

BOSNA I HERCEGOVINA



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

SUD BOSNE I HERCEGOVINE
СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Predmet br: S1 1 K 003485 14 Kžž

Dana: 28.11.2014. godine

Pred trećestepenim vijećem u sastavu: sudija Mirza Jusufović, predsjednik vijeća
sudija Tihomir Lukes, izvjestilac
sudija Dr. Miloš Babić, član

PREDMET TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE
protiv
MUSAJBA KUKAVICE

TREĆESTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Slavica Terzić

Branilac optuženog Musajba Kukavice:

Fadil Abaz

SADRŽAJ

IZREKA PRESUDE	3
OBRAZLOŽENJE	3
I. TOK POSTUPKA	3
A. DRUGOSTEPENA PRESUDA	3
B. ŽALBA I ODGOVOR.....	4
II. OPĆA RAZMATRANJA	5
 III. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BIH: BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA.....	6
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	6
B. BITNA POVREDA ODREDBI KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV 1. TAČKA K) ZKP BIH..	7
1. Žalba odbrane	7
2. Nalazi trećestepenog vijeća	9
 IV. OSNOVI ZA ŽALBU PREMA ČLANU 299. ZKP BIH: POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE	11
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	11
1. Žalba odbrane	13
2. Nalazi trećestepenog vijeća	16
 V. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH: POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA	27
A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI	27
1. Žalba odbrane	27
2. Nalazi trećestepenog vijeća	28
VI. ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI.....	31
A. STANDARDI ODLUČIVANJA U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BIH	31
1. Žalba odbrane	32
2. Nalazi trećestepenog vijeća	32

Broj: S1 1 K 003485 14 Kžž
Sarajevo, 28.11.2014. godine

U I M E B O S N E I H E R C E G O V I N E !

Sud Bosne i Hercegovine, u trećestepenom vijeću Apelacionog odjeljenja, sastavljenom od sudija Mirze Jusufovića, kao predsjednika vijeća, te Tihomira Lukesa i Dr. Miloša Babića, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravnog savjetnika Neire Tatlić, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Musajba Kukavice, zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine i krivičnog djela Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, odlučujući po žalbi branioca optuženog Musajba Kukavice, advokata Fadila Abaza od 29.05.2014. godine, izjavljenoj protiv presude Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 003485 12 Kžk od 18.12.2013. godine, nakon sjednice vijeća održane, dana 28.11.2014. godine, u prisustvu tužioca Tužilaštva Bosne i Hercegovine, Slavice Terzić, optuženog Musajba Kukavice i njegovog branioca advokata Fadila Abaza, na osnovu člana 310. stav 1. u vezi sa članom 313. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, donio je slijedeću

P R E S U D U

Odbija se kao neosnovana žalba branioca optuženog Musajba Kukavice, te se presuda Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 003485 12 Kžk od 18.12.2013. godine **potvrđuje**.

O B R A Z L O Ž E N J E

I. TOK POSTUPKA

A. DRUGOSTEPENA PRESUDA

1. Drugostepenom presudom Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH), broj S1 1 K 003485 12 Kžk od 18.12.2013. godine, optuženi Musajb Kukavica je oglašen krivim da je počinio krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika – nečovječno

postupanje iz člana 144. u vezi sa članovima 22. i 24. Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (KZ SFRJ) (tačka 12. izreke presude) i Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika – mučenje, nečinjenjem, iz člana 144. u vezi sa članovima 22. i 30. stav 2. KZ SFRJ (tačka 13. izreke presude), te je navedenom presudom osuđen na kaznu zatvora od 4 (četiri) godine.

2. U skladu sa članom 50. KZ SFRJ optuženom je u izrečenu kaznu zatvora uračunato vrijeme provedeno u pritvoru, i to: od 21.03.2007. godine do 14.05.2008. godine, od 29.05.2008. godine do 04.07.2008. godine, te od 27.08.2008. godine do 19.02.2009. godine.

3. Istom presudom, a na osnovu člana 188. stav 4. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH), optuženi je u cijelosti oslobođen obaveze naknade troškova krivičnog postupka, tako da isti padaju na teret budžetskih sredstava Suda.

4. Navedenom presudom, optuženi Musajb Kukavica je, na osnovu člana 284. tačka c) ZKP BiH, oslobođen od optužbe da je u odnosu na zatvorene civilne osobe u logoru počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) - mučenje Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH), a u odnosu na ratne zarobljenike zatvorene u logoru da je počinio krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačka a) KZ BiH i to u pogledu mučenja u BH banci, u vezi sa članom 180. stav 1. i članom 31. KZ BiH.

5. Također, na osnovu člana 189. stav 1. ZKP BiH, odlučeno je da troškovi krivičnog postupka u oslobađajućem dijelu izreke presude padaju na teret budžetskih sredstava ovog Suda.

B. ŽALBA I ODGOVOR

6. Protiv ove presude žalbu je izjavio advokat Fadil Abaz, branilac optuženog Musajba Kukavice zbog: pogrešne primjene materijalnog prava, povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, odluke o krivičnopravnoj sankciji, sa prijedlogom da trećestepeno vijeće Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine (trećestepeno vijeće), shodno odredbi člana 310. ZKP BiH,

žalbu uvaži, presudu ukine i oslobodi optuženog Musajba Kukavicu.

7. Odgovor na žalbu je dostavilo Tužilaštvo Bosne i Hercegovine (tužilaštvo), sa prijedlogom da trećestepeno vijeće žalbu optuženog Musajba Kukavice, podnesenu po braniocu Fadilu Abazu, protiv presude Suda BiH, broj S1 1 K003485 12 Kžk od 18.12.2013. godine, odbije kao neosnovanu.

8. Sjednica trećestepenog vijeća, održana je dana 28.11.2014. godine, u skladu sa odredbama člana 304. ZKP BiH, kada je branilac optuženog ukratko iznio navode iz žalbe, a tužilaštvo je iznijelo odgovor na navedenu žalbu. Stranke i branilac su ostali kod pismeno iznijetih stavova, pri čemu je optuženi samo dodao da drugostepena presuda za njega nije pravična.

9. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama istaknutih žalbenih prigovora, u skladu sa odredbom člana 306. ZKP BiH, trećestepeno vijeće je donijelo odluku kao u izreci, iz slijedećih razloga:

II. OPĆA RAZMATRANJA

10. Prije obrazloženja za svaki istaknuti žalbeni prigovor, trećestepeno vijeće napominje da je obaveza žalioca da u skladu sa odredbom iz člana 295. stav 1. tačke b) i c) ZKP BiH, da u žalbi navede kako pravni osnov za pobijanje presude, tako i obrazloženje kojim potkrepljuje osnovanost istaknutog prigovora.

11. Budući da trećestepeno vijeće na osnovu odredbe iz člana 306. ZKP BiH presudu ispituje samo u granicama žalbenih prigovora, obaveza je podnosioca žalbe da žalbu sastavi jasno i određeno, tako da ista može poslužiti kao osnova za ispitivanje presude.

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

13. Samo paušalno označavanje žalbenih osnova, jednako kao i ukazivanje na navodne nepravilnosti u toku drugostepenog postupka, bez preciziranja na koji žalbeni osnov se podnosilac žalbe poziva, nije dovoljna osnova za ispitivanje

drugostepene presude. Zbog ovih zakonom definisanih razloga, trećestepeno vijeće je odbilo kao neosnovane sve neobrazložene i nejasne žalbene prigovore.

III. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BiH: BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

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

15. 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).

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

17. 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 i održi pretres, izuzev u slučajevima iz člana 314. stav 1. ZKP BiH, dok odlučujući po žalbi na drugostepenu presudu, trećestepeno vijeće ne može održati pretres, shodno odredbi člana 317a. stav 4. ZKP BiH.

18. 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 primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu zakona o krivičnom

postupku, ali samo ukoliko je to bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude. 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 pravila krivičnog postupka desila samo ako podnosilac žalbe jasno dokaže da je ona materijalne prirode i da je navedena povreda 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, žalbeno vijeće će zaključiti da ne postoji bitna povreda iz člana 297. stav 2. ZKP BiH.

B. BITNA POVREDA ODREDBI KRIVIČNOG POSTUPKA IZ ČLANA 297. STAV 1. TAČKA K) ZKP BiH

1. Žalba odbrane

19. Branilac u žalbi navodi da u izreci presude u činjeničnom opisu krivičnih radnji koje se optuženom stavljaju na teret, a u kojim radnjama izvršenja radnja optuženog nije jasno precizirana, nedostaje nexus između njegove aktivnosti i krajnje posljedice, odnosno činjenična potkrijepljenost koja bi ukazivala da je nastupila posljedica upravo rezultat njegovog djelovanja, odnosno sud je propustio konkretizovati činjenične pojedinosti koje konstituišu kako subjektivni (*mens rea*), tako i objektivni (*actus reus*) element krivičnog djela za koje se optuženi oglašava krivim, kao i one činjenice i okolnosti iz kojih se izvodi zaključak o njihovoj krivnji.¹

20. Također, odbrana ističe protivrječnost izreke presude samoj sebi, konkretno pasus I na strani 3. i pasus II na strani 9., iz čega proizilazi da je Musajb Kukavica u jednom dijelu izreke presude osuđen za izabiranje i odobrenje izabiranja ratnih zarobljenika koji će ići na prinudne radove, te iz takve konstatacije proizilazi da je Musajb Kukavica bio nadređen za izabiranje zarobljenika za prinudni rad, dok u drugom dijelu izreke presude, u kojem dijelu se opisuje način na koji je Musajb Kukavica počinio krivično djelo, navodi

¹ Str. 2 žalbe.

da je optuženi bio često prisutan prilikom odabira zarobljenika za rad, a ponekad je i sam birao zarobljenike, iz čega se ne može vidjeti njegova funkcija nadređenog u izabiranju zarobljenika, niti se može vidjeti da je isti davao odobrenja za izabiranje zarobljenika, što jasno ukazuje na protivrječnost izreke presude, a što je veoma značajno u pogledu krivičnopravne odgovornosti optuženog.²

21. Odbrana osporava i navode drugostepenog vijeća na strani 116. paragraf 268. presude, ističući da je istim učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka, jer nisu razdvojene radnje optuženih (u drugostepenoj presudi: Nisveta Gasala i Musajba Kukavice), a koji su u vojnoj hijerarhiji različito rangirani, odnosno gdje se Musajb Kukavica javlja u odnosu na Nisveta Gasala kao neposredno podređen, i koji su u inkriminisano vrijeme imali različite funkcije, gdje je Musajb Kukavica u funkciji komandira obezbjeđenja logora neposredno bio podređen upravniku logora.³

22. U žalbi se dalje navodi da je na strani 125. paragraf 297., također, došlo do povrede odredaba krivičnog postupka, iz razloga što radnje izvršenja optuženih (drugostepena presuda: Nisveta Gasala i Musajba Kukavice) nisu razdvojene, niti detaljno opisane, iz kojih razloga se ne može sa sigurnošću utvrditi na koji način je svaki od optuženih pojedinačno doprinio izvršenju krivičnog djela koje mu se stavlja na teret. Istu povredu, prema navodima odbrane, drugostepeno vijeće je učinilo i u paragrafu 304. i 305. presude, gdje se radnje ne analiziraju odvojeno, a što je bilo obavezno učiniti naročito ako se uzme u obzir da su optuženi obnašali različite funkcije u inkriminisanoj periodu, te da su shodno tome imali drugačija ovlaštenja i dužnosti.⁴

23. Kako se u žalbi navodi, kontradiktornost se javlja i između paragrafa 300. na strani 127., te odbrana ističe da je optuženi Nisvet Gasal izjavio da je Musajb Kukavica u više navrata tražio da se uradi nešto kako bi se zaustavila premlaćivanja i da je čak jednom prilikom najavio da ako se nešto ne poduzme ne želi više raditi na Stadionu. Cijeneći naprijed navedeni stav vijeća, prema tvrdnjama odbrane, može se vidjeti da je isti kontradiktoran sa izrekom presude u dijelu koji se odnosi na to da optuženi i pored saznanja o mučenju zarobljenika nisu poduzeli niti jednu radnju kojom bi spriječili

² Str. 2 žalbe.

³ Str. 7 žalbe.

⁴ Str. 10 žalbe.

mučenje zarobljenika, koji su bili pod njihovom zaštitom, jer se upravo iz naprijed navedenog može vidjeti da je Musajb Kukavica odmah po saznanju za premlaćivanje zarobljenika o tome obavijestio upravnika logora, kako bi isti u skladu sa svojom nadležnosti i članom 39. III Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima (Konvencija) postupio u zaštiti zarobljenika i sprečavanju daljeg mučenja. Također, odbrana ukazuje da je ovakav stav vijeća kontradiktoran i sa stavom vijeća u paragrafima 304. i 305., koji govore o nepoduzimnaju nikakvih mjera da se spriječi zlostavljanje zarobljenika.⁵

2. Nalazi trećestepenog vijeća

24. Apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka u skladu sa članom 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH postoji kada 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 odredaba krivičnog postupka u smislu ove tačke postoji i u slučaju ako presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama.

25. Nakon detaljne i sveobuhvatne analize izreke pobijane presude, trećestepeno 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 pobijane presude u skladu sa odredbama procesnog zakona, te da ni u tom pogledu nije bilo kršenja zakona.

26. Shodno tome, trećestepeno vijeće je došlo do zaključka da je drugostepeno vijeće dalo pravilnu i sveobuhvatnu argumentaciju u pobijanoj presudi, kojom u cijelosti potvrđuje činjenične navode iz izreke presude, čime se ukazuje neosnovanim žalbeni prigovor odbrane da je pobijana presuda nepravična. Također, paušalno se u žalbi navodi da pobijana presuda nije utemeljena na izvedenim dokazima i da ista ne sadrži adekvatnu argumentaciju koja podržava činjenični opis iz izreke.

⁵ Str. 11 žalbe.

27. U tom pogledu trećestepeno vijeće nalazi da je tokom drugostepenog postupka pravilno utvrđen status optuženog Musajba Kukavice u inkriminisano vrijeme, odnosno da je optuženi bio na poziciji komandira obezbjeđenja logora Stadion NK „Iskra“ od osnivanja logora do otprilike kraja prve polovine septembra 1993. godine, te od 21.09.1993. godine do prve polovine marta 1994. godine.

28. S tim u vezi, potrebno je istaći da je svjedok Nisvet Gasal u svom svjedočenju potvrdio da je on preuzeo funkciju upravnika zatvora, Besim Cetin funkciju njegovog zamjenika, a optuženi Musajb Kukavica funkciju komandira obezbjeđenja.

29. Bitno je također istaći da odbrana optuženog Musajba Kukavice ni u drugostepenom postupku, niti u žalbi na drugostepenu presudu, nije osporavala status naveden predmetnom optužnicom.

30. Ono što odbrana posebno osporava u izjavljenoj žalbi je zajednički činjenični opis u izreci pobijane presude i zajedničko obrazloženje za optužene Nisveta Gasala i Musajba Kukavicu. U tom smislu, trećestepeno vijeće nalazi da navedeni žalbeni prigovor nije osnovan, iz razloga što su radnje izvršenja optuženih međusobno povezane, te se ne može samim tim odvojiti ni obrazloženje, s obzirom da su optuženi povezani funkcijama i dužnostima koje su vršili u logoru, jer su u istom vojnom hijerarhijskom lancu iako su različito rangirani, te su jedinstveno provodili naredbe OG „Zapad“, načelnika vojne bezbjednosti 307. Motorizovane brigade i komandanta 307. Motorizovane brigade Armije RBiH, dakle svako u okvirima svojih nadležnosti i ovlaštenja, te se u konkretnom slučaju radi o istim oštećenim licima. Pri tome, treba naglasiti da se iz činjeničnog opisa jasno vidi doprinos oba optužena pojedinačno u izvršenju predmetnog krivičnog djela, a što je drugostepeno vijeće pravilno utvrdilo, iako odbrana optuženog tvrdi suprotno u izjavljenoj žalbi.

31. U tom pogledu, ovo vijeće nalazi pravilnim navode iz pobijane presude da su optuženi Musajb Kukavica i Nisvet Gasal, s obzirom na funkcije koje su obavljali, imali određene obaveze, a prije svega obavezu da se staraju o sigurnosti i životima zarobljenika u logoru Stadion NK „Iskra“, pa da shodno tome poduzmu adekvatne mjere, kako bi spriječili bilo kakvo ugrožavanje sigurnosti i života ratnih zarobljenika, što su oni propustili da učine.

32. Dalja individualizacija radnji izvršenja bi samo dovela do toga da je činjenično stanje podijeljeno na više identičnih tačaka optuženja, s razlikom u optuženim licima,

što nikako ne bi doprinijelo boljem razumijevanju činjeničnog opisa krivičnog djela, a time ni argumentacije suda.

33. Nasuprot žalbenim navodima odbrane, drugostepeno vijeće je po ocjeni ovog vijeća dalo dostatnu i uvjerljivu argumentaciju za svaku tačku izreke presude u odnosu na optuženog Musajba Kukavicu, na način da je iznijelo svoj stav u pogledu razloga koji su opredijelili sud za donošenje odluke. To što zaključci drugostepenog vijeća ne idu u prilog odbrani, ne znači da isti nisu osnovani i utemeljeni na dokaznoj građi.

34. Stoga, ovaj žalbeni prigovor nije osnovano ukazao na bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, odnosno da je pobijana presuda nezakonita i nepravilna, iz kog razloga je isti odbijen kao neosnovan.

IV. OSNOVI ZA ŽALBU PREMA ČLANU 299. ZKP BIH: POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

35. Standard koji žalbeno vijeće, pa i trećestepeno žalbeno vijeće, treba primijeniti prilikom preispitivanja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja jeste utemeljenost (osnovanost).

36. Žalbeno vijeće (uključujući i trećestepeno), prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, utvrđuje da li bi jedan objektivan sud koji presuđuje u činjeničnim pitanjima došao do istog zaključka, isključujući svaku razumnu sumnju. Nije svaka činjenična greška opravdan 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 za koje se tereti.

37. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak nižestepenog vijeća bio opravdan žalbeno vijeće se rukovodi standardom da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo nižestepeno vijeće. Žalbeno vijeće kao opšte načelo, ima na umu, da je njegov zadatak da sasluša, provjeri i odmjeri dokaze izvedene na pretresu u

diskrecionoj nadležnosti nižestepenog vijeća. Stoga žalbeno vijeće mora iskazati određeno uvažavanje u pogledu činjeničnog stanja koje je utvrdilo nižestepeno vijeće.

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

39. 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 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.

40. 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 smislu člana 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 suda bude jedini mogući zaključak na osnovu izvedenih dokaza. Kriterij koji se mora primijeniti 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 očevica koje može biti podložno varljivosti ljudske percepcije.

41. Ocjenu o tome da li je pogrešno utvrđeno činjenično stanje, trećestepeno 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 proizlazi iz izvedenih dokaza.

1. Žalba odbrane

42. Odbrana u cijelosti osporava one dijelove presude u kojima drugostepeno vijeće navodi da je Musajb Kukavica bio na poziciji „zapovjednik straže“ (presuda: str. 74., paragraf 130.), „zapovjednika straže“ (str. 102., paragraf 226.), „zapovjednik straže“ (str. 105., paragraf 237.), „komandir straže“ (str. 114., paragraf 266.), „komandant cjelokupnog obezbjeđenja logora“ (str. 128., paragraf 305.), ističući da su takvi navodi paušalni, i da je nesumnjivo utvrđeno da je optuženi Musajb Kukavica bio na poziciji komandira obezbjeđenja u inkriminisanom periodu.⁶

43. Paušalne su i neosnovane, kako se ističe u žalbi, tvrdnje da je optuženi znao i bio svjestan gdje se zatvorenici vode na radove, kao i tvrdnja da je sam birao i odobravao izabiranje ratnih zarobljenika na prinudni rad. Sporna je i sama funkcija optuženog, odnosno koja su to bila prava i obaveze njega, kao komandira obezbjeđenja Stadiona NK „Iskra“. Vijeće niti u jednom dijelu presude nije definisalo koja su to prava i obaveze, niti je i jednim dokazom utvrđena činjenica da je Musajb Kukavica imao pravnu obavezu da postupi drugačije nego što je postupio u konkretnom slučaju.⁷

44. U žalbi se dalje navodi da je optuženom bio direktno nadređen upravnik logora, te da je u vojnoj hijerarhiji optuženi bio na najnižoj ljestvici u odnosu na ostale, i s obzirom na taj položaj, isti je imao ograničena prava i ovlaštenja. Iz iskaza svjedoka Besima Učimbarlića, što drugostepeno vijeće nije cijnilo, može se vidjeti da je odluku o odvođenju zatočenika na prinudni rad donosio Organ bezbjednosti 307. M.b., te da su po zatočenike dolazili vojnici Armije BiH, koji su ih odvodili i vraćali na stadion.⁸

45. Odbrana ukazuje i na činjenicu da se optuženom stavlja na teret što je postupao po naređenju pretpostavljenih, te odbrana osporava da je optuženi mogao u konkretnom slučaju drugačije postupiti. Optuženi je odobrenje za slanje na prinudne radove dobio od nadležnih organa za logor i njegovih pretpostavljenih, što je vijeće utvrdilo u presudi, a iz čega se nesumnjivo može zaključiti da je upravnik logora kao neposredno nadređeni u

⁶ Str. 3 žalbe.

⁷ Str. 3 žalbe.

⁸ Str. 5 žalbe.

logoru bio upoznat sa okolnostima vezanim za vrstu radova i lokaciju, te uručivanje navedenog odobrenja neposredno podređenom Musajbu Kukavici bi značilo odobrenje za iste radove, a Musajb Kukavica, kao komandir obezbjeđenja i podređeni, se po vojnoj hijerarhiji i legislativi nije mogao protiviti.⁹

46. Nadalje, odbrana ističe da drugostepeno vijeće nije cijeno članove 12. i 39. Konvencije, a koji ukazuju na to da su sve ingerencije u vezi poštivanja Konvencije u rukama upravnika logora, te s tim u vezi odgovornost za poštivanje zagarantovanih prava ne snosi direktno podređeno lice, što je u konkretnom slučaju Musajb Kukavica.¹⁰

47. Odbrana osporava konstataciju vijeća da je optuženom Musajbu Kukavici lično dostavljeno odobrenje za korištenje zarobljenika za prinudne radove, a u kojem stoji da će se zarobljenici koristiti za kopanje rovova, iz razloga što isto nije potkrijepilo niti jednim dokazom. Nadalje, iz ovakve konstatacije vijeća se ne vidi u kojem vremenskom periodu i koji zatvorenici su odvođeni na prinudne radove, i koliko su zadržani na istim, zbog čega su takvi navodi po ocjeni odbrane paušalni. Odbrana navodi da iskazi svjedoka potvrđuju da su zatočenici išli na prinudne radove po unaprijed pripremljenim spiskovima, te da je Musajb Kukavica samo čitao navedeni spisak.¹¹

48. Odbrana osporava navode drugostepenog vijeća, koje je kao dokaz cijeno iskaz svjedoka Živka Ljubana kao dokaz da se uloga optuženog ne svodi samo na prenošenje naređenja 307. M.b. ili OG „Zapad“, jer ga je optuženi lično odredio za prinudne radove, te u skladu s ovim dokazom imao značajnu ulogu za izvršenje krivičnog djela. Odbrana također smatra da je takav zaključak neosnovan kada se cijene svi dokazi, jer prema iskazima mnogih drugih svjedoka može se vidjeti da kada Musajb Kukavica nije čitao spisak zarobljenika za prinudne radove i eventualno birao iste, da su to radili drugi stražari, iz čega bez sumnje proizilazi da se uloga optuženog ne može ocijeniti kao značajna uloga za izvršenje krivičnog djela.¹²

⁹ Str. 5 žalbe.

¹⁰ Str. 5 žalbe.

¹¹ Str. 5-6 žalbe.

¹² Str. 6 žalbe.

49. Odbrana naglašava da iz člana 49. Konvencije prozilazi da su se ratni zarobljenici mogli slati na prinudne radove. Odbrana ističe da je optuženi prema naređenju 307. M.b. ili OG „Zapad“ bio obavezan da na radove otpremi određeni broj zarobljenika, čija imena su navedena na spisku koji mu je uručen i na osnovu kojeg su zarobljenici birani, te da vijeće prilikom ocjene dokaza nije uzelo u obzir da je Musajb Kukavica pristupao biranju zarobljenika po svojoj procjeni samo u onom slučaju kada su zarobljenici koji se nalaze na spisku već angažovani na radovima, a on je dobio naredbu da preda tačno određeni broj zarobljenika, što se može vidjeti iz iskaza svjedoka (presuda, paragrafi: 247., 248., 249.). Naprijed navedeno je dokazano i iskazom svjedoka Damira Kolovrata (presuda, str. 108., paragraf 247.).¹³

50. U žalbi se dalje navodi da odbrana u cijelosti osporava stav suda da je Musajb Kukavica odgovoran za vezanje zatvorenika žicom i nečovječno postupanje, ističući da drugostepeno vijeće prilikom ocjene dokaza nije uzelo u obzir druge okolnosti značajne za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja, a to je da prema iskazu svjedoka prilikom odvođenja 50 zarobljenika na prinudne radove u Gornji Vakuf, kojom prilikom su i bili vezani žicom, bio prisutan i tadašnji upravnik logora Muhamed Sadiković. S tim u vezi, odbrana navodi da shodno odredbi člana 39. Konvencije, on je kao upravnik logora odgovoran za ratne zarobljenike i poštivanje Konvencije, a da je Musajb Kukavica bio neposredno podređen, stoga odbrana u cijelosti osporava krivičnu odgovornost optuženog.¹⁴

51. Odbrana navodi da je vijeće optuženog i funkciju koju je obavljao u inkriminisanom periodu, neosnovano i paušalno, po snazi i vojnoj hijerarhiji izjednačilo sa funkcijom upravnika logora, te da nije niti jednim dokazom utvrdilo opis poslova, prava i obaveze, te dužnosti komandira obezbjeđenja logora, i činjenice da li je takva dužnost organizirana u sklopu postojeće vojne hijerarhije, shodno čemu bi se na nesumnjiv način moglo odrediti kakvo se neizvršenje dužnosti može pripisati optuženom, a bez opasnosti da mu se pripišu obaveze koje po domaćem pravu nije imao.¹⁵

¹³ Str. 6 žalbe.

¹⁴ Str. 7 žalbe.

¹⁵ Str. 8 žalbe.

52. U žalbi se također navodi da je vijeće zbog pogrešne ocjene dokaza u vezi funkcije koju je optuženi obnašao u inkriminisanom periodu, kao i nadležnosti koju je isti imao za vrijeme obavljanja dužnosti komandira obezbjeđenja, pogrešno utvrdilo činjenično stanje, i oglasilo optuženog krivim.¹⁶

53. Osim toga, žalbom se osporava i stav vijeća u pogledu postojanja znanja kod Musajba Kukavice o ulasku trećih lica u logor. Cijeneći iskaz Nisveta Gasala, može se zaključiti da se Musajb Kukavica prilikom izvještavanja o premlaćivanju u logoru žalio na stražare, tražio njihovo sankcionisanje, a niti iz jednog dokaza se ne može utvrditi da je isti imao saznanja o noćnim posjetama.¹⁷

54. Odbrana u žalbi ističe da nije dokazano da je Musajb Kukavica učestvovao u premlaćivanju, te da nije dokazano da je imao lični interes da upravnik logora ne sazna za premlaćivanja u logoru, i da ne postoje dokazi da je htio nekog drugog zaštititi neprijavlivanjem premlaćivanja.¹⁸

55. Prema navodima odbrane, odnos optuženog Musajba Kukavice prema ratnim zarobljenicima je bio korektan, te ističe da je isti nastojao da u skladu sa svojim mogućnostima olakša uslove boravka ratnim zarobljenicima u logoru. Također je predlagao upravniku logora određene radove kojima bi se poboljšali uslovi u logoru, te na osnovu naređenja upravnika logora u istim radovima učestvovao i doprinosio poboljšanju uslova. O svemu ovome svjedoče u svojim iskazima i svjedoci, a što je i drugostepeno vijeće u presudi konstatovalo.¹⁹

2. Nalazi trećestepenog vijeća

56. Razmatrajući žalbene prigovore odbrane koji ukazuju da je činjenično stanje iz pobijane presude pogrešno i nepotpuno utvrđeno i detaljnom analizom sadržaja pobijane

¹⁶ Str. 10 žalbe.

¹⁷ Str. 12 žalbe.

¹⁸ Str. 12 žalbe.

¹⁹ Str. 12 žalbe.

presude, te nakon izvršenog uvida u spis predmeta, trećestepeno vijeće je došlo do zaključka da se radi o neutemeljenim tvrdnjama, te 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 Musajba Kukavicu.

57. Prije svega, potrebno je istaći da će se trećestepeno vijeće očitovati o žalbenim prigovorima koji su bili od suštinskog značaja, na način da će iznijeti svoje slaganje sa utvrđenjima drugostepenog vijeća, tako što će u svoju odluku inkorporirati ili uputiti na razloge i obrazloženja drugostepenog vijeća, što je u skladu sa praksom i stavovima ESLJP.²⁰

58. S tim u vezi, ovo vijeće nalazi da je drugostepeno vijeće cijenilo dokaze u skladu sa odredbama ZKP BiH primjenjujući prevashodno načelo pretpostavke nevinosti iz člana 3. ZKP BiH, koje otjelovljuje opšti princip prava prema kojem tužilaštvo snosi teret dokazivanja krivice optuženog, te da tužilaštvo krivicu mora dokazati isključujući svaku razumnu sumnju.

59. Potrebno je također naglasiti da drugostepeno vijeće nije bilo dužno baviti se svakim pojedinačnim dokazom prilikom obrazlaganja svoje odluke. Drugostepeno vijeće je u smislu odredbi člana 15. i 281. ZKP BiH izvršilo slobodnu ocjenu dokaza, te ovo vijeće nalazi da je pobijana presuda pravilno koncentrisana na ispitivanje i ocjenu dokaza na kojima se zasniva zaključak da je učinjeno krivično djelo koje se optuženom stavlja na teret, kao i o krivici optuženog, te da na taj način nije došlo do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, niti do stavljanja optuženog u nepovoljniji procesni položaj.

60. Dakle, obrazloženje, koje je sastavni dio presude, ne treba da sadrži sve detalje i da daje odgovore na sva postavljena pitanja i iznesene argumente, s tim da obim obrazloženja uvijek zavisi od prirode odluke.²¹ Sve navedeno upućuje na zaključak da su žalbeni navodi odbrane u pogledu pogrešno i nepotpuno utvrđenog stanja neosnovani.

²⁰ Vidi, Evropski sud, Garcia Ruiz protiv Španije, 1999-I, 31 EHRR589 GC; Evropski sud, Helle protiv Finske, 1997-VIII, 26 EHRR 159; Evropski sud, Lindner i Hammermayer protiv Rumunije, HUDOC (2002).

²¹ Vidi, Ustavni sud, odluke br. U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i AP 352/04 od 23. marta 2005. godine; vidi, Evropski sud za ljudska prava, Ruiz Torija protiv Španije, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A broj 303-A, stav 29.

61. Trećestepeno vijeće smatra da je potrebno ponoviti da je optuženi Musajb Kukavica u inkriminisano vrijeme obnašao funkciju komandira obezbjeđenja u logoru Stadion NK „Iskra“, što odbrana u ranijim fazama postupka nije osporavala. Međutim, odbrana u žalbi na drugostepenu presudu ukazuje da je drugostepeno vijeće u obrazloženju svoje odluke koristilo različite termine za funkciju koju je optuženi obnašao, kako je već naprijed navedeno. U tom smislu, ovo vijeće nalazi da su navodi odbrane tačni, ali da ta činjenica ne predstavlja povredu na koju se ukazuje, iz razloga što se u izreci pobijane presude (koja predstavlja najvažniji i jedini obavezujući dio presude) jasno navodi da je optuženi Musajb Kukavica bio komandir obezbjeđenja, a to što se u obrazloženju pobijane presude navodi više različitih termina za njegovu funkciju, rezultat je iskaza svjedoka na te okolnosti, koji se u tom pogledu nisu u dovoljnoj mjeri precizno izražavali, nego su koristili njima prihvatljive sinonime, što je sve drugostepeno vijeće imalo u vidu prilikom ocjene njihovih iskaza i donošenju činjeničnih zaključaka. Dakle, u konkretnom slučaju radi se o neškodljivoj pogrešci, koja suštinski ne utiče na odluku, a kako to odbrana neosnovano navodi u žalbi.

62. Nadalje, nakon što je ovo vijeće utvrdilo da je naprijed navedeni žalbeni prigovor neosnovan i da je pravilno u pobijanoj presudi utvrđeno da je optuženi Musajb Kukavica obnašao funkciju komandira obezbjeđenja, ovo vijeće je razmotrilo žalbeni progovor odbrane da drugostepeno vijeće niti u jednom dijelu presude nije definisalo opis poslova optuženog, koja su to njegova prava i obaveze, te dužnosti, niti da je i jednim dokazom utvrđena činjenica da je Musajb Kukavica imao pravnu obavezu da postupi drugačije nego što je postupio u konkretnom slučaju.

63. Naime, nije sporno, a što je drugostepeno vijeće i navelo u pobijanoj presudi, da je Ratno predsjedništvo dana 09.09.1993. godine donijelo odluku kojom se logor Stadion NK „Iskra“ stavlja pod vojnu kontrolu, nakon čega je OG „Zapad“ donijela naredbu i istu uputila komandi 307. M.b., u kojoj se navodi da je izvođenje sa stadiona moguće samo sa pismenim odobrenjem načelnika vojne bezbjednosti 307. M.b. i komandanta 307. M.b. Armije RBiH. Na tu okolnost je svjedočio i optuženi Nisvet Gasal koji je potvrdio da je Armija RBiH donosila sve naredbe vezano za Stadion, pa tako i odobrenja o odvođenju zarobljenika na informativne razgovore i o otpuštanju zarobljenika.

64. Svjedok Nisvet Gasal je također izjavio da je vođa smjene straže bio odgovoran za svoj rad u okviru smjene od 24 sata, a da je optuženi Musajb Kukavica, kao komandir obezbjeđenja, bio nadređeni vođama smjena i mogao im je izdavati naredbe.

Navedeno također proizilazi i iz iskaza svjedoka Besima Cetine i Hamida Đope, što je pravilno utvrđeno u pobijanoj presudi.

65. Dakle, trećestepeno vijeće nalazi da pobijanom presudom optuženom Musajbu Kukavici nije stavljeno na teret više od onoga što proizilazi iz njegove funkcije, s obzirom da je, kako je to naprijed navedeno, OG „Zapad“ donijela naredbu vezano za izvođenje zarobljenika sa Stadiona, odnosno da je logor bio u nadležnosti vojske, koja je bila ovlaštena za otpuštanja zarobljenika, odvođenje istih na informativne razgovore ili korištenje zarobljenika za prinudne radove.

66. Slijedom navedenog, odgovornost optuženog Musajba Kukavice ne može se isključiti samo pozivanjem na činjenicu da su njegovi nadređeni odlučili o korištenju ratnih zarobljenika hrvatske nacionalnosti za poslove na prvoj borbenoj liniji, koji ih dovode u životnu opasnost. Optuženi je, s obzirom na funkciju koje je obavljao, imao određene obaveze, a prije svega obavezu da se stara o sigurnosti i životima zarobljenika u logoru, pa da shodno tome poduzme adekvatne mjere, kako bi spriječio bilo kakvo ugrožavanje sigurnosti i života ratnih zarobljenika, što on nije učinio u dovoljnoj mjeri.

67. Shodno tome, trećestepeno vijeće nalazi pravilnim zaključak drugostepenog vijeća da je optuženi Musajb Kukavica, s obzirom na funkciju koju je obavljao, imao nadzor nad zarobljenicima u logoru i u skladu sa svojom funkcijom nosio određena prava i obaveze, u smislu zaštite tih lica i osiguranja njihove sigurnosti. Dakle, optuženi je imao nadređeni položaj u odnosu na stražare, te je bio od istih obaviješten o svim dešavanjima u logoru u sklopu svakodnevnih izvještaja i shodno tome, imao mogućnost i obavezu da djeluje onda kada je to bilo neophodno potrebno.

68. Činjenica, na koju odbrana ukazuje, da nigdje nije tačno definisano koje su obaveze i dužnosti komandira obezbjeđenja sasvim je logična s obzirom da je u inkriminisano vrijeme, kako je pravilno utvrđeno pobijanom presudom, bio međunarodni oružani sukob između Armije RBiH sa jedne strane i HVO-a i HV sa druge strane na području Bugojna i da su u datim uslovima propusti takve vrste mogući. Međutim, na osnovu svih izvedenih dokaza proizilazi da je optuženi bio dužan da se stara o sigurnosti i životima zarobljenika u logoru, pa da shodno tome poduzme adekvatne mjere, kako bi spriječio bilo kakvo ugrožavanje sigurnosti i života ratnih zarobljenika. Navedeno je svakako bila dužnost i njegovih pretpostavljenih, međutim, ovo vijeće ističe da svako odgovara u granicama svojih ovlaštenja.

69. Da su krivična djela koja se optuženom stavljaju na teret nezakonita, govori i činjenica da predstavljaju teška kršenja međunarodnog humanitarnog i pozitivnog prava, te da nije moguća eksculpacija za njihovo izvršenje. Stoga, optuženi Musajb Kukavica nije mogao da ne prepozna kriminogenu prirodu radnji koje su se dešavale u logoru, odnosno njihovu nezakonitost, a posebno iz razloga što nije bio neuk čovjek i prihvatio je funkciju komandira obezbjeđenja, te je nesumnjivo znao za pravila ratovanja. U prilog navedenom je i činjenica da je optuženi Musajb Kukavica Rješenjem MUP-a, Centar službi bezbjednosti Zenica, broj 21-1/10-120-1028-19/94 od 18.05.1994. godine, unaprijeđen u čin vodnika počev od 20.03.1994. godine, dakle nakon perioda inkriminacije.

70. Nadalje, ovo vijeće nalazi da optuženom Musajbu Kukavici drugostepeno vijeće nije stavljalo na teret i inkriminacije koje se odnose na optuženog Nisveta Gasala kao neposredno nadređenog optuženom Kukavici, te je u tom smislu pravilno u pobijanoj presudi navedeno da samo odvođenje na prinudne radove ratnih zarobljenika ne predstavlja kršenje odredbi Konvencije samo po sebi, budući da je članom 49.²² Konvencije propisano da se ratni zarobljenici mogu upotrebljavati kao radnici, dok član 50.²³ Konvencije propisuje radove koji su dopušteni ratnim zarobljenicima. Međutim, izričito je zabranjeno da se zarobljenici pri tome izlažu opasnosti i pogibelji, kako je propisano članom 23. stav 1. Konvencije²⁴.

²² Član 49. Konvencije: „Sila kcja drži ratne zarobljenike može upotrebjavati zdrave ratne zarobljenike kao radnike, vodeći računa o njihovim godinama, njihovom polu, njihovom činu kao i o njihovim fizičkim sposobnostima, a naročito u cijju da ih održi u dobrom starju fizičkog i duševnog zdravja. Podoficiri ratni zarobljenici mogu se upotrebjavati samo za nadzorne radove. Oni kcji ne bi bili podvrgnuti tim radovima mogu tražiti neki drugi posao kcji im odgovara i kcji će im se pružiti u granicama mogućnosti. Ako oficiri ili rjima ravni traže neki posao kcji im odgovara, rjima će se takav posao pružiti u granicama mogućnosti. Oni se ni u kom slučaju ne mogu primorati da rade.“

²³ Član 50. Konvencije: „Pored radova u vezi sa upravom, uređivanjem ili održavanjem svoga logora, ratni zarobljenici se mogu podvrgnuti samo radovima kcji pripadaju dole navedenim kategorijama:

a) poljoprivreda;
b) proizvodne, ekstraktivne, ili prerađivačke industrije, izuzimajući topioničarsku, mašinsku i hemijsku industriju, javne radove i građevinarstvo vcnje prirode ili sa vcnjom namenom;
c) transport i utovar i istovar, kcji nemaju vcnjo obeležje niti vcnju namenu;
d) trgovačke ili umetničke delatnosti;
e) kućevni poslovi;
f) javne službe kcje nemaju vcnjo obeležje niti vcnju namenu.
U slučaju povrede gore navedenih odredaba, ratni zarobljenici će biti ovlašćeni da se koriste svcjim pravom žalbe, saglasno članu 78.“

²⁴ Član 23. stav 1. Konvencije: „Nijedan ratni zarobljenik ne sme ni u jednom trenutku biti poslan ili zadržan u nekčj oblasti u kcjcj bi bio izložen vatri borbene zone, niti se sme upotrebjavati za to da svcjim prisustvom zaštiti od vcnjih dejstava izvesne tačke ili izvesne oblasti.“

71. Shodno tome, pravilnim se ukazuje zaključak drugostepenog vijeća da ono što odvođenje na prinudne radove smješta u kažnjivu zonu jeste činjenica da su zarobljenici vođeni na radove na prve borbene linije, gdje su bivali u velikoj opasnosti po život, izloženi unakrsnoj vatri i u konstantnom strahu za život, a tokom postupka je utvrđeno da su mnogi od njih na taj način ranjeni, dok su neki i poginuli.

72. S tim u vezi, u pobijanoj presudi se pravilno navodi da su u pogledu odvođenja na prinudne radove iz logora svjedoci Damir Kolovrat, Mario Franjić, svjedok A, svjedok B, Ivan Kapetanović, Dragan Nevjestić, Miroslav Zelić, Berislav Džalto, Drago Žulj i drugi, potvrdili i ulogu optuženog Kukavice u njihovim odvođenjima na prinudne radove, izričito navodeći da je optuženi Kukavica bio taj koji ih je odabrao i učestvovao u odabiru zarobljenika koji bi obavljali prinudne radove.

73. Neosnovanim se ukazuje žalbeni prigovor da optuženi Musajb Kukavica nije mogao za zarobljenike učiniti ništa više od onog što je učinio, s obzirom da i pored toga što je znao da se zarobljenici odvođe na prinudne radove na lokacije u kojima im je život u opasnosti, znajući i da su neki od njih ranjeni i poginuli, odnosno znajući da se radi o nedozvoljenom i nečovječnom postupanju, dozvoljavao i omogućavao da se zarobljenici izvode iz logora i odvođe na takve radove, s tim da je utvrđeno da je ponekad on lično vršio odabir zarobljenika za prinudne radove.

74. Naime, iz izvedenih dokaza proizilazi da je optuženi Musajb Kukavica bio prisutan svakodnevnim prozivkama, da je vodio evidenciju prisutnih u logoru, da je znao kada se odvođe na prinudne radove, odnosno da je lično birao zarobljenike koji idu na prinudne radove ili da je barem bio prisutan kada su zarobljenici prozivani i vođeni na radove.

75. Iako odbrana tvrdi suprotno, optuženom Kukavici nije niti stavljeno na teret da je lično on donio odluku o korištenju zarobljenika za prinudne radove na navedeni način, no njegova uloga u izvršenju predmetnog krivičnog djela je ipak značajna, kako se to pravilno ističe u pobijanoj presudi. Optuženom je kao komandiru obezbjeđenja, od strane nadležnih organa za logor i njegovih pretpostavljenih, dostavljano odobrenje za korištenje zarobljenika za prinudne radove, s tim da na odobrenjima koja je izdao Enes Handžić jasno stoji da će se zarobljenici koristiti za kopanje rovova.

76. U pogledu činjenice da se njegova uloga ne svodi samo na prenošenje naređenja 307. M.b. ili OG Zapad, drugostepeno vijeće je pravilno ukazalo na svjedočenje svjedoka Damira Kolovrata, koji je naveo da ga je upravo optuženi Musajb Kukavica odabrao za prinudne radove, a da nije bio na spisku. Također i svjedok Ljuban Živko potvrđuje da ga je lično optuženi Kukavica odredio za prinudne radove. Svjedoci Ivica Klarić, Ivica Keškić Zoran Gvozden, Boškić Dragan, Stjepan Radoš, Rade Marjanović, Božo Križanac, Drago Žulj, su također potvrdili da je optuženi Kukavica pročitao njihova imena ili imena drugih zarobljenika za prinudne radove. Pored navedenih svjedoka i svjedok Viktor Maros je potvrdio da ga je optuženi skinuo sa spiska i tako ga spasio prinudnih radova. Osim toga, pravilno je u pobijanoj presudi utvrđeno da je optuženi redovno izvještavan o brojnom stanju u logoru, da je prisustvovao prozivkama, te je ako ne na drugi način, tada mogao vidjeti u kakvom se stanju nalaze zarobljenici. Također, svjedoci su jasno naveli da je optuženi bio upoznat sa njihovim zdravstvenim stanjem, na osnovu čega je mogao zaključiti da se radi o nedozvoljenim radnjama, odnosno o nečovječnom tretiranju zarobljenika.

77. Nasuprot žalbenim navodima, iz svega navedenog proizilazi da je optuženi Musajb Kukavica bio svjestan da su naređenja o obavljanju prinudnih radova na prvim borbenim linijama bila nezakonita, pa i pored toga što je bio na poziciji koja sa sobom nosi određenu odgovornost, dozvoljavao je da se zarobljenici iz logora Stadion NK „Iskra“ odvođe na prinudne radove, na koji način je omogućavao da se takva praksa i dalje nastavi.

78. Stoga, pravilnim se ukazuje zaključak drugostepenog vijeća da je nedopustivo da lica koja su ovlaštena i zadužena za pravilno i zakonito funkcionisanje logora, a time i za staranje o životima zarobljenika u logoru u njihovoj odgovornosti, dozvoljavaju da se ti zarobljenici tretiraju na navedeni način, iako znaju da se zarobljenici sustavno vode na prinudne radove pod naprijed opisanim okolnostima, s tim da je optuženi Kukavica ponekad lično odabirao određene zarobljenike za prinudne radove. Sve navedeno govori da je optuženi svjestan namjere i htijenja da se zarobljenici koriste za obavljanje prinudnih radova, na opisani način, pa se svojom šutnjom i saglašavanjem da se zarobljenici u te svrhe izvode iz logora, zapravo saglasio sa takvim namjerama, na koji način je pomagao u izvršenju predmetnog krivičnog djela. S tim u vezi, optuženi Kukavica je upravo u skladu sa svojim položajem, prisustvovao prozivkama i imao uvid u brojčano stanje zarobljenika, odnosno imao saznanja o tome ko je u logoru, a ko i iz

kojeg razloga odsutan i onda o tome izvještavao svoje nadređene.

79. Dakle, iznesenim argumentima žalba nije dovela u ozbiljnu sumnju činjenična utvrđenja pobijane presude, nego je praktično, kroz žalbene navode, samo izrazila vlastito, drugačije, viđenje činjenica i dokaza, što prema mišljenju trećestepenog vijeća ukazuje na neosnovanost istih.

80. Iz cjelokupne analize žalbenih navoda i navoda iz pobijane presude, trećestepeno vijeće nalazi pravilnim i utemeljenim na izvedenim dokazima zaključke drugostepenog vijeća da se doprinos optuženog u izvršenju ovog krivičnog djela ogleda u ne poduzimanju radnji (nečinjenju), koje je optuženi bio dužan poduzeti, na koji način je trećim licima omogućeno da djelo izvrše i ostvare (pomagačke radnje). Dakle, optuženi nije poduzeo mjere koje je bio dužan poduzeti kako bi spriječio odvođenje zarobljenika na prinudne radove na prve borbene linije, iako je znao gdje se isti odvođe i bio svjestan opasnosti koja po njih time nastaje, a naročito znajući za ranjavanja i pogibije pojedinih zarobljenika u tim okolnostima. Na taj način je optuženi pokazao da dijeli namjeru izvršioca i da se saglašava sa svim posljedicama koje mogu nastupiti. Navedenu argumentaciju drugostepenog vijeća u cijelosti prihvata i ovo vijeće, s obzirom da je ista objektivna, razložna i zasnovana na izvedenim dokazima.

81. Pomagački doprinos optuženog Musajba Kukavice, kako se pravilno navodi u pobijanoj presudi, ogleda se također i u tome da on lično vrši odabir određenih zarobljenika, koji upravo zbog toga budu odvođeni na prinudne radove na prvu borbenu liniju, suprotno tvrdnjama branioca optuženog.

82. Stoga, trećestepeno vijeće nalazi da je drugostepeno vijeće pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje, odnosno da je optuženi Musajb Kukavica radnjama opisanim u tački 12. osuđujućeg dijela izreke pobijane presude počinio krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika - nečovječno postupanje iz člana 144. u vezi sa članovima 22. i 24. KZ SFRJ.

83. Nadalje, u pogledu tačke 13. osuđujućeg dijela izreke pobijane presude, koja se odnosi na mučenje ratnih zarobljenika hrvatske nacionalnosti u logoru Stadion NK „Iskra“, trećestepeno vijeće nalazi da je drugostepeno vijeće također pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje, te u skladu s tim ovo vijeće u cijelosti prihvata argumentaciju iz pobijane presude.

84. Naime, drugostepeno vijeće je na osnovu provedenih dokaza pravilno utvrdilo da su zarobljenici u logoru stadion NK „Iskra“ bili izlagani izuzetno brutalnom premlaćivanju, koje je kod njih uzrokovalo veliku fizičku bol i patnju, kao i visok nivo i intenzitet straha, kao oblika duševne boli. Svjedoci, koji su ujedno i oštećeni, u svojim svjedočenjima su potvrdili da su udarani nogama, rukama, palicama, po svim dijelovima tijela, po rukama, leđima, kičmi, bubrezima. Također je pravilno utvrđeno u pobijanoj presudi da su mnogi od njih imali veoma ozbiljne i trajne posljedice, poput oštećenja bubrega, unutrašnjeg krvarenja, gubitka svijesti, modrica i hematoma po cijelom tijelu, a sve zbog činjenice da se radi o muškarcima hrvatske nacionalnosti.

85. Osim toga, pravilno se i detaljno u pobijanoj presudi navodi da je optuženi Musajb Kukavica u cjelokupnom inkriminisanom periodu, bio svjestan i znao da se u krugu logora zarobljenici muče, na način da se izvode iz prostorija u kojima su boravili i premlaćuju od strane vojnika Armije BiH, ali i stražara u logoru. Međutim, kako se to ističe u pobijanoj presudi, optuženi i pored takvih saznanja nije poduzeo niti jednu radnju kojom bi spriječio mučenje zarobljenika, koji su bili između ostalih i pod njegovom zaštitom, na koji način je dao doprinos izvršenju predmetnog krivičnog djela.

86. Trećestepeno vijeće također nalazi da je u pobijanoj presudi pravilno utvrđeno da je optuženi Musajb Kukavica svakodnevno bio na prozivkama zarobljenika i da se tako mogao lično uvjeriti u povrede koje su kod njih nastajale, kao rezultat premlaćivanja tokom noći. Također je utvrđeno da je na osnovu tih istih prozivki podnosio izvještaj o brojčanom stanju zarobljenika, te da je tako bio upoznat i sa time ko je od zarobljenika nedostajao i ko je bio na liječenju. Nadalje, optuženi je svakodnevno dobijao izvještaje o stanju u logoru od stražara, te je dalje referisao svojim nadređenim. U tom smislu, optuženi Musajb Kukavica je obavijestio i optuženog Nisveta Gasala o premlaćivanju Kazimira Kaića.

87. Vezano za naprijed navedeno, pobijana presuda daje valjano i dostatno obrazloženje da je više svjedoka u iskazima istaklo da je najgora smjena bila ona u kojoj je bio stražar Đopa (Ilija Dujmović), a da je najmirnije bilo u smjeni Zijada Salkića. U tom smislu, svjedok A je jasno naveo da je Salkić jedini bio „baš čovjek“ da u njegovoj smjeni niko nije pretučen, kao i da se on nije slagao s tim što su zarobljenici maltretirani, a da su drugi puštali unutra druge ljude koji su mučili zarobljenike. Sve navedeno govori u prilog tome da su zlostavljanja u logoru bila gotovo opšte poznata činjenica, kao i da su

postojale mogućnosti da se spriječi ulazak lica sa strane i prelaćivanja.

88. Stoga, ovo vijeće prihvata zaključak drugostepenog vijeća da ako u smjeni Zijada Salkića niti jednom nije došlo do prelaćivanja, evidentno je da je postojao efikasan način da se stvore uslovi u kojima ne bi ni dolazilo do mućenja zarobljenika.

89. Iz naprijed navedenih razloga, trećestepeno vijeće nalazi neutemeljenim i paušalnim žalbene navode odbrane da je optuženi Musajb Kukavica poduzeo sve moguće mjere kako bi poboljšao uvjete u logoru.

90. Slijedom navedenog, trećestepeno vijeće nalazi da su tačni i u dovoljnoj mjeri potkrijepljeni navodi iz pobijane presude da je optuženi Musajb Kukavica znao za dešavanja u logoru, pa da je i pored tih saznanja odabrao da ne poduzme nikakve mjere da bi spriječio zlostavljanje zarobljenika, koje nije bilo izolovani incident već praksa koja se provodila duže vrijeme. Naime, optuženi se nalazio na položaju koji je od njega zahtijevao djelovanje, odnosno obezbjeđenje dodatnog osiguranja, kako bi se spriječio ulazak trećih lica u krug Stadiona i njihov pristup zarobljenima, kao i uklanjanje stražara u čijim je smjenama bilo zlostavljanja, a na što su svjedoci ukazivali.

91. Shodno tome, drugostepeno vijeće je pravilno utvrdilo da je optuženi uprkos postojanju obaveze da se stara o životima, zdravlju i bezbjednosti ratnih zarobljenika, nije poduzimao nikakve radnje da spriječi zlo kojem su ovi bili izloženi, a za koje je optuženi, kako je to pravilno utvrđeno u pobijanoj presudi, znao.

92. Stoga, trećestepeno vijeće nalazi pravilnim zaključak drugostepenog vijeća da optuženi Musajb Kukavica kao komandir obezbjeđenja logora, nije poduzeo mjere koje je bio dužan poduzeti kako bi spriječio mučenje zarobljenika na Stadionu, u skladu sa ovlastima koje su mu, s obzirom na njegovu funkciju, pripadale. U pobijanoj presudi se dalje navodi da se na taj način optuženi, svojim nečinjenjem, zapravo saglašavao sa mučenjima zarobljenika. Dakle, optuženi je imao mogućnost da stražarima u logoru naredi da ne puštaju druge pripadnike Armije RBiH da noću ulaze u logor radi mućenja zarobljenika. Također je mogao staviti pod kontrolu ključeve od prostorija u kojima su boravili zarobljenici, ili preduzeti druge adekvatne mjere kako bi spriječio mučenje zarobljenika, koje se odvijalo u logoru. Stoga, ovo vijeće nalazi pravilnim zaključak iz pobijane presude, da je optuženi preduzeo neku od ovih radnji, do izvršenja djela ne bi ni došlo, ali je optuženi pasivnim držanjem i nepreduzimanjem mjera da se spriječi mučenje zarobljenika u logoru, odobravao ponašanje stražara i saglašavao se sa

nedozvoljenim postupanjem prema zarobljenicima (saizvršilačke radnje).

93. Cijeneći sve naprijed navedeno, trećestepeno vijeće nalazi da je činjenično stanje pravilno i potpuno utvrđeno, te da je optuženi Musajb Kukavica radnjama opisanim u tački 13. osuđujućeg dijela izreke pobijane presude počinio krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, nečinjenjem, iz člana 144. u vezi sa članovima 22. i 30. stav 2. KZ SFRJ, čime se žalbeni prigovori odbrane izjavljeni u tom pravcu ukazuju neosnovanim.

94. Na osnovu naprijed iznesene analize žalbenih prigovora odbrane i navoda iz pobijane presude, trećestepeno vijeće nalazi da je drugostepeno vijeće pravilno ocijenilo sve izvedene dokaze i izvelo pravilne činjenične zaključke, te utvrdilo krivicu optuženog Musajba Kukavice isključujući svaku razumnu sumnju. Žalbeni navodi odbrane da je odnos optuženog Musajba Kukavice prema ratnim zarobljenicima hrvatske nacionalnosti bio korektan, te da je isti nastojao da u skladu sa svojim mogućnostima olakša uslove boravka ratnim zarobljenicima u logoru su djelimično tačni, ali to ni u kom slučaju ne može ekskulpirati optuženog za sve naprijed navedene radnje izvršenja krivičnog djela. Te okolnosti, na koje odbrana ukazuje, sud može cijeniti prilikom odmjeravanja kazne zatvora, što je drugostepeno vijeće i učinilo, kada je utvrđivalo doprinos optuženog Musajba Kukavice izvršenju predmetnog krivičnog djela. Stoga, trećestepeno vijeće nalazi neosnovanim i paušalnim i ovaj žalbeni prigovor.

95. Slijedom navedenog, trećestepeno vijeće nalazi neosnovanim žalbene navode odbrane koji se odnose na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje u pobijanoj presudi, s obzirom da je drugostepeno vijeće, na osnovu provedenih dokaza, na pouzdan način utvrdilo sve odlučne činjenice, na osnovu kojih je došlo do zaključka da se u radnjama optuženog Musajba Kukavice, pobliže opisanim u tačkama 12. i 13. izreke pobijane presude, stiču sva zakonska obilježja krivičnog djela Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 144. KZ SFRJ, a koji zaključak nije doveden u sumnju žalbenim prigovorima branioca optuženog.

V. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH: POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA

A. STANDARDI ZA ODLUČIVANJE PO ŽALBI

96. Podnosilac žalbe koji tvrdi da je došlo do pogrešne primjene zakona mora, navesti barem tu navodnu pogrešku, iznijeti uvjerljive 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 od strane drugostepenog vijeća, trećestepeno žalbeno vijeće može primijeniti pravilnu pravnu normu i shodno tome preispitati relevantna činjenična utvrđenja drugostepenog vijeća. Time žalbeno vijeće ne ispravlja samo pravnu grešku nego osigurava primjenu odgovarajuće pravne norme na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje. U slučaju kada trećestepeno žalbeno vijeće smatra da je drugostepeno vijeće pogriješilo u primjeni zakona, ali je uvjeren u tačnost činjeničnog stanja koje je utvrdilo drugostepeno vijeće, žalbeno vijeće će preinačiti presudu u svjetlu pravilne primjene zakona i po potrebi samo utvrditi odgovarajuću kaznu, a u skladu sa odredbama člana 314. stav 1. i 308. ZKP BiH.

1. Žalba odbrane

98. Kod utvrđivanja „odlučujućeg doprinosa“ kao uslova za primjenu odredbe člana 22. KZ SFRJ, te pitanja postojanja „značajnog doprinosa“ kao uslova za primjenu odredbe člana 24. KZ SFRJ, odbrana ističe da je bitno ukazati na činjenicu da je optuženi Musajb Kukavica u inkriminisanom periodu obavljao funkciju, odnosno dužnost komandira obezbjeđenja logora, te da je direktno bio podređen upravniku logora NK „Iskra“, i to u prvom periodu Muhamedu Sadikoviću, a zatim od 22.09.1993. godine Nisvetu Gasalu. U pogledu uslova za postojanje saizvršilaštva, odbrana smatra da izostaje činjenična podloga kojom bi se iskazao svaki od pojedinih vidova učešća optuženog, odnosno iz koje bi bilo vidljivo na koji način i kojim konkretno poduzetim radnjama je optuženi, na odlučujući način, doprinijeo izvršenju krivičnog djela za koje

je oglašen krivim. Odbrana smatra da Musajb Kukavica, u smislu funkcije koju je u inkriminisanom periodu obavljao i radnji koje je preduzeo, nesumnjivo nije bio osoba bez koje se predmetno djelo ne bi moglo učiniti. Odbrana smatra da radnje Musajba Kukavice, koje su se odnosile na prozivanja zarobljenika koji će ići na radove, nisu niti odlučujuće u smislu odredbe člana 22. KZ SFRJ, niti imaju potreban značaj u smislu odredbe člana 24. KZ SFRJ, da bi od radnji optuženog ovisilo izvršenje ovog krivičnog djela.²⁵

2. Nalazi trećestepenog vijeća

99. Trećestepeno vijeće konstatuje da je optuženi Musajb Kukavica pobijanom presudom osuđen za krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika – nečovječno postupanje iz člana 144. u vezi sa članovima 22. i 24. KZ SFRJ (tačka 12. izreke pobijane presude), te Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika – mučenje, nečinjenjem, iz člana 144. u vezi sa članovima 22. i 30. stav 2. KZ SFRJ (tačka 13. izreke pobijane presude). U konkretnom slučaju, drugostepeno vijeće je primijenilo KZ SFRJ, koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, kao blaži zakon za učiniooca krivičnog djela, što odbrana nije ni osporavala izjavljenom žalbom.

100. Žalbom branilac osporava doprinos optuženog u izvršenju navedenog krivičnog djela, dajući pri tome svoje tumačenje odredbi članova 22. i 24. KZ SFRJ. Razmotrivši navedene prigovore, trećestepeno vijeće nalazi da navodi branioca nisu osnovani, iz kog razloga ih ovo vijeće odbija.

101. Naime, trećestepeno vijeće primjećuje da branilac optuženog u više navrata ponavlja da je „odlučujući doprinos“ potreban za primjenu člana 22. KZ SFRJ, što je pogrešno i na štetu optuženog, iz razloga što je takav doprinos potrebno dokazati kada se primjenjuje član 29. KZ BiH, koji zakon je neprimjenjiv u konkretnom slučaju, jer je drugostepeno vijeće utvrdilo da je isti nepovoljniji za optuženog.

²⁵ Str. 9 žalbe.

102. U članu 29. KZ BiH je propisano: *„Ako više osoba, učestvovanjem u učinjenju krivičnog djela ili preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela, zajednički učine krivično djelo, svaka od njih kaznit će se kaznom propisanom za to krivično djelo.“*

103. Iz citirane zakonske odredbe proizilazi da je saizvršilaštvo oblik izvršilaštva, koji postoji kada više lica, koja ispunjavaju sve uslove koji se zahtjevaju za izvršioca, na osnovu zajedničke odluke, svjesno i voljno, učine određeno krivično djelo, tako da svaki od saizvršilaca u tome daje svoj prilog, koji je bitan i bez kojeg krivično djelo ne bi bilo ostvareno ili ne bi bilo ostvareno na zamišljeni način. Prema tome, pored zajedničkog djelovanja više lica u ostvarenju datog djela, potrebno je da kod njih postoji i svijest o tome da izvršeno djelo predstavlja zajednički rezultat njihovih radnji.

104. Međutim, KZ SFRJ u članu 22. propisuje da: *„Ako više lica učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivično djelo, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to djelo.“*

105. Iz ove zakonske definicije proizilazi da se kažnjavaju sve osobe koje su sudjelovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način zajednički počinile krivično djelo i da će se svaki od saizvršilaca kazniti kaznom, koja je propisana za krivično djelo koje je počinjeno. Dakle, optuženi sudjeluje u radnji izvršenja krivičnog djela za koje je oglašen krivim.

106. Slijedom navedenog uočava se bitna razlika između ove dvije zakonske definicije pojma „saizvršilaštvo“, a ista se odnosi na činjenicu da je pojam saizvršilaštva, po novom zakonu (KZ BiH), dat uže, jer je učešće koje ne predstavlja radnju izvršenja sada ograničeno na one doprinose koji na odlučujući način pridonose ostvarenju krivičnog djela, što je mnogo teže dokazati, dok se u ranijem zakonu (KZ SFRJ) zahtijeva samo utvrđivanje opšteg doprinosa zajedničkoj posljedici djela.

107. U konkretnom slučaju tužilaštvo je uspješno dokazalo krivicu optuženog Musajba Kukavice za radnje saizvršilaštva u tačkama 12. i 13. izreke pobijane presude, a branilac optuženog je pogrešno žalbom potencirao da je tužilaštvo bilo dužno dokazati „odlučujući doprinos“ optuženog u izvršenju krivičnog djela, što je nepotrebno iz razloga što je primijenjen KZ SFRJ koji u odredbi člana 22. ne zahtijeva takav doprinos. Sve navedeno nesumnjivo ukazuje na neosnovanost žalbenih navoda.

108. Nadalje, optuženi se također tereti da je kao pomagač izvršio određene krivičnopravne radnje, te u tom smislu trećestepeno vijeće nalazi da je drugostepeno vijeće pravilno primijenilo odredbu člana 24. KZ SFRJ. Navedena odredba glasi: „ (1) Ko drugome sa umišljajem pomogne u izvršenju krivičnog djela kazniće se kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti. (2) Kao pomagarje u izvršenju krivičnog djela smatra se naročito davarje savjeta, ili uputstava kako da se izvrši krivično djelo, stavjarje učiniocu na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog djela, otklanjarje prepreka za izvršenje krivičnog djela, kao i unaprjed obećano prikrivarje krivičnog djela, učinioca, sredstava kojima je krivično djelo učinjeno, tragove krivičnog djela ili predmeta pribavljenih krivičnim djelom.“

109. U tom pogledu, pravilno se navodi u pobijanoj presudi da se doprinos optuženog u izvršenju ovog krivičnog djela ogleda u nepoduzimanju radnji, koje je optuženi bio dužan poduzeti, na koji način je trećim licima omogućeno da djelo izvrše i ostvare. S tim u vezi, potrebno je naglasiti da su pomagačke radnje sve one radnje kojima se „...tuđe djelo potpomaže, kojima se unapređuje, podupire, podržava ili olakšava...“ Pomaganje može biti izvršeno i nečinjenjem (član 30. stav 2. KZ SFRJ), kao što je u konkretnom slučaju riječ. Nečinjenje se sastoji u tome da optuženi propušta da djeluje u skladu sa svojim obavezama i dužnostima, na koji način je omogućio i potpomogao trećim licima – pripadnicima Armije RBiH da izvrše predmetno krivično djelo. Radnje optuženog, koje se sastoje u umišljajnom nečinjenju, prethode izvršenju djela, te one zapravo omogućavaju da do izvršenja djela dođe. Optuženi, kako je pravilno utvrđeno u pobijanoj presudi, nije poduzimao mjere koje je bio dužan poduzeti kako bi spriječio odvođenje zarobljenika na prinudne radove na prve borbene linije, iako je znao gdje se isti odvođe i bio svjestan opasnosti koja po njih time nastaje, a naročito znajući za ranjavanja i pogibije pojedinih zarobljenika u tim okolnostima. Na taj način optuženi u suštini dijeli namjeru izvršioca i saglašava se sa svim posljedicama koje mogu nastupiti.

110. Iz svega navedenog proizilazi da je drugostepeno vijeće na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje pravilno primijenio materijalni zakon, iako branilac optuženog tvrdi suprotno. Stoga, ovo vijeće žalbene prigovore izjavljene u tom pravcu nalazi neosnovanim.

VI. ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI

A. STANDARDI ODLUČIVANJA U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BIH

111. Žalba na odluku o kazni može se ulagati po dva različita osnova, kako to predviđa član 300. ZKP BiH.

112. Prvi osnov za žalbu na odluku o kazni jeste da drugostepeno vijeće nije primijenilo relevantne zakonske odredbe prilikom odmjeravanja kazne. Međutim, trećestepeno vijeće neće preinačiti odluku o kazni samo zbog toga što drugostepeno vijeće nije primijenilo sve relevantne zakonske odredbe, već će trećestepeno vijeće preispitati odluku o kazni samo ako podnosilac žalbe pokaže da je propust da se primijene sve relevantne zakonske odredbe doveo do nepravilne presude. Ako trećestepeno vijeće smatra da je došlo do nepravilne presude, ono će utvrditi odgovarajuću kaznu na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog od strane drugostepenog vijeća i pravilno primijenjenog zakona.

113. S druge strane, podnosilac žalbe može osporavati odluku o kazni zbog toga što je drugostepeno vijeće neprimjereno iskoristilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne. Trećestepeno vijeće naglašava da drugostepeno vijeće ima široko diskreciono pravo u utvrđivanju odgovarajuće kazne, pošto je ono nakon održanog pretresa u poziciji da najbolje može odmjeriti i ocijeniti dokaze izvedene na pretresu. Shodno tome, trećestepeno vijeće neće remetiti analizu drugostepenog vijeća o otežavajućim i olakšavajućim okolnostima, kao ni težinu koja je data tim okolnostima, osim ako podnosilac žalbe ne pokaže da je drugostepeno vijeće zloupotrijebilo svoje široko diskreciono pravo.

114. Naime, podnosilac žalbe mora pokazati da je drugostepeno vijeće dalo težinu nebitnim i irelevantnim pitanjima, a 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 drugostepenog vijeća bila u tolikoj mjeri neopravdana, ili jednostavno nepravedna, da trećestepeno vijeće može izvesti zaključak da drugostepeno vijeće nije koristilo svoje diskreciono pravo na primjeren način. Trećestepeno vijeće konstatuje da drugostepeno vijeće nije obavezno da posebno

obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost. Ako je trećestepeno vijeće uvjereno da je drugostepeno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je drugostepeno vijeće zlorabljivalo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.

1. Žalba odbrane

115. Odbrana smatra da je drugostepeno vijeće zbog pogrešne ocjene dokaza i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja donijelo pogrešnu odluku o krivičnopravnoj sankciji. Naime, u žalbi se navodi da je vijeće pravilno cijenilo provedene dokaze, bez sumnje bi bilo utvrđeno da je Musajb Kukavica poduzeo sve mjere koje je bio dužan da poduzme u konkretnim radnjama koje su naprijed navedene, te da je kao komandir obezbjeđenja, savjesno obavljajući svoju dužnost, odmah obavijestio svog neposredno nadređenog upravnika logora o zlostavljanju u logoru, kako bi isti mogao da poduzme sve potrebne aktivnosti za sprečavanje daljeg premlaćivanja i mučenja zarobljenika. Odbrana također smatra da Musajb Kukavica nije mogao poduzeti neke veće radnje od onih koje je poduzeo, što potvrđuje i član 39. Konvencije.²⁶

116. Dalje se u žalbi navodi, sve da je drugostepeno vijeće pravilno cijenilo provedene dokaze i pravilno utvrdilo činjenično stanje, i shodno tome na tako utvrđeno činjenično stanje pravilno primjenilo odredbe materijalnog prava, optuženi Musajb Kukavica bi shodno načelu *in dubio pro reo*, koje je također predviđeno članom 6. stav 3. EKLJP i članom 3. ZKP BiH, bio oslobođen po svim tačkama optužnice.²⁷

2. Nalazi trećestepenog vijeća

117. S obzirom da je već naprijed utvrđeno da nije došlo do povreda u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog zakona u pobijanoj presudi, trećestepeno

²⁶ Str. 12 žalbe.

²⁷ Str. 13 žalbe.

vijeće nalazi da u konkretnom slučaju nije moguće primijeniti princip *in dubio pro reo* i osloboditi optuženog od optužbe, kao što to neosnovano predlaže branilac optuženog u žalbi.

118. Razmatrajući odluku o krivičnopravnoj sankciji u okviru istaknutih žalbenih navoda, trećestepeno vijeće je utvrdilo da je drugostepeno vijeće razmotrilo sve okolnosti konkretnog slučaja, kao i sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, uključujući i sve okolnosti na koje žalba ukazuje, te imalo u vidu sve subjektivne i objektivne faktore koji se odnose na krivično djelo i njegovog počinioca, kako to i nalaže odredba člana 41. stav 1. KZ SFRJ.

119. Tako je drugostepeno vijeće razmotrilo i u presudi detaljno obrazložilo stepen krivične odgovornosti optuženog, motiv za izvršenje krivičnog djela, jačinu ugrožavanja, odnosno, povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo počinjeno, te raniji život učinitelja, njegove osobne prilike i držanje nakon učinjenog djela, kao i druge okolnosti vezane za ličnost počinioca.

120. Stoga, trećestepeno vijeće nalazi pravilnom ocjenu relevantnih činjenica i okolnosti od strane drugostepenog vijeća, koje je prilikom razmatranja i utvrđivanja kazne imalo u vidu prije svega položaj optuženog Musajba Kukavice u hijerarhijskom lancu i s obzirom na to, njegovu mogućnost da postupi drugačije. Također je imalo u vidu da je optuženi izvještavao pretpostavljene o pojedinim incidentima u logoru, poput onoga kada je na stadionu premlaćen Kazimir Kaić. Međutim, optuženi kao ovlašteno lice, na koje su se zarobljenici oslanjali da im pruži zaštitu od trećih lica sa vana, kako je pravilno utvrđeno u pobijanoj presudi, propušta da spriječi nezakonito postupanje, onda kada je znao da se takvo nešto dešava. Optuženi pored toga što sprovodi naređenja svojih pretpostavljenih o odvođenju zarobljenika na prinudne radove, iako zna da se vode na prve borbene linije, jer to piše u samoj naredbi/odobrenju, ne poduzima ništa da to spriječi već lično odabire neke zarobljenike za te radove.

121. Osim toga, drugostepeno vijeće je na strani optuženog Musajba Kukavice cijenilo veći broj oštećenih kao otežavajuću okolnost. A nasuprot tome, našlo je i niz olakšavajućih okolnosti, kao što su: činjenica da je u vrijeme izvršenja djela imao dvadeset i tri godine, da je porodičan, život prije i nakon izvršenja krivičnog djela, te

korektno držanje u toku postupka. Nadalje, optuženi Kukavica je učestvovao u radovima koji su se izvodili radi poboljšanja uslova u logoru koji su izvođeni po naredbi upravnika ili samoinicijativno. Dakle, sve navedene okolnosti, prema mišljenju drugostepenog vijeća, imaju karakter osobito olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može ostvariti svrha kažnjavanja, koji zaključak kao pravilan i u dovoljnoj mjeri argumentovan prihvata i ovo vijeće. U prilog navedenom je i činjenica da je optuženi za radnje opisane u tački 12. izreke presude oglašen krivim kao pomagač, koja sama po sebi predstavlja zakonsku mogućnost za ublažavanje kazne.

122. Cjelokupnu analizu činjenica i okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća, a imajući pri tom u vidu svrhu kažnjavanja, drugostepeno vijeće je pravilno ocijenilo i dalo adekvatno obrazloženje za svoje stavove, koje ovo vijeće nalazi pravilnim i utemeljenim na dokaznoj građi.

123. S obzirom da odluka o kazni mora uvijek izražavati individualiziranu, zakonom predviđenu društvenu osudu zbog konkretnog krivičnog djela, drugostepeno vijeće je pravilno ocijenilo konkretan doprinos optuženog Musajba Kukavice u izvršenju predmetnog krivičnog djela, odnosno stepen njegove krivične odgovornosti, te posebno činjenicu da je optuženi djelo počinio kao saizvršilac, odnosno pomagač, sa mnogobrojnim licima, te da ovakva posljedica, koja potiče iz teškog kršenja međunarodnog humanitarnog prava, nije rezultat samo njegovog djelovanja i utjecaja na događaje i ostale saizvršioce, što je po ocjeni ovog vijeća dovelo do pravilnog umanjenja kazne ispod granice propisane zakonom, ali ni u kom slučaju ne može dovesti do ekskulpacije optuženog kako je to već naprijed istaknuto.

124. Primjenjujući član 42. stav 1. i 2. KZ SFRJ, drugostepeno vijeće je pravilno utvrdilo da je optuženom Musajbu Kukavici kazna zatvora od 4 (četiri) godine adekvatna, te da će se istom ostvariti svrha kažnjavanja, kako u odnosu na specijalnu prevenciju i rehabilitaciju, tako i u odnosu na društvenu osudu djela i generalnu prevenciju. Dakle, navedena kazna je prema ocjeni drugostepenog vijeća adekvatna i srazmjerna jačini povrede zaštićenog dobra, te će se istom postići svrha kažnjavanja.

125. Nakon što je razmotrilo žalbene navode, te izvršilo uvid u spis predmeta, trećestepeno vijeće je zaključilo da je drugostepeno vijeće imalo u vidu i sve okolnosti na koje žalba ukazuje, te je istim dalo odgovarajući značaj, o čemu su dati jasni i konkretni razlozi u pobijanoj presudi, koje kao valjane prihvata i ovo vijeće. Stoga, trećestepeno

vijeće nalazi neosnovanim žalbene prigovore odbrane u pogledu vrste i visine kazne koja je izrečena optuženom Musajbu Kukavici.

126. Potrebno je na kraju istaći da trećestepeno vijeće nije razmatralo tačke oslobađajućeg dijela presude protiv kojih nisu izjavljene žalbe, s obzirom da je samim protekom zakonskog roka za izjavljivanje žalbe, taj dio presude postao pravnosnažan.

127. U skladu sa naprijed navedenim, a na osnovu člana 310. stav 1. u vezi sa članom 313. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci presude.

ZAPISNIČAR

Pravni savjetnik

Neira Tatlić

PREDSJEDNIK VIJEĆA

SUDIJA

Mirza Jusufović

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