

Bosna i Hercegovina

Босна и Херцеговина



Sud Bosne i Hercegovine
Суд Босна и Херцеговина

Broj: S1 1 K 017570 17 Krž 3

Datum: 08.06.2017. godine

Pred Apelacioniom vijećem u sastavu: sudija Mirko Božović, predsjednik vijeća
sudija Redžib Begić
sudija dr Miloš Babić

PREDMET TUŽILAŠTVA BOSNE I HERCEGOVINE
protiv
Almaza Nezirovića

PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Milanko Kajganić

Branilac optuženog:

Kerim Čelik

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

Telefon: 033 707 100, 707 596; Fax: 033 707 115

SADRŽAJ

| | |
|--|-----------|
| I. TOK POSTUPKA | 4 |
| II. ŽALBENI OSNOV: BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA..... | 5 |
| A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI | 5 |
| B. ŽALBENI NAVODI..... | 7 |
| C. ZAKLJUČCI APELACIONOG VIJEĆA..... | 7 |
| III. ŽALBENI OSNOV: POGREŠNO I NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE | 8 |
| A. STANDARDI ODLUČIVANJA | 8 |
| B. ŽALBENI NAVODI..... | 9 |
| C. ZAKLJUČCI APELACIONOG VIJEĆA..... | 10 |
| IV. ŽALBENI OSNOV: ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI | 15 |
| A. STANDARDI ODLUČIVANJA U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BIH | 15 |
| B. ŽALBENI NAVODI..... | 16 |
| 1. Žalba odbrane optuženog | 16 |
| 2. Žalba Tužilaštva BiH | 16 |
| C. ZAKLJUČCI APELACIONOG VIJEĆA..... | 17 |
| V. ZAKLJUČAK APELACIONOG VIJEĆA..... | 20 |

Broj: S1 1 K 017570 17 Krž 3
Sarajevo, 08.06.2017. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja sastavljenom od sudija Mirka Božovića, kao predsjednika vijeća, te Redžiba Begića i dr Miloša Babića, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne savjetnice Belme Čano – Sejfović, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Almaza Nezirovića, zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. u vezi sa članom 22. Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, odlučujući o žalbama Tužilaštva Bosne i Hercegovine i branioca optuženog, advokata Kerima Čelika, izjavljenim protiv presude Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 1 K 017570 15 Kri od 16.02.2017. godine, nakon održane javne sjednice vijeća dana 08.06.2017. godine, u prisustvu tužioca Tužilaštva Bosne i Hercegovine Milanka Kajganića, te optuženog i njegovog branioca, donio je slijedeću:

P R E S U D U

I Žalba branioca optuženog Almaza Nezirovića se **odbija, kao neosnovana**, a žalba Tužilaštva Bosne i Hercegovine se djelomično uvažava i presuda Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 1 K 017570 15 Kri od 16.02.2017. godine, u osuđujućem dijelu **preinačava u dijelu odluke o kazni**, tako što se optuženi Almaz Nezirović za krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, za koje je tom presudom oglašen krivim, **osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od 6 (šest) godina**, u koju mu se, na osnovu člana 50. stav 1. Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, uračunava vrijeme provedeno u ekstradicijskom pritvoru od 17.07.2012. godine do 01.07.2015. godine, kao i vrijeme provedeno u pritvoru po rješenjima Suda Bosne i Hercegovine u periodu od 02.07.2015. godine do 30.09.2015. godine, dok se žalba Tužilaštva Bosne i Hercegovine, u odnosu na oslobađajući dio prvostepene presude **odbija kao neosnovana**, te se u tom dijelu prvostepena presuda **potvrđuje**.

II U preostalom dijelu prvostepena presuda ostaje neizmjenjena.

O b r a z l o ž e n j e

I. TOK POSTUPKA

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine¹, broj S1 1 K 017570 15 Kri od 16.02.2017. godine, optuženi Almaz Nezirović oglašen je krivim da je radnjama opisanim u tačkama 1. – 22. izreke presude počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije² i to tačkama 2., 3. b) i c), 5. a), 6. a), 7., 8., 9. a) i b), 11., 12., 13., 14., 16. a) i b), 17., 18., 19. a) i b), 20., 22., kao izvršilac, a tačkama 1., 3. a), 4., 5. b), 6. b), 10., 15., 19. c), 21., kao saizvršilac. Za počinjeno navedeno krivično djelo optuženi je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine, u koju se na osnovu člana 50. stav 1. KZ SFRJ ima uračunati vrijeme provedeno u ekstradicijskom pritvoru od 17.07.2012 do 01.07.2015. godine, kao i u pritvoru po rješenjima Suda BiH, u periodu od 02.07.2015 do 30.09.2015. godine. Na osnovu člana 284. stav c) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine³ optuženi je oslobođen od optužbe da bi na način opisan pod tačkama I-III oslobađajućeg dijela presude počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1 KZ SFRJ.

2. Na osnovu člana 188. stav 4. i 189. stav 1. ZKP- a BiH optuženi je oslobođen od obaveze da naknadi troškove krivičnog postupka, dok je na osnovu člana 198. stav 2. ZKP BiH sud oštećene Mirka Markovića, Zorana Stanića, Radoslava Stojakovića, Čedu Prodića, Miru Markovića, Radojicu Garića, Savu Nedinića, Stanimira Pijetlovića, Željka Stajčića, Zdravka Vidovića, Mitra Boroju i Milivoja Stojakovića sa imovinskopравnim zahtjevom uputio na parnicu, kao i oštećene Dragu Kneževića, Radojicu Garića, Momira Lazića, Vladu Markovića i Luku Patkovića, u odnosu na oslobađajući dio presude, i to na temelju člana 198. stav 3. ZKP BiH.

¹ U daljem tekstu Sud BiH

² U daljem tekstu: KZ SFRJ, Preuzet na osnovu Uredbe sa zakonskom snagom o primjeni Krivičnog zakona Republike Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (KZ SFRJ Sl list SFRJ 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 30/90 i 38/90) koji je preuzet kao republički zakon za vrijeme neposredne ratne opasnosti ili za vrijeme ratnog stanja (Sl.list R BiH broj 6/92) i Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom (Sl. list R BiH broj 13/94)

³ U daljem tekstu: ZKP BiH; (Službeni glasnik BiH broj 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13)

3. Protiv navedene presude žalbe su blagovremeno izjavili Tužilaštvo Bosne i Hercegovine⁴ i branilac optuženog, advokat Kerim Čelik. Tužilaštvo je žalbu izjavilo u odnosu na osuđujući, kao i oslobađajući dio prvostepene presude, i to zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o krivično pravnoj sankciji, dok je branilac optuženog žalbu izjavio u odnosu na osuđujući dio presude, i to zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji.

4. Apelaciono vijeće je dana 08.06.2017. godine održalo javnu sjednicu, u skladu sa članom 304. ZKP BiH, kojoj je pristupio tužilac Tužilaštva BiH Milanko Kajganić, kao i optuženi u pratnji branioca. Tom prilikom žalitelji su ostali kod svih žalbenih navoda, kao i navoda iz odgovora na žalbu. Apelaciono vijeće, ipak, primjećuje da su i optuženi i njegov branilac u izlaganju žalbe ukazali na niz osnova, činjenica i okolnosti, koje u žalbi nisu navedene niti je žalba izjavljena po bilo kojem drugom osnovu osim odluke o krivičnopravnoj sankciji. Ovo je Vijeće stoga, stranke i branioca optuženog upozorilo da sud odlučuje na osnovu onoga što je u žalbi istaknuto i na što je žalbom ukazano, a u skladu sa članom 306. ZKP BiH.

II. ŽALBENI OSNOV: BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA

A. STANDARDI ODLUČIVANJA PO ŽALBI

5. U skladu sa članom 296. ZKP BiH, presuda se može pobijati zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka određene su članom 297. ZKP BiH.⁵

⁴ U daljem tekstu: Tužilaštvo BiH

⁵ 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

6. 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).

7. Apsolutno bitne povrede ZKP BiH taksativno su nabrojane u tačkama a) do k) stava (1) člana 297. ZKP BiH. Ukoliko bi žalbeno 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.⁶

8. 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.

9. U odnosu na navode da je povreda odredaba 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 bitna povreda odredaba krivičnog postupka desila samo ako podnosilac žalbe pokaže da je ona suštinske 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.

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.

⁶Član 314. Preinačenje prvostepene presude: (1) Vijeće apelacionog odjeljenja će, uvažavajući žalbu, presudom preinačiti prvostepenu presudu ako smatra da su odlučne činjenice u prvostepenoj presudi pravilno utvrđene i da se, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, po pravilnoj primjeni zakona, ima donijeti drukčija presuda, a prema stanju stvari i u slučaju povrede iz člana 297. stav (1) tačka f), g) i j) ovog zakona.

B. ŽALBENI NAVODI

10. Tužilaštvo žalbu izjavljuje zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, ukazujući da prvostepeni sud nije obrazložio koje su to naročito olakšavajuće okolnosti koje su sud opredijelile da se izrekne kazna od 2 (dvije) godine zatvora, iako je za predmetno krivično djelo kao minimalna kazna određena kazna od pet godina zatvora. Pri tome se kroz sadržaj žalbe osporava da je prvostepeni sud kod obrazloženja odluke o kazni kao olakšavajuće okolnosti mogao cijeliti to da je optuženi nabavljao lijekove za zatvorenike, da je njegovo ponašanje prema zatvorenicima bilo korektno do pogibije bliskog druga, te da je brojne radnje preduzimao sa saučesnicima čiji je doprinos bio veći od njegovog, a da pri tome odbrana za sve gore navedene činjenice nije podnijela ni jedan dokaz koji bi ih potvrdio van svake razumne sumnje, nego je sud s tim u vezi isključivo povjerovao iskazu optuženog

C. ZAKLJUČCI APELACIONOG VIJEĆA

11. Apelaciono vijeće prvenstveno podsjeća da je žalbenim osnovom iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH propisano da bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji „*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*“. U konkretnom slučaju, žalba Tužilaštva iznosi tvrdnju o izostanku razloga o odlučnim činjenicama u dijelu obrazloženja presude vezano za odluku o kazni, pa je i ovo Vijeće u skladu sa odredbom člana 306. ZKP BiH, pobijanu presudu u kontekstu bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, ispitivalo samo u tom dijelu.

12. U žalbi se naglašava da prvostepeni sud nije obrazložio koje su to naročito olakšavajuće okolnosti, koje su sud opredijelile da se optuženom izrekne kazna zatvora u trajanju manjem od minimalno zakonom zapriječene po članu 142. stav 1. KZ SFRJ. Suprotno iznesenoj tvrdnji Tužilaštva, Apelaciono vijeće nalazi da pobijana presuda sadrži navode u pogledu okolnosti koje je prvostepeni sud cijelio kao naročito olakšavajuće, odnosno da se iz obrazloženja pobijane presude može vidjeti koji su to razlozi kojima se prvostepeni sud rukovodio kada je zbog postojanja naročito olakšavajućih okolnosti optuženom ublažio kaznu.

13. Apelaciono vijeće podsjeća da se u okviru ovog žalbenog prigovora i navoda o tome da presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama ispituje da li presuda zadovoljava standard obrazložene sudske odluke, odnosno da li se iz obrazloženja iste može vidjeti proces ocjene dokaza, utvrđenja činjenica i izvedenih zaključaka.

Apelaciono vijeće, dakle ne ulazi u ocjenu valjanosti razloga koje prvostepeni sud iznosi u pobijanoj presudi, već samo ispituje da li presuda, sa formalne strane, sadrži sve ono što po relevantnim zakonskim odredbama mora sadržavati. Članom 290. ZKP BiH propisan je sadržaj presude, pa je tako u stavu 8. propisano da će, onda kada je optuženom izrečena kazna „u obrazloženju navesti koje je okolnosti sud uzeo u obzir pri odmjeravanju kazne. Sud će posebno obrazložiti kojim se razlozima rukovodio pri odluci da kaznu treba ublažiti ili optuženog osloboditi od kazne ili izreći uvjetnu osudu ili da treba izreći mjeru sigurnosti ili oduzimanje imovinske koristi.“

14. U konkrentom slučaju, prvostepeni sud je ukazao na niz okolnosti koje je cijenio i koje su ga opredijelile da optuženom izrekne kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. U paragrafima 456. i 457. prvostepeni sud navodi da su obzir uzete okolnosti da je optuženi do sada neosuđivan, potom njegove lične i porodične prilike (oženjen, otac dvoje djece, kćerka teško oboljela od karcinoma, sam je lošeg zdravstvenog stanja, odvojen od porodice, nezaposlen i bez ikakvih prihoda), kao i individualni doprinos optuženog i posljedice koje su nastupile usljed njegovih radnji izvršenja. U pobijanoj presudi se navodi i da je sud imao u vidu da je optuženi nabavljao i davao lijekove za zatočenike, da je njegovo ponašanje bilo korektno u početku, a da se naknadno promijenilo nakon pogibije prijatelja. Dakle, prvostepeni sud je u pobijanoj presudi, suprotno tvrdnjama iznesenim u žalbi, naveo niz okolnosti i razloga koje je cijenio pri odmjeravanju kazne, te naveo da sve okolnosti u svojoj ukupnosti čine naročito olakšavajuće okolnosti.

15. Na osnovu svega navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeni sud postupio u skladu sa obavezom iz člana 290. stav 8. ZKP BiH i u pobijanoj presudi ukazao na okolnosti kojima se vodio pri odmjeravanju kazne, odnosno da pobijana presuda sadrži razloge u odlučnim činjenicama u pogledu naročito olakšavajućih okolnosti. Na ovom mjestu, Apelaciono vijeće se neće upuštati u valjanost tih razloga i osnovanost izvedenih zaključaka, već će se o istome izjasniti kod razmatranja žalbe u odnosu na odluku o krivičnopravnoj sankciji.

III. ŽALBENI OSNOV: POGREŠNO I NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

A. STANDARDI ODLUČIVANJA

16. 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, ispitat će da li odlučna činjenica na koju se ukazuje odgovara rezultatima izvedenih dokaza, ili bi pak bila drugačije utvrđena da su izvedeni neki drugi dokazi ili utvrđene druge činjenice na koje se žalbom ukazuje.⁷

17. 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, a što se kvalifikuje kao krajnje nepravičan ishod sudskog postupka, kao u slučaju kada je optuženi osuđen uprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela. Prilikom utvrđivanja da li je zaključak pretresnog vijeća bio opravdan Apelaciono vijeće će poći od načela da se ne treba olako upuštati u narušavanje činjeničnog stanja koje je utvrdilo pretresno vijeće. Apelaciono vijeće ima na umu, i to 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.

18. 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.⁸ Međutim, dokazanost činjenice putem posrednih dokaza mora se utvrditi izvan svake razumne sumnje, gdje mora postojati čvrsta i logična povezanost tako da činjenični zaključak pretresnog vijeća bude jedini mogući zaključak na osnovu dokaza. Kriterij koji se primjenjuje jeste razumna sumnja. Vrlo rijetko se činjenica može dokazati izvan svake sumnje. Svakako, kao kada se sastave svi dijelovi neke slagalice, ponekad posredni dokazi mogu biti uvjerljiviji od svjedočenja neposrednog očevica koje može biti podložno varljivosti ljudske percepcije.

B. ŽALBENI NAVODI

19. U žalbi Tužilaštva se navodi da je sud pogrešno utvrdio da u radnjama optuženog nisu ostvareni elementi mučenja, iako je vidljivo da su iste poduzimane iz razloga diskriminacije na vjerskoj osnovi. Optuženi je oštećene tukao po tri prsta koji oni koriste za

⁷ Komentar Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Projekat Vijeća Evrope, Sarajevo, 2005. godine, strana 781.

⁸ M.Š., AP-661/04 (Ustavni sud BiH), Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 22. aprila 2005. godine, para. 36.

..., a i prvostepeni sud je utvrdio da „iz saglasnih izjava svjedoka proizlazi da je upravo činjenica što su bili..., ... bila uzrok njihovog zarobljavanja, nečovječnog postupanja, te u konačnici i u najvećem dijelu udaranja po tri prsta koji ... koriste za molitvu“. U žalbi se ističe da prvostepeni sud u potpunosti ignoriše elemenat kažnjavanja koji je i sam optuženi priznao i obrazložio pogibijom saborca Harisa Haulića, navodeći da je nakon njegove pogibije zarobljenike udario otvorenom rukom, svakom po jedan šamar i rekao da je to za Harisa. Tužilaštvo, također, ističe da nije dokazano da su optuženi i Haulić bili prijatelji i kolege, te da nije izveden nijedan dokaz da je Haris Haulić zaista poginuo. Žalbom se upućuje na iskaz svjedoka dr Mirka Šarana, koji vezano za ponašanje optuženog ističe da je poslije pogibije Haulića optuženi bio životinjski raspoložen prema zarobljenicima, a posebno prema onima sa Čardaka, iz razloga što ih je smatrao rezervistima tadašnje Tužilaštvo smatra i da je Sud u potpunosti zanemario posljedice koje su nastupile, a koje konstatuje u obrazloženju presude.

20. Nadalje, Tužilaštvo žalbom osporava i zaključke prvostepenog suda u pogledu utvrđenih olakšavajućih okolnosti na strani optuženog i navoda da je optuženi nabavljao i davao lijekove za zatočenike, navodeći da niti jedan svjedok nije potvrdio ovu okolnosti.

21. Žalbom se također, ukazuje na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje i u odnosu na oslobađajući dio pobijane presude, pa se tako navodi da je svjedok Vlado Marković detaljno opisao na koji način ga je optuženi zlostavljao i da prvostepeni sud nije imao razloga da ne prihvati iskaz ovog svjedoka.

C. ZAKLJUČCI APELACIONOG VIJEĆA

22. Apelaciono vijeće nalazi da istaknutim žalbenim prigovorima nije osnovano dovedena u pitanje potpunost niti pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja.

23. U odnosu na žalbene navode da je prvostepeni sud pogrešno utvrdio stepen kršenja međunarodnog prava, našavši da se radi o nečovječnom postupanju, a ne mučenju, Apelaciono vijeće prije svega podsjeća da krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ podrazumijeva kršenje pravila međunarodnog prava, a u konkretnom slučaju Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata od 12.08.1949. godine te da ne pravi posebnu razliku u pogledu postojanja predmetnog krivičnog djela bilo da se radi o mučenju ili nečovječnom postupanju.

24. Naime, KZ SFRJ ne sadrži definiciju niti pobliže određenje bilo kojeg od ovih pojmova, ali je kroz sudsku praksu do sada ustanovljen niz kriterija i uslova, koji moraju

biti zadovoljeni da bi se radilo o radnjama mučenja ili nečovječnog postupanja.

25. Apelaciono vijeće podsjeća da je mučenje tokom oružanog sukoba posebno zabranjeno međunarodnim ugovornim pravom, naročito Ženevskim konvencijama iz 1949. i Dopunskim protokolima iz 1977. godine. Definiciju „mučenja“, koju je u svojoj presudi, od 10.12.1998. godine, prihvatilo pretresno vijeće Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ), u predmetu *Tužilac protiv Ante Furundžije*, a koja je potvrđena presudom Žalbenog vijeća MKSJ, od 21.7.2000. godine, prihvatio je ovaj Sud u više predmeta. U pomenutoj presudi se navodi da:

„Međunarodno humanitarno pravo, iako stavlja mučenje u oružanom sukobu van zakona, ne daje definiciju zabrane. Umjesto toga, takva se definicija može naći u članu 1(1) Konvencije Ujedinjenih nacija o mučenju iz 1984., gdje se kaže:

Za potrebe ove Konvencije, izraz "mučenje" označava bilo koju radnju kojom se težak bol ili patnja, bilo tjelesni ili duševni, namjerno nanose određenom licu u cilju dobijanja od tog ili trećeg lica informacija ili priznanja, kažnjavanja tog lica zbog djela koje je počinilo ono ili treće lice, ili se sumnja da su ga počinili, ili zastrašivanja ili prinude tog lica ili drugih lica, ili iz bilo kojeg drugog razloga zasnovanog na diskriminaciji bilo koje vrste, kada se takav bol ili patnja nanose od strane ili na poticaj ili uz saglasnost ili pristanak službene osobe ili neke druge osobe koja djeluje u službenom svojstvu. Ovo ne uključuje bol ili patnju koja nastaje samo usljed zakonskih kazni, koja im je inherentna ili koju one za sobom povlače.“

26. Iz navedene definicije „mučenja“, koje se odvija u vrijeme oružanog sukoba, proizilaze slijedeći elementi: 1) mučenje se mora sastojati u nanošenju, djelom ili propustom, teškog bola ili patnje, tjelesne ili duševne; 2) djelo ili propust mora biti namjerno; 3) mora biti usmjereno na to da se dobiju informacije ili priznanje, da se kazni, zastraši ili prisili žrtva ili treće lice, ili da se vrši diskriminacija protiv žrtve ili trećeg lica na bilo kojoj osnovi; 4) mora biti u vezi s oružanim sukobom i 5) barem jedno od lica koja učestvuju u procesu mučenja mora biti javni službenik odnosno barem mora djelovati u neprivatnom svojstvu, npr. kao de facto organ države ili bilo koji drugi entitet koji vrši vlast.

27. Prvostepeni sud je u paragrafima 127. i 128. razradio i pojam nečovječnog postupanja, pozivajući se na praksu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, koja nudi mnogobrojne primjere konkretnih radnji i krivičnih djela i to: sakaćenje ili

nanošenje teških tjelesnih povreda⁹; premlaćivanje i druge nasilne radnje¹⁰; nanošenje teških ili ozbiljnih povreda¹¹; teške povrede tjelesnog ili duševnog integriteta¹²; ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo¹³; prisilni rad koji je izazvao tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu, ili je radnja predstavljala ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo¹⁴; deportacija i prisilno premještanje grupa civila¹⁵; prisiljavanje na prostituciju¹⁶ i nestajanje ljudi pod prisilom¹⁷.

28. Kako bi se procijenila težina nekog djela, nužno je razmotriti sve činjenične okolnosti. Neke od tih okolnosti mogu na primjer biti: karakter radnje ili propusta, kontekst u kojem su se oni dogodili, lične prilike žrtve uključujući starost, pol i zdravstveno stanje, kao i fizičke, psihičke i moralne posljedice tog čina za žrtvu. Činjenica da djelo ima dugoročne posljedice, a na što se u žalbi ukazuje, može da bude od važnosti prilikom utvrđivanja težine djela¹⁸.

29. Član 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima ("EKLJP") utvrđuje da „Niko ne smije biti podvrgnut mučenju, ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju“. U predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* da bi zlostavljanje potpadalo pod ovaj član „ono mora dosegnuti minimalan nivo težine. Ocjena ovog minimuma je po prirodi stvari relativna i zavisi od svih okolnosti predmeta, kao što su trajanje takvog postupanja, njegove fizičke i duševne posljedice i, u nekim slučajevima, pol, godine starosti i zdravstveno stanje žrtve“.¹⁹ Evropski sud i Evropska komisija za ljudska prava razvili su opsežnu sudsku praksu koja se tiče raznih oblika zlostavljanja, kao što su mučenje, nečovječno i ponižavajuće postupanje, zabranjenih članom 3. EKLJP.²⁰ Na primjer, u predmetu *Tomasi protiv Francuske*, Evropski sud je utvrdio da se radi o očigledno nečovječnom postupanju kojim se krši član 3. u slučaju kada je podnosilac žalbe

⁹ Vidjeti predmet *Kvočka i dr.*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, broj IT-98-30/1, paragraf 208.

¹⁰ Ibid, paragraf 208.

¹¹ Vidjeti predmet *Kordić i Čerkez*, presuda Žalbenog vijeća MKSJ, broj IT-95-14/2, paragraf 117.

¹² Vidjeti predmet *Blaškić*, presuda žalbenog vijeća MKSJ, broj IT-95-14paragraf 239. predmet *Krstić*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, broj IT-98-33 paragraf 523.

¹³ Vidjeti predmet *Vasiljević*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, paragraf 239-240.

¹⁴ Vidjeti predmet *Naletilić i Martinović*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, paragrafi 271, 289, 303.

¹⁵ Vidjeti predmet *Kupreškić i dr.*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, paragraf 566.

¹⁶ Ibid, paragraf 566.

¹⁷ Ibid, paragraf 566.

¹⁸ Vidjeti predmet *Vasiljević*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, paragraf 235. Zatim vidjeti predmet *Blaškić*, presuda Pretresnog vijeća MKSJ, paragraf 243.

¹⁹ *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Presuda, Žalba br. 5310/71, 18.01.1978. godine, paragraf 162.

²⁰ *A protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Presuda 23.09.1998. godine, ESLJP, paragraf 20 (citira se *Costello-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Presuda od 25.03.1993. godine, 247-C ESLJP (Ser.A) 1993).

bio podvrgnut šamaranju, udaran nogama i rukama, udaran po podlaktici, prisiljavan da stoji duži vremenski period bez potpore, sa rukama vezanim lisicama na leđima, kada su pljuvali na njega i prisiljavali ga da gol stoji ispred otvorenog prozora, kada je lišen hrane i kada mu je prijećeno vatrenim oružjem. Evropski sud je smatrao da veliki broj udaraca koje je zadobio g. Tomasi i njihov intenzitet predstavljaju dva elementa koja su dovoljno ozbiljna da se takvo postupanje smatra nečovječnim i ponižavajućim.²¹ Sud je također smatrao da je postupanje „nečovječno“ ako je unaprijed planirano, ako se primjenjuje satima bez prekida i ako prouzrokuje stvarne tjelesne povrede ili intenzivnu fizičku i duševnu patnju.²² Pored toga, Komisija za ljudska prava („Komisija“) je utvrdila da prisiljavanje da stoji zavezanih očiju i vezan 35 sati dok je slušao jauke drugih pritvorenika koji su mučeni, prijetnje da će biti kažnjen, i prisiljavanje da sjedi zavezanih očiju i nepokretan na madracu tokom više dana predstavljaju nečovječno postupanje.²³ Takođe, kada je osoba tokom zatočenja podvrgnuta zlostavljanju kao što su udarci pendrekom u koljena, prijetnje noževima, udaranje nogama dok leži na zemlji, uzastopno udaranje palicama, željeznim cijevima i pendrecima, a zatim ostavljena bez ikakve ljekarske pomoći bez obzira na povrede glave i tijela, to predstavlja okrutno i nečovječno postupanje.²⁴

30. Jasno je da su razna međunarodna sudska tijela koja su razmatrala primjenu krivičnog djela nečovječnog postupanja isto definisala na relativan način uzimajući u obzir sve činjenične okolnosti, uključujući prirodu radnje ili propust, kontekst u kojem je djelo počinjeno, njegovo trajanje odnosno ponavljanje, fizičke, duševne i moralne posljedice djela na žrtvu i lične okolnosti žrtve, uključujući godine, pol i zdravlje.

31. Dakle, sa aspekta postojanja krivičnog djela, kako je opisano u optužnici, nije od značaja da li su radnje optuženog predstavljale mučenje ili nečovječno postupanje. Ni u samoj optužnici nije napravljena distinkcija između pojedinih tačaka i radnji izvršenja, odnosno nije precizirano u kojim su tačno inkriminisanim radnjama ostvarena obilježja mučenja, a kojim nečovječnog postupanja. Tužilaštvo je dakle, prepustilo sudu da sam ispituje i utvrđuje da li radi o zadovoljenju standarda za mučenje ili pak za nečovječno postupanje u odnosu na svaku pojedinu tačku optuženja. Da li će se raditi o mučenju ili nečovječnom postupanju jeste faktičko pitanje, koje ovisi od svih okolnosti konkretnog

²¹ *Tomasi protiv Francuske*, 13 EHRR 1, 1993, paragraf 115.

²² *Lorse i drugi protiv Holandije*, Presuda, Žalba br. 52750/99, 04.05.2003. godine, paragraf 60.

²³ *Soriano de Bouton protiv Urugvaja*, br. 37/1978.

²⁴ *Leslie protiv Jamajke*, br. 564/1993, paragraf 9.2.; *Bailey protiv Jamajke*, br. 759/1997, paragraf 9.3.

slučaja i prvostepeni sud je pravilnom analizom i ocjenom svih relevantnih okolnosti, našao da se radnje optuženog podvode pod standard nečovječnog postupanja, a koji zaključak nije osnovano doveden u pitanje izjavljenom žalbom.

32. U konkretnom slučaju, zaključak prvostepenog suda da Tužilaštvo nije ponudilo dokaze koji bi pokazali da su radnje optuženog dosegle prag mučenja, u kontekstu međunarodno prihvaćene prakse, nije doveden u pitanje izjavljenom žalbom. Naime, u žalbi se potencira da je optuženi postupao sa diskriminatorском namjerom i navodno, radi kažnjavanja oštećenih. Međutim, sve ove okolnosti je prvostepeni sud cijenio pri donošenju osporavane odluke i nije našao da se radi o mučenju, već o nečovječnom postupanju. Tužilaštvo u žalbi osporava pojedine zaključke prvostepenog suda, ukazujući na težinu povreda, trajnost posljedice, okolnosti pod kojima se djelo desilo, pri tome ne ukazujući koju je to odlučnu činjenicu prvostepeni sud zapravo pogrešno utvrdio. Apelaciono vijeće podsjeća da se prigovor pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja podnosi onda kada je „*Sud neku odlučnu činjenicu pogrešno utvrdio ili je nije utvrdio*“. Tužilaštvo u žalbi, međutim, ne pobija pravilnost i potpunost činjeničnog stanja iz izreke pobijane presude.

33. Apelaciono vijeće primjećuje da je isticanje ovakvih prigovora, koji se pogrešno podvode pod žalbeni osnov pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, te naglašavanje težine radnji i posljedica za ošecene, zapravo u službi ukazivanja na neadekvatno i nepravilno izrečenu kaznu.

34. Nadalje, u odnosu na žalbu u pogledu oslobađajućeg dijela optužnice, pod tačkom 3. a) i b) optužnice, Apelaciono vijeće cijeni da iznesenim prigovorima zaključci prvostepenog vijeća izneseni u pobijanoj presudi nisu dovedeni u pitanje. Naime, prvostepeni sud je dao jasne i konkretne razloge iz kojih nije mogao prihvatiti iskaz svjedoka – oštećenog Vlade Markovića, s obzirom na nedosljednosti i razlike u iskazu i ranije datim izjavama. Šturim žalbenim navodima, da je svjedok opisao zašto nije ranije pominjao optuženog, ovi nalazi prvostepenog suda, po ocjeni ovog Vijeća, nisu osnovano dovedeni u pitanje.

35. U dijelu žalbenih navoda koji se odnose na utvrđene olakšavajuće okolnosti, zbog kojih je izrečena kazna zatvora ispod zakonom određenog minimuma, Apelaciono vijeće će se odrediti u dijelu presude u kojem se ispituje odluka o kazni.

36. Na osnovu svega naprijed navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da

nisu osnovani žalbeni prigovori kojima se osporava pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja, iz kojeg razloga je žalbu Tužilaštva i po tom žalbenom osnovu valjalo odbiti kao neosnovanu.

IV. ŽALBENI OSNOV: ODLUKA O KRIVIČNOPRAVNOJ SANKCIJI

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

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

38. Prvi osnov za žalbu na odluku o kazni jeste da prvostepeno vijeće nije primijenilo relevantne zakonske odredbe prilikom odmjeravanja kazne. Međutim, Apelaciono vijeće neće preinačiti odluku o kazni samo zbog toga što prvostepeno vijeće nije primijenilo sve relevantne zakonske odredbe, već će Apelaciono 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 Apelaciono 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.

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

40. Podnosilac žalbe mora pokazati da je prvostepeno 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 prvostepenog vijeća bila u tolikoj mjeri neopravdana, ili jednostavno nepravedna, da Apelaciono vijeće može izvesti zaključak da prvostepeno vijeće nije koristilo svoje diskreciono pravo na primjeren način.

41. Apelaciono vijeće konstatuje da prvostepeno vijeće nije obavezno da posebno obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost. Ako je Apelaciono vijeće uvjeren

da je prvostepeno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je prvostepeno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.

B. ŽALBENI NAVODI

1. Žalba odbrane optuženog

42. Odbrana u žalbi tvrdi da sud nije u dovoljnoj mjeri cijenio sve olakšavajuće okolnosti, i to konstantno poštovanje suda, odazivanje svim zahtjevima suda, korektno držanje pred sudom, protek vremena od izvršenja krivičnog djela, bitno smanjenu uračunljivost, te činjenicu da je optuženi izrazio iskreno kajanje i žaljenje, a da je pak otežavajuće precijenio. U žalbi se posebno naglašavada je prvostepeni sud u potpunosti zanemario protek vremena od izvršenja krivičnog djela (skoro 25 godina), te skreće pažnja na presudu Okružnog suda u Doboju kojom je taj sud Nihadu Hamziću, inače pretpostavljenom Almaza Nezirovića na Rabiću, pri odmjeravanju kazne naročito cijenio protek vremena od izvršenja krivičnog dijela. Odbrana smatra da je prvostepeno vijeće u potpunosti zanemarilo i činjenicu da je optuženi krivično djela počinio u stanju bitno smanjene neuračunljivosti, a što da je potvrdio i svjedok Mirko Šaran izjavivši da optuženi nije bio baš u najboljem psihičkom stanju od kada je saznao da mu je poginuo prijatelj, te je posvjedočio da otuženi i prije rata nije bio psihički stabilan. Konačno, u žalbi se potencira da se olakšavajuće okolnosti dokazuju po kriterijumu vjerovatnoće, a ne dokazivanjem van svake razumne sumnje.

2. Žalba Tužilaštva BiH

43. Tužilaštvo smatra da prvostepeno vijeće nije na pravilan način cijenilo otežavajuće okolnosti (bezobzirnost optuženog, brojnost radnji, broj žrtava, te da se optuženi služio pozicijom superiornosti), koje iako utvrđene od strane prvostepenog suda, nisu adekvatno cijenjene kod odmjeravanja kazne. Takođe se u žalbi Tužilaštva ističe da je prvostepeni sud neke od olakšavajućih okolnosti pogrešno utvrdio, kao što su navodno davanje lijekova zatvorenicima, te da je optuženi brojne radnje vršio zajedno sa drugim stražarima koji su u izvršenju tih radnji imali veći doprinos od njega. Vezano za ove tvrdnje Tužilaštvo u žalbi ističe da niko od svjedoka nije potvrdio navode optuženog da im je on donosio lijekove, a da pri tome sud ne obrazlaže zašto je vjeru poklonio izjavi optuženog da je davao lijekove zatvorenicima, a ne zatvorenicima koji su kao svjedoci to negirali.

44. Vezano za zaključak prvostepenog suda da su druga lica kao saizvršiooci imala veći doprinos u izvršenju radnji od optuženog Nezirovića, Tužilaštvo podsjeća

da je prvostepeno vijeće optuženog Nezirovića oglasilo krivim kao izvršioca po 21 tački, a pod 9 tačaka kao saizvršioca. Iako prema utvrđenju iz pobijane presude optuženi Almaz Nezirović daleko veći broj radnji počinio sam, kao direktni izvršilac, prvostepeni je sud na potpuno neobrazložen način zaključio da je doprinos saizvršilaca prilikom zlostavljanja zatvorenika na Rabiću bio veći. Tužilaštvo u žalbi navodi da olakšavajuće okolnosti, kao što su ranija neosuđivanost, da se radi o oženjenom čovjeku, ocu dvoje punoljetne djece, da je nezaposlen i bez ikakvih prihoda nisu takve prirode da bi se mogle tretirati kao naročito olakšavajuće, te naglašava da izrečena kazna nije u skladu sa praksom Suda BiH u sličnim predmetima

C. ZAKLJUČCI APELACIONOG VIJEĆA

45. Apelaciono vijeće nalazi da nisu osnovani navodi iz žalbe branioca optuženog, da prvostepeni sud nije u dovoljnoj mjeri cijenio olakšavajuće okolnosti. Sve okolnosti na koje odbrana ukazuje i to konstantno poštovanje suda odazivanje svim zahtjevima suda korektno držanje pred sudom, protek vremena od izvršenja krivičnog djela, te činjenicu da je optuženi izrazio iskreno kajanje i žaljenje, prvostepeni sud je utvrdio i po ocjeni ovog Vijeća, istima dao preveliku važnost.

46. Prije svega, odbrana ukazuje na „*konstantno poštovanje suda, odazivanje zahtjevima i pozivima suda*“, kao okolnost koju je trebalo posebno cijeliti i dati joj naročit značaj. Međutim, Apelaciono vijeće podsjeća da je optuženi dužan da se odaziva na pozive i zahtjeve suda, kao i da je dužan da se primjereno ponaša u sudnici, a da se ponašanje suprotno ovome sankcioniše mjerama propisanim članom 246. i 242. stav 2. ZKP BiH. Dakle, korektno ponašanje i držanje u sudnici je obaveza optuženog i od njega se upravo to i očekuje, kao i od ostalih sudionika krivičnog postupka. Činjenica da je optuženi postupao u skladu sa zakonskim obavezama, odnosno da je njegovo ponašanje bilo korektno, po ocjeni ovog Vijeća nije takvog karaktera niti intenziteta da bi se mogla vrednovati kao olakšavajuća okolnost.

47. U odnosu na navod branioca optuženog da prvostepeni sud nije posebno cijenio protek vremena, kao olakšavajuću okolnost, Apelaciono vijeće smatra da protek vremena i držanje optuženog, u određenim slučajevima, mogu biti od značaja kod odmjerenja kazne, posebno kada u nekom dužem vremenskom periodu izvršilac krivičnog djela pokazuje primjereno ponašanje. Međutim, u konkretnom slučaju optuženi je duži vremenski period bio nedostupan organima gonjenja u BiH, za njim je bila raspisana potjernica i ovaj krivični postupak mogao je doći u fazu glavnog pretresa tek nakon

okonačanog procesa ekstradicije. Dakle, sam optuženi je doprinio tome da se postupak vodi sada, toliko godina nakon izvršenja krivičnog djela. Posebno nema mjesta ukazivanju na praksu drugih sudova u odnosu na odmjeravanje kazne, pa čak i kada se radi o osudi za saizvršioca u određenom krivičnom djelu. Naime, postupak odmjeravanja kazne je po svojoj prirodi individualiziran i ovisan od okolnosti vezanih za radnje i ličnost svakog optuženog ponaosob, pa osuda za drugoga ne može biti od utjecaja na odmjeravanje kazne.

48. Nadalje, u žalbi branioca optuženog se ukazuje da je optuženi počinio krivično djelo u stanju bitno smanjene uračunljivosti, pa se odbrana u tom smislu, poziva na iskaz svjedoka dr Mirka Šarana, koji je naveo da je optuženi i prije rata bio psihički nestabilan. Po ocjeni Apelacionog vijeća radi se o potpuno neutemeljenim tvrdnjama. Ukoliko je odbrana zaista smatrala da je svijest optuženog pri izvršenju inkriminiranih radnji bila sužena, na način da je isti bio u stanju bitno smanjene uračunljivosti, onda je isto morala isticati i dokazivati valjanim dokazima, nadasve odgovarajućim medicinskim vještačenjem *in tempore criminis*, a ne u žalbi se pozivati na jednu paušalnu tvrdnju svjedoka u toku postupka, te je takav prigovor trebalo iznositi osporavanjem presude po žalbenom osnovu pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, a što branilac optuženog nije učinio.

49. Iz svih navedenih razloga, Apelaciono vijeće nalazi da nisu osnovani istaknuti žalbeni prigovori branioca optuženog u pogledu odluke o krivičnopravnoj sankciji, dok nasuprot tome, Vijeće nalazi da je žalba Tužilaštva, u tom dijelu osnovana.

50. Naime, osnovano se žalbom Tužilaštva ukazuje da je prvostepeni sud preblago odmjerio kaznu optuženog, odnosno da prvostepeni sud nije na pravilan način vrednovao utvrđene olakšavajuće i otežavajuće okolnosti na strani optuženog, te da je pogrešno utvrdio da olakšavajuće okolnosti koje je našao na strani optuženog imaju karakter naročito olakšavajućih u smislu člana 42. stav 2. KZ SFRJ.

51. Kao što je već navedeno, po ocjeni ovog Vijeća okolnost korektnog držanja i proteka vremena od izvršenja djela, nemaju karakter olakšavajućih okolnosti. Radi se o okolnostima koje nemaju funkcionalne veze sa krivičnim djelom, odnosno koje su nastupile nakon izvršenja krivičnog djela. Jednako tome, okolnosti vezane za ličnost optuženog, njegovo porodično stanje, bolest njegove kćerke, činjenica da je nezaposlen i da je odvojen od porodice, jesu okolnosti koje treba imati u vidu pri odmjeravanju kazne, ali se ne radi o okolnostima takvog značaja da bi opravdavale ublažavanje kazne optuženom.

Takav značaj ne može imati niti okolnost da je optuženi, prema utvrđenju prvostepenog suda nabavljao i donosio lijekove oštećenima, a koju okolnost je prvostepeni sud naročito cijenio pri odmjeravanju kazne. Prvostepeni sud je s tim u vezi poklonio vjeru optuženom i njegovim tvrdnjama u tom pogledu, ali je činjenica da niko od svjedoka nije negirao ovu tvrdnju optuženog, iako je niko ni nije mogao potvrditi, jer su svjedoci i tvrdili da ne znaju odakle su dobijali lijekove. S obzirom na sve naprijed navedeno, Apelaciono vijeće nalazi da je osnovan žalbeni navod Tužilaštva da je prvostepeni sud pogrešno sve ove okolnosti u njihovoj ukupnosti pogrešno vrednovao kada ih je ocijenio kao naročito olakšavajuće.

52. Jednako tako, Apelaciono vijeće nalazi i da je osnovano žalbom Tužilaštva ukazano da otežavajuće okolnosti nisu cijenjene u dovoljnoj mjeri. Brojnost radnji izvršenja i njihova težina, kao i težina posljedica koje su kod pojedinih oštećenih dovele i do trajnih oštećenja, a što prvostepeni sud utvrđuje na više mjesta kroz pobijanu presudu, motivi kojima je optuženi vođen, vidljivo i kroz okolnost da je oštećene udario po prstima koji se koriste za pravoslavnu molitvu, te naročito da je i prema vlastitoj izjavi, poredao zatočenike i svima redom udario šamare otvorenim dlanom, a nakon pogibije njegovog prijatelja, po ocjeni ovog Vijeća ukazuju na izražen veći stepen krivične odgovornosti. Nadalje, okolnost da je izvršenje radnji krivičnog djela poduzimano kroz period od gotovo dva mjeseca, da se radilo o zlostavljanju civila zatočenih u posebno teškim uslovima, da je način izvršenja pojedinih radnji za koje je optuženi oglašen krivim naročito okrutan, po ocjeni ovog Vijeća ukazuju na težinu i ozbiljnost krivičnog djela.

53. Osnovano se u žalbi Tužilaštva ukazuje i da prvostepeni sud neosnovano zaključuje da je doprinos optuženog manji od onoga njegovih saučesnika u izvršenju inkriminiranih radnji. Naime, sam pojam saučesništva podrazumijeva značajan, odnosno odlučujući doprinos izvršenju krivičnog djela, pa tako bez radnji svakog od saizvršilaca neće ni doći do izvršenja krivičnog djela. Prvostepeni sud osim zaključka da su njegove radnje imale manji doprinos, ne ukazuje u čemu se to zapravo ogleda i na temelju kojih okolnosti se izvodi ovakav zaključak. Pored toga, kako se u žalbi Tužilaštva osnovano navodi, optuženi je oglašen krivim da je 21 radnju izvršio samostalno, a 9 kao saizvršilac, pa je i sa tog aspekta neosnovano prvostepeni sud ovo cijenio kao olakšavajuću okolnost na strani optuženog.

54. Na osnovu svega naprijed navedenog, utvrđenih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti na strani optuženog, a imajući u vidu zakonski raspon kazne predviđene za predmetno krivično djelo, Apelaciono vijeće smatra da će kazna zatvora u trajanju od

šest godina biti adekvatna težini krivičnog djela, a ujedno da će izraziti osudu društva, te ostvariti cilj izricanja krivičnopravnih sankcija i kroz satisfakciju žrtve. Nasuprot tome, po ocjeni ovog Vijeća, kazna zatvora u trajanju od dvije godine, kako je određena pobijanom presudom, nije adekvatna niti srazmjerna težini krivičnog djela, nastalim posljedicama, niti može služiti svrsi specijalne i generalne prevencije.

V. ZAKLJUČAK APELACIONOG VIJEĆA

55. Na osnovu svega naprijed navedenog, Apelaciono vijeće je na osnovu člana 313. ZKP BiH, odbilo kao neosnovanu žalbu branioca optuženog, dok je žalbu Tužilaštva BiH djelimično uvažilo u pogledu odluke o krivičnopravnoj sankciji, te je pobijanu presudu u osuđujućem dijelu preinačilo, u skladu sa članom 314. stav 1. ZKP BiH, kako je to odlučeno u izreci ove presude, dok je u odnosu na oslobađajući dio žalba Tužilaštva odbijena kao neosnovana i u tom dijelu prvostepena presuda je potvrđena. U dijelu odluke o troškovima krivičnog postupka i imovinskopravnom zahtjevu koji nije pobijan žalbama prvostepena presuda je ostala neizmjenjena.

ZAPISNIČAR

Pravna savjetnica

Belma Čano - Sejfović

PREDSJEDNIK VIJEĆA

S U D I J A

Mirko Božović

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