



SUD BOSNE I HERCEGOVINE СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Predmet br.: S1 1 K 004050 13 Krž 15

Datum: donesena 16.09.2013. godine
otpremljena 19.11.2013. godine

Pred sudskim vijećem u sastavu: sudija Miloš Babić, predsjednik vijeća
sudija Azra Miletić, sudija izvjestilac
sudija Dragomir Vukoje, član vijeća

PREDMET TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE

protiv

Božidara Kuvelje

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Ibro Bulić

Branilac optuženog:

Kerim Čelik i Izet Baždarević

SADRŽAJ

PRESUDA	1
OBRAZLOŽENJE	2
I. TOK POSTUPKA	2
A. PRVOSTEPENA PRESUDA.....	2
B. ŽALBE.....	2
II. OPŠTA PITANJA	3
III. BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA: ČLAN 297 ZKP BIH	4
A. STANDARDI ODLUČIVANJA	4
B. ŽALBA TUŽILAŠTVA BIH – PODOSNOV ČLAN 297. STAV 2. ZKP BIH	5
(a) Žalbeni navodi	5
(b) Nalazi Apelacionog vijeća.....	6
C. ŽALBA ODBRANE.....	10
1. Podosnov: član 297. stav 1. tačka j) ZKP BiH - optužba je prekoračena	10
(a) Navodi iz žalbe	10
(b) Nalazi Apelacionog vijeća.....	10
2. Podnosnov: član 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH -povrijeđeno pravo na odbranu	12
(a) Navodi iz žalbe	12
(b) Nalazi Apelacionog vijeća.....	12
3. Podosnov: član 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH – presuda se zasniva na dokazima na kojima se po odredbama ZKP BiH ne može zasnivati	14
(a) Prihvatanje utvrđenih činjenica	14
(b) Ulaganje transkripata bez unakrsnog ispitivanja.....	17
(c) Neprimjenjivanje pravila unakrsnog ispitivanja.....	19
(d) Standard dokazivanja.....	20
IV. POGREŠNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE	21
A. STANDARDI ODLUČIVANJA	21

1. Žalba Tužilaštva BiH	22
(a) Nalazi Apelacionog vijeća.....	22
2. Žalba odbrane	24
V. POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA.....	25
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJA PO ŽALBI.....	25
1. Žalba odbrane: Primijenjen je zakon koji se ne može primijeniti	25
(a) Navodi žalbe	25
(b) Nalazi Apelacionog vijeća.....	26
2. Žalba Tužilaštva BiH	28
(a) Navodi žalbe Tužilaštva BiH.....	28
(b) Nalazi Apelacionog vijeća.....	29
VI. SANKCIJA.....	32
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJA PO ŽALBI.....	32
1. Žalba Tužilaštva BiH	32
2. Žalba odbrane	33
3. Nalazi Apelacionog vijeća	33

Broj: S1 1 K 004050 13 Krž 15

Sarajevo, 16.09.2013. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja¹ sastavljenom od sudije Miloša Babića, kao predsjednika vijeća, te sudija Azre Miletić i Dragomira Vukoje, kao članova vijeća, uz učešće pravne savjetnice Belme Čano – Sejfović, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Božidara Kuvelje, zbog krivičnog djela – Genocid, iz člana 171. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, u vezi sa članom 31. istog zakona, odlučujući po žalbama Tužilaštva Bosne i Hercegovine, broj T20 0 KTRZ 000817 11 od 21.05.2013. godine i branilaca optuženog, advokata Kerima Čelika i Izeta Baždarevića od 19.06.2013. godine, izjavljenim na presudu ovog Suda, broj S1 1 K 004050 11 Kri od 11.01.2013. godine, nakon održane javne sjednice vijeća, u prisustvu tužioca Tužilaštva Bosne i Hercegovine Ibre Bulića i optuženog Božidara Kuvelje i njegovog branioca, advokata Kerima Čelika, te u odsustvu uredno obaviještenog branioca, advokata Izeta Baždarevića, na osnovu člana 313. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH), dana 16.09.2013. godine donijelo je sljedeću:

P R E S U D U

Odbijaju se, kao neosnovane, žalba Tužilaštva Bosne i Hercegovine, broj T20 0 KTRZ 000817 11 od 21.05.2013. godine i žalba branioca optuženog Božidara Kuvelje, advokata Kerima Čelika i Izeta Baždarevića, izjavljene protiv presude Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 1 K 004050 11 Kri od 11.01.2013. godine.

¹ U daljem tekstu: Apelaciono vijeće/Vijeće

O b r a z l o ž e n j e

I. TOK POSTUPKA

A. PRVOSTEPENA PRESUDA

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 1 K 004050 11 Kri od 11.01.2013. godine, optuženi Božidar Kuvelja oglašen je krivim da je radnjama opisanim u izreci presude počinio krivično djelo - Zločini protiv čovječnosti, iz člana 172. stav 1. tačka h) u vezi sa tačkom d) i a) KZ BiH, a sve u vezi sa članom 29. istog Zakona. Optuženom je za navedeno krivično djelo izrečena kazna zatvora u trajanju od 20 (dvadeset) godina, u koju kaznu se, u skladu sa članom 56. KZ BiH, ima uračunati vrijeme provedeno u pritvoru i to od 17.01.2011. godine pa nadalje.

2. Istovremeno optuženi je oslobođen obaveze da naknadi troškove krivičnog postupka, dok su na osnovu člana 198. stav 2. ZKP BiH, oštećeni sa eventualnim imovinsko – pravnim zahtjevima upućeni na parnični postupak.

B. ŽALBE

3. Protiv navedene presude blagovremene žalbe su izjavili Tužilaštvo BiH, kao i optuženi putem branilaca, advokata Kerima Čelika i Izeta Baždarevića.

4. Tužilaštvo BiH žalbu izjavljuje zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 2. ZKP BiH, povrede krivičnog zakona iz člana 298. ZKP BiH, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana 299. ZKP BiH i odluke o krivičnopravnoj sankciji iz člana 300. ZKP BiH. U žalbi se predlaže da se na osnovu člana 315. stav 2. ZKP BiH odredi održavanje pretresa ili da se presuda preinači, pa da se optuženi oglasi krivim za krivično djelo – Genocid iz člana 171. u vezi sa članom 31. istog Zakona i da mu se izrekne kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od najmanje 30 godina.

5. Branioци optuženog žalbu izjavljuju zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, povrede krivičnog zakona, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o krivičnopravnoj sankciji, sa prijedlogom da se osporena presuda preinači i optužba odbije ili da se optuženi oslobodi od optužbe ili da se na osnovu člana 315. stav 1. ZKP BiH, žalba uvaži, prvostepena presuda ukine i odredi održavanje pretresa pred vijećem Apelacionog odjeljenja Suda BiH.

6. Tužilaštvo BiH je dostavilo odgovor na žalbu odbrane, u kojem se predlaže da se ista odbije kao neosnovana.

7. Branilac optuženog, advokat Kerim Čelik je dostavio odgovor na žalbu tužilaštva, u kojoj se također predlaže da se ista odbije kao neosnovana.

8. Na sjednici vijeća Apelacionog odjeljenja održanoj dana 16.09.2013. godine, u smislu člana 304. ZKP BiH, žalioци su ostali kod pismeno iznijetih žalbenih razloga i prigovora.

II. OPŠTA PITANJA

9. Prije nego se osvrne na svaki istaknuti žalbeni prigovor, Apelaciono vijeće napominje da je obaveza žalioца da, u skladu sa odredbom iz člana 295. stav 1. tačke b) i c) ZKP BiH, u žalbi navede pravni osnov za pobijanje presude, kao i obrazloženje kojim potkrepljuje osnovanost istaknutog prigovora.

10. Prilikom odlučivanja u žalbenom postupku, sud je vezan prigovorima istaknutim u žalbi, na način kako je propisano članom 306. ZKP BiH². Dakle, pobijana presuda ispitat će se samo u onom dijelu i u obimu, kako je to žalbom ukazano. Obaveza je žalitelja da žalbu koncipira tako da ista bude podobna za odlučivanje, odnosno da sadrži sve zakonom propisane elemente i da sadržajno može poslužiti da kao osnova za ispitivanje presude.

11. Samo paušalno označavanje žalbenih osnova, jednako kao i ukazivanje na navodne nepravilnosti u toku prvostepenog postupka bez preciziranja na koji žalbeni osnov se podnosić žalbe poziva, nije valjana osnova za ispitivanje prvostepene presude, zbog čega Apelaciono vijeće neobrazložene i nejasne žalbene prigovore, odbija kao neosnovane.

² Član 306. Granice ispitivanja presude „Vijeće apelacionog odjeljenja ispituje presudu u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom.“

III. BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA: ČLAN 297 ZKP BIH

A. STANDARDI ODLUČIVANJA

12. 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.³

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

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

15. 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.⁴

16. 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.

³ 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.

⁴Član 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

17. 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 pokaže 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 povrijeđen.

B. ŽALBA TUŽILAŠTVA BIH – PODOŠNOV ČLAN 297. STAV 2. ZKP BIH

(a) Žalbeni navodi

18. Tužilaštvo smatra da je do povrede odredaba krivičnog postupka došlo iz razloga što pretreseno vijeće nije prihvatilo prijedlog za dopunu dokaznog postupka saslušanjem svjedoka KB - 119, na koji način je pogrešno primijenjena odredba člana 276. u vezi sa članom 261. ZKP BiH, a što je uticalo na pravilno donošenje presude.

19. Naime, tužilaštvo je 28.02.2012. godine podnijelo prijedlog za saslušanje i određivanje mjera zaštite za svjedoka KB – 119, te 16.05.2012. godine dopunjeni prijedlog za saslušanje ovog svjedoka, u kojem je navedeno da se radi o dodatnom dokazu optužbe i precizirano na koje bi okolnosti ovaj svjedok dao iskaz. Tužilaštvo smatra da pretresno vijeće, kada odbija ovaj prijedlog, pogrešno primjenjuje pomenute odredbe ZKP BiH, odnosno pogrešno utvrđuje da se istraga u konkretnom predmetu nastavila voditi i nakon podizanja optužnice, a što je u suprotnosti sa odredom člana 226. stav 1. ZKP BiH.

20. Tužilaštvo u žalbi pojašnjava da se radi o specifičnom predmetu, koji se tiče istrage o događajima u Srebrenici, gdje niti jedna istraga ne može biti posmatrana odvojeno u odnosu na druge i to zbog velikog broja različitih jedinica koje su bile na istom prostoru i koje su učestvovala u vršenju krivičnih djela. Tužilaštvo također, podsjeća i na sve okolnosti u okviru koji se došlo do saznanja o postojanju svjedoka KB – 119, jasno navodeći da svjedok iz objektivnih razloga (budući da se nije znalo za njegove lične podatke, mjesto prebivališta, te da se naknadno došlo do saznanja da živi u Kanadi) nije mogao biti saslušan prije podizanja optužnice. Tek četiri mjeseca nakon podizanja i

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.

potvrđivanja optužnice, Tužilaštvo je uspjelo saslušati svjedoka KB – 119, koji je tada pružio relevantne informacije i zbog čega je njegovo saslušanje na glavnom pretresu predloženo u okviru provođenja dodatnih dokaza.

(b) Nalazi Apelacionog vijeća

21. Članom 297. stav 2. ZKP BiH propisano je da bitne povrede postupka postoje i onda kada neka odredba zakona nije primijenjena ili je nepravilno primijenjena, a što je bilo ili moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude. Da bi se utvrdilo da li postoji relativno bitna povreda postupka, u skladu sa navedenom odredbom zakona, potrebno je najprije utvrditi da je prvostepeni sud pogrešno primijenio ili nije primijenio neku od odredaba zakona, a zatim da se takav propust suda odrazio na pravilnost i zakonitost presude. Stoga, odbrana u žalbi mora ukazati ne samo na radnje i propuste u kojima se ogleđa neprimjenjivanje ili nepravilno primjenjivanje određene odredbe procesnog zakona, nego i u kom smislu i zbog čega je to bilo ili moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

22. U konkretnom slučaju, Apelaciono vijeće je tako najprije ispitalo da li je prvostepeni sud ispravno primijenio član 276. i 261. ZKP BiH, te posljedično, da li je odluka prvostepenog suda o neprihvatanju prijedloga tužilaštva, dovela u pitanje pravilnost pobijane presude.

(i) Primjena odredbi ZKP BiH

23. Prvostepeni sud odbio je prijedlog tužilaštva za provođenje dodatnog dokaza saslušanjem svjedoka KB - 119 u okviru dopune dokaznog postupka, nalazeći da isti „ne sadrži dovoljno uvjerljivih argumenata iz kojih bi bilo vidljivo da na strani Tužilaštva zaista nije postojala realna mogućnost da se svjedok KB – 119 sasluša u toku istrage, te potom predloži u optužnici, kako bi bio saslušan u okviru dokaza optužbe, kako to predviđa član 261. stav 2. tačka a) ZKP BiH⁵. Ujedno, prvostepeni sud zaključuje da okolnost da je svjedok saslušan nakon podizanja optužnice, ukazuje da se radi o dokazu koji je prikupljen nakon podizanja optužnice, što je u suprotnosti sa odredbama člana 226. stav 1. ZKP BiH⁶. Iz navedenog je jasno vidljivo da prvostepeni sud odluku o (ne) prihvatanju prijedloga tužilaštva, temelji isključivo na činjenici da je svjedok KB – 119 prvi put saslušan nakon podizanja optužnice.

⁵ Presuda Suda BiH, broj S1 1 K 004050 11 Kri od 11.01.2013. godine, paragraf 73. strana 23

⁶ Ibidem, paragraf 79.

24. Prvostepeni sud pri tome, ipak, zanemaruje odredbe člana 276. ZKP BiH, kojim je predviđena mogućnost dopune dokaznog postupka. Naime, u stavu 1. navedenog člana Zakona, propisano je da će nakon izvođenja dokaza, „*sudja, odnosno predsjednik vijeća...upitati stranke i branitelja da li imaju još neki dokazni prijedlog*“. Zakonom nije precizirano koji se to dokazi imaju smatrati dodatnim dokazima, odnosno nisu propisni nikakvi posebni kriteriji koji bi morali biti ispunjeni da bi neki dokaz mogao biti smatran dodatnim dokazom. Međutim, logičkim tumačenjem ove norme, da se zaključiti da u dopuni dokaznog postupka mogu biti predlagani i provođeni svi oni dokazi koji su pribavljeni na zakonit način i koji su relevantni za određeni krivični postupak, a nisu bili predlagani u toku redovnog dokaznog postupka. Naime, nakon što su provedeni svi dokazi koji su predloženi optužnicom, te dokazi replike i duplike, te eventualno dokazi koje je proveo sud, sud je dužan, u skladu sa članom 276. ZKP BiH, da strankama pruži mogućnost da predlažu i provedu dodatne dokaze. Sve navedeno govori u prilog tome da se u toj fazi postupka predlažu i provode dokazi koji nisu predloženi optužnicom i koji nemaju karakter dokaza replike niti duplike. Realna je mogućnost da se do novih dokaza i činjenica može doći i nakon podizanja optužnice, pa upravo takvi dokazi mogu biti predloženi u dopuni dokaznog postupka. Svrha člana 276. stav 1. ZKP BiH je da se nakon zaključenja dokaznog postupka, da mogućnost strankama i braniteljima da predlože dopunske dokaze. Činjenica da je konkretan dokaz pribavljen nakon podizanja optužnice, govori u prilog tome da se takav dokaz može predložiti i provesti u dopuni dokaznog postupka, suprotno onome što prvostepeni sud utvrđuje.

25. Ukoliko bi se prihvatilo kao ispravno obrazloženje pobijane presude – da se u toku dokaznog postupka mogu predlagati samo dokazi pribavljeni prije podizanja i potvrđivanja optužnice, ostaje nejasno koji bi se onda dokazi mogli predlagati i izvoditi u toku dopune dokaznog postupka. Nesporno je da optužnica mora sadržavati prijedlog dokaza koji se imaju izvesti na glavnom pretresu, no ukoliko bi se izvođenje dokaza na glavnom pretresu ograničilo samo i isključivo na dokaze iz optužnice, kako se to pobijanom presudom sugeriše, onda bi pitanje dopune dokaznog postupka postalo izlišno i odredbe člana 276. ZKP BiH, ne bi imale primijene u praksi.

26. Nadalje, prvostepeno vijeće nije ispravno cijeno napore koje tužilaštvo poduzimalo u cilju pribavljanja iskaza svjedoka KB – 119. Činjenica je da je tužilaštvo do saznanja o ovom svjedoku došlo prije podizanja optužnice, pa je slijedom tih saznanja i u širem kontekstu svih istraga u predmetima koji se tiču događaja u Srebrenici, nastavilo sa pokušajima da se svjedok sasluša i da se i taj dokaz obezbijedi. Naime, u toku prvostepenog postupka, kao i u žalbi, tužilaštvo je ukazivalo na okolnost da je za

postojanje svjedoka KB – 119 prvi put saznalo prilikom ispitivanja svjedoka KB – 101 (26. i 27.03.2009. godine), kojem je bilo poznato samo ime, ali ne i prezime svjedoka KB – 119. Tužilaštvo je nakon toga poduzelo niz koraka da bi se svjedok identifikovao, zatim i locirao te konačno saslušao, pa je tako nakon saznanja da isti živi u Kanadi, tek 28.01.2011. godine uspješno uspostavljena komunikacije sa svjedokom. Svjedok je potvrdio da živi u Kanadi i pristao je dati izjavu prilikom narednog dolaska u BiH, što je konačno učinjeno 20.07.2011. godine.

27. Na osnovu svega navedenog, evidentno je da je tužilaštvo poduzimalo kontinuirane napore radi pribavljanja izjave ovog svjedoka, a što iz objektivnih razloga nije bilo moguće ostvariti prije potvrđivanja optužnice u konkretnom predmetu. Iako je tužilaštvo u vrijeme podizanja optužnice raspolagalo određenim saznanjima u vezi ovog svjedoka, ne može se smatrati da je samo znanje o postojanju nekog lica i njegovim ličnim podacima, dovoljno da bi se moglo pretpostaviti kakav će biti sadržaj iskaza tog svjedoka, odnosno u kojoj će mjeri biti relevantan po određeni predmet. Stoga, tužilaštvo u vrijeme podizanja optužnice objektivno nije bilo u mogućnosti da predloži saslušanje svjedoka KB – 119 u okviru redovnog dokaznog postupka. Nakon što je svjedok dao izjavu, koju tužilaštvo cijeni kao relevantnu za inkriminisane radnje opisane u optužnici, osnovano je, pozivajući se na odredbe člana 276. stav 1. ZKP BiH, nakon zaključenja dokaznog postupka, predložilo da se provede saslušanje ovog svjedoka.

28. Dakle, tužilaštvo osnovano ukazuje da je prvostepeni sud pogrešno primijenio odredbu člana 276. stav 1. ZKP BiH. Međutim, pored toga neophodno je utvrditi da je takva povreda imala ili mogla imati negativan utjecaj na zakonitost i pravilnost same presude.

(ii) Da li je utvrđena povreda imala ili mogla imati utjecaj na donošenje zakonite i pravilne presude

29. U žalbi tužilaštva se navodi da je pogrešnom primjenom odredaba ZKP BiH, došlo i do nepravilnog donošenja presude. Međutim, pri tome se ne precizira u čemu se ta nepravilnost ogleda, odnosno kako se ta pogrešna primjena odrazila na konkretnu presudu. Ipak, u dijelu žalbe koji se odnosi na prigovor pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana 299. ZKP BiH, tužilaštvo navodi da je prvostepeno vijeće moralo odrediti saslušanje svjedoka KB - 119, pa da je usljed tog propusta nepotpuno i pogrešno utvrđeno činjenično stanje.

30. Prema navodima žalbe iskaz svjedoka KB-119 ključan je u odnosu na dio radnji koje se optuženom stavljaju na teret, tačnije u odnosu na njegovo navodno učešće u

„ovjeravanju“ preživjelih zarobljenika ispred hangara ZZ Kravica. Uzimajući da bi svjedok KB – 119, da je njegovo saslušanje provedeno na glavnom pretresu, zaista i potvrdio sve što tužilaštvo navodi u prijedlogu i žalbi, ostaje pitanje da li bi njegov iskaz bio dovoljan da se sporna pitanja razriješe, odnosno da se sud dođe do drugačijih činjeničnih utvrđenja od onih iznesenih u pobijanoj presudi.

31. Da bi se ispravno odgovorilo na ovo pitanje, nužno je ući u sam prigovor pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, o čemu će više riječi biti u nastavku ove presude. U ovom dijelu je bitno istaći da samo svjedok KB – 117 potvrđuje navode optužbe da je optuženi uzeo učešće u „ovjeravanju“. Svjedoci KB – 101 i KB – 102 također su očevici ubijanja preživjelih zarobljenika ispred hangara ZZ Kravica – „ovjeravanja“, ali identifikuju druge osobe kao počiniocce tih ubistava, a ne optuženog. Stoga, nedoumice sa kojima je prvostepeni sud bio suočen, ne bi bile u potpunosti otklonjene samim saslušanjem svjedoka KB – 119, budući da bi Sud i nakon saslušanja ovog svjedoka i dalje bio u obavezi da uzme u obzir i suprotne dokaze. Tužilaštvo također tvrdi da bi svjedok KB-119 otklonio nedoumice i oko navodnog nadimka optuženog „Hercegovac“. Međutim, kako ispravno prvostepeno vijeće zaključuje niti jedan od drugih svjedoka ne potvrđuje da je optuženi imao takav nadimak, pa čak ni svjedoci koji su optuženog prepoznavali u sudnici i koji su sa njim dijelili sobu za vrijeme boravka u hotelu na Jahorini.

32. Nadalje, ovo Vijeće zaključuje da iz žalbe tužilaštva zapravo proizlazi da se iskaz svjedoka KB-119 ne odnosi na utvrđenje bitnih elemenata dijela koje se optuženom stavlja na teret, već da predstavlja potkrepljujući iskaz, prvenstveno, u odnosu na iskaz svjedoka KB – 117. Iskaz svjedoka KB - 119 morao bi se posmatrati u vezi sa svim provedenim dokazima, pa imajući u vidu ostale dileme sa kojima se prvostepeni sud suočavao, vidljivo je da bi i dalje bio u dvojbi oko pitanja nadimka optuženog i njegovog navodnog učešća u procesu „ovjeravanja“. Kod postojanja i najmanje dvojbe sud je vezan načelom *in dubio pro reo*, pa se da zaključiti da provođenje ovog dokaza ne bi dovelo do drugačijeg utvrđivanja stanja stvari.

33. S obzirom na navedeno, Apelaciono vijeće nije našlo da je propust prvostepenog suda imao negativne konsekvence na donošenje zakonite i pravilne odluke, pa da stoga nije osnovan prigovor tužilaštva o postojanju bitne povrede odredaba krivičnog postupka, iz člana 297. stav 2. ZKP BiH.

C. ŽALBA ODBRANE

34. Branioци optuženog smatraju da su bitne povrede odredaba krivičnog postupka počinjene time što je (1) sud u izreci presude naveo činjenice koje se bitno razlikuju od činjenica sadržanih u optužnici tužilaštva BiH od 03.03.2011. godine, koja je potvrđena 09.03.2011. godine, odnosno što je sud izmijenio pravno relevantne činjenice i time narušio identitet optužnice i čime je ujedno (2) povrijeđeno pravo optuženog na odbranu; (3) što se presuda zasniva na dokazima na kojima se ne smije zasnivati; (4) što je pogrešno primijenjena odredba člana 14. ZKP BiH, u vezi sa članom 3. ZKP BiH; (5) i što se poziva na pogrešan standard dokazivanja.

1. Podosnov: član 297. stav 1. tačka j) ZKP BiH - optužba je prekoračena

(a) Navodi iz žalbe

35. Obrazlažući ovaj žalbeni prigovor, branioци optuženog vrše direktnu uporedbu navoda iz optužnice Tužilaštva BiH od 03.03.2011. godine, koja je potvrđena 09.03.2011. godine, sa izrekom pobijane presude i navode da je sud više puta u izreci presude naveo činjenice koje se bitno razlikuju od činjenica sadržanih u pomenutoj optužnici. Odbrana smatra da je zahvatima suda u činjenični opis došlo do povrede objektivnog i subjektivnog identiteta između optužbe i presude, kao i da su takvi zahvati imali za cilj prilagodbu činjeničnog opisa pravnoj kvalifikaciji, čime je izrekom presude predstavljena nova optužnica.

(b) Nalazi Apelacionog vijeća

36. Presuda se može odnositi samo na osobu koja je optužena i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj ili proširenoj optužnici⁷. Iz navedenog jasno proizlazi da između presude i optužbe mora postojati identitet, koji se ogleda u tome da sud odluku donosi samo u odnosu na ono što se optuženom licu stavlja na teret, pa tako subjektivni identitet podrazumijeva da se presuda odnosi na lice koje optuženo, dok se objektivni identitet manifestuje kroz podudarnost činjeničnog opisa optužbe i izreke presude.

37. U konkretnom slučaju, odbrana nastoji prikazati da postoje takve razlike između izreke presude i optužbe, nastale kao rezultat zahvata prvostepenog suda u činjenični opis, a što za rezultat ima nastalu bitnu povredu odredaba postupka, iz člana 297. stav 1. tačka j) ZKP BiH.

38. Međutim, odbrana se u žalbi fokusira na optužnicu podnesenu 03.03.2011. godine, koja je potvrđena 09.03.2011. godine, potpuno zanemarujući činjenicu da je tužilaštvo dana 01.10.2012. godine podnijelo izmijenjenu optužnicu. Naime, nakon provedenog dokaznog postupka, u skladu sa članom 275. ZKP BiH⁸, tužilaštvo je izvršilo izmjene u pogledu činjeničnog stanja i sudu dostavilo takvu, izmijenjenu optužnicu. Ovom optužnicom tužilaštvo je obuhvatilo sve radnje koje su optuženom stavljane na teret i optužnicom iz marta 2011. godine, čime je ta optužnica u cijelosti zamijenjena i više nije relevantna u odnosu na predmet odlučivanja. Već na osnovu navedenog, proizlazi da je ovaj žalbeni prigovor u cijelosti neosnovan.

39. Naime, suprotno tvrdnjama odbrane, prvostepenom presudom nije povrijeđen niti subjektivni niti objektivni identitet optužbe, budući da je izreka presude, u pogledu vremena izvršenja djela (*kasni popodnevi sati 13. jula 1995. godine*), kao i u pogledu lica koje je optuženo (*Božidar Kuveja, zajedno sa drugim pripadnicima I čete Centra za obuku Jahorina i drugim jedinicama MUP RS i VRS*) u cijelosti saglasna sa navodima iz optužnice. Odbrana, pri navodnom obrazlaganju povrede subjektivnog identiteta optužbe, zanemaruje da je optuženi kako u optužnici, tako i u izreci presude jasno identifikovan, sa svim svojim ličnim podacima te da u tom pogledu nema nikakve razlike. Također, žalba se u odnosu na ovaj prigovor u cijelosti osvrće samo na navode optužbe iz marta 2011. godine, potpuno zanemarujući činjenični opis izmijenjene optužnice, u kojem jasno stoji da je optuženi postupao „*zajedno sa drugim pripadnicima I čete Centra za obuku Jahorina i drugim jedinicama MUP RS i VRS...*“, kako stoji i u izreci pobijane presude.

40. Kada se izvrši komparacija optužnice od 01.10.2012. godine (koja ima pravnu snagu) i izreke pobijane presude, jasno je vidljivo da, iako je prvostepeni sud izvršio određene zahvate u činjenični opis, radi se o takvim izmjenama koje služe da se činjenični opis učini jasnijim i preciznijim. U tom smislu prvostepeni sud je iz činjeničnog opisa izostavio određene navode koji nisu u dovoljnoj mjeri dokazivani niti dokazani u toku postupka (npr. broj bošnjačkog stanovništva uklonjenog iz enklave Srebrenica, ukupan broj ubijenih muškaraca na području Srebrenice), odnosno na temelju činjeničnog utvrđenja u toku postupka precizirao činjenični opis, bez da je dirao u dijelove optužnice koji se tiču bitnih elemenata djela. Radi se gotovo o gramatičkim i semantičkim izmjenama, kako bi činjenični opis bio što jasniji i koncizniji i kako bi što više odgovarao utvrđenom činjeničnom

⁷ Član 280. stav 1. ZKP BiH

⁸ Član 275. ZKP BiH „Ako Tužitelj ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, on može na glavnom pretresu izmijeniti optužnicu. Radi pripremanja odbrane, glavni pretres se može odgoditi. U ovom slučaju ne vrši se potvrđivanje optužnice“

stanju, pa je tako u optužnici stajalo „*Nakon što su u kasnim popodnevnim satima 13. jula 1995. godine, pripadnici 2. Odreda SBP Šekovići otpočeli sa pogubljeljima zarobljenih muškaraca Bošnjaka u skladištu ZZ Kravica, r.ijh oko 1000*“ dok u presudi stoji „*Nakon što su u popodnevnim satima 13. jula 1995. godine, pripadnici 2. Odreda Specijalne brigade policije (SBP) Šekovići otpočeli sa pogubljeljima zarobljenih muškaraca Bošnjaka u skladištu Zemljoradničke zadruge Kravica (ZZ Kravica), r.ijh više stotina*“.

41. Nadalje, odbrana pogrešno navodi i da je prvostepni sud unio u izreku određene pravne činjenice, kako bi se prilagodio činjenični opis pravnoj kvalifikaciji. Odbrana ponovno zanemaruje činjenicu da je izmijenjenom optužnicom izmijenjen i činjenični opis djela, te da isti po tome sadrži i elemente bića krivičnog djela Zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH, kako prvostepeni sud ispravno zaključuje. Dakle, prvostepeni sud nije u činjenični opis unio da se predmetno djelo počinilo u okviru širokog i sistemskog napada koji su u periodu od 06.07. do 19.07.1995. godine preduzimali Vojska Republike Srpske (VRS) i Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske (MUP RS) i koji je usmjerenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva zaštićene UN zone Srebrenica (enklava), već je to sadržano u samoj optužnici. Radnja optuženog u izreci pobijane presude opisana je upravo na onakav način kako to stoji u optužnici, bez većih zahvata u pogledu konkretnih radnji koje mu se stavljaju na teret, pa je stoga u cijelosti neosnovan navod odbrane da je prvostepeni sud mijenjao odlučne činjenice.

42. Na osnovu svega naprijed navedenog, Apelaciono vijeće je utvrdilo da nisu osnovani žalbeni prigovori odbrane u smislu člana 297. stav 1. tačka j) ZKP BiH, pa su isti odbijeni.

2. Podnosnov: član 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH -povrijeđeno pravo na odbranu

(a) Navodi iz žalbe

43. Odbrana smatra da je do povrede prava na odbranu došlo usljed povrede identiteta optužbe i izreke, budući da je izrekom presude predstavljena sasvim nova optužba, pa se optuženom nije mogla osigurati djelotvorna odbrana. Jedini način da se izrekne osuđujuća presuda je bila izmijena dispozitiva optužbe od strane suda, pa tako odbrana nije bila upoznata sa osnovama optužbe.

(b) Nalazi Apelacionog vijeća

44. Odbrana i prilikom obrazlaganja ovog žalbenog osnova, ponovno gubi iz vida da je u ovom predmetu došlo do izmijene optužnice u oktobru 2012. godine i da su time načinjene određene izmjene u pogledu činjeničnog stanja. Na glavom pretresu održanom

23.10.2012. godine, kojem su pristupila oba branioca optuženog, prvostepeni sud je upitao branioca da li su upoznati sa činjenicom da je podnesena izmijenja optužnica, odnosno da li im je ista dostavljena, te da li imaju primjedbi na istu. Tom prilikom odbrana je potvrdila da je dobila izmijenjenu optužnicu i to u pisanoj formi, navodeći da nema komentara na istu, ali da ima primjedbu u pogledu činjenice da se i izmijenjenom optužnicom na teret stavlja krivično djelo Genocid iz člana 171. KZ BiH.

45. Evidentno je stoga, da je odbrana bila upoznata sa činjenicom da je došlo do izmjene činjeničnog supstrata optužnice, odnosno da je bila upoznata sa sadržajem izmijenjene optužnice. Nakon izmjene optužnice, prvostepeni sud je odbrani pružio i priliku da se o tome izjasni, kao i da po potrebi, predloži nove dokaze kojima bi se osporavali navodi iz takve, izmijenjene optužnice. Odbrana međutim, nije koristila to pravo.

46. Na temelju navedenog, vidljivo je da je optuženi, kao i njegova dva branioca, bio upoznat sa optužbom, o čemu su se i izjasnili na glavnom pretresu od 10.10.2012. godine. Kako je već utvrđeno, prvostepeni sud nije, suprotno navodima odbrane, unosio pravne činjenice u činjenični opis i izreka pobijane presude u relevantnim dijelovima, identična je činjeničnom opisu iz optužbe. Odbrani je data mogućnost i da pobija navode optužbe, nakon izmijene činjeničnog opisa, pa tako i da se pobijaju navodi o postojanju širokog i sistematičnog napada koji su u periodu od 06.07. do 19.07.1995. godine preduzimali Vojska Republike Srpske (VRS) i Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske (MUP RS) i koji je usmjeren protiv civilnog bošnjačkog stanovništva, zaštićene UN zone Srebrenica (enklava) i ostalih navoda iz optužbe, nakon njene izmjene. Odbrana nije koristila to pravo, nije traženo dodatno vrijeme za izjašnjenje u pogledu izmjene činjeničnog stanja, niti su predlagani novi i dodatni dokazi. Tek nakon donošenja prvostepene presude, odbrana navodi da nije upoznata sa osnovama optužbe.

47. Nadalje, kako se i u žalbi poentira, sud nije vezan pravnom kvalifikacijom optužbe i slobodan je opisane radnje, odnosno činjenični opis podvesti pod odgovarajuću normu krivičnog zakona, ukoliko je ono opisano u činjeničnom opisu optužnice. Sud u konkretnom slučaju nije izašao iz okvira optužnice, budući da ga je oglasio krivim za krivično djelo čiji su elementi sadržani u samoj optužnici. Apelaciono vijeće podsjeća da kada se govori o identitetu između presude i optužnice, govori se o identitetu radnji koje se optuženom stavljaju na teret, odnosno samog činjeničnog opisa, a ne zakonske norme pod koju je tužilaštvo podvelo radnje optuženog. Stoga, činjenica da je prvostepeni sud radnje optuženog kvalifikovao drugačije nego je to učinjeno u optužnici tužilaštva, ne implicira povredu prava na odbranu, kako to odbrana nastoji prikazati.

48. Pored navedenog, u žalbi se ne nudi drugo obrazloženje u čemu se povreda prava na odbranu nalazi, osim paušalnog i uopštenog izlaganja prava optuženog da bude upoznat sa optužbama. Stoga, Apelaciono vijeće nalazi da ne postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav (1) tačka d) ZKP BiH.

3. Podosnov: član 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH – presuda se zasniva na dokazima na kojima se po odredbama ZKP BiH ne može zasnivati

49. U okviru ovog žalbenog prigovora odbrana navodi da postoji više povreda, koje se ogleđaju u činjenici da je doneseno rješenje o djelomičnom prihvatanju činjenica utvrđenih pravnosnažnim presudama MKSJ bez prava na žalbu, da su ulagani transkripti svjedočenja svjedoka bez omogućavanja unakrsnog ispitivanja, da je ograničavano unakrsno ispitivanje odbrane prilikom svjedočenja najvažnijih svjedoka itd.

(a) Prihvatanje utvrđenih činjenica

(i) Navodi iz žalbe

50. U dijelu žalbe kojim se osporava odluka prvostepenog suda kojom su prihvaćene kao utvrđene, činjenice koje su utvrđene u postupcima pred MKSJ, odbrana se najprije poziva na načelo presumpcije nevinosti i *in dubio pro reo*, oslanjajući se na stavove utvrđene odlukama Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava. Također, odbrana smatra da je sud pogrešno primijenio odredbe člana 14. ZKP BiH, u vezi sa članom 3. ZKP BiH, pa da je optuženi doveden u takvu poziciju u kojoj je bio spriječen da pobija te činjenice, čime je odbrani nametnut dodatni teret dokazivanja i da se našla u situaciji da pobija nešto što se Tužilaštvo ne mora truditi da dokaže. Konačno, odbrana smatra da je prvostepeni sud pogrešno postupio i kada je odbio da odbrani da pravo na žalbu na rješenje o prihvatanju činjenica, za koje odbrana smatra da je Tužilaštvo trebalo na drugi način izvesti i za koje se odbrana protivila⁹.

(ii) Nalazi Apelacionog vijeća

51. Zakonom o ustupanju predmeta od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužilaštvu Bosne i Hercegovine i korištenju dokaza pribavljenih od Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u postupcima pred sudovima u Bosni i

⁹ Paragraf 39. strana 21. žalbe odbrane

Hercegovini¹⁰, u članu 4. propisano je da sud može na vlastitu ili inicijativu stranaka prihvatiti kao dokazane određene činjenice, utvrđene u drugom predmetu, odnosno postupku pred MKSJ-om¹¹.

52. Suština navedene odredbe je da se doprinese ekonomičnosti i efikasnosti postupka i ispoštuje pravo optuženog na suđenje u razumnom roku, te uspostavi balans između prava optuženog na pravično suđenje i svođenja repetativnog izvođenja dokaza i pojavljivanja istih svjedoka koji bi svjedočili na iste okolnosti u nekoliko predmeta, na najmanju potrebnu mjeru. Bez obzira na to, primjeni ove zakonske odredbe treba pristupiti oprezno, te se ovakve činjenice ne mogu smatrati apsolutno dokazanim. Drugim riječima, ukoliko vijeće prihvati neku činjenicu kao utvrđenu, to ne znači da činjenica mora ostati neizmjenjena ukoliko se u toku postupka utvrdi drugačije činjenično stanje.

53. Naime, optuženi u toku cijelog postupka ima pravo i mogućnost da ospori ma koju utvrđenu činjenicu, koju je sud formalno primio na znanje, odnosno optuženi ima pravo da izvodi dokaze kojima se osporava vjerodostojnost presuđenih činjenica.¹² Uvidom u prvostepenu presudu, vidljivo je da je to pravo ponuđeno i odbrani optuženog u ovom predmetu.

54. Nadalje, iz prvostepene presude, a i posebnog rješenja koje je doneseno u ovom predmetu 13.04.2012. godine, sasvim jasno proizlazi da su prihvaćene samo one činjenice koje su jasne, konkretne i prepoznatljive, ne predstavljaju zaključke, mišljenje ili usmeno svjedočenje, te najvažnije, ne predstavljaju karakterizaciju koja je pravne prirode. Prvostepeni je sud odbio da prihvati činjenice koje nisu bile relevantne za konkretan krivični postupak, kao i činjenice koje su sadržavale kvalifikacije pravne prirode, kako je to jasno vidljivo iz paragrafa 102., 105., 106. i 109. presude. Iz navedenog proizlazi da je prvostepeni sud napravio jasnu i ispravnu distinkciju između utvrđenih činjenica koje mogu biti prihvaćene i onih čijim bi se prihvatanjem dovelo u pitanje pravo optuženog na pravično suđenje. Naime, budući da ZKP BiH, kao ni Zakon o ustupanju ne sadrže kriterije koji moraju biti ispunjeni da bi se određene činjenice prihvatile kao utvrđene, ispravno je prvostepeni sud, prilikom odlučivanja o prihvatanju činjenica, koristio kriterije ustanovljene

¹⁰ U daljem tekstu : Zakon o ustupanju, objavljen u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine broj 61/04, 46/06, 53/06, 76/06

¹¹ Član 4. Zakona o ustupanju: „Nakon saslušanja stranaka, sud može, na vlastitu inicijativu ili na prijedlog jedne od stranaka, odlučiti da prihvati kao dokazane činjenice koje su utvrđene pravosnažnom odlukom u drugom postupku pred MKSJ-om, ili da prihvati pismeni dokazni materijal iz postupaka pred MKSJ-om ako se odnosi na pitanja od značaja u tekućem postupku”

¹² Član 6. stav 2. ZKP BiH i član 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije.

u predmetima MKSJ-a *Tužilac protiv Vujadina Popovića i drugih* (predmet broj IT-05-88-T) i *Tužilac protiv Momčila Krajišnika* (predmet broj IT-00-39-T)¹³.

55. Imajući u vidu navedeno i Apelaciono vijeće smatra da je prvostepeno vijeće pravilno zaključilo da utvrđene činjenice koje su pomenutim rješenjem prihvaćene u cijelosti ispunjavaju kriterije da budu prihvaćene, te ni na koji način ne narušavaju pravo optuženog na pravično sudjenje i njegovu pretpostavku nevinosti. Ovo posebno iz razloga što su iste u toku postupka tretirane kao jedan od dokaza u postupku koje je odbrana imala priliku pobiti i osporiti kontraargumentima, odnosno svojim dokazima.

56. Međutim, iz samog obrazloženja žalbe, osim pukog nabranja koje to činjenice odbrana smatra neprihvatljivim, nije jasno vidljivo koje se zapravo činjenice pobijaju niti kojim dokazima, niti je vidljivo da je odbrana u toku prvostepenog postupka nastojala osporiti ma koju činjenicu prihvaćenu rješenjem od 13.04.2012. godine, da su na tu okolnost predlagani ili izvođeni dokazi odbrane. Ovaj žalbeni prigovor nije konkretizovan i ne nudi ništa osim uopštenog obrazlaganja eventualnih negativnih strana zakonskog rješenja, koje dozvoljava da se u toku postupka prihvate utvrđene činjenice, bez realne poveznice sa konkretnim činjenicama prihvaćenim u ovom postupku.

57. Nadalje, odluka o prihvatanju činjenica, u suštini, predstavlja odluku o prihvatanju dokaza u dokazni materijal. Naime, utvrđene činjenice predstavljaju jednu posebnu radnju dokazivanja, pa ukoliko ih prihvati, prvostepeno vijeće će utvrđene činjenice tretirati kao jedan od dokaza izvedenih na glavnom pretresu. Odluka o prihvatanju dokaza u toku provođenja dokaznog postupka, procesnog je karaktera. Primjereno je da se dokazi u spis u toku postupka prihvataju procesnim rješenjima, a da se ocjena tih dokaza u smislu njihove sadržine i dokazne snage vrši po okončanju glavnog pretresa, kada prvostepeno vijeće ima pregled svih izvedenih dokaza, te može u smislu odredbe iz člana 15. i 281. stav 1. i 2. ZKP BiH, izvršiti slobodnu ocjenu svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima.

58. Ukoliko bi sud prihvatio stav odbrane da postoji pravo na posebnu žalbu na rješenje o prihvatanju činjenica u toku glavnog pretresa, isti bi se princip morao primjeniti u odnosu na

¹³ činjenica mora biti jasna, konkretna, da se može identifikovati, odnosno da je precizna, relevantna za neko pitanje u postupku koji je u toku, ograničena na činjenični nalaz i ne smije sadržavati karakterizaciju pravne prirode, da je dijelom presude koja nije osporavana žalbom, odnosno koja je utvrđena pravosnažnom odlukom u žalbenom postupku, pobijana u postupku i čini dio presude koja se trenutno osporava po žalbi, ali spada u pitanja koja u žalbenom postupku nisu sporna, činjenica ne smije potvrđivati krivičnu odgovornost optuženog, odnosno, ne smije se odnositi na djela, postupke, ili duševno stanje optuženog, ne može se zasnivati na sporazumu o priznanju krivnje u ranijim predmetima i uticati na pravo optuženog na pravično suđenje, te da činjenica nije predmetom racionalnog spora između strana u postupku

prihvatanje u dokazni materijal i svakog drugog dokaza što bi podrazumijevalo zastajanje sa postupkom do pravnosnažnost svake takve odluke. Osim što to Zakon o krivičnom postupku BiH ne propisuje, ovakvo bi postupanje i s aspekta procesne efikasnosti, ali i prava optuženog na suđenje u razumnom roku, bilo apsolutno neprihvatljivo.

59. Stoga, Apelaciono vijeće, smatra da je odluka o prihvatanju činjenica procesna odluka o uvođenju dokaza u postupak, naravno ukoliko ti dokazi (u ovom slučaju činjenice) ispunjavaju kriterije prihvatljivosti. Radi se dakle, o odlukama koje imaju karakter procesnih rješenja, na koje nije dozvoljena posebna žalba, već se isto može pobijati u žalbi na presudu.

(b) Ulaganje transkripata bez unakrsnog ispitivanja

(i) Navodi žalbe

60. U žalbi se navodi da u ovom predmetu uloženo nekoliko svjedočenja svjedoka bez unakrsnog ispitivanja, a naročito svjedoka Josepha Kingorija i svjedoka PW-100, bez obzira što se ova lica ne žele odazvati pozivu suda da svjedoče.

(ii) Nalazi Apelacionog vijeća

61. Apeleciono vijeće nalazi, da suprotno žalbenim prigovorima branilaca, izjave i transkripti koje je prvostepeno vijeće odlučilo prihvatiti ispunjavaju uslove iz člana 3. stav (1) Zakona o ustupanju, odnosno člana 5. stav (1) istog Zakona iz sljedećih razloga.

62. Odredbom člana 3. stav (1) Zakona o ustupanju propisno je da se dokazi pribavljeni u skladu sa Statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima MKSJ mogu koristiti u postupcima pred sudovima u BiH. Nadalje, član 5. stav (1) Zakona o ustupanju propisuje da se zapisnik o iskazu svjedoka dat pred MKSJ, kao i zapisnik o vanpretresnom iskazu svjedoka sačinjen pred MKSJ u skladu sa članom 71. Statuta i Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ, može koristiti pred sudom pod uslovom da je iskaz ili vanpretresni iskaz od značaja za pitanje o kojem se raspravlja. Slijedom navedenog, prvostepeno vijeće je, prema ocjeni ovog Vijeća, pravilno ocijenilo prihvatljivim izjave koje su Joseph Kingori i svjedok PW-100 dali u u postupcima koji su se vodili pred MKSJ-om.

63. Odbrana, naime, pogrešno implicira da je prvostepeni sud povrijedio odredbe ZKP BiH na način da je „...uloženo nekoliko svjedočer,ja svjedoka bez unakrsnog ispitivanja...“. Nesporno je da odbrana ima mogućnost da traži da se svjedoci, čiji su iskazi na naprijed navedeni način uloženi u spis, unakrsno ispitaju na glavnom pretresu. Međutim, suprotno onome što se žalbom implicira, unakrsno ispitivanje tih svjedoka nije uslov za njihovu

prihvatljivost. Potrebno je razlikovati prihvatljivost dokaza i njihovu dokaznu vrijednost. Da bi prihvatanje nekog iskaza bilo prihvatljivo, neophodno je da budu ispunjeni uslovi iz člana 5. stav 1. i 2. Zakona o ustupanju, što je u konkretnom slučaju, prvostepeni sud pravilno utvrdio i prihvatio pomenute iskaze. Pravo je odbrane da zahtjeva unakrsno ispitivanje svjedoka čiji je iskaz prihvaćen, u skladu sa odredbom člana 5. stav 3. Zakona o ustupanju. Sud odlučuje o osnovanosti tog zahtjeva i poduzima sve potrebne korake da se unakrsno ispitivanje realizira, ukoliko je isto odobreno. Ipak, ukoliko do toga nije moguće doći, iz opravdanih razloga, tada činjenica da se nije provelo unakrsno ispitavanje svjedoka, ima utjecaja na samu ocjenu, odnosno dokaznu vrijednost prihvaćenog iskaza, kao dokaza u spisu, a ne na njegovu prihvatljivost.

64. Dakle, suprotno navodima odbrane ne radi se o dokazima koji nisu mogli biti privučeni, zbog same činjenice da nije provedeno unakrsno saslušanje svjedoka Kingorija i PW-100.

65. Nadalje, iz stava 3. člana 5. Zakona o ustupanju jasno je vidljivo da je dozvoljavanje unakrsnog ispitivanja diskreciona ocijena suda, a ne neprikosnoveno pravo odbrane. U konkretnom slučaju, prvostepeni sud ispravno odbija prijedlog odbrane da se sasluša svjedok Kingori, budući da iz prijedloga odbrane ne proizlazi da bi svjedok bio saslušan na okolnosti koje su relevantne za ovaj predmet. S druge strane, prvostepeno vijeće je usvojilo prijedlog odbrane za saslušanje svjedoka PW-100.

66. Iz pobijane presude proizilazi da je prvostepeno vijeće preduzelo sve moguće mjere kako bi se omogućilo da ovaj svjedok bude unakrsno ispitan od strane odbrane u ovom predmetu, ali objektivno to nije bilo moguće realizovati obzirom da svjedok uživa mjere zabrane koje su mu odobrene od strane MKSJ-a. Evidentno je da je prvostepeno vijeće, slijedeći proceduru propisanu u članu 75 (H) Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a¹⁴ pozvalo Tužilaštvo da se obrati MKSJ, kako bi se iznašao način za unakrsno ispitivanje ovog svjedoka. Međutim, pored svih uložениh napora svjedok nije dao saglasnost za izmjenu mjera zaštite, pa saglasno tome MKSJ nije dao odobrenje za

¹⁴ Član 75 (H): Sudija ili vijeće u nekoj drugoj jurisdikciji, ili strane u postupku u nekoj drugoj jurisdikciji koje za to ovlasti nadležni pravosudni organ, ili žrtva ili svjedok za koje je Međunarodni sud naložio zaštitne mjere mogu zatražiti da se zaštitne mjere određene u postupku pred Međunarodnim sudom ukinu, izmijene ili pojačaju tako što će se zahtjevom obratiti predsjedniku Međunarodnog suda, koji će takav zahtjev proslijediti: (i) vijeću koje rješava u prvom postupku, bez obzira na njegov sastav; ili (ii) ako u prvom postupku više ne rješava nijedno vijeće, onda vijeću koje rješava u drugom postupku; ili, (iii) ako više ne rješava nijedno vijeće, onda nekom novoosnovanom vijeću.

unakrsno saslušanje ovog svjedoka pred Sudom BiH, shodno odredbama člana 75 (J) Pravilnika¹⁵.

67. Ispravno prvostepeni sud, kod takvog stanja stvari, donosi odluku da, budući da nije osigurano unakrsno ispitivanje ovog svjedoka, transkript saslušanja svjedoka PW-100 neće cijeniti kao dokaz u smislu člana 261. ZKP BiH.

68. Nadalje, primjena odredbi Zakona o ustupanju nije u suprotnosti sa garancijama člana 6. EKLJP, odnosno prava na odbranu. Prihvatanjem iskaza ovih svjedoka nije povrijeđeno pravo na odbranu, obzirom da se osuđujuća presuda ne saziva u odlučujućoj mjeri na ovim dokazima, već su pretežnom dijelu korišteni kao potkrijepljujući ili *kontrolni* dokazi, odnosno dokazi kojima se potkrijepljuje direktno ili indirektno dokazna vrijednost ostalih izvedenih dokaza.

69. U žalbi se također navodi da prvostepeni sud odluku temelji na iskazima svjedoka koji su prihvaćeni u skladu sa članom 5. stav 1. i 2. Zakona o ustupanju. Međutim, osim paušalnog navođenja, odbrana ne precizira ovaj prigovor niti konkretizira u kojem dijelu je prvostepeni sud navodno koristio takve iskaze na način suprotan ZKP BiH i Zakonu o ustupanju, odnosno u kojem se to dijelu presuda u odlučujućoj mjeri temelji na iskazu svjedoka Kingorija ili PW -100. Žalbeni prigovori u ovom dijelu ostaju uopšteni i paušalni, pa ih ovo Vijeće nalazi u cijelosti neosnovanim.

(c) Neprimjenjivanje pravila unakrsnog ispitivanja

70. U okviru ovog žalbenog prigovora iznose se uopštene tvrdnje i navodi o značaju direktnog i unakrsnog ispitivanja svjedoka, načinu vršenja ispitivanja i ostvarivanju ciljeva one strane koja vrši ispitivanje. Odbrana međutim, ne ukazuje niti na jedan konkretan propust prvostepenog suda, niti se ukazuje na bilo kojeg svjedoka i bilo koju situaciju u kojoj je odbrana bila spriječena da ispita svjedoke tužilaštva.

71. Kod ovako iznesenog žalbenog prigovora, Apelaciono vijeće još jednom podsjeća na odredbe člana 306. ZKP BiH i obavezu žalitelja da žalbu učini podobnom za odlučivanje. Budući da žalba u ovom dijelu ne sadrži niti jedan konkretnizovan navod, ovaj je prigovor odbijen kao neosnovan.

¹⁵ Član 75 (J): Vijeće koje rješava po zahtjevu podnesenom u skladu sa stavovima (G) i (H) gore uvjeriće se posredstvom Službe za žrtve i svjedoke da je zaštićena žrtva ili svjedok pristao na ukidanje, izmjenu ili pojačanje zaštitnih mjera; međutim, na osnovu uvjerljivih dokaza o vanrednim okolnostima ili ako bi u suprotnom došlo do neostvarenja pravde, vijeće može u izuzetnim okolnostima, *proprio motu*, ukinuti, izmijeniti ili pojačati zaštitne mjere i bez takvog pristanka

(d) Standard dokazivanja

(i) Navodi žalbe

72. U žalbi se navodi da prvostepeno vijeće, u dijelu presude u kojem se iznose standardi i opšta ocjena dokaza, uvodi standard „van razumne sumnje“, kao standard dokazanosti koji ne odgovara odredbama ZKP BiH. Odbrana pri tome ukazuje da činjenice koje su na štetu optuženog moraju biti potpuno i nesumnjivo utvrđene, odnosno može se uzeti da postoje samo ako su dokazane sa potpunom izvjesnošću, u skladu sa članom 3. stav 2., 290. stav 7. i 281. stav 2. ZKP BiH, a ne sa određenom dozom sumnje, kako to proizlazi iz pomenutog standarda.

(ii) Nalazi Apelacionog vijeća

73. Odbrana optuženog osnovano ukazuje da prvostepeni sud, prilikom davanja opšte ocijene dokaza, odnosno davanja opštih napomena koje sud ima na umu prilikom ocijene svakog dokaza pojedinačno, kao i svih dokaza u cijelini, koristi termin „van razumne sumnje“, a koji nije zakonski termin. Ipak, suprotno navodima odbrane, Apelaciono vijeće ne nalazi da je time načinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka.

74. U žalbi se naime, odbrana bavi teoretskim aspektom pomenute sintagme, njenog značenja i mogućnosti primjene, kako u sistemima anglo-saksonskog prava, tako i u krivičnompravnom sistemu koji je na snazi u BiH. Odbrana tako fokus stavlja na teorijsko značenje, bez osvrta na konkretnu presudu i primjenu tog termina u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja.

75. Prvostepeno je vijeće ispitalo sve provedene dokaze, dalo potpunu ocjenu svih provedenih dokaza, kako svakog dokaza pojednično, tako i u cijelini i međusobnoj povezanosti, suprotstavljajući dokaze odbrane i optužbe, te na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja, donijelo odluku po pitanju krivice optuženog. Iako se u pobijanoj presudi koristi termin koji nije zakonski, radi se o sintagmi koja odgovara utvrđenju činjeničnog stanja na pouzdan i nesumnjiv način.

76. Odbrana veoma ekstenzivnim tumačenjem pomenutog termina dovodi u pitanje ispravnost utvrđenja prvostepenog suda, bez da se zaista sadržajno osvrće na navode pobijane presude. Iako su navodi odbrane značajni sa teoretskog aspekta i pozivaju na dodatni oprez pri korištenju izraza u odlukama suda, ipak nije moguće govoriti u bitnim povredama odredaba krivičnog postupka. Naposlijetku, radi se o jednom terminu, koji

upućuje upravu na odsustvo svake sumnje, kod utvrđenja činjenica i krivice optuženog, što u cijelosti odgovara zahtjevima i duhu ZKP BiH.

77. Stoga, na osnovu svega navedenog, Apelaciono vijeće odbilo je ovaj žalbeni prigovor kao neosnovan.

IV. POGREŠNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

A. STANDARDI ODLUČIVANJA

78. Standard koji Apelaciono vijeće treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja jeste utemeljenost. Da bi Apelaciono vijeće, na temelju istaknutih žalbenih prigovora, utvrdilo da je neka činjenica pogrešno utvrđena, ispitati će da li odlučna činjenica na koju se ukazuje odgovara rezultatima izvedenih dokaza ili bi bila drugačije utvrđena da su izvedeni neki drugi dokazi ili utvrđene druge činjenice na kojima se žalbom ukazuje.¹⁶

79. Prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja Apelaciono vijeće će utvrditi da li bi jedan objektivan sud koji presuđuje u činjeničnim pitanjima došao do tog zaključka izvan razumne sumnje. Neće svaka činjenična greška biti razlog da Apelaciono vijeće ukine presudu, nego samo ona greška koja je uzrokovala nepravilnu presudu, što se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen usprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.

80. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak pretresnog vijeća bio opravdan Apelaciono vijeće će krenuti od načela da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće. Apelaciono 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 Apelaciono vijeće mora iskazati određeno uvažavanje u pogledu činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće.

81. U odnosu na neposredne i posredne dokaze Ustavni sud BiH naglašava da dokazivanje činjenica putem posrednih dokaza nije samo po sebi u suprotnosti sa načelom pravičnog suđenja, u skladu sa članom 6. stav 1. EKLJP.¹⁷ Međutim, dokazanost činjenice putem posrednih dokaza mora se utvrditi izvan svake razumne sumnje, gdje mora postojati

¹⁶ Komentar Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Projekat Vijeća Evrope, Sarajevo, 2005. godine, strana 781.

¹⁷ M.Š., AP-661/04 (Ustavni sud BiH), Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 22. aprila 2005. godine, para. 36.

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.

1. Žalba Tužilaštva BiH

82. Tužilaštvo smatra da je prvostepeni sud pogrešno i nepotpuno utvrdio činjenično stanje, jer nije izvelo dokaz koji je moralo izvesti i koji je bio važan za pravilno utvrđenje činjeničnog stanja. Naime, svjedok KB-119 je ključni svjedok za utvrđivanje jednog dijela dispozitiva optužnice, a prvostepeno vijeće je bilo upoznato sa relevantnošću iskaza ovog svjedoka, jer je tužilaštvo u prijedlogu za njegovo saslušanje detaljno opisalo na koje bi okolnosti svjedočio. Svjedok KB – 119, kako se u žalbi navodi, potkrijepio bi navode svjedoka KB-117 u pogledu tzv. „ovjeravanja“ preživjelih u ZZ Kravica, kao i iskaz svjedoka KB-101, koji je u izjavi iz istrage ispod slike optuženog naveo da je to lice „Hercegovac“.

(a) Nalazi Apelacionog vijeća

83. Apelaciono vijeće se već, u dijelu presude u kojem su obrađeni žalbeni prigovori tužilaštva u odnosu na bitne povrede postupka, odredilo o odluci prvostepenog suda da ne dozvoli saslušanje svjedoka KB-119, pa se u tom smislu neće ponovno osvrutati na procesni aspekt ovog problema. Ono što je bitno u okviru ovog prigovora tužilaštva BiH, jeste sama dokazna snaga predloženog saslušanja, značaj koje bi takvo saslušanje imalo u pogledu svestranog pretresanja predmeta i informacija koje bi ovaj svjedok mogao ponuditi sudu.

84. Naime, iz prijedloga tužilaštva od 16.05.2012. godine vidljivo je na koje okolnosti bi ovaj svjedok bio saslušan i data je naznaka informacija koje bi svjedok ponudio. Iz tog prijedloga proizlazi da su svjedok KB-119 i optuženi bili smješteni u istoj sobi u hotelu Jahorina, pa da su saznanja koja ima ovaj svjedok u pogledu navodnog nadimka optuženog i njegovih radnji u inkriminisanom periodu, relevantna i mogu doprinijeti pravilnom i potpunom utvrđenju činjeničnog stanja u ovom predmetu. Iskaz svjedoka prema navodima iz žalbe tužilaštva, dakle, relevantan je u odnosu na tvrdnje optužbe da je optuženi bio poznat pod nadimkom „Hercegovac“, kao i da je učestvovao u lišenju života zarobljenika koji su strijeljani, a koji su još uvijek davali znake života – tzv. „ovjeravanju“.

85. Međutim, u ovom predmetu svjedočili su i drugi pripadnici I čete, koji su također poznavali optuženog, boravili sa njim u hotelu Jahorina, te bili sa njim prilikom dešavanja na području Srebrenice. Na osnovu iskaza tih svjedoka, prvostepeni sud nije mogao na

pouzdan i nesumnjiv način utvrditi da je optuženi zaista učestvovao u „ovjeravanju“ preživjelih zarobljenih muškaraca Bošnjaka u ZZ Kravica, kao ni da je imao nadimak „Hercegovac“. U pobijanoj presudi dato je iscrpno i detaljno obrazloženje utvrđenog činjeničnog stanja, kroz ocjenu svakog provedenog dokaza pojedinačno, kao i kroz ocjenu dokaza u međusobnoj povezanosti. Prvostepeni sud tako ispravno cijeni da samo svjedok KB-101 i to u izjavi datoj u toku istrage, povezuje optuženog sa nadimkom „Hercegovac“. Također, svjedok je na glavnom pretresu potvrdio da niti u istrazi nije bio siguran da je lice sa slike „Hercegovac“, pa je stoga ispod slike optuženog Kuvelje napisao da „misli da je to Hercegovac“. Svjedok na glavnom pretresu, pak, istrajava u tvrdnji da optuženi, kojeg prepoznaje u sudnici, nije „Hercegovac“. Osim iskaza svjedoka KB – 101 iz istrage, niti jedan drugi dokaz optuženog ne dovodi u vezu sa nadimkom „Hercegovac“. Samo tužilaštvo zapravo, ne nudi niti jedan drugi dokaz u tom pravcu, a kako ispravno prvostepeno vijeće navodi, ni na posredan način nije se moglo doći do zaključka da je optuženi imao taj nadimak.

86. Kod takvog stanja stvari, sve i da je svjedok KB – 119 na glavnom pretresu potvrdio navode iz prijedloga tužilaštva, ne bi se moglo govoriti da je dokazano van svake sumnje da je optuženi zaista bio poznat pod nadimkom „Hercegovac“. Samo na iskazu ovog svjedoka ne bi bilo moguće otkloniti sve dileme koje su u ovom smislu ostale nakon provedenih dokaza, pa bi sud ponovno bio u sumnji u pogledu postojanja navodnog nadimka optuženog. Stoga, sud bi bio u obavezi da primjenom načela *in dubio pro reo*, uzme da nije dokazano da je optuženi imao takav nadimak.

87. Nadalje, Tužilaštvo tvrdi da je svjedok KB-119 potkrepljujući svjedok u odnosu na dio iskaza svjedoka KB-117, u pogledu navodnog učestvovanja optuženog u „ovjeravanju“ preživjelih zarobljenika Bošnjaka u ZZ Kravica. Međutim i u odnosu na ovaj dio optuženja, sud bi bio u obavezi da primjeni načelo *in dubio pro reo*. Naime, od više svjedoka koji su direktnih očevidaca inkriminiranih radnji, pa tako i „ovjeravanja“ preživjelih zarobljenika u ZZ Kravica, samo je svjedok KB-117 tvrdio da je optuženi Kuvelja iz puškomitraljeza usmrtio one zarobljenike koji su još davali znakove života. Niti jedan drugi svjedok, od onih koji su bili pristuni na licu mjesta ne smiješta optuženog u kontekst lišenja života zarobljenika koji su nakon strijeljana davali znakove života. Svjedok KB – 102, koji je, kako tvrdi, dobro poznavao optuženog kategoričan je da nije optuženi taj koji je učestvovao u lišenju života preživjelih zarobljenika, kao i svjedok KB – 101.

88. Imajući u vidu navedeno, pitanje je kakav bi bio doprinos iskaza svjedoka KB – 119, pod uslovom i da potvrdi navode iz prijedloga tužilaštva BiH, u pogledu razjašnjenja i utvrđenja činjeničnog stanja. Prvostepeno vijeće je detaljno obrazložilo zašto nije našlo

dokazanim da je optuženi učestvovao u ovjeravanju, osvrćući se na iskaze svjedoka KB – 116, KB – 101, KB – 102 i KB – 117. Od svih navedenih svjedoka, koji su bili prisutni na licu mjesta i vidjeli „ovjeravanja“ niti jedan ne navodi da je optuženi Kuvelja ubijao preživjele zarobljenike, osim svjedoka KB – 117.

89. Jasno je, stoga, da u konkretnom slučaju postoje suprotstavljeni dokazi, gdje svjedoci, koji su očevici i koji su poznavali optuženog od ranije, daju potpuno oprečne iskaze u pogledu njegovog učešća u ubijanju zarobljenika koji su preživjeli strijeljanje – „ovjeravanju“. Eventualni iskaz svjedoka KB – 119, pa čak i pod uslovom da potvrdi sve ono što se u prijedlogu tužilaštva navodi, ne bi mogao otkloniti nedoumice koje je prvostepeno vijeće imalo u odnosu na učešće optuženog u „ovjeravanju“, pa samim tim ne bi doprinio utvrđenju drugačijeg stanja stvari. Provedeni dokazi koje je prvostepeni sud ispravno cijenio, među kojima iskazi svjedoka KB – 117, KB – 101 i KB – 102 ostavljaju mjesta sumnji da je optuženi zaista uzeo učešća u lišenju života zarobljenika koji su davali znakove života, na način opisan u optužnici. Takva sumnja ne bi bila otklonjena iskazom svjedoka KB – 119, pa stoga ne može biti govora o ključnom dokazu, kako to tužilaštvo tvrdi, a na osnovu kojeg bi činjenično stanje bilo drugačije utvrđeno.

90. Dakle, ovo vijeće ne nalazi osnovanim tvrdnje tužilaštva da bi iskaz svjedoka KB – 119 znatno doprinio utvrđenju činjeničnog stanja, odnosno da činjenično stanje u ovom predmetu nije potpuno utvrđeno. Čak i u situaciji da sud prihvati sve ono što je u prijedlogu tužilaštva navedeno u smislu sadržaja iskaza svjedoka, ovaj dokaz bi bilo neophodno cijeliti u vezi sa svim ostalim provedenim dokazima, pa imajući u vidu sadržaj tih dokaza, opet ne bi moglo biti pouzdano i na nesumnjiv način utvrđeno da je optuženi počinio inkriminisane radnje, u odnosu na koje prvostepenom presudom nije oglašen krivim. Na osnovu navedenog, ovo vijeće zaključuje da se ne radi o dokazu koji bi ukazao na bitno drugačije stanje stvari, odnosno koji bi značajno doprinio razjašnjavanju nedoumica i sumnji sa kojima je prvostepeno vijeće bilo suočeno.

2. Žalba odbrane

91. Odbrana u žalbi osporava utvrđeno činjenično stanje, dajući uopštena obrazloženja, sa teoretskog aspekata, bez osvrta na konkretan predmet. Odbrana tako ne ukazuje niti na jedan zaključak ili utvrđenje prvostepenog suda, koji smatra pogrešnim ili nepotpunim, ne navodi niti jedan dokaz koji je pogrešno ocijenjen ili koji nije izveden, a morao je biti, činjenicu koja je pogrešno utvrđena ili nije uopšte utvrđena, kao ni navodnu posljedicu koja je nastupila kao rezultat pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

92. Stoga, Apelaciono vijeće, vodeći se odredbama člana 306. ZKP BiH, ne može niti ispitati ovakav paušalan, uopšten i nekonkretizovan prigovor, te se isti odbija kao neosnovan.

V. POVREDA KRIVIČNOG ZAKONA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJA PO ŽALBI

93. 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.

94. 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.

95. 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 svjetlu pravilne primjene zakona i po potrebi izreči odgovarajuću kaznu, kako je to i propisano članom 314. i 308. ZKP BiH.

1. Žalba odbrane: Primijenjen je zakon koji se ne može primijeniti

(a) Navodi žalbe

96. Odbrana smatra da se u konkretnom slučaju, imao primijeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela, odnosno Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine. Naime, pored toga što je navedeni zakon bio na snazi u vrijeme počinjenja djela, radi se o zakonu koji je blaži po učinioca, a s obzirom na zakonski minimum i maksimum. Naime, odbrana napominje da iako je Zakonom iz 1976. godine kao najteža kazna bila predviđena smrtna kazna, stupanjem na snagu Anexa IV Dejtonskog mirovnog sporazuma te uzimajući u obzir Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, te protokole uz istu, slijedi i da je takav KZ SFRJ blaži po optuženog. U tom smislu, odbrana je stava da iako se optuženom na teret stavlja

krivično djelo koje se kvalifikuje kao zločin protiv čovječnosti, na istog se ima primijeniti raspon kazni koji je postojao u zakonu koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja djela od strane optuženog.

(b) Nalazi Apelacionog vijeća

97. Prvostepeno vijeće je u pobijanoj presudi 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.

98. Naime, princip zakonitosti je imperativno propisan članom 4. ZKP BiH i 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.¹⁸ Međutim, stav (2) člana 7. EKLJP sadrži značajan izuzetak u odnosu na stav (1) istog člana, gdje kaže da *“ovaj član ne uijeće na suđenje ili kažnjavanje bilo kje osobe kcja je kriva za čir.jer.je ili nečir.jer.je, ako je to cjelo u vrijeme izvršenja predstavjalo krivično cjelo prema općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda”*.

99. Članom 15. stav (1) i (2) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima UN-a osiguravaju se slične međunarodne odredbe koje se trebaju smatrati *lex superioris* u vezi sa *“...opštim pravnim načelima koje priznaje međunarodna zajednica”*.¹⁹

100. Primjena KZ BiH na konkretno krivično djelo temelji se na odredbi člana 4a. KZ BiH: *“članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kje lica za bilo kcje čir.jer.je ili nečir.jer.je kcje je u vrijeme kada je počir.jeno predstavjalo krivično cjelo u skladu s općim načelima međunarodnog prava.”* Ovom odredbom je, kako se to u pobijanoj presudi pravilno i 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 svako činjenje ili nečinjenje koje predstavlja krivično djelo zločini protiv čovječnosti, a koje

¹⁸ (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.”

¹⁹ 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 cjela ili propuštara kcja nisu predstavjalo krivično cjelo prema domaćem ili međunarodnom pravu u vrijeme kada su bila počir.jena. Isto tako, neće se izreći teža kazna od one kcja se mogla primjeniti u trenutku kada je krivično cjelo bilo izvršeno. Ako kasn.je, poslje izvršenja cjela, zakonskom odredbom bude predviđena prim.jena lakše kazne, pr.jestupnik će se time koristiti. 2. Ništa se u ovom članu ne protivi suđenju i osudi lica zbog radrji ili ropuštara kcja su se u vrijeme kada su počir.jena, smatrala za krivična cjela prema općim pravnim načelima kcja priznaje međunarodna zajednica.

kao takvo nije bilo propisano krivičnim zakonom koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

101. 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 (MKSR).

102. Zločini protiv čovječnosti u vrijeme izvršenja inkriminiranih radnji nisu bili propisani kao krivično djelo u KZ SFRJ, ali čine imperativni princip međunarodnog prava i nesporno je da su 1992. godine bili sastavni dio međunarodnog običajnog prava²⁰. 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 suprotno 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 u odnosu na MKSJ.

103. U obrazloženju pobijane presude dati su valjani razlozi koji nedvosmisleno potvrđuju da su zločini protiv čovječnosti predstavljali krivično djelo prema opštim načelima međunarodnog prava, a koji zaključak dijeli ovo Vijeće, proizilazi da je prvostepeno vijeće na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje ispravno primijenilo odredbe KZ BiH.

104. Također neosnovano odbrana ističe da je Preuzeti Krivični zakon SFRJ bio blaži za počinioce sa aspekta zapriječene kazne. Naime, prvostepeno vijeće pravilno ukazuje da je primjena KZ BiH dodatno opravdana činjenicom da je maksimalna kazna zapriječena KZ BiH u svakom slučaju blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Iz navedenog proizilazi da je zadovoljeno načelo vezano za vremensko važenje krivičnog zakona, tj. primjena zakona blažeg za učinitelja, po kriteriju zapriječene kazne, koji zaključak prvostepenog vijeća u cijelosti prihvata i Apelaciono vijeće, iako u konkretnom KZ BiH nije primjenjen samo po tom osnovu. Odbrana neosnovano kao argument ističe činjenicu da je smrtna kazna ukinuta u međuvremenu. Čak i pod takvom pretpostavkom, kod ocjene i analize dva ili više zakona radi utvrđivanja koji zakon predviđa lakšu sankciju nije moguće odvojiti jednu sankciju od cjelokupnosti cilja koji se želio postići

²⁰ Odluka Evropskog suda za ljudska prava, Šimšić protiv Bosne i Hercegovine, broj 51552/10 od 26.08.2010. godine

kaznenom politikom u vrijeme važenja zakona. Nadalje, kada odlučuje o primjeni zakona, Sud zakon primjenjuje u cijelosti, odnosno nije moguće radnje optuženog povesti pod odredbe jednog zakona, a primijeniti kazne zapriječene drugim zakonom, odnosno kombinovati zakone, kako to odbrana implicira.

105. Odbrana također, kao primjere navodi predmete u kojima je pred Sudom BiH primijenjen KZ SFRJ. Apelaciono vijeće nalazi potrebnim istaći da navedeni predmeti nemaju bitnih sličnosti sa ovim predmetom, ni sa činjeničnog niti s pravnog aspekta. Predmeti na koje se odbrana pogrešno referira odnose se na krivična djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, koja su identično propisani po oba zakona, Preuzetom KZ SFRJ i KZ BiH, i kada KZ BiH, kao kasniji zakon nije ocijenjen povoljnijim za optužene, za razliku od ovog krivičnog predmeta u kojem je krivično djelo za koje su optuženi oglašeni krivima, pravilno kvalifikovano kao Zločini protiv čovječnosti progonom iz člana 172. stav (1) tačka h) u vezi sa stavom a) istog člana KZ BiH, sadržano samo u KZ BiH.

106. Iz prethodno navedenih razloga, žalbeni prigovori odbrane u pogledu primjene KZ BiH su odbijeni kao neosnovani.

2. Žalba Tužilaštva BiH

(a) Navodi žalbe Tužilaštva BiH

107. Tužilaštvo smatra da prvostepeni sud nije pravilno primijenio materijalni zakona i da je argumentacija u presudi adekvatna za procjenu da li je optuženi imao genocidnu namjeru, a ne samo znanje o postojanju te namjere. Činjenica da je optuženi doveden iz Srbije, ne znači da kada se našao na terenu nije postao svjestan plana glavnih izvršilaca. Optuženi je bio svjestan činjenice da je Srebrenica pala, da je bošnjačko civilno stanovništvo trebalo izmjestiti sa tih prostora, da je u tu svrhu učestvovao u pretresu naselja kod Potočara, pomaganju transporta i prisilnog preseljenja bošnjačkog stanovništva, u odvajanju muškaraca i mladića, u hangaru Kravica bio je uključen u ubijanje preživjelih zarobljenika i cijeli je dan svjedočio ubijanju onih koji su dovedeni i kontinuitet tih radnji ne može biti zanemaren. Tužilaštvo je također, ukazalo na praksu suda u sličnim predmetima, kada je sud ustanovio da su optuženi u tim predmetima znali i bili svjesni postojanja namjere i plana za počinjenje genocida.

(b) Nalazi Apelacionog vijeća

108. Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeni sud ispravno utvrdio da na području Srebrenice jeste počinjen genocid nad bošnjačkim stanovništvom²¹, ali da nije moguće utvrditi da je optuženi, kojem se na teret stavljalo da je radnje iz optužnice poduzeo kao pomagač u izvršenju genocida, znao za genocidnu namjeru glavnih počinitelja genocida.

109. Naime, krivično djelo genocid²² sadrži dakle dvije različite grupe elemenata, odnosno *chapeau* ili opšte elemente – genocidni *mens rea* tj. genocidnu namjeru, i *actus reus*, odnosno elemente osnovnih radnji. Dakle, kod izvršioca ovog krivičnog djela mora postojati posebna namjera, odnosno *“cij da potpuno ili djelomično istrijebi nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku skupinu ljudi”* da svojim radnjama istrijebi određenu grupu, djelomično ili u cijelosti.

110. U konkretnom slučaju, optuženom se na teret stavlja da je *„pružio pomoć da se grupa bošnjačkog stanovništva Zaštićene zone Srebrenica cjelomično istrijebi“*, što implicira da je optuženi znao za namjeru izvršilaca genocida i da je svjesno pomogao da se to krivično djelo ostvari. Međutim, kako to prvostepeni sud ispravno zaključuje, nije utvrđeno da je takva svijest, odnosno znanje o namjeri izvršilaca genocida i postojanju genocidnog plana, kod optuženog postojala.

111. Prilikom ispitivanja postojanja genocidne namjere kod optuženog, prvostepeni sud ispravno cijeni niz okolnosti, koje stvaraju ubjeđenje o odsustvu takve namjere kod optuženog i daje iscrpno obrazloženje svojih nalaza. Radi se o licu, koje je u vrijeme izvršenja bilo relativno mlade životne dobi i koje, objektivno, usljed bijega u Srbiju upravo u cilju izbjegavanja ratnih dejstava, te naknadnog prisilnog vraćanja u BiH i uključivanja u jedinicu „dezertera“, nije imalo životno niti vojno iskustvo, na osnovu kojega bi steklo potpunu sliku i došlo do saznanja o postojanju genocidnog plana i na kraju dalo svjestan doprinos izvršenju istoga.

112. Naime, kako se navodi i u pobijanoj odluci, optuženi je bio pripradnik I čete, čije pripadnike nazivaju „dezserterima“. Svjedoci su potvrdili da prije kretanja za Srebrenicu nisu bili obaviješteni o tome koji su tačno njihovi zadaci, a sam optuženi, kako navodi, mislio je

²¹ BiH protiv Srbije i Crne Gore, presuda od 26.02.2007 godine, paragraf 297; Tužilaštvo protiv Krstića, Prvostepena presuda, paragraf 598 i Drugostepena presuda, paragraf br. 37; Tužilaštvo protiv *Blagojević i Jokić*, Prvostepena presuda, paragrafi 671-677

²² Član 171. KZ BiH Genocid: „Ko u cilju da potpuno ili djelimično istrijebi nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku skupinu ljudi naredi učinjenje ili učini koje od ovih djela: a) ubijanje pripadnika skupine ljudi; b) nanošenje teške tjelesne ozljede ili duševne povrede pripadnicima skupine ljudi; c) smišljeno nametanje skupini ljudi ili zajednici takvih životnih uvjeta koji bi mogli posljediti njenim potpunim ili djelimičnim istrebljenjem; d) uvođenje mjera kojima je cilj sprječavanje rađanja

da će biti borba. Nadalje, po dolasku na područje Srebrenice optuženi je učestvovao u pretresu terena, koji po svojoj prirodi spada u redovne vojne zadatke. Nadalje, prilikom razdvajanja muškaraca u Potočarima, nema dokaza da je optuženi bio svjestan u koju svrhu i sa kojim ciljem se ta razdvajanja provode, jer i kako sam kaže, vjerovao je da će prvo biti izmješteni žene i djeca, a potom muškarci i to na teritoriju pod kontrolom Armije BiH. Prvostepeni sud pri tome ukazuje i da se optuženi raspitivao u sudbini razdvojenih muškaraca i da mu je tada rečeno da se isti vode na područje Bratunca, kako bi se oslobodilo područje Potočara. U odnosu na masovna ubistva u ZZ Kravica, nužno je imati u vidu, a na što i prvostepeno vijeće upućuje, da je optuženi u ZZ Kravica došao u noćnim satima 13./14.07.1995. godine i to nakon što su pripadnici II odreda Specijalne policije Šekovići izvršili masovna pogubljenja. Optuženi navodi da je znao da ne smije ostati preživjelih, ali isto tako navodi da nije znao koliko je ljudi zaista bilo u ZZ Kravica i koliko je ubijenih i preživjelih. Sam broj ubijenih, kako se ispravno navodi i u pobijanoj presudi, nije relevantan za aspekta postojanja genocida, ali jeste kada se utvrđuje postojanje namjere u konkretnom slučaju.

113. Dakle, imajući u vidu mladu životnu dob optuženog, nedostatak vojne obuke i iskustva, selektirane informacije do kojih je dolazio kako prije odlaska na područje Srebrenice, tako i nakon dolaska u Srebrenicu, sud nije mogao na pouzdan način zaključiti da je kod optuženog u bilo kojem momentu došlo do formiranja namjere da svojim radnjama pomogne izvršiocima genocida, odnosno da je optuženi u bilo kojem trenutku svog djelovanja na području Srebrenice saznao za postojanje genocidnog plana.

114. Okolnosti na koje tužilaštvo u žalbi ukazuje (sistematsko i plansko ubijanje, fizički napadi i pogrđne riječi, naoružanje koje je korišteno, obim tjelesnih povreda, napadi bez obzira na starosnu dob i napad na preživjele), relevantne su sa aspekta generalnih dešavanja u Srebrenici, odnosno postojanja genocidnog plana i izvršenja istoga, a koje okolnosti su i u prvostepenoj presudi ispravno utvrđene. Utvrđeno je tako, da je postojao plan masovnih pogubljenja, čiji dio su i ubistva izvršena u ZZ Kravica. Međutim, vijeće ispravno zaključuje da nije moguće sa sigurnošću utvrditi da je optuženi znao za taj plan i da je njegovo postupanje bilo usmjereno ka pomaganju u izvršenju tog plana, kako mu se optužnicom stavljalo na teret.

unutar skupine ljudi; e) prisilno preseljenje djece iz te u drugu skupinu ljudi, kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.

115. Tužilaštvo u žalbi ukazuje na druge predmete koji su vođeni pred Sudom BiH, a koji se tiču istih ili sličnih događaja, u kojima je utvrđeno da optuženi pomagali u izvršenju genocida. Apelaciono vijeće napominje da se pitanje subjektivno odnosa prema djelu, odnosno postojanju genocidnog plana i namjere da se pomogne u izvršenju istoga, ispituje u odnosu na svakog optuženog pojedinačno. Svako od optuženih lica karakterišu različite i specifične okolnosti, vezane za njihovu ličnost, mogućnost shvatanja dešavanja na terenu usljed životne dobi, različitog životnog iskustva i drugih okolnosti koje je sud dužan veoma pažljivo ispitati i utvrditi. Optuženi Kuvelja nije imao prethodne vojne obuke ili je ista bila vrlo kratka i bazična, njegovo prethodno ratno iskustvo nije moglo poslužiti kao relevantno mjerilo i baza za razumijevanje događaja na terenu, budući da je isti pobjegao iz BiH upravo kako bi izbjegao ratovanje i prisilno je vraćen u BiH gotovo neposredno pred odlazak za Srebrenicu. Stoga, povlačenje paralele između optuženog i drugih lica, prije svega pripadnika II odreda Šekovići, koji su imali više borbenog iskustva i koji su sa istog područja na kojima su zločini vršeni, koji su učestvovali u čišćenju terena, okupljanju muškaraca Bošnjaka i sprovođenju istih u ZZ Kravice, te od 13.07.1995. godine učestvovali u ubijanju istih u hangaru ZZ Kravica, nije relevantna, objektivna i nije realan pokazatelj odnosa optuženog spram radnji za koje prvostepeni sud ispravno utvrđuje da je počinio.

116. Nadalje, sve okolnosti na koje se u žalbi ukazuje – broj žrtava, sistematsko i plansko ubijanje, fizički napadi i pogrđne riječi, naoružanje koje je korišteno, obim tjelesnih povreda i napad bez obzira na starosnu dob, odgovaraju upravo onoj pravnoj odredbi pod koju je prvostepeno vijeće podvelo radnje optuženog, kada je iste kvalifikovalo kao Zločini protiv čovječnosti, iz člana 172. stav 1. tačka d) i a) KZ BiH. Naime, krivično djelo genocid i krivično djelo zločini protiv čovječnosti, spadaju u istu grupu krivičnih djela, koja štite iste vrijednosti, odnosno imaju isti zaštitni objekat. Samo krivično djelo genocid izrasta iz zločina protiv čovječnosti, no ipak radi se genusno istim krivičnim djelima, a za koja je i prema KZ BiH predviđen isti okvir kažnjavanja. Prvostepeni je sud u pobijanoj presudi dao jasne razloge i iscrpno obrazloženje elemenata krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH, dovodeći ih u vezu sa utvrđenim činjeničnim stanjem i radnjama optuženog, utvrdivši postojanje namjere kod optuženog, odnosno njegovo znanje o postojanju širokog i sistematskog napada na civilno stanovništvo i da njegova djela predstavljaju dio tog napada.

117. Na osnovu svega naprijed navedenog, Sud je odbio kao neosnovan prigovor Tužilaštva BiH, kojim se ukazuje na pogrešnu primjenu zakona, odnosno povredu iz člana 298. ZKP BiH.

VI. SANKCIJA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJA PO ŽALBI

118. Prije nego se osvrne na konkretne žalbene prigovore, Apelaciono vijeće naglašava da pretresno vijeće ima široko diskreciono pravo u utvrđivanju odgovarajuće kazne, pošto 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.

119. 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 također, uzima u obzir da pretresno vijeće nije obavezno da posebno obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost, pa ako je Apelaciono vijeće uvjereneno da je pretresno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.

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

1. Žalba Tužilaštva BiH

121. Optužba smatra da kazna zatvora od 20 godina, s obzirom na sve okolnosti predmeta, radnje optuženog, način izvršenja, te posljedice krivičnog djela koje i danas traju, ne odražava na nedvosmislen način osudu zločina niti je srazmjerna težini djela, već da optuženom treba biti izrečena kazna dugotrajnog zatvora i to najmanje u trajanju od 30 godina.

2. Žalba odbrane

122. Odbrana smatra da je kazna odmjerena suprotno opštim pravilima za odmjeravanje iz člana 48. stav 1. KZ BiH, te ukazuje na olakšavajuće okolnosti: da je optuženi izrazio kajanje i da je bio nisko rangiran, njegove lične prilike i stanje prinude.

3. Nalazi Apelacionog vijeća

123. Prilikom odmjeravanja kazne sud se rukovodi opštim pravilima za odmjeravanje kazne, koja su iznesena u članu 48. stav 1) do 3) KZ BiH²³, pa tako pored propisane kazne za određeno krivično djelo, uzima u obzir sve druge okolnosti koje su vezane za ličnost optuženog i za samo djelo, a koje su od utjecaja na vrstu i visinu sankcije. Pri tome sud sve utvrđene olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti cijeni u skladu sa slobodnom ocjenom i daje im određenu težinu.

124. U konkretnom slučaju, sve one okolnosti na koje se žalbama optužbe i odbrane ukazuje, prvostepeni je sud ispravno utvrdio i dao im odgovarajuću težinu, što je rezultiralo izricanjem kazne zatvora u trajanju od dvadeset godina.

125. Ispravno prvostepeni sud cijeni da relativno mlada životna dob optuženog, njegov život prije počinjenja djela, činjenica da je pobjegao sa teritorija BiH, kako bi izbjegao učešće u ratu, status dezertera, postupanje po naredbama nadređenih, kao i držanje tokom postupka predstavljaju olakšavajuće okolnosti na strani optuženog. S druge strane, od otežavajućih okolnosti ispravno su cijanjene okolnosti izvršenja krivičnog djela, činjenica da je nastupila smrt većeg broja ljudi, da je djelo izvršeno na okrutan način.

126. Iz navedenog je vidljivo da je prvostepeni sud uzeo u obzir sve ono na što je u žalbama ukazivano, te svakoj od navedenih okolnosti dao odgovarajuću snagu i na temelju tako utvrđenih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti, vodeći se svrhom kažnjavanja izrekao odgovarajuću vrstu i visinu sankcije, odnosno kaznu zatvora u trajanju od dvadeset godina.

²³ Član 48. KZ BiH Opšta pravila za odmjeravanje kazne: (1) Sud će učinitelju krivičnog djela odmjeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to krivično djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utječu da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti), a osobito: stepen *krivice*, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, raniji život učinitelja, njegove osobne prilike i njegovo držanje nakon učinjenog krivičnog djela, kao i druge okolnosti koje se odnose na osobu učinitelja. (2) Kad sud odmjerava kaznu učinitelju za krivično djelo učinjeno u povratu, posebno će uzeti u obzir je li ranije djelo iste vrste kao i novo djelo, jesu li oba djela učinjena iz istih pobuda i koliko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno od izdržane ili oprostene kazne. (3) Pri odmjeravanju novčane kazne, sud će uzeti u obzir i imovno stanje učinitelja, vodeći pri tome računa o visini njegove plate, njegovim drugim prihodima, njegovoj imovini i o njegovim obiteljskim obavezama.

127. Apelaciono vijeće, suprotno žalbenim navodima odbrane i optužbe, nije našlo da je izrečena kazna određena prestrogo, odnosno preblago, već smatra da je prvostepeni sud ispravno cijenio sve potrebne okolnosti, istima dao odgovarajuću težinu, te izrekao adekvatnu visinu kazne, koja će služiti svrsi generalne i specijalne prevencije i koja će izraziti društvenu osudu učinjenog krivičnog djela. Apelaciono vijeće nalazi da kazna zatvora u trajanju od 20 godina predstavlja adekvatan odraz težine krivičnog djela, stepena krivice optuženog, brojnosti radnji i načina izvršenja djela, ali i ličnih okolnosti optuženog, relativno mlade životne dobi, života prije izvršenja krivičnog djela i korektnog držanja u toku postupka. Stoga su odbijeni, kao neosnovani žalbeni prigovori odbrane i optužbe, po osnovu člana 300. ZKP BiH.

128. U skladu sa svim naprijed navedenim, a na osnovu člana 313. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci ove presude.

ZAPISNIČAR
Pravni savjetnik

Belma Čano - Sejfović

PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA

Miloš Babić

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