešić, te braća Drakulić i još jedan pripadnik vojne policije. Takođe je potvrdio da su tada na način opisan u optužnici ubijeni svi zarobljeni civili, osim jednog koji je

pobjegao (svjedok MK-1). Vidio je kako su za njim pucali optuženi i jedan od braće Drakulić, a optuženi je i trčao za zarobljenikom, ali ga nije stigao. Potvrdio je i da su nakon ubistva zarobljenika, vojni policajci počeli da pljačkaju ubijene, te je vidio kako Vladan Lukić drži 1000 maraka, kazavši da ih je našao kod jednog ubijenog, kao i da su se policajci svađali oko podjele vrijednosti koje su pronašli kod ubijenih. Isti svjedok je izjavio da mu je nakon događaja upravo optuženi Momčilo Tešić pokazao gdje su tijela ubijenih zakopana, jer su optuženi i lice po imenu Čedo Đurić poslije 10, 15 dana išli da zakopaju leševe. Potvrdio je i da je optuženi bio voljan da sa Tužilaštvom BiH sklopi nagodbu zbog tog događaja, ali da je odustao od toga, jer je imao prijetnje od određenog broja ljudi iz Vlasenice, za koje je istakao da su prijetili i njemu nakon što je dao iskaz u ovom predmetu, ali i u predmetu protiv optuženog (sada osuđenog) Radeta Garića.

90. Sve navedeno jasno ukazuje da odluka prvostepenog vijeća nije zasnovana na pretpostavkama, kako to neosnovano tvrdi žalba branioca, nego na dokazima koje je prvostepeno vijeće ocijenilo kredibilnim i vjerodostojnim. Suprotno žalbenim prigovorima odbrane i optuženog Tešića, pobijana presuda je pravilno prihvatila i ocijenila iskaze svjedoka MK-1 i svjedoka Komlenovića, te poklonila im vjeru iz razloga što su saglasni sa ostalim relevantnim i vjerodostojnim iskazima, kao i zbog činjenice da svjedoci nisu imali razloga, niti interesa da optuženog neosnovano terete. U konačnici, pored njihovih svjedočenja prvostepeno vijeće je imalo dovoljno i drugih dokaza da izvede identične zaključke u pogledu istih činjeničnih utvrđenja, na šta je ukazano u obrazloženju.

91. Branilac optuženog u žalbi iznosi i to da van razumne sumnje nije dokazano da su svjedokinje MK-6 i MK-7 preživjele traume i silovanja u Lukama, što one nisu potvrdile ni na glavnom pretresu. Branilac dovodi u pitanje i kredibilitet svjedokinje MK-2 jer svojim iskazom nije potvrdila iskaz svjedoka MK-6 na čija navodna saznanja se poziva. Za branioca je sporan i način identifikacije učinitelja, a sve izneseno, prema žalbi, potvrđuje iskaz svjedoka Muhameda Salkanovića.

92. Izneseni žalbeni prigovori se imajući u vidu da je činjenični opis djela usklađen sa utvrđenim činjeničnim stanjem i da optuženi za to nije ni osuđen, ukazuju bezpredmetnim i ne dovode u pitanje valjanost pobijane presude, jer su se za radnje silovanja isključivo teretili neidentificirani pripadnici Vlaseničke brigade, a ne i optuženi Tešić. Isto se odnosi i na radnje deminiranja o kojima žalba govori, zaustavljanje autobusa, razdvajanje muškaraca, vezanje ruku i zlostavljanje zarobljenika, oduzimanje novca i dragocjenosti prilikom izdvajanja, zadržavanje i odvođenje u školu, kao i pružanje pomoći učesnicima

UZH, što je sve bilo predmet optužnice, ali za šta optuženi nije ni osuđen prvostepenom presudom, nego samo za izvođenje 17 zarobljenika iz škole, njihov utovar i odvoženje na kamionu na lokaciju Mršića i ono što se tu događalo - streljanje zarobljenika pri silasku sa kamiona, trčanje i pucanje za odbjeglih MK-1, pretres tijela ubijenih i prisvajanje pronađenog novca.

93. Na osnovu provedenih dokaza i navedenih činjeničnih utvrđenja, prvostepeno vijeće je izvelo pravilan zaključak da je u toku postupka, isključujući svaku razumnu sumnju dokazano da je optuženi Momčilo Tešić, u sklopu široko rasprostranjenog i sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva Zaštićene enklave Srebrenica, znajući za takav napad i da njegove radnje predstavljaju dio napada, a postupajući sa namjerom da diskriminira grupu srebreničkih Bošnjaka, vršio progon na nacionalnoj, etničkoj i vjerskoj osnovi, tako što je zajedno sa više drugih pripadnika voda Vojne policije Vlaseničke brigade VRS lišio života 16 muškaraca bošnjačke nacionalnosti, čime je počinio krivično djelo Zločin protiv čovječnosti progonom iz člana 172. stav 1. tačka h) KZ BiH, u vezi sa tačkom a), a sve u vezi sa članom 29. KZ BiH, što optuženi i odbrana nije uspjela osporiti svojim žalbenim navodima.

94. Nakon razmatranja svih žalbenih prigovora odbrane, apelaciono vijeće nalazi da su zaključci prvostepenog vijeća u pogledu odlučnih činjenica argumentovani i utemeljeni na izvedenim dokazima, te ih kao takve prihvata i ovo Vijeće.

95. Iz navedenih razloga apelaciono vijeće zaključuje da je činjenično stanje iz pobijane presude pravilno i potpuno utvrđeno, te da odbrana optuženog i optuženi Momčilo Tešić u podnesenim žalbama nisu ponudili ovom Vijeću dovoljno jake i ubjedljive argumente kojim bi isto doveli u ozbiljnu sumnju, niti dokazali suprotno od utvrđenog. Stoga se žalbe optuženog i njegovog branioca i u pogledu ovog žalbenog osnova ukazuju neosnovanim.

V ŽALBENI OSNOV POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA IZ ČLANA 296. STAV 1. TAČKA B) U VEZI SA ČLANOM 298. ZKP BIH

1. Standardi za odlučivanje po žalbi

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

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

98. U slučaju kada žalbeno vijeće zaključi da je pretresno vijeće pogriješilo u primjeni zakona, ali je uvjereno u tačnost činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće, žalbeno vijeće će preinačiti presudu u okviru pravilne primjene zakona i po potrebi samo utvrditi odgovarajuću kaznu, kako je to i propisano članom 314. i 308. ZKP BiH.

i. Žalba optuženog Momčila Tešića i branioca optuženog

99. U okviru žalbenog osnova povrede krivičnog zakona, optuženi i branilac optuženog Tešića prije svega osporavaju primjenu KZ BiH, ističući da je u vrijeme izvršenja djela bio na snazi KZ SFRJ, a da predmetno krivično djelo po KZ SFRJ nije predstavljalo krivično djelo, što argumentaciju pobijane presude čini neprihvatljivom (paragrafi 88.-99. pobijane presude) i predstavlja povredu člana 298. stav 1. tačka d) ZKP BiH. S druge strane, stav suda da je djelo zločina protiv čovječnosti predstavljalo krivično djelo prema međunarodnom pravu, žalbe pobijaju tvrdnjom da međunarodno pravo ne predviđa krivičnopravne sankcije kao neodvojivi dio „određenosti u zakonu“. Iako osporava postojanje krivičnog djela, na osnovu člana 4. KZ BiH, te člana 7. EKLJP, žalbe cijene da je KZ SFRJ blaži zakon za učinioca zbog čega se imao primijeniti. Dalje se u žalbi branioca ističe da je optuženi Tešić izmjenjenom optužnicom doveden u težu procesnu situaciju. Kako je linija koja razdvaja „znanje o genocidnoj namjeri“ i „znanja o širokom i sistematičnom napadu protiv civilnog stanovništva, po navodima žalbe veoma tanka to je

evidentno da je izmjenom činjeničnog opisa i pravne kvalifikacije optuženi Tešić stavljen u nepovoljniji procesno – materijalni položaj, jer je pojednostavljeno posmatrano, optužen za lakše krivično djelo (obzirom na zapriječenu kaznu, krivično djelo Genocid po krivičnom zakonu SFRJ), a prvostepenom presudom oglasen krivim za najteže krivično djelo (obzirom na zapriječenu kaznu, krivično djelo Zločin protiv čovječnosti po krivičnom zakonu BiH) suprotno temeljnim principima krivičnosti.

3. Nalazi apelacionog vijeća

100. U vezi sa navodima žalbe kojim se ukazuje na pogrešnu pravnu kvalifikaciju, ovo Vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće, potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje, pravilno podvelo pod zakonsku normu, odnosno pravno kvalifikovalo kao Zločini protiv čovječnosti progonom iz člana 172. stav (1) tačka h) u vezi sa tačkom a) KZ BiH. Naime, činjenice sadržane u činjeničnom opisu optužnice, odnosno izreci prvostepene presude moraju biti cijenjene i podvedene u međusobnom zajedništvu pod zakonsku normu, a ne pojedinačno, niti činjenice koje čine obilježje krivičnog djela mogu biti izostavljene iz procesa koji predstavlja podvođenje činjeničnog stanja pod zakonsku normu, što odbrana kroz svoje žalbene prigovore čini. Žalbenim prigovorima nisu uspješno osporeni elementi krivičnog djela zločini protiv čovječnosti i njihovo postojanje na način kako ih je utvrdilo prvostepeno vijeće, slijedeći u tom pogledu praksu i stavove MKSJ i Suda BiH u brojnim presudama za isto krivično djelo, među kojim i Odluku ESLJP u predmetu protiv Bobana Šimšića, čiji su dijelovi citirani u obrazloženju prvostepene presude.

101. U pogledu primjene krivičnog zakona, apelaciono vijeće suprotno žalbenim navodima nalazi da u konkretnom slučaju primjena KZ BiH ne predstavlja kršenje člana 7. stav (1) EKLJP.

102. Prvostepeno vijeće je u obrazloženju pobijane presude dalo detaljnu analizu odredbi člana 3., 4. i 4a. KZ BiH, te odredbi člana 7. stav (1) i (2) EKLJP, koju apelaciono vijeće u cijelosti prihvata kao valjanu.

103. Tačno je da je princip zakonitosti imperativno propisan članom 7. stav (1) EKLJP koja ima prioritet nad svim ostalim zakonima Bosne i Hercegovine (član 2. stav (2) Ustava BiH). Članom 7. (1) EKLJP propisan je i opšti princip koji zabranjuje izricanje teže kazne

od one koja je bila na snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela.⁴ Međutim, stav (2) člana 7. EKLJP sadrži značajan izuzetak u odnosu na stav (1) istog člana, gdje propisuje da "ovaj član ne utječe na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda".

104. Članom 15. stav (1) i (2) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima UN-a osiguravaju se slične međunarodne odredbe koje se smatraju *lex superioris* u vezi sa "...opštim pravnim načelima koje priznaje međunarodna zajednica".⁵

105. Običajni status odgovornosti i kažnjavanja zločina protiv čovječnosti i individualne krivične odgovornosti za njegovo izvršenje tokom 1992. godine je 3. maja 1993. godine potvrdio generalni sekretar UN-a u svom izvještaju Vijeću sigurnosti o rezoluciji 808, Međunarodna pravna komisija (1996. godine), te praksa MKSJ i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (MKSJ).

106. Zločini protiv čovječnosti čine imperativni princip međunarodnog prava i nesporno je da su u inkriminisanoj periodu bili sastavni dio međunarodnog običajnog prava.

107. Primjena KZ BiH na konkretno krivično djelo temelji se na odredbi člana 4a. KZ BiH koja propisuje da "članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s općim načelima međunarodnog prava." Ovom odredbom je, kako se to u pobijanoj presudi pravilno navodi, učinjen izuzetak od opštih načela navedenih u članovima 3. i 4. KZ BiH u smislu da ovi članovi ne dovode u pitanje suđenje i kažnjavanje neke osobe za činjenje ili nečinjenje koje predstavlja krivično djelo zločini protiv čovječnosti, a koje kao takvo nije bilo propisano krivičnim zakonom koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

⁴ (1) "Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo nastalo činjenjem ili nečinjenjem koje nije predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja, prema nacionalnom ili međunarodnom pravu. Isto tako, izrečena kazna neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela."

⁵ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Usvojen Rezolucijom 2200A (XXI) Generalne skupštine 16. decembra 1966. godine, Stupio na snagu 23. marta 1976. godine, u saglasnosti sa članom 49., član 15: „1. Niko se neće smatrati krivim za djela ili propuštanja koja nisu predstavljala krivično djelo prema domaćem ili međunarodnom pravu u vrijeme kada su bila počinjena. Isto tako, neće se izreći teža kazna od one koja se mogla primjeniti u trenutku kada je krivično djelo bilo izvršeno. Ako kasnije, poslije izvršenja djela, zakonskom odredbom bude predviđena primjena lakše kazne, prijestupnik će se time koristiti. 2. Ništa se u ovom članu ne protivi suđenju i osudi lica zbog radnji ili propuštanja koja su se u vrijeme kada su počinjena, smatrala za krivična djela prema općim pravnim načelima koja priznaje međunarodna zajednica.

108. Zločini protiv čovječnosti su zločini po međunarodnom pravu u univerzalnom smislu nadležnosti za procesuiranje, tako da i osuda za takva djela, prema zakonu koji je naknadno propisao i utvrdio ovo djelo kao krivično djelo i propisao posebnu krivičnu sankciju, nije suprotna članu 7. stav (1) EKLJP. Ovakav stav je zauzet i u predmetu broj: 51 891/99, *Naletilić protiv Hrvatske*, u kojem predmetu je aplikant isticao iste prigovore kao i odbrana u ovom predmetu, ali pred vijećem MKSJ.

109. U obrazloženju pobijane presude su dati jasni, konkretni i potpuno valjani razlozi koji nedvosmisleno ukazuju da su zločini protiv čovječnosti predstavljali krivično djelo prema opštim načelima međunarodnog prava, a koji zaključak dijeli i ovo Vijeće, iz čega proizilazi da je prvostepeno vijeće na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje ispravno primijenilo odredbe KZ BiH, te radnje optuženog pravilno kvalifikovalo kao Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h), u vezi sa tačkom a) istog člana KZ BiH. Stoga je suprotne žalbene navode žalbi optuženog i njegovog branioca apelaciono vijeće ocijenilo kao neosnovane.

110. Prethodno navedenom valja dodati da su identični ili slični argumenti žalbe branioca u vezi sa pitanjima koji je zakon blaži i koji treba primjeniti u predmetima ratnih zločina počinjenih na teritoriji BiH, te kada KZ SFRJ, a kada KZ BiH, razmatrani i pred Evropskim suda za ljudska prava još 2013. godine i zauzeti konkretni stavovi u presudi u predmetu Maktouf/Damjanović od 18.jula 2013. godine, koju je od tada slijedio i Ustavni sud BiH i vijeća Suda BiH. U navedenoj odluci ESLJP je pored ostalog decidno navedeno i to da „*Sud BiH i entitetski sudovi nemaju nikakve druge mogućnosti nego da u predmetima zločina protiv čovječnosti primjenjuju Krivični zakon BiH iz 2003. godine.*“. takav stav ponovljen je i upomenutom predmetu Bojana Šimšića.

111. Po ocjeni ovog vijeća, prvostepeno vijeće je pravilno postupilo kada je odredbe KZ BiH primijenilo i prilikom utvrđivanja krivičnopravne sankcije optuženom za navedeno krivično djelo, a ne odredbe KZ SFRJ koji propisuje niži opšti maksimum kazne zatvora, na čemu žalba branioca insistira. Naime, apelaciono vijeće podsjeća da je sa aspekta opštih pravila i načela krivičnog zakona nedopustivo kombinovati odredbe dva različita krivična zakona, o čemu se teorija krivičnog prava oduvijek jasno određivala. Svaki zakon

predstavlja organsko jedinstvo, pa se određena zakonska odredba ne smije istrgnuti iz cjeline kojoj pripada i uklopiti u neku drugu, njoj stranu.^[1]

112. Kod donošenja prethodnih zaključaka, apelaciono vijeće je imalo u vidu i stav Ustavnog suda BiH koji se u više svojih odluka jasno odredio o tome da se prilikom osude za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti ima primjeniti KZ BiH u cjelini, dakle i u pogledu sankcije, o čemu govori i odluka Ustavnog suda BiH broj AP-2457/17 od 17.07.2019. godine, u kojoj je u paragrafima 46. i 47. navedeno:

*“ Prema stavu Evropskog suda, kada međunarodno pravo ne propisuje dovoljno jasno sankciju za ratne zločine, domaći sud može da, pošto je ustanovio krivicu optuženog, odredi kaznu na osnovu unutrašnjeg krivičnog zakonodavstva (vidi, Evropski sud, Konovov protiv Letonije, presuda od 17. maja 2010. godine, stav 212).....U konkretnom slučaju, apelant je proglašen krivim za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. KZ BiH, koje je počinio kao dio širokog i sistematičnog napada protiv civilnog stanovništva na području opštine Milići, svjestan tog napada i da njegove radnje čine dio tog napada. Radnje izvršenja krivičnog djela apelant je preduzeo 1992. godine, tj. u vrijeme kada domaćim zakonom nije bilo propisano krivično djelo zločin protiv čovječnosti, ali su te radnje predstavljale zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu koje je važno u vrijeme njihovog izvršenja. **S obzirom na to da međunarodno pravo ne propisuje dovoljno jasne sankcije za ratne zločine, Sud BiH je u apelantovom slučaju kako u pogledu krivičnog djela, tako i kazne mogao jedino primijeniti KZ BiH iz 2003. godine, kao mjerodavno domaće krivično zakonodavstvo, s obzirom na to da KZ SFRJ, kao zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, nije propisivao ni navedeno krivično djelo, pa stoga ni sankciju za takvo djelo.**”^[2]*

113. Kako i ovo apelaciono vijeće dijeli isti stav, tvrdnje žalbe branioca da je u konkretnom slučaju i u pogledu sankcije trebalo primijeniti KZ SFRJ kao blaži zakon, te njegova elaboracija u vezi s tim se ukazuju neosnovanom, kao i navodi žalbe o tome koje je krivično djelo teže i za koje je zapriječena blaža kazna (krivično djelo genocida, za koje je optužen ili zločina protiv čovječnosti, za koje je optuženi osuđen).

^[1] M.Babić, I. Marković, *Krivično pravo – opšti dio*, peto izdanje (Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2015)., 69.

^[2] Isticanje dodato.

VI ŽALBENI OSNOV ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI ČLANA 296. STAV 1. TAČKA d) U VEZI SA ČLANOM 300. STAV 1. ZKP BIH

1. Standardi za odlučivanje

114. Prije nego se osvrne na konkretne žalbene prigovore, apelaciono vijeće naglašava da pretresno vijeće ima široko diskreciono pravo u utvrđivanju odgovarajuće kazne, obzirom da je u takvoj poziciji da najbolje može odmjeriti i ocjeniti dokaze izvedene na glavnom pretresu. Shodno tome, apelaciono vijeće neće remetiti analizu pretresnog vijeća o otežavajućim i olakšavajućim okolnostima, kao ni težinu koja je data tim okolnostima, osim ako podnosilac žalbe ne pokaže da je pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje široko diskreciono pravo.

115. Naime, podnosilac žalbe mora pokazati da je pretresno vijeće dalo težinu nebitnim i irelevantnim pitanjima, da nije dalo težinu ili dovoljno težine relevantnim pitanjima, da je napravilo očiglednu grešku u odnosu na činjenice na koje je primijenilo svoje diskreciono pravo, ili da je odluka pretresnog vijeća bila u tolikoj mjeri neopravdana, ili jednostavno nepravedna, da apelaciono vijeće može izvesti zaključak da pretresno vijeće nije koristilo svoje diskreciono pravo na primjeren način. Apelaciono vijeće takođe uzima u obzir da pretresno vijeće nije obavezno da posebno obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost, pa ako je apelaciono vijeće uvjerenjeno da je pretresno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.

i. Žalba optuženog Momčila Tešića i branioca optuženog

Ukazujući na odluke o kazni ovog Suda u brojnim drugim predmetima, optuženi u žalbi navodi da je izrečena kazna previsoka i nesrazmjerna, te sa elementom odmazde, a pored toga prvostepeni sud nije cijenio s jednakom pažnjom olakšavajuće i otežavajuće okolnosti na strani optuženog. Osvrćući se na praksu Suda BiH, žalbom se navode osobito olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, konkretno njegov raniji život, neosuđivanost, te da je u vrijeme izvršenja krivičnog djela bio mlađe punoljetno lice. Kada je u pitanju njegovo držanje nakon učinjenog krivičnog djela ukazao je da nije bježao iz BiH (kao što su uradili stvarni učesnici predmetne likvidacije), da je živio pošteno, da je izrazio žaljenje, a u krivičnom postupku se ponašao više nego korektno.

116. Kada je riječ o krivičnopravnoj sankciji, branilac optuženog je stava da Sud nije pravilno odmjerio kaznu, uz navođenje olakšavajućih okolnosti: optuženi je izrazio žaljenje, njegovo korektno držanje na Sudu, namjeravao je zaključiti sporazum i surađivao je s Tužilaštvom, njegova neosuđivanost, mladost, izostanak genocidne namjere uzimajući u obzir oslobađajuću odluku Suda za krivično djelo Genocida. Smatra da se i sa ublaženom kaznom, ispod zakonom propisanog minimuma može postići svrha kažnjavanja.

ii. Žalba Tužilaštva BiH

117. Tužilaštvo ne osporava utvrđene otežavajuće okolnosti na strani optuženog, ali smatra izrečenu kaznu blagom, neadekvatnom, nepravičnom i nesrazmjernom imajući u vidu svrhu kažnjavanja u smislu članova 2. i 39. KZ BiH. Naime, izrečena kazna ne odražava brutalnost, sistematski karakter i težinu krivičnog djela, kao ni stanja ugroženosti i razarajući uticaj na bošnjački narod Istočne Bosne. U tom smislu, Tužilaštvo ukazuje na okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, odnosno okolnosti stvorene atmosfere beznađa, neizvjesnosti i straha žrtava, što je optuženi iskoristio kako bi manifestovao svoju nadmoć, kao i upornost prilikom izvršenja djela ispoljena činom trčanja za svjedokom MK-1 i pucajući u njegovom pravcu. Vijeće također nije cijenilo ponašanje optuženog nakon učinjenog krivičnog djela, te da optuženi do danas nije otkrio gdje su ukopana ostala tijela, niti je pokazao volju da otkrije, niti je pokazao kajanje, već ravnodušnost. Uzimajući u obzir da su žrtve izabrane temeljem vjerske i nacionalne pripadnosti, očito je da je optuženi postupao sa diskriminatornom namjerom, pa se i intenzitet krivice trebao teže cijeniti.

2. Nalazi apelacionog vijeća

118. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće pravilno utvrdilo činjenično stanje u djelu koji se odnosi na otežavajuće okolnosti na strani optuženog koje su bile od uticaja na visinu kazne, te u dovoljnoj mjeri cijenilo ne samo težinu i posljedice učinjenog djela nego i sve okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, kao i ponašanje optuženog prije, u toku i nakon učinjena djela. Među tim okolnostima i činjenicama je jasno ukazano na težinu djela, način izvršenja istog, bezobzirnost i upornost optuženog pri izvršenju, broj i bespomoćnost žrtava i pozicija nadmoći optuženog, na koje činjenice žalba Tužilaštva BiH ukazuje. Navedene činjenice su i po ocjeni ovog vijeća svakako bile od odlučnog značaja prilikom odmjeravanja kazne optuženom i ukazivale su na potrebu izricanja

veoma stroge kazne, ali ipak ne maksimalno propisane. O svemu tome su u obrazloženju pobijane presude dati jasni i konkretni razlozi i ocjene, koje kao valjane prihvata i ovo vijeće. Stoga se tvrdnje žalbe Tužilaštva o davanju nedovoljne težine tim činjenicama ukazuju neosnovanim.

119. Međutim, osnovano žalbe optuženog i branioca ukazuju i na okolnosti koje se odnose na raniji život i ličnost optuženog, koje je takođe trebalo cijeliti, od kojih se neke mogu smatrati olakšavajućim okolnostima. To se prije svega odnosi na mladost optuženog u vrijeme izvršenja djela, budući da iz podataka u spisu proizilazi da je optuženi rođen 02.01.1974. godine, što znači da je u vrijeme izvršenja djela imao svega 21 godinu i 6 mjeseci. Iako optuženi dakle nije bio mlađe punoljetno lice, kako se to u žalbi tvrdi, ipak se radi o veoma mladom čovjeku bez dovoljno životnog iskustva i zrelosti da bi se direktno distancirao od onoga šta rade i kako se u datoj situaciji ponašaju drugi u njegovom neposrednom okruženju.

120. Pored navedenog, ne može se zanemariti ni činjenica da je optuženi neosuđivano lice, da se na sudu zaista ponašao u skladu sa pravilima, što se od njega i očekivalo, te da je u određenom momentu iskazao volju za zaključenjem sporazuma, do čega ipak nije došlo usled prijetnji i straha od negativne reakcije njegovog okruženja.

121. Što se tiče žalbenih navoda o iskazanom kajanju, iz podataka u spisu proizilazi da isto nije eksplicitno izraženo, mada stoji činjenica da zbog nepostavljanja pitanja svjedocima u unakrsnom ispitivanju isti nisu dodatno traumatizirani s njegove strane. Ipak, toj činjenici ne treba davati značaj kakav mu žalba pridaje, jer ista može biti posljedica i drugih razloga, pa i same strategije odbrane.

122. Tvrdnje žalbe o namjeri saradnje sa Tužiteljstvom i pokazivanju mjesta grobnice, takođe nemaju značaj kakav im žalba pridaje, budući da iz podataka u spisu ne proizilazi da je takva namjera i realizovana, niti da je optuženi Tužiteljstvu pokazao mjesto grobnice ubijenih, u kom slučaju bi to bile značajne olakšavajuće okolnosti.

123. Imajući u vidu sve što je navedeno, apelaciono vijeće je ocijenilo da ipak u određenoj mjeri valja uzeti u obzir i navedene olakšavajuće okolnosti (mladost, neosuđivanost, ponašanje u toku postupka), a ne samo otežavajuće koje je prvostepeno vijeće utvrdilo. Uzimajući u obzir iste i već utvrđene otežavajuće okolnosti, apelaciono vijeće je odbilo kao neosnovanu žalbu Tužilaštva BiH, a djelimično uvažilo žalbe optuženog i njegovog branioca i prvostepenu presudu prinačilo u dijelu koji se odnosi na odluku o

kazni, tako što je za djelo za koje je oglašen krivim, otpuženom utvrdilo kaznu zatvora u trajanju od **18 (osamnaest) godina**, umjesto prethodno izrečene kazne zatvora od 20 godina.

124. Apelaciono vijeće ocjenjuje da je navedena kazna od 18 godina zatvora adekvatna i srazmjerna, kako težini učinjenog djela, obzirom na okolnosti, posljedice, način izvršenja i konkretne radnje optuženog, tako i ličnost optuženog, te da će se takvom kaznom u cjelosti postići svrha kažnjavanja predviđena zakonom.

125. Što se tiče navoda žalbe optuženog o kaznama drugih počinitelaca u predmetima ratnih zločina, apelaciono vijeće ukazuje da je odlučujući o kazni, valjalo imati u vidu da odluka o kazni mora uvijek izražavati individualiziranu, zakonom predviđenu društvenu osudu konkretnog učinioca zbog konkretnog krivičnog djela.

126. Iz prethodno navedenih razloga, a na temelju odredaba člana 313. i 314. ZKP BiH, apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci presude.

Zapisničar
Pravna savjetnica
Lejla Džaferbegović

PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA
Amela Huskić

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