

SUD BOSNE I HERCEGOVINE

Broj : X-KRŽ-08/502

Datum: Objavljena 02. decembra 2009. godine
Otpremljena 15. aprila 2010. godine

Vijeće u sastavu: sudija Hilmo Vučinić, predsjednik vijeća
sudija Phillip Weiner
sudija Mirza Jusufović

TUŽILAŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE

protiv

ZRINKA PINČIĆA

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine :

Vesna Budimir

Branilac optuženog :

Velimir Marić

SADRŽAJ

Presuda	1
I ŽALBE	2
II ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BIH- BITNE POVREDE ODREDAVA KRIVIČNOG POSTUPKA	2
1. Kršenje prava na odbranu.....	2
A. Ograničavanje ispitivanja svjedokinje A i vještaka.....	3
a. Ispitivanje od strane branioca.....	3
b. Suočavanje optuženog i svjedokinje A.....	6
B. Sposobnost optuženog da mu se sudi i potreba za neuropsihijatrijskim vještačenjem optuženog i oštećene.....	6
a. Vještačenje optuženog.....	7
b. Vještačenje svjedokinje A.....	8
C. Odbijanje zahtjeva za poligrafom.....	8
2. Zakonitost pretresa kuće optuženog.....	9
3. Kršenje člana 23. Zakona o zaštiti svjedoka.....	12
III ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH- POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA	12
A. Primjenjivi zakon.....	12
IV ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 299. ZKP BIH- POGREŠNO I NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE	14
A. Standardi.....	14
B. Navodi vezani za svjedočenje svjedokinje A.....	15
C. Vjerodostojnost svjedoka odbrane.....	18

D. Postojanje oružanog sukoba.....	19
E. Veza između zločina i oružanog sukoba.....	21
V ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BiH- ODLUKA O KRIVIČNO PRAVNOJ SANKCIJI I TROŠKOVIMA POSTUPKA.....	23
A. Žalba Tužilaštva.....	23
B. Odluka o troškovima krivičnog postupka.....	26

Broj: X-KRŽ-08/502
Sarajevo, 02.12.2009. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja, sastavljenom od sudija Hilme Vučinića, kao predsjednika vijeća, te sudija Phillip Weiner-a i sudije Mirze Jusufovića kao članova vijeća, uz sudjelovanje stručnog saradnika Nevene Aličehajić u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Zrinka Pinčića, zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) Krivičnog zakona BiH (u daljem tekstu KZ BiH), u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH, odlučujući o žalbama Tužilaštva BiH broj KT-RZ-19/06 od 06.01.2009. godine i branioca optuženog Zrinka Pinčića, advokata Velimira Marića, od 06.01.2009. godine, izjavljenim protiv presude Suda BiH broj X-KR-08/502 od 28.11.2008. godine, nakon održane javne sjednice u prisustvu tužiteljice Tužilaštva BiH Vesne Budimir, optuženog Zrinka Pinčića i njegovog branioca, advokata Velimira Marića, dana 02.12.2009. godine, donio je slijedeću:

P R E S U D U

Odbijaju se kao neosnovane žalbe Tužilaštva BiH i branioca optuženog Zrinka Pinčića, advokata Velimira Marića, pa se prvostepena presuda Suda BiH broj X-KR-08/502 od 28.11.2008. godine potvrđuje u cijelosti.

O b r a z l o ž e n j e

1. Presudom Suda BiH optuženi Zrinko Pinčić je oglašen krivim da je radnjama opisanim u izreci prvostepene presude, počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) KZ BiH u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH. Za navedeno krivično djelo, prvostepeno vijeće mu je izreklo kaznu zatvora u trajanju od 9 (devet) godina.

2. U skladu sa članom 188. stav 1. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu ZKP BiH), optuženi je obavezan da nadoknadi troškove krivičnog postupka o čijoj visini će odlučiti Sud posebnim rješenjem.

I ŽALBE

3. Protiv prvostepene presude žalbe su blagovremeno izjavili tužilac i optuženi.

4. Svojom žalbom Tužilaštvo pobija prvostepenu presudu zbog odluke o krivično pravnoj sankciji, ističući da je prvostepeni Sud pogriješio prilikom odmjeravanja kazne optuženom, izrekavši mu preblagu kaznu za krivično djelo za koje ga je oglasio krivim, te predlaže preinačenje prvostepene presude i izricanje kazne zatvora u trajanju dužem od 9 godina.

5. Optuženi Zrinko Pinčić, prvostepenu presudu pobija iz razloga:

1. postojanja bitnih povreda odredaba krivičnog postupka,
2. povrede krivičnog zakona,
3. pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i
4. odluke o troškovima krivičnog postupka,

te predlaže da Apelaciono vijeće uvaži žalbu, rješenjem ukine prvostepenu presudu i odredi održavanje pretresa pred vijećem Apelacionog odjeljenja ili da presudu preinači na način da optužnog oslobodi optužbe.

6. Dana 02.12.2009. godine, u skladu sa odredbom člana 304. ZKP BiH, održana je sjednica Apelacionog vijeća, na kojoj su tužilac i branilac iznijeli ukratko navode iz žalbi, ostavši u cijelosti kod pismeno iznesenih navoda i prijedloga. Tužilac je u kratkim crtama dao odgovor na žalbu odbrane, dok je branilac ukratko izložio navode prethodno, u pismenoj formi, dostavljenog odgovora na žalbu Tužilaštva. Optuženi se u cijelosti saglasio sa navodima svog branioca.

7. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama u kojoj se ista pobija žalbom, sukladno odredbi člana 306. ZKP BiH, Apelaciono vijeće Suda BiH, je odluku kao u izreci donijelo iz sljedećih razloga:

II ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 297. ZKP BIH- BITNE POVREDE ODREDABA KRIVIČNOG POSTUPKA

1. Kršenje prava na odbranu

8. Optuženi u žalbi navodi da je prvostepeno vijeće učinilo sljedeće povrede njegovog prava na odbranu: (a) Vijeće je neopravdano ograničilo ispitivanje svjedokinje A u pogledu patnji koje je proživjela prije dolaska u Donje Selo i ispitivanje vještaka radi razjašnjenja uzroka nastanka traume kod oštećene; (b) Pretresno vijeće je pogriješilo kada je odbilo prijedlog Odbrane za provođenje dopunskog neuropsihijatrijskog vještačenja optuženog i svjedokinje A, i (c) Pretresno vijeće je pogriješilo kada je odbilo prijedlog da se izvrši suočavanje optuženog i svjedokinje A, kao i saslušanje optuženog uz primjenu detektora laži.

9. Član 297. stav 1. ZKP BiH propisuje da „*Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji:..... d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu..... i) ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda.....*“. Stav 2. istog člana ZKP BiH glasi: „*Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako Sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primijenio ili je nepravilno primijenio*

koju odredbu ovog zakona, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.“

A. Ograničavanje ispitivanja svjedokinje A i vještaka

10. Odbrana tvrdi da je Pretresno vijeće učinilo procesnu povredu time što je nametnulo stroga ograničenja tokom unakrsnog ispitivanja. Konkretno, odbrana tvrdi da je bila neopravdano spriječena da ispita kako svjedokinju A u pogledu problema koje je imala prije dolaska u Donje Selo tako i vještaka Almu Bravo-Mehmedpašić radi razjašnjenja uzroka nastanka traume kod oštećene. Odbrana dalje tvrdi da je Pretresno vijeće pogrešno postupilo kada je odbilo prijedlog optuženog da se izvrši njegovo suočavanje sa svjedokinjom.¹

a. Ispitivanje od strane branioca

11. Član 263. ZKP BiH predviđa da će:

[s]udija, odnosno predsjednik vijeća... zabraniti pitanje i odgovor na pitanje koje je već postavljeno - ako je to pitanje po rjegovoj ocjeni nedopušteno ili nevažno za predmet. Ako sudija, odnosno predsjednik vijeća zaključiti da okolnosti koje stranka i branitelj želi da dokaže nemaju značaja za predmet ili da je ponuđeni dokaz nepotreban, odbit će izvođenje takvog dokaza.

12. U članu 264. ZKP BiH dalje se kaže da:

[c]štećenog krivičnim djelom nije dozvoljeno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela koje je predmet postupka. Nijedan dokaz koji se iznosi da bi pokazao ranije seksualno iskustvo, ponašanje ili seksualnu orijentaciju oštećenog neće biti prihvatljiv.

13. Žalbeno vijeće nalazi da su navodi optuženog neosnovani i da je Pretresno vijeće postupilo ispravno kada je ograničilo ispitivanje na način kako je to propisano članovima 263. i 264. ZKP BiH. U pogledu navoda koji se tiču vještaka Alme Bravo-Mehmedbašić, uvidom u dokazni materijal u spisu može se konstatovati da je u svom iskazu vještak Alma Bravo-Mehmedbašić rekla da svjedokinja ispoljava simptome ... koji je posljedica proživljene traume.² Doktorica Mehmedbašić je takođe rekla da su kod svjedokinje A evidentne ..., što je česta posljedica kod žrtava mučenja i silovanja.³ U toku unakrsnog ispitivanja, branilac je vještaka pitao o različitim stvarima. Kada je branilac pokušao ispitati vještaka o ranijem slučaju silovanja svjedokinje A, Pretresno vijeće mu to nije dozvolilo u skladu sa odredbom člana 264. ZKP BiH.⁴

¹ Žalba odbrane, str. 23

² Iskaz doktorice Alme Bravo-Mehmedbašić od 15. septembra 2008. godine, na snimku od 50:20 do 50:55.

³ Ibid, 52:45 do 53:10.

⁴ Iskaz doktorice Alme Bravo-Mehmedbašić od 16. septembra 2008. godine, na snimku od 20:50 do 21:50.

14. Iako je optuženi u svom žalbenom podnesku pojasnio zbog čega je trebalo dozvoliti takvo ispitivanje, ostaje činjenica da to nije učinio na suđenju. Branilac ni u jednom trenutku ne pojašnjava kako ovim ispitivanjem ne bi došlo do kršenja člana 264. ZKP BiH. Zapravo, na pitanje predsjedavajućeg sudije o tome zašto "insistira na ovom pitanju", branilac nije dao odgovor.⁵ Shodno tome, Žalbeno vijeće konstatuje da je optuženi propustio da na odgovarajući način pokrene ovo pitanje u postupku koji se vodio pred Pretresnim vijećem i stoga ovaj žalbeni osnov treba odbiti. Osim toga, Žalbeno vijeće konstatuje da stranci ne bi trebalo biti dozvoljeno da se u svojoj žalbi poziva na navodnu povredu učinjenu od strane Pretresnog vijeća u slučajevima kada sama stranka nije dala svoje obrazloženje u pogledu prihvatljivosti/neprihvatljivosti određenog dokaza.

15. Međutim, nakon što je razmotrilo ovo pitanje, Žalbeno vijeće konstatuje da nije došlo do povrede odredaba krivičnog postupka. Pregledom iskaza je ustanovljeno da je vještak ispitan o tome da li joj je svjedokinja A rekla da ju je druga osoba silovala. Iako se doktorica, vještak medicinske struke ne sjeća tog razgovora, napomenula je da njena funkcija nije da utvrđuje koji je faktor uzrokovao stres s obzirom da nju zanimaju samo posljedice koje su nastale kao rezultat stresa.⁶ Isto tako, doktorica je u svom iskazu rekla da ne može utvrditi koji stresni događaj je uzrokovao⁷ Vještak je zaključio da svjedokinja A pati od "..."⁸ Ovaj problem može biti rezultat silovanja od strane jedne osobe ili više osoba.⁹

16. Žalbeno vijeće nalazi da vještak ni u jednom trenutku u toku davanja iskaza nije zaključio da su radnje optuženog uzrokovale traumu.¹⁰ Osim toga, psihijatar je u svom iskazu rekao da i druge okolnosti, kao što su stradanje najbliže rodbine, gledanje mrtvih tijela ili incidenata u Bradini takođe mogu biti razlog (ili razlozi) za¹¹ Doktorica je dalje rekla da ne može izolirati jednu pojedinačnu traumu kao uzrok problema svjedokinje A.¹² Konačno, odgovorila je da je za nju od značaja period poslije traume i da se ne može upuštati u to ko ili šta je uzrokovalo tu traumu.

17. Pregledom iskaza vještaka medicinske struke može se ustanoviti (1) da su joj postavljena pitanja o silovanju koje je izvršila druga osoba, i (2) da ona nije mogla utvrditi da li je bilo koji izolirani incident ili više takvih incidenata uzrokovalo traumu kod oštećene. Shodno tome, pokušaj branioca da ustanovi da li je ... posljedica ranijeg silovanja bio bi samo ponavljanje onoga što je već rečeno u iskazu. Žalbeno vijeće stoga zaključuje da je Pretresno vijeće ispravno postupilo kada je ograničilo unakrsno ispitivanje vještaka dr. Alme Bravo-Mehmedbašić .

18. Optuženi takođe navodi da je Pretresno vijeće neopravdano ograničilo njegovo ispitivanje oštećene. Na suđenju, optuženi je najavio svoju namjeru da svjedokinju A ispituje o različitim temama, uključujući i probleme s kojima se suočavala prije dolaska u Donje Selo.¹³ Pretresno vijeće nije odobrilo ovo ispitivanje uz obrazloženje da pitanja u tom pravcu nisu od značaja za ovaj postupak.¹⁴

⁵ Ibid, od 21:45 do 21:50.

⁶ Ibid, od 12:38 do 14:07.

⁷ Ibid, od 20:44 do 20:49.

⁸ Ibid, od 29:50 do 31:02.

⁹ Ibid, od 31:40 do 31:49.

¹⁰ Ibid, od 11:05 do 12:36.

¹¹ Iskaz doktorice Alme Bravo-Mehmedbašić od 15. septembra 2008. godine, na snimku od 59:02 do 59:39.

¹² Ibid, od 59:48 do 1:00:07.

¹³ Iskaz svjedokinje A od 8. septembra 2008. godine, na snimku od 2:06:11 do 2:07:49.

¹⁴ Ibid, od 2:09:33 do 2:10:42.

19. Žalbeno vijeće smatra da optuženi na glavnom pretresu nije pojasnio značaj predloženog iskaza, te je tako propustio da to pitanje na odgovarajući način pripremi za žalbeni postupak. Bez obzira na to, nakon izvršenog uvida u spis, Žalbeno vijeće konstatuje da je Pretresno vijeće ispravno postupilo kada je odbilo prijedlog optuženog.

20. Uvidom u spis može se ustanoviti da je branilac obavijestio Pretresno vijeće da se želi odreći svog prava da unakrsno ispita svjedokinju A, i da je umjesto toga želi direktno ispitati.¹⁵ Takođe je pojasnio da bi pitanjima pokrio nekoliko tema. Branilac međutim nije pojasnio na koji način bi ovo ispitivanje bilo od značaja za predmet. Kada je tužilac pitao na koji način su pitanja koja bi bila postavljena u tom pravcu povezana sa optužnicom,¹⁶ branilac nije ponudio nikakav osnov po kojem bi se odgovori na ta pitanja mogli smatrati prihvatljivim dokazom. Sudeći po žalbenim navodima čini se da je optuženi planirao koristiti te odgovore u prilog svojim tvrdnjama da je svjedokinja A bila izložena traumatičnim iskustvima prije svog poznanstva sa optuženim.¹⁷

21. Žalbeno vijeće konstatuje da su svjedokinja A i drugi svjedoci svjedočili o poteškoćama s kojima su se suočavali prije njihovog dolaska u Bradinu.¹⁸ Osim toga, braniocu i optuženom je omogućeno da postave određena pitanja u vezi sa situacijom u kojoj se nalazila svjedokinja A u periodu koji je prethodio njenom boravku u Donjem Selu.¹⁹ Kao što je već rečeno u ovoj presudi, vještak se izjasnio da zbog brojnih traumatskih incidenata kojima je svjedokinja A bila izložena, uključujući i one u Bradini, ne može izolirati jedan pojedinačni incident kao uzrok nastalih psiholoških problema.²⁰

22. Žalbeno vijeće stoga nalazi da bi bilo kakvi dodatni dokazi koji su mogli biti prikupljeni kroz braniočevo ispitivanje svjedokinje A o predloženim temama predstavljali tek ponavljanje dokaza koji se već nalaze u spisu. Ni sam optuženi nije naveo da je bio spriječen da u spis kroz ispitivanje svjedoka uvede bilo koji dokaz. Stoga, Žalbeno vijeće zaključuje da prvostepeno vijeće nije neopravdano ograničilo ispitivanje oštećene svjedokinje A.

b. Suočavanje optuženog i svjedokinje A

23. Optuženi dalje tvrdi da je pretresno vijeće pogriješilo kada je odbilo njegov zahtjev za suočavanje sa svjedokinjom A.²¹ Međutim, optuženi nije precizirao nikakvu povredu koja mu je eventualno nanesena takvom odlukom pretresnog vijeća. Optuženi nije naveo svrhu koju je time želio postići, niti je precizirao vrstu pitanja koje je želio postaviti. Iako tvrdi da je bilo pogrešno ne dozvoliti suočavanje sa svjedokinjom A, branilac navodi da optuženi *nije bio psihički sposoban unakrsno i direktno ispitati oštećenu A*.²²

¹⁵ Ibid, od 2:03:50 do 2:04:11.

¹⁶ Ibid, od 2:08:11 do 2:09:06.

¹⁷ Žalba Odbrane, str. 18-20 i 23. Vidi takođe iskaz svjedokinje A od 8. septembra 2008. godine, od 2:36:07 do 2:36:21, gdje branilac govori o tome da je njegovo ispitivanje relevantno i da se tiče proživljene psihološke traume.

¹⁸ Vidi iskaze svjedokinje A, Gordane Gligorević i Radmile Živak. Vidi takođe dokaze T-1, T-2, T-6 i T- 33.

¹⁹ Iskaz svjedokinje A od 8. septembra 2008. godine, od 2:34:54 do 2:35:58; iskaz doktorice Alme Bravo-Mehmedbašić od 16. septembra 2008. godine, od 25:43 do 26:42.

²⁰ Iskaz doktorice Alme Bravo-Mehmedbašić od 15. septembra 2008. godine, od 59:48 do 1:00:07.

²¹ Glavni pretres od 14.10.2008. godine, od 3:00:23 do 3:01:09.

²² Žalba odbrane, strana 23.

24. Žalbeno vijeće dalje ističe da je pretresno vijeće pružilo optuženom dvije prilike da ispita svjedokinju A, te da je on to u oba navrata odbio.²³ Takođe vrijedi istaći da je optuženi podnio zahtjev za suočavanje tek pet sedmica nakon što je oštećena svjedočila. Osim toga, optuženi je imao priliku da iznese svoje argumente u ovom predmetu dok je svjedočio na pretresu i uvodio svjedočenja više svjedoka u njegovu korist.

25. Žalbeno vijeće nalazi na osnovu uvida u spis da je pretresno vijeće moglo ispravno odbiti zahtjev za suočavanje sa svjedokinjom iz slijedećih razloga: (1) predloženi dokazi su bili nepotrebni, (2) zahtjev je bio usmjeren isključivo na odugovlačenje krivičnog postupka, i (3) dodatno ispitivanje oštećene bi izazvalo psihičke traume. Žalbeno vijeće stoga zaključuje da je pretresno vijeće ispravno odbilo zahtjev optuženog, te žalbene navode po ovom osnovu odbija kao neosnovane.

B. Sposobnost optuženog da mu se sudi i potreba za neuropsihijatrijskim vještačenjem optuženog i oštećene

26. Optuženi tvrdi da nije bio zdrav ni sposoban za suđenje. On konkretno tvrdi da je u više navrata tokom suđenja gubio svijest, te da nije bio sposoban ni da ispita svjedokinju A, niti da prati postupak. Smatra da je trebalo izvršiti neuropsihijatrijsko vještačenje kako bi se utvrdilo da nije sposoban za suđenje. Optuženi takođe smatra da je pretresno vijeće pogriješilo što nije naredilo da se izvrši neuropsihijatrijsko vještačenje svjedokinje A, s obzirom da bi se time utvrdilo da li je njena psihološka trauma rezultat događaja koji su se desili na Bradini, ili onih koji su se desili kasnije u Donjem Selu.

27. Uvidom u spis utvrđeno je da je prvostepeno vijeće prvobitno odobrilo zahtjev odbrane za neuropsihijatrijskim vještačenjem optuženog i svjedokinje A.²⁴ Međutim, pošto branilac nije postupio u skladu sa uputama pretresnog vijeća, odnosno nije angažovao vještaka, pretresno vijeće je zaključilo da je zahtjev optuženog ustvari predstavlja samo potez usmjeren na odugovlačenje krivičnog postupka, te je vijeće poništilo svoju prethodnu odluku.²⁵ Pretresno vijeće dalje ističe da traženo vještačenje ne bi pružilo nikakve dodatne dokaze koji bi bili relevantni.²⁶

a. Vještačenje optuženog

28. Žalbeno vijeće ističe da se psihijatrijsko vještačenje mora narediti *ako se pojavi sumnja da... {optuženi} zbog duševnih smetnji nije sposoban učestvovati u postupku.*²⁷ U predmetu protiv Strugara, prvostepeni sud je naveo niz sposobnosti koje je potrebno ocijeniti prilikom utvrđivanja nečije sposobnosti za suđenje. U te sposobnosti spada i sposobnost osobe *da se izjasni o krivnji, da razumije prirodu optužbi, da razumije pojedinosti dokaza, da daje upute svom braniocu, da razumije posljedice postupka i da svjedoči.*²⁸

²³ Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008. godine, od 2:07:55 do 2:08:01; i od 2:49:28 do 2:49:31.

²⁴ Vidi: glavni pretres od 14.10.2008. godine.

²⁵ Prvostepena presuda, strane 9-10

²⁶ Zahtjev odbrane je odbijen u skladu sa članovima 13. stav 2., 239. stav 2. i 263. stav 2. ZKP BiH.

²⁷ Član 110. stav 1. ZKP BiH.

²⁸ *Tužilaštvo protiv Pavla Strugara*, broj IT-01-42-T, Odluka po zahtjevu odbrane za prekidom postupka, 26.5.2004. godine, paragraf 36 (u daljem tekstu: „Odluka u predmetu Strugar“), što je potvrđeno u predmetu *Tužilaštvo protiv Pavla Strugara*, broj IT-01-42-A, presuda, 17.7.2008. godine, paragraf 55.

29. Žalbeno vijeće ističe da je pregledom snimka suđenja utvrđeno da optuženi nije ispoljavao nikakve znakove koji bi ukazali da nije bio sposoban da prati suđenje. Također, ni spis ne potkrepljuje tvrdnje vezane za njegovo loše zdravstveno stanje, kako to navodi branilac. Branilac nikada nije tražio od pretresnog vijeća da prekine ili odgodi suđenje iz razloga nemogućnosti optuženog da prati tok suđenja. U oktobru 2008. godine branilac je podnio zahtjev za psihijatrijsko vještačenje u kojem je opisao različite emotivne i psihološke probleme od kojih je optuženih navodno patio.²⁹ Međutim, branilac nije naveo da optuženi nije sposoban da mu daje upute, da razumije optužbe ili dokaze ili da razumije i prati postupak.³⁰ Navodi branioca da je optuženi tokom suđenja u nekoliko navrata kratkoročno gubio svijest, pri čemu bi mu glava klonula, nisu potkrijepljeni nikakvim dokazima niti medicinskom dokumentacijom.

30. Naprotiv, zapisnik sa suđenja pokazuje da je optuženi bio aktivni sudionik sudskog procesa. Optuženi je, na primjer, svjedocima postavljao suvisla pitanja³¹, svjedočio je jasno i razgovijetno³², te se obraćao pretresnom vijeću na razuman i prikladan način³³. Otprilike tri mjeseca prije suđenja, optuženi je dao izjavu tužilaštvu, a sadržaj te izjave pokazuje jasan i logičan misaoni proces, te dobro pamćenje detalja.³⁴ Kada su mu tom prilikom data obavještenja o optužbama protiv njega i o njegovim pravima u krivičnom postupku, optuženi je rekao da je razumio te informacije.³⁵

31. Žalbeno vijeće ističe da uvidom u spis nije utvrđena sumnja u sposobnost optuženog da prati tok suđenja. Pretresno vijeće je stoga ispravno postupilo kada je odbilo zahtjev branioca za neuropsihijatrijskim vještačenjem optuženog. Štaviše, na osnovu ponašanja optuženog tokom suđenja, prvostepeno vijeće je moglo ispravno zaključiti da je zahtjev branioca bilo samo njegov potez usmjeren na odugovlačenje postupka.

b. Vještačenje svjedokinje A

32. Optuženi takođe tvrdi da je pretresno vijeće pogriješilo kada je odbilo zahtjev odbrane za neuropsihijatrijskim vještačenjem svjedokinje A kako bi se utvrdilo da li su njeni simptomi ... rezultat stresnih događaja kojima je bila svjedok prije njenog dolaska u Donje Selo.³⁶ Pretresno vijeće je utvrdilo da činjenica da optuženi nije angažovao vještaka sve do zadnjeg mjeseca suđenja pokazuje da je taj zahtjev predstavljao njegovo nastojanje u pravcu odugovlačenja suđenja. Prvostepeno vijeće je takođe utvrdilo da bi bilo kakvi potencijalni dokazi dobiveni na taj način bili od malog značaja.³⁷

²⁹ Vidi zahtjev odbrane pod naslovom: "Zahtjev za izdavanje naloga za obavljanje psihijatrijskog vještačenja" od 16.10.2008. godine.

³⁰ Na glavnom pretresu održanom 20.10.2008. godine, u periodu od 04:03 do 04:14, branilac je izjavio kako smatra da optuženi nije sposoban da prati postupak zbog svog mentalnog stanja.

³¹ Vidi, na primjer, svjedočenje dr. Alme Bravo-Mehmedbašić od 16.9.2008. godine, od 25:42 do 26:40.

³² Svjedočenje Zrinka Pinčića od 7.10.2008. godine.

³³ Glavni pretres od 24.11.2008. godine, od 2:06:14 do 2:07:06.

³⁴ Vidi dokaz T-35.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Žalba odbrane, strane 24-28 i 32-33.

³⁷ Prvostepena presuda, strane 8-10.

33. Kao što je već navedeno, dr. Alma Bravo-Mehmedbašić je svjedočila da, s obzirom da je oštećena prošla kroz mnoga traumatična dešavanja za vrijeme rata, nije bilo moguće utvrditi koji je to događaj pokrenuo³⁸ Žalbena vijeće ističe da optuženi nije pribavio niti jedno mišljenje/izjavu nekog vještaka koji bi pokazala da bi neki neuropsihijatar mogao izolirati događaj koji je pokrenuo ... u situaciji u kojoj se desilo nekoliko dovoljno stresnih događaja. Štaviše, optuženom nije pošlo za rukom da angažuje vještaka da svjedoči u njegovu korist. Žalbena vijeće nalazi da pretresno vijeće nije pogriješilo kada je odbilo zahtjev branioca, te da je opravdano moglo zaključiti da je taj zahtjev predstavljao samo taktiku odugovlačenja.

C. Odbijanje zahtjeva za poligrafom

34. Optuženi smatra da je pretresno vijeće pogriješilo kada je odbilo njegov zahtjev za saslušanje uz primjenu poligrafa.³⁹ Međutim, žalbeno vijeće nalazi da je odluka Pretresnog vijeća bila ispravna.

35. Žalbena vijeće ističe da *u naučnoj zajednici postoji konsenzus da ispitivanja uz primjenu poligrafa predstavljaju nepouzdan pokazatelj vjerodostojnosti*⁴⁰. Štaviše, određene studije su pokazale da nivo tačnosti poligrafskog testiranja iznosi svega pedeset posto (50%).⁴¹ Kao rezultat toga, određeni broj sudova odbija da poligrafsko testiranje prihvati kao dokaz.⁴²

36. Žalbena vijeće takođe ističe da je ocjena dokaza i utvrđivanje vjerodostojnosti isključivo u nadležnosti suda, kao nezavisnog i nepristrasnog organa.

Član 281. stav 2. ZKP BiH propisuje: *Sud je dužan savjesno ocijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana.*⁴³

37. Prema tome, imajući u vidu upitan nivo tačnosti ovog testa, žalbeno vijeće zaključuje da je pretresno vijeće ispravno postupilo odbivši zahtjev optuženog za poligrafsko testiranje, s obzirom da bi to pružilo zanemarljivu pomoć u utvrđivanju vjerodostojnosti.⁴⁴ Zapravo, bi poligrafsko testiranje predstavljalo uplitanje u odgovornost vijeća da utvrdi vjerodostojnost i težinu dokaza. Nadalje shodno odredbi člana 15. ZKP BiH koja afirmiše načelo slobodne ocjene dokaza, u ocjeni dokaznog postupka sud nije vezan ni ograćen posebnim formalnim dokaznim pravilima. Budući da je optuženi svjedočio na glavnom pretresu, kojom prilikom je direktno i unakrsno ispitan, a koji iskaz je kako pretresno, tako i ovo vijeće cijnilo samostalno i u vezi sa drugim dokazima prilikom donošenja odluke, to proizilazi da iskaz koji bi optuženi dao eventualno uz primjenu poligrafa, ne bi dodao ili oduzco na snazi vrijednosti

³⁸ Svjedočenje dr. Alme Bravo Mehmedbašić od 15.9.2008. godine, od 59:48 do 1:00:07.

³⁹ Žalba odbrane, strana 24.

⁴⁰ Predmet: *Tužilac protiv Mladena Natelića i Vinka Martinovića*, broj IT-98-34-PT, Odluka po zahtjevu optuženih da im se omogući da budu podvrgnuti ispitivanju uz primjenu poligrafa, od 27.11.2000. godine, strana 2.

⁴¹ Vidi: predmet *Sjedinjene Države protiv Schaffer-a*, 523 U.S. 303, strana 310 (1998. godine).

⁴² *Ibid.* strana 311 i predmeti koji se tu citiraju; Vidi i: predmet *Tužilac protiv Mladena Natelića*, vidi iznad navedeno, fusnota 3.

⁴³ Vidi i: član 290. stav 7. ZKP BiH u kojem se zahtijeva da pretresno vijeće u presudi naročito istakne *ocjenu vjerodostojnosti protiv vječnih dokaza*...

⁴⁴ *Tužilac protiv Mladena Natelića i ostalih*, vidi gore navedeno, strana 3.

iskaza koji je optuženi na glavnom pretresu već dao. Žalbena vijeće stoga zaključuje da pretresno vijeće nije pogriješilo kada je odbilo zahtjev optuženog za poligrafsko testiranje.

2. Zakonitost pretresa kuće optuženog

38. Optuženi navodi da je prvostepeno vijeće počinilo bitnu povredu člana 297. stav 1. tačka i) ZKP BiH time što je prihvatilo dokumente koji su nezakonito oduzeti tokom pretresa njegove kuće⁴⁵ i što se kasnije oslanjalo na iste u svojoj presudi. Optuženi dalje navodi kako ta greška zahtijeva da se presuda ukine.

39. Optuženi tvrdi da je pretres kuće Zrinka Pinčića izvršen suprotno zakonu i nalogu za pretres; naime, pretres je započeo u 5:30, a ne u 6:00 sati kako je to odobrio sud. Optuženi smatra da pregled CD-a sa fotografijama pretresa potvrđuje da je pretres započeo prije 6:00 sati. Optuženi se takođe oslanja na svjedočenje Zdravka i Ljubice Rajić, koji su bili svjedoci izvršenog pretresa i koji su tvrdili da je, kada su oni došli u kuću Zrinka Pinčića u 5:45 sati, pretres već bio započeo.

40. Tužilac je u svom odgovoru istakao da je pretres kuće Zrinka Pinčića započeo u 6:05 sati, te je uveo kao dokaz svjedočenje dvojice inspektora SIPA-e (Safet Ratkušić i Amir Sijerčić) da potkrijepi svoje tvrdnje. Tužilac takođe smatra da su razlike u pogledu vremena kada je pretres izvršen bile rezultat činjenice da fotograf nije podesio vrijeme na foto-aparatu nakon sezonskog pomjeranja sata (ljetno računanje vremena); stoga vrijeme naznačeno na fotografijama zapravo pokazuje sat vremena ranije u odnosu na pravo vrijeme kada su iste sačinjene.

41. Oslanjajući se na svjedočenje inspektora SIPA-e, Safeta Ratkušića i Amira Sijerčića, i na Zapisnik o lišavanju optuženog slobode (u kojem se navodi da je optuženi lišen slobode u 5:50 sati), prvostepeno vijeće je zaključilo da je pretres izvršen u skladu sa članom 59. stav 2. ZKP BiH i u skladu sa nalogom suda.⁴⁶ Nakon što je ocijenilo svjedočenje svjedoka Zdravka i Ljubice Rajić, prvostepeno vijeće je utvrdilo da njihovo svjedočenje nije vjerodostojno, pošto su pokušali da umanje krivičnu odgovornost optuženog ili da ga oslobode odgovornosti.⁴⁷ Pretresno vijeće je takođe zaključilo da je odbrana tehničkim sredstvima modificirala, odnosno izmijenila CD sa slikama pretresa kako bi prikazali da je pretres počeo znatno ranije nego što je to bilo odobreno.⁴⁸

42. Prilikom utvrđivanja opravdanosti ovih navoda žalbeno vijeće će najprije ispitati da li je opravdan činjenični nalaz pretresnog vijeća koji se odnosi na valjanost izvršenog pretresa, a zatim će se osvrnuti na pitanje da li se presuda zasniva na nezakonito pribavljenim dokazima.

43. Član 59. stav 2. ZKP BiH propisuje:

*Naredba za pretresanje se može izvršiti bilo kojeg dana u sedmici.
Naredba se može izvršiti samo u vremenskom periodu od 6 sati do 21
sat, osim ako u naredbi nije izričito dato ovlaštenje da se može izvršiti*

⁴⁵ Materijalni dokaz označen brojevima od T-16 do T-28.

⁴⁶ Vidi dokaz T-56.

⁴⁷ Prvostepena presuda, strane 36-37.

⁴⁸ *Ibid.*, strana 37.

u bilo koje doba dana ili noći, u skladu s Članom 55. stav 2. ovog zakona.

44. Žalbeno vijeće zaključuje da je nalaz pretresnog vijeća u vezi sa valjanosti pretresa kuće optuženog bio opravdan i ispravan. Svjedoci Safet Ratkušić i Amir Sijerčić su svjedočili da je pretres započeo u 6:05 sati u skladu sa nalogom za pretres i da je isti završen oko 8:00 sati.⁴⁹ Ovo svjedočenje je potkrijepljeno Zapisnikom o pretresu u kojem se navodi da je pretres započeo u 6:05 sati.⁵⁰ CD sa fotografijama pretresa dodatno potkrepljuje svjedočenje istražitelja SIPA-c da je pretres započeo nakon 6:00 sati. Pored toga, uvidom u Zapisnik o lišavanju optuženog slobode, u kojem se navodi da je Zrinko Pinčić uhapšen u 5:50 sati⁵¹, pretresno vijeće je moglo opravdano zaključiti da se pretres kuće nikako nije mogao izvršiti prije hapšenja optuženog. Slično tome, pretresno vijeće je moglo zaključiti da su osobe koje su bili svjedoci pretresa mogle biti kontaktirane tek nakon što je hapšenje bilo obavljeno.

45. Pretresno vijeće je cijeno svjedočenje svjedoka Zdravka i Ljubice Rajić i zaključilo da njihovo svjedočenje nije bilo vjerodostojno, već da je bilo motivisano njihovom željom da pomognu optuženom u izbjegavanju krivične odgovornosti.⁵² Žalbeno vijeće ističe da je pretresno vijeće ispravno zaključilo da njihovo svjedočenje nije vjerodostojno s obzirom da je u suprotnosti sa svjedočenjem ostalih svjedoka i izvedenim dokazima i s obzirom da određeni dijelovi njihovog svjedočenja nisu bili uvjerljivi. Na primjer, Zdravko Rajić je istakao kako je provjerio da li je dokument sadržavao pečat, međutim nije provjerio podatke, odnosno informacije koje su u njemu bile navedene.⁵³ Ljubica Rajić je svjedočila kako je potpisala Zapisnik o pretresu a da ga nije pročitala, iako radi za Centar za socijalni rad u Mostaru, gdje strankama čita dokumente i savjetuje im da pročitaju iste prije nego ih potpišu.⁵⁴ Svjedoci se sjećaju koliko je bilo sati kada su ušli u kuću, ali se ne sjećaju kojeg dana u sedmici je pretres izvršen.⁵⁵ Uz to, iako su potpisali Zapisnik o pretresu u kojem se navodi vrijeme kada je pretres započeo, oni i dalje tvrde da je pretres započeo znatano ranije.⁵⁶ Prema tome, na osnovu tih neslaganja i upitnih izjava pretresno vijeće je opravdano moglo utvrditi da njihova svjedočenja nisu vjerodostojna i da su bila motivisana željom da pomognu optuženom da izbjegne odgovornost.

46. Međutim, žalbeno vijeće nalazi da zaključak pretresnog vijeća da je odbrana tehničkim sredstvima modificirala, odnosno izmijenila CD sa fotografijama pretresa kuće Zrinka Pinčića nije potkrijepljen dokazima. Pregledom dva CD-a utvrđeno je da se na svakom od njih nalaze iste fotografije koje prikazuju pretres kuće optuženog. Štaviše, na oba CD-a je prikazano isto vrijeme u odnosu na fotografije.

⁴⁹ Svjedočenje Safeta Ratkušića od 20.10.2008. godine, od 1:25:01 do 1:25:15 i od 1:31:19 do 1:31:24; i svjedočenje Amira Sijerčića od 20.10.2008. godine, od 2:16:19 do 2:16:35 i od 2:17:19 do 2:17:24.

⁵⁰ Dokazi T-55 i O-3.

⁵¹ Vidi dokaz T-51.

⁵² Prvostepena presuda, strane 36-37 .

⁵³ Svjedočenje Zdravka Rajića od 4.11.2008. godine, od 1:35:16 do 1:36:26.

⁵⁴ Svjedočenje Ljubice Rajić od 4.11.2008. godine, od 57:48 do 58:33 i od 1:05:58 do 1:06:24.

⁵⁵ Svjedočenje Ljubice Rajić od 4.11.2008. godine, od 34:46 do 34:53 i od 1:02:06 do 1:02:17 i svjedočenje Zdravka Rajića od 4.11.2008. godine, od 1:24:21 do 1:24:48 i od 1:37:23 do 1:38:23.

⁵⁶ Vidi dokaze T-55 i O-3.

47. Prilikom pregleda karakteristika svake fotografije (opštih tehničkih podataka o snimanju svake pojedine fotografije) moraju se ispitati „opšte“ i „detaljnije“/“zbirne“ postavke. Opšte postavke svake fotografije uključuju osnovne podatke o fotografiji (datum, sat, model i dimenzije fotoaparata), dok zbirne/detaljnije postavke daju šire kriterije (datum, vrijeme, model fotoaparata, dimenzije, horizontalnu i vertikalnu rezoluciju, funkciju blica i mjerenja, dubinu boje, stanja filma ili memorijske kartice, fokusnu dužinu, dužinu perioda ekspozicije i vrstu softvera). Vrijedi spomenuti da oba CD-a daju iste tehničke podatke o postavkama svake pojedine fotografije.

48. Žalbeno vijeće takođe ističe da podaci sa jedne fotografije potkrijepljuju zaključak da je pretres započeo nakon 6:00 sati i da je vrijeme navedeno na postavkama fotografije tačno. Na primjer, na fotografiji broj DSC_0061, vrijeme navedeno u opštim postavkama je 6:06:38, dok se u širim zbirnim/detaljnijim postavkama vrijeme kada je fotografija snimljena u 6:06 sati. Ovo drugo vrijeme potvrđuje i fotografija na kojoj je prikazan mali sat na ormariću pored kreveta, koji, nakon što se poveća, pokazuje da je tada bilo 6:09 sati ujutro. Prema tome, žalbeno vijeće nalazi da je neosnovan zaključak pretresnog vijeća da je optuženi koristio tehnička sredstva da izmijeni CD, ali da taj zaključak nije utjecao na utvrđivanje krivične odgovornosti optuženog ili dužine kazne koja mu je određena. Žalbeno vijeće dalje nalazi da ovaj propust nije utjecao na konačne zaključke o ovom pitanju.

49. Žalbeno vijeće nalazi da je opravdan zaključak pretresnog vijeća da je pretres bio izvršen u skladu sa zakonom i nalogom suda te da je isti potkrijepljen dokazima. Štaviše, optuženi nije dokazao navode da ni jedan objektivni sud ne bi donio takvu presudu. Prema tome, s obzirom na činjenicu da žalbeno vijeće nalazi da je opravdan i ispravan zaključak pretresnog vijeća da je pretres izvršen na ispravan način, nema potrebe da ovo vijeće razmotri pitanje da li se pretresno vijeće oslanjalo na dokaze koji su pribavljeni uz bitnu povredu ZKP-a BiH.⁵⁷ Stoga se ovaj žalbeni navod odbija kao neosnovan⁵⁸.

3. Kršenje člana 23. Zakona o zaštiti svjedoka

50. Optuženi tvrdi da je prvostepeno vijeće prekršilo član 23. Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka time što je zasnovalo svoju presudu u odlučujućoj mjeri na svjedočenju jednog zaštićenog svjedoka.⁵⁹ Ovaj član propisuje da *Sud ne može zasnovati osuđujuću presudu isključivo ili u odlučujućoj mjeri na dokazima pribavljenim u skladu sa članom 11. ili čl. 14. do 22. ovog zakona.*

51. Međutim, žalbeno vijeće ističe da je uvidom u spis utvrđeno da svjedokinja A nije imala status zaštićenog svjedoka predviđen članom 14. Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka niti je svjedočila u skladu sa članom 15. do 22. ovog Zakona. Prema

⁵⁷ Vidi član 10. stav 2. i 3. ZKP BiH.

⁵⁸ Na osnovu dokaza pretresno vijeće je moglo zaključiti da nema potrebe da se odobri zahtjev optuženog za grafološko vještačenje. Ustvari, kada se pretresno vijeće raspitivalo o potrebi da se pozove vještak, branitelj nije objasnio šta bi vještak ispitivao i na koji način bi on mogao biti sudu od pomoći. Branitelj je rekao da je on potreban kako bi utvrdio ko je napisao datum. Pošto je svjedok već priznao da je on napisao datum na Zapisniku o pretresu, pretresno vijeće je moglo pravilno zaključiti da zahtjev optuženog nije potreban niti relevantan za pitanja koja su predmet postupka.

⁵⁹ Žalba odbrane, strana 9-10.

tome, s obzirom da optuženi nije dao potrebnu činjeničnu osnovu kako bi potkrijepio svoju tvrdnju, ovaj žalbeni navod je neutemeljen, te se kao takav odbija.

III. ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 298. ZKP BIH- POVREDE KRIVIČNOG ZAKONA

A. Primjenjivi zakon

52. Optuženi navodi da je pretresno vijeće pogriješilo u svojoj odluci da se u ovom postupku primjenjuje KZ BiH umjesto KZ SFRJ. Konkretno, on smatra da je KZ SFRJ blaži zakon i da bi se trebao primjenjivati jer propisuje manju minimalnu kaznu od one koju propisuje KZ BiH i manju maksimalnu kaznu imajući u vidu da je smrtna kazna ukinuta 1998. godine.⁶⁰

53. Nakon što je analiziralo različite zakone uključujući KZ BiH, KZ SFRJ i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima kao i presude ovog suda, prvostepeno vijeće je zaključilo da bi se KZ BiH trebao primjenjivati jer je to blaži zakon za optuženog.⁶¹

54. U KZ BiH kodificirana su određena načela krivičnog prava u članovima 3., 4. i 4. a). Ona glase:

Član 3. stav 1.: Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.

Član 3. stav 2.: Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.

Član 4. stav 1.: Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela.

Član 4. stav 2.: Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.

Član 4.a): Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s općim načelima međunarodnog prava.

55. Ispitivanje navedenih zakona pokazuje da krivično djelo silovanja predstavlja povredu KZ BiH kao i KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno. Član 173. stav 1. tačka e) KZ BiH propisuje kaznu zatvora u trajanju od „najmanje deset godina ili kaznu dugotrajnog zatvora“ dok član 142. stav 1. KZ SFRJ propisuje kaznu zatvora u trajanju od „najmanje pet godina ili smrtnu kaznu“. Također treba napomenuti da kazna „dugotrajnog

⁶⁰ Žalba odbrane str. 2.

⁶¹ Prvostepena presuda str. 17-20.

zatvora“ prema KZ BiH predviđa maksimalnu kaznu zatvora u trajanju od četrdesetpet godina.⁶²

56. Optuženi smatra da budući da je smrtna kazna ukinuta 1998. godine, KZ SFRJ je postao blaži zakon za optuženog.⁶³ Žalbeno vijeće konstatuje da imajući u vidu da je smrtna kazna bila na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, ista se ne može jednostavno zanemariti. Uporedi odluku po žalbi *Abduladhima Maktoufa protiv rješenja Suda BiH*⁶⁴ (u kojem je Ustavni sud odbio da zanemari maksimalne kazne u zakonima uključujući smrtnu kaznu i donio odluku da „nije moguće jednostavno „odstraniti“ težu sankciju prema ranijem i kasnijem zakonu i primijeniti druge blaže sankcije...). Stoga, će žalbeno vijeće ispitati član KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela (a koji uključuje smrtnu kaznu).

57. KZ BiH ne određuje način analize za utvrđivanje blažeg zakona. To je ostavljeno sudovima da odluče od slučaja do slučaja. Žalbena vijeća Suda Bosne i Hercegovine su razmatrala ovo pitanje od 2006. godine, te u više navrata našla da je KZ BiH blaži zakon.⁶⁵

58. U predmetu *Tužilac protiv Abduladhim Maktoufa*, broj: KPŽ-32/05, žalbena presuda, 4.4.2006.god., Sud se bavio pitanjem koji zakon je blaži za optuženog koji se teretio za krivično djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva [član 173., stav 1., tačka e) KZ BiH]. Sud je našao da je poređenje maksimalnih zatvorskih kazni osnovna okolnost za odlučivanje o tom pitanju. Sud je utvrdio da je KZ BiH blaži zakon jer „ne postoji teža kazna od smrtna kazne“ koja je bila maksimalna kazna u odgovarajućem dijelu KZ SFRJ.⁶⁶

59. Žalbeno vijeće i dalje smatra da je KZ BiH blaži u odnosu na KZ SFRJ koji predviđa smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu. Vidi drugostepenu presudu u predmetu protiv *Mirka Pekeza*, broj: X-KRŽ-05/96-1, od 29.09.2008 strana 13; drugostepenu presudu u predmetu protiv *Niseta Ramića*, broj: X-KRŽ-06/197, od 21.11. 2007 strana 5; drugostepenu presudu u predmetu protiv *Gorana Damjanovića i dr.*, broj: X-KRŽ-05/108, od 19.11. 2007 na strani 10 (“kazna propisana Krivičnim zakonom BiH je u svakom slučaju blaža od smrtna kazne koja je bila na snazi prema KZ SFRJ.”)⁶⁷

60. Žalbeno vijeće nalazi da su ove ranije odluke suda uvjerljive i da predstavljaju stvarnu analizu za utvrđivanje najblažeg zakona. Koristeći ovaj standard, žalbeno vijeće konstatuje da je KZ BiH blaži zakon za optuženog u odnosu na KZ SFRJ, koji propisuje smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu. Stoga, žalbeno vijeće nalazi da je prvostepeni sud pravilno zaključio da se KZ BiH primjenjuje u ovom konkretnom postupku.

IV ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 299 - POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

⁶² Član 42. stav 2. KZ.

⁶³ Žalba odbrane str. 3

⁶⁴ *Abduladhim Maktouf*, AP 1785-06, Odluka Ustavnog suda, 30.03. 2007 para. 69.

⁶⁵ Ali vidi Drugostepenu presudu u predmetu protiv *Zjada Kurtovića*, broj: X-KRŽ-06/299, od 25.03. 2009 para. 127-132.

⁶⁶ Drugostepena presuda u predmetu protiv *Abduladhima Maktoufa*, broj: KPŽ-32/05, od 4.4. 2006., str. 21

⁶⁷ Žalbeno vijeće nalazi da je KZ BiH blaži zakon na osnovu primjene člana 4.a) istog zakona. Vidi npr. Drugostepenu presudu protiv *Jadranka Palje*, broj: X-KRŽ-06/290, od 24.4. 2008 str. 11-13

A. Standardi

61. Optuženi tvrdi da je prvostepeno vijeće pogriješilo u nekoliko činjeničnih nalaza i zaključaka. U predmetu *protiv Mirka Todorovića i Miloša Radića*, žalbeno vijeće je opisalo standarde preispitivanja navodnih grešaka u skladu sa članom 229. ZKP BiH. Konkretno, vijeće je navelo sljedeće:

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

Žalbeno vijeće će prilikom razmatranja navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja 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 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 usprkos nedostatku dokaza o biću krivičnog djela.

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

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

U odnosu na neposredne i posredne dokaze Ustavni sud 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.29 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.⁶⁸

B. Navodi vezani za svjedočenje svjedokinje A

⁶⁸ *Tužilac protiv Mirka Todorovića i ostalih*, X-KRŽ-07/382, drugostepena presuda, 23.1.2009., paragraf 85-89.

62. Optuženi navodi da je prvostepeno vijeće pogriješilo kada je utvrdilo da je svjedočenje svjedokinje A bilo vjerodostojno. Optuženi smatra da je svjedočenje svjedokinje A u suprotnosti sa njenim ranijim izjavama, kao i sa svjedočenjem Radmile Živak. On dalje tvrdi da ne postoje dokazi koji potkrjepljuju iskaz svjedokinje A da je ona: (1) puškom bila prisiljena da uđe u sobu, i (2) da joj je optuženi prijetio pred njenom rodbinom u kući. Optuženi takođe navodi da je žrtva zabunom zamijenila svoju vezu sa njim sa ranijim silovanjem koje je počinio neki drugi vojnik.⁶⁹ Tužilac je međutim odgovorio da je svjedočenje svjedokinje A potkrijepljeno svjedočenjem Radmile Živak.⁷⁰

63. Žalbeno vijeće ističe da se u argumentu optuženog samo navodi kako svjedočenje oštećene nije vjerodostojno zbog nedosljednosti i zabune. Međutim, optuženi ne tvrdi da zaključak pretresnog vijeća o vjerodostojnosti nije bio opravdan, odnosno da ni jedan objektivni sud ne bi donio takvu odluku. Stoga, argument optuženog „nije dovoljan da bi doveo u pitanje opravdanost utvrđenja do kojeg je došlo Pretresno vijeće”.⁷¹

64. Uprkos tome, žalbeno vijeće je razmotrilo ovo pitanje, te nalazi da postoji dovoljno dokaza da se potvrde navodi protiv optuženog, te da je pretresno vijeće moglo opravdano zaključiti da je svjedočenje svjedokinje A bilo vjerodostojno. Što se tiče navoda da njeno svjedočenje nije vjerodostojno zato što je posljedica zbunjenosti svjedokinje koja je pomiješala činjenice u vezi sa dva slučaja silovanja, dokazi pokazuju da je svjedokinja A opisala dva različita slučaja silovanja u kojima je bila žrtva. U jednom incidentu, kojeg je spomenula kao „prvo silovanje“ tri čovjeka su „upala“ u njenu kuću tokom noći. Počinilac je imao oko dvadeset godina, silom ju je odveo u drugu prostoriju i udario je bombom u glavu.⁷² Prijetio je da će pobiti sve u kući. Svjedokinja smatra da je počinilac bio pod utjecajem droga. Te ju je noći silovao. Svjedokinja nikada više nije vidjela počinitelja, ali je saznala da se zvao Almir ili Admir Ćosić.⁷³

65. Što se tiče navoda iz optužnice, svjedokinja A je opisala kako su optuženi i njegov brat, koji su bili pripadnici HVO-a, došli u njenu kuću. Optuženi je dolazio tu više puta tokom perioda od novembra 1992. do marta 1993. godine. Sjeća se da je optuženi: (1) dolazio sa svojim bratom, (2) nosio uniformu, (3) bio naoružan puškom, (4) bio zadužen za izdavanje dozvola i (5) pričao o zaštiti. Treba istaći da je optuženi tokom svog svjedočenja potvrdio svaku od ovih činjenica.

66. Svjedokinja A je objasnila kako ju je optuženi izvodio iz dnevnog boravka i odvodio niz hodnik u spavaću sobu. Bio je naoružan i prijetio joj je govoreći: „Znaš li šta bi ti se desilo ako bi petnaest vojnika došlo ovamo“. Onda bi je silovao.⁷⁴ Svjedokinja je objasnila da se to desilo u nekoliko navrata tokom perioda od pet mjeseci.⁷⁵

67. Žalbeno vijeće zaključuje da je pregled činjenica pokazao da je svjedokinja A opisala silovanja koja su počinila dva različita počinioaca. Okolnosti u vezi sa ovim incidentima razlikuju se u pogledu načina ulaska u njenu kuću, načina na koji je počinilac primijenio silu i prijetio joj. Dalje, dok se u prvom slučaju radi o samo jednom incidentu, navodi protiv ovog

⁶⁹ Žalba odbrane, strane 2-7.

⁷⁰ Odgovor tužioca na saslušanje povodom žalbe održanom 2.12.2009.

⁷¹ Tužilac protiv Mirka Todorovića i ostalih, vidi gore navedeno: paragraf 125.

⁷² Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008.

⁷³ Ibid. Vidi i dokaz T-1, izjava 1 od 25.8.2006. i izjava 2 od 30.10.2007.

⁷⁴ Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008.

⁷⁵ Ibid i dokaz T-1, izjava 1 od 25.8.2006.

optuženog uključuju višestruko silovanje. Pored toga, svjedokinja A je stalno opisivala ove incidente kao odvojene slučajeve silovanja, te je identifikovala počinitelje po imenu. Stoga je pretresno vijeće moglo opravdano odbiti argument optuženog da svjedočenje oštećene nije vjerodostojno pošto je ona navodno pomiješala ta dva incidenta.⁷⁶

68. Optuženi takođe tvrdi da svjedočenje svjedokinje A, u kojem je izjavila da ju je optuženi silom odveo u drugu sobu, nije vjerodostojno jer nije potrijepljeno svjedočenjem Radmile Živak.⁷⁷ Žalbena vijeće najprije ističe da za utvrđivanje vjerodostojnosti nisu neophodni potkrepljujući dokazi.⁷⁸ Žalbena vijeće dalje ističe da se pretresno vijeće oslanjalo na svjedočenje Radmile Živak da bi potkrijepilo svoje nalaze o upotrebi sile. Pregledom dokaza utvrđeno je da je Radmila Živak više puta izjavila da je optuženi „odvodio“ svjedokinju A u drugu sobu (naglasak dodat).⁷⁹ Ova svjedokinja ni u jednoj prilici nije opisala situaciju u kojoj su optuženi i svjedokinja A veselo i zadovoljno otišli u spavaću sobu; naprotiv, svjedokinja je opisala strah i bol koji je primjećivala na licu svjedokinje A prije i nakon što bi bila odvedena u spavaću sobu.⁸⁰ Ova svjedokinja je dalje objasnila kako je:

{on} je bio čovjek koji je bio naoružan i koji je ulazio u našu kuću kada god bi to poželio i odvodio bi je u sobu kada god bi to poželio.⁸¹

69. Svjedokinja Radmila Živak je kasnije svjedočila kako je oštećena silom odvedena u drugu sobu i navela je da je bila uplašena kada bi tamo pošla sa optuženim.⁸² Žalbena vijeće ističe da je na osnovu svjedočenja Radmile Živak i svjedokinje A pretresno vijeće moglo opravdano zaključiti da je optuženi „prisilio“ svjedokinju A da ode sa njim u spavaću sobu. Pretresno vijeće je takođe moglo opravdano zaključiti da je njeno svjedočenje bilo vjerodostojno. Žalbena vijeće stoga nalazi da uvid u spis ne potvrđuje argument žalbe u vezi sa vjerodostojnošću svjedokinje A

70. Optuženi takođe smatra upitnim vjerodostojnost oštećene iz razloga što ni jedan drugi svjedok (uključujući i Radmilu Živak) nije potkrijepio njeno svjedočenje u kojem je navela da joj je optuženi otvoreno prijetio da će joj dovesti petnaest vojnika u kuću ako ne bude imala polni odnos sa njim.⁸³ Žalbena vijeće se slaže da ni jedan drugi svjedok nije potkrijepio ovo svjedočenje. Međutim, taj nedostatak nije dovoljan da bi se utvrdilo da svjedočenje svjedokinje A nije vjerodostojno. Pretresno vijeće je moglo utvrditi da je svjedočenje svjedokinje A vjerodostojno na osnovu iskaza svjedokinje Radmile Živak i Gordane Gligorević koji ga potkrepljuju.

⁷⁶ Radmila Živak je takođe opisala odvojene i različite okolnosti u odnosu na navode o silovanju od strane optuženog i još jednog vojnika. Jedan incident se odnosio na večer kada su tri pijana vojnika došla u njihovu kuću. Jedan od vojnika je rekao svjedokinji A da pođe sa njim u drugu sobu. Vidjela je da je u ruci držao bombu i da je prijetio svjedokinji A. U jednom trenutku Radmila Živak je počela da vrišti, a vojnici su napustili kuću. Što se tiče navoda iz optužnice, svjedokinja je opisala kako su optuženi i njegovog brat u nekoliko navrata dolazili u njihovu kuću naoružani i obučeni u vojne uniforme. Opisala je svoja zapažanja o optuženom i oštećenoj. Vidi: svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008. i dokaz T-33 od 9.10.2007.g.

⁷⁷ Žalba odbrane, strane 3 i 6.

⁷⁸ *Tužilac protiv Dragomira Miloševića*, IT-98-29/1-A, presuda, 12.11.2009., paragraf 248.

⁷⁹ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008. i dokaz T-33 od 9.10.2007.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008. od 39:44 do 39:53.

⁸² Ibid., od 1:36:40 do 1:36:48.

⁸³ Žalba odbrane, strane 6-9 i 36-37.

71. Radmila Živak je svjedočila kako je oštećena bila „veoma uplašena kada bi optuženi došao u njihovu kuću i kako se plašila 'njihovog dolaska'“. ⁸⁴ Nakon što bi izašli iz sobe oštećena bi plakala. ⁸⁵ U svojoj ranijoj izjavi Radmila Živak je dalje objasnila da bi, nakon što bi optuženi otišao, svjedokinja A „bila u jako lošem stanju, stalno bi plakala“ ⁸⁶. Takođe je u nekoliko navrata rekla Radmili Živak da bi joj bilo „bolje da su je ubili na Bradini nego da prolazi kroz to.“ ⁸⁷

72. Gordana Gligorević je svjedočila da poznaje svjedokinju A od djetinstva te da je živjela blizu nje u Donjem Selu. ⁸⁸ Vidjela je braću Pinčić kako posjećuju kuću u kojoj je svjedokinja A živjela i primjećivala je da bi, nakon što bi oni otišli, svjedokinja A „bila prestravljena, uplašena {i} potresena.“ ⁸⁹ U svojoj ranijoj izjavi Gordana Gligorević je istakla da, kada bi god braća Pinčić došla, „lice svjedokinje A bi prekrio strah“ ⁹⁰.

73. Žalbeno vijeće ističe da strah i jedno/prestravljeno stanje koje je svjedokinja A pokazivala svaki put kada bi optuženi dolazio ili odlazio iz njene kuće pokazuju da se tamo dešavalo nešto zaista problematično. Jasno je da njeno raspoloženje nije bilo raspoloženje osobe koja je bila u ljubavnoj vezi. Žalbeno vijeće stoga zaključuje da potkrepljujući dokazi ova dva svjedoka daju dovoljno uvjerljivosti svjedočenju svjedokinje A tako da je pretresno vijeće moglo opravdano zaključiti da je njeno svjedočenje vjerodostojno. Prema tome, žalbeni navodi optuženog koji se tiču vjerodostojnosti svjedokinje A odbijaju se kao neosnovani.

C. Vjerodostojnost svjedoka odbrane

74. Optuženi smatra da je pretresno vijeće pogriješilo kada je utvrdilo da svjedoci odbrane nisu vjerodostojni. Konkretno, on tvrdi da je pogrešan zaključak pretresnog vijeća da svjedoci odbrane nikako nisu mogli znati za njegovu vanbračnu vezu.

75. Prvostepeno vijeće ističe da optuženi opet nije uspio objasniti zašto neko objektivno pretresno vijeće ne bi moglo doći do takvog zaključka. U predmetu *protiv Todorovića i ostalih* žalbeno vijeće je prilikom razmatranja slične situacije navelo slijedeće obrazloženje:

„...da se odbrana samo pozvala na određene dokaze navodeći kako je neshvatljivo da Pretresno vijeće nije prihvatilo te dokaze, odnosno da nije došlo do zaključka koji sugerira odbrana. Međutim, da bi se utvrdilo pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, odbrana mora dodatno ukazati na konkretne dokaze na koje se oslanjalo Pretresno vijeće, kao i na obrazloženje Pretresnog vijeća, i pritom jasno pokazati zbog čega je činjenični zaključak Pretresnog vijeća bio neopravdan. U slučajevima kada to ne uradi, odbrana zapravo samo izražava drugačije viđenje činjenica i ponovno zastupa stajalište zauzeto na samom suđenju. S obzirom da se u žalbenom postupku uvažavaju činjenični zaključci Pretresnog vijeća, Žalbeno vijeće neće ocjenjivati stajališta koja su strane zauzele na glavnom pretresu, nego će samo razmatrati

⁸⁴ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008., od 38:30 do 38:46.

⁸⁵ Ibid., od 1:38:06 do 1:38:14.

⁸⁶ Dokaz T-33 od 9.10.2007., strana 5.

⁸⁷ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008. od 1:38:33 do 1:38:47.

⁸⁸ Svjedočenje Gordane Gligorević od 22.9.2008.

⁸⁹ Ibid., od 32:12 do 32:41.

⁹⁰ Dokaz T-6 od 9.10.2007., strana 6.

argumente kojima se ukazuje na neopravdanost činjeničnih zaključaka Pretresnog vijeća. Svojim propustom da ukaže i pojasni zbog čega su činjenični zaključci Pretresnog vijeća neopravdani, odbrana nije na pravi način pokrenula ovo pitanje u žalbenom postupku.“⁹¹

76. U ovom predmetu optuženi takođe nije na pravi način pokrenuo ovo pitanje u žalbenom postupku. Međutim, žalbeno vijeće je ipak odlučilo da ispita ovo pitanje te je utvrdilo da je činjenični nalaz pretresnog vijeća o vjerodostojnosti svjedoka odbrane bio opravdan. Uvidom u spis utvrđeno je da su svjedoci koji su potkrijepili navode tužilaštva opisivali situaciju u kojoj je optuženi prisiljavao oštećenu na polni odnos sa njim, dok su svjedoci odbrane opisivali ljubavnu vezu za koju se znalo širom grada. Odlučujući o ovim suprostavljenim stavovima pretresno vijeće je utvrdilo da svjedočenja svjedoka odbrane nisu vjerodostojna.⁹²

77. Konkretno, pretresno vijeće je utvrdilo da iskazi svjedoka odbrane o tome kako su optuženi i oštećena šetali po gradu držeći se za ruke, zagrljeni u javnosti nije bilo uvjerljivo. Pretresno vijeće je opravdano sumnjalo koliko su vjerovatni bili navodi o takvom ponašanju, s obzirom da je supruga optuženog živjela u blizini, a čak je skupa sa svojom djecom i posjećivala jednu od komšinicu svjedokinje A.⁹³ Pretresno vijeće je takođe moglo opravdano utvrditi da je način na koji su se svjedoci odbrane prisjećali detalja nebitnih događaja neuvjerljiv.⁹⁴ Slično tome, pretresno vijeće je opravdano odlučilo da povjeruje svjedočenju onih svjedoka koji su lično posmatrali kritični događaj, a ne svjedočenju osoba koje su bile samo slučajni posmatrači. Žalbeno vijeće stoga nalazi da je zaključak prvostepenog vijeća bio opravdan te da optuženi nije uspio pokazati da jedan objektivan presuditelj činjenica ne bi donio istu presudu. Stoga se žalba optuženog po ovom osnovu mora odbiti.

D. Postojanje oružanog sukoba

78. Optuženi smatra da je pretresno vijeće pogrešno zaključilo da je u vrijeme kada su navodni zločini počinjeni postojao oružani sukob između Armije Republike Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: „ABiH“) i Hrvatskog vijeća odbrane (u daljem tekstu: „HVO“) sa jedne strane, te Oružanih snaga Srpske Republike Bosne i Hercegovine sa druge strane.⁹⁵ Optuženi dalje smatra da takav oružani sukob nije postojao ni na području Konjica, niti na cijeloj teritoriji BiH.

79. Tužilac je odgovorio navodeći da su bile uspostavljene tri vojske, HVO i ABiH na jednoj strani koje su se borile protiv Vojske Srpske Republike BiH (u daljem tekstu: „VRS“) na drugoj strani. Tužilac takođe navodi da je sukob između HVO-a i ABiH započeo 18.4.1993.⁹⁶

⁹¹ *Tužilac protiv Mirka Todorovića i Miloša Radića*, X-KRŽ-07/382, drugostepena presuda, 23.1.2009., paragraf 94.

⁹² Prvostepena presuda, strana 38.

⁹³ Uporedi *Tužilac protiv Milana Lukića*, IT-98-32/1-T, presuda, 20.7.2009., paragraf 212 (u kojoj je pretresno vijeće utvrdilo da svjedočenje svjedoka odbrane o događajima nije bilo uvjerljivo).

⁹⁴ Uporedi *Tužilac protiv Milana Lukića*, vidi gore navedeno: paragraf 217 (u kojem je Pretresno vijeće odbacilo svjedočenje jednog svjedoka pošto nije sadržavalo značajnije događaje koji bi mogli opravdati prisjećanje tako detaljnih podataka).

⁹⁵ Žalba odbrane, strana 7.

⁹⁶ Tužilac nije podnio odgovor na žalbene argumente optuženog, već se osvrnuo na njih na saslušanju povodom žalbe održanom 2.12.2009.

80. Član 173. stav 1. KZ BiH propisuje da tužilac treba da utvrdi postojanje oružanog sukoba u vrijeme kada je navodno krivično djelo počinjeno.⁹⁷ U ovom predmetu pretresno vijeće je utvrdilo da su se zločini desili „za vrijeme rata u Bosni i Hercegovini, u vrijeme oružanog sukoba između Armije Republike Bosne i Hercegovine i Hrvatskog vijeća odbrane sa jedne strane i Oružanih snaga Srpske Republike Bosne i Hercegovine sa druge strane...“⁹⁸

81. Žalbeno vijeće ističe da je uvidom u spis utvrđeno da je zaključak pretresnog vijeća koji se odnosi na postojanje oružanog sukoba potkrijepljen dokazima. Konkretno, „utvrđene činjenice“ koje je pretresno vijeće prihvatilo ukazuju na slijedeće:

„Hrvatsko vijeće odbrane (u daljem tekstu: HVO) formirano je 8. aprila 1992. kao vojna snaga Hrvatske zajednice Herceg-Bosne... Tokom većeg dijela 1992, HVO i jedinice HV-a stali su na stranu bosanske TO-a (kasnije bosanske Armije) protiv JNA i VRS. Pred kraj 1992, međutim, došlo je do okršaja između HVO i bosanske Armije i taj sukob se nastavio i 1993. godine.“⁹⁹

Kao što je već opširno razmotreno u odjeljku II, sama opština Konjic je bila poprište znatnog oružanog nasilja tokom 1992. godine.¹⁰⁰

Pretresnom vijeću su podnijete znatne količine dokaza u vezi vojnih napada na Konjic i granatiranja samog grada, kao i mnogih sela u toj opštini, uključujući Borce, Ljubinu, Džajiće i Gakiće, od strane pomenutih srpskih snaga. Dalje je neosporno da su snage opštinskih organa, koje su uključivale TO, MUP, i, u toku trajanja zajedničke komande, HVO, organizovali vojne operacije između ostalog protiv sela Donje Selo, Bradina, Bjelovčina, Cerići i Brđani. Upravo su kao posljedica tih operacija ljudi bili zatočeni u zatvoru/logoru Čelbići.¹⁰¹

U Konjicu se TO-u i MUP-u na kratko vrijeme pridružio HVO kao dio zajedničke komande koja je osnovana i organizovana za borbu protiv srpskih snaga.¹⁰²

82. Uvedeni su takođe iskazi svjedoka i materijalni dokazi koji pokazuju da su krajem maja 1992. godine vojnici HVO-a i ABiH napali selo Bradina, koje je pretežno bilo naseljeno srpskim stanovništvom. Muškarci iz sela su odvedeni u logore u Čelebićima i Konjicu.¹⁰³ Žene i djeca koji su ostali u Bradini na kraju su bili primorani da napuste selo u julu 1992. godine kada su ih vojnici sproveli u Donje Selo.¹⁰⁴ U Donjem Selu su postojali punktovi koje su kontrolisali ABiH i HVO, a ljudi nisu mogli napustiti Donje Selo bez dozvola koje je izdavao HVO.¹⁰⁵ Ustvari, vojnici iz obje vojske bi se kretali kroz naselje i ulazili u kuće u

⁹⁷ Član 173. stav 1. KZ BiH u relevantnom dijelu propisuje slijedeće: „Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi ili učini koje od ovih djela...“

⁹⁸ Prvostepena presuda, strana 1.

⁹⁹ *Tužilac protiv Zecnila Delalića i ostalih*, IT-96-21, prvostepena presuda, 16.11.1998., paragraf 118.

¹⁰⁰ Ibid., paragraf 188.

¹⁰¹ Ibid., paragraf 189.

¹⁰² Ibid., paragraf 191.

¹⁰³ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008.; dokaz T-5 od 3.6.2008. i dokaz T-33 od 9.10.2007.; vidi i: svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008.

¹⁰⁴ Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008. i svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2007.; vidi i: dokaz T-1, izjava 3 od 26.2.2008.

¹⁰⁵ Ibid., vidi i: dokaz T-5 od 3.6.2008. i dokaz T-6 od 9.10.2007.

kojima su živjele srpske porodice.¹⁰⁶ Žene su redovno posjećivale svoje muževe i rodbinu koji su bili zatočeni u logorima u Konjicu i Čelebićima.¹⁰⁷ U aprilu 1993. godine u Konjicu je izbio sukob između HVO-a i ABiH.¹⁰⁸

83. Žalbeno vijeće nalazi da je zaključak prvostepenog vijeća o postojanju oružanog sukoba potkrijepljen dokazima. Žalbeno vijeće dalje nalazi da je zaključak pretresnog vijeća o navodnim zločinima koji su se desili u vrijeme „oružanog sukoba između Armije Republike Bosne i Hercegovine i Hrvatskog vijeća odbrane sa jedne strane i Oružanih snaga Srpske Republike Bosne i Hercegovine sa druge strane...“ bio ispravan i opravdan, te zasnovan na dokazima.

84. Prema tome, taj žalbeni osnov je neutemeljen, te se odbija.

E. Veza između zločina i oružanog sukoba

85. Optuženi tvrdi da je prvostepeno vijeće pogriješilo kada je zaključilo da postoji veza (nexus) između njegovih navodnih postupaka i oružanog sukoba. Konkretno, optuženi smatra da se zaključak pretresnog vijeća koji se tiče „nexusa“ zasniva na zaključku da je on bio vojnik, a da je žrtva bila zatočena u Donjem Selu. Optuženi tvrdi da, s obzirom da su ti zaključci u suprotnosti sa dokazima, zaključak o „nexusu“ ne stoji.

86. Tužilac je ostao pri navodima da je postojalo nekoliko faktora koji potkrepljuju zaključak o postojanju veze između krivičnog djela i oružanog sukoba. Tužilac smatra da postoji dovoljno dokaza da se utvrdi „nexus“ pošto je predmetni incident uključivao: (1) počinioca pripadnika jedne sukobljene strane i civila-žrtvu sa suprotne strane, i (2) žrtvu koja je bila zatočena tokom oružanog sukoba.¹⁰⁹

87. Član 173. stav 1. KZ BiH zahtijeva da tužilaštvo mora ne samo da dokaže postojanje oružanog sukoba, već i dovoljnu povezanost između djela koja se optuženom stavljaju na teret i tog oružanog sukoba.¹¹⁰ Uistinu,

“ne traži se uzročno-posljedična veza između oružanog sukoba i počinjenja zločina, ali se u najmanju ruku traži da je postojanje oružanog sukoba u znatnoj mjeri utjecalo na mogućnost počinioca da počinji zločin, njegovu odluku da ga počinji, način počinjenja zločina ili cilj s kojim je počinjen”.¹¹¹

¹⁰⁶ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008.; vidi i: dokaz T-5 od 3.6.2008 i dokaz T-33 od 9.10.2007.

¹⁰⁷ Svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008. i svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008.; vidi i: dokaz T-6 od 9.10.2007 i dokaz T-33 od 9.10.2007.

¹⁰⁸ Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008.

¹⁰⁹ Tužilac nije podnio odgovor na argumente iz žalbe optuženog, već se osvrnuo na njih na saslušanju povodom žalbe održanom 2.12.2009. godine.

¹¹⁰ *Tužilac protiv Fatmira Limača i ostalih*, IT-03-66-T, presuda, 30.11.2005., paragraf 91.

¹¹¹ *Tužilac protiv Novaka Đukića*, X-KR-07/394, prvostepena presuda, 12.6.2009., paragraf 175, citat iz predmeta *Tužilac protiv Dragojuba Kunarca i ostalih*, IT-96-23-A i IT-96-23/1, drugostepena presuda, paragraf 58.

Sa druge strane, ono po čemu se ratni zločin razlikuje od običnog krivičnog djela koje podliježe nacionalnom zakonodavstvu jeste to da su „ratni zločini određeni kontekstom u kojem su počinjeni - oružanim sukobom - ili pak o njemu ovise”.¹¹²

88. Da bi se neko djelo okarakterisalo kao ratni zločin, potrebno je utvrditi da je „postojanje oružanog sukoba u znatnoj mjeri utjecalo na mogućnost počinioca da počini zločin, njegovu odluku da ga počini, način počinjenja zločina ili cilj s kojim je počinjen.”¹¹³ Kao što je žalbeno vijeće navelo u presudi u predmetu *Kunarac*:

“Da bi utvrdilo da li je određeno djelo u dovoljnoj mjeri povezano s oružanim sukobom, Pretresno vijeće može, između ostalog, uzeti u obzir sljedeće faktore: činjenicu da je počinitelj zločina borac, da žrtva nije borac, da žrtva pripada suprotstavljenoj strani, da se može smatrati da je to djelo u funkciji ostvarenja krajnjeg cilja vojnog pohoda, te da počinjenje zločina proizlazi iz službenih dužnosti počinitelja ili spada u njihov okvir.”¹¹⁴

89. Ispitivanje dokaza u odnosu na ove standarde pokazuje da postoji niz faktora ili okolnosti koje povezuju ovaj zločin sa oružanim sukobom. Prije svega, žalbeno vijeće ističe da je glavni argument koji je optuženi iznio, a koji se tiče njegovog vojnog statusa, nebitan; naime, glavno je pitanje da li je on imao službeno svojstvo (bilo kao vojnik ili kao civil) u vrijeme kada su zločini počinjeni.¹¹⁵ Optuženi je izjavio da je bio u vojsci u svojstvu sekretara HVO-a u Hrasnici, te da je bio zadužen za civilne poslove. U tom svojstvu bio je zadužen za izdavanje dozvola civilnom i vojnom osoblju.¹¹⁶

90. Žalbeno vijeće dalje ističe da je činjenica da su optuženi i žrtva živjeli u istom selu bila isključivo posljedica oružanog sukoba. Konkretno, dokazi pokazuju da je žrtva bila protjerana iz svog rodnog mjesta Bradina i odvedena u Donje Selo kao posljedica vojne kampanje na tom području.¹¹⁷ Slično tome, optuženi je bio prisiljen da napusti Hrasnicu zato što je VRS granatirala Hrasnicu i da ode u Donje Selo.¹¹⁸

91. Žalbeno vijeće ističe da je optuženi iskoristio svoj položaj u HVO-u da počini navedene zločine. Optuženi je svjedočio da je posjećivao srpska domaćinstva da bi ih obavijestio da ih se (HVO-a) ne trebaju bojati.¹¹⁹ Otišao je u kuću žrtve obučen u uniformu HVO-a i nosio pušku¹²⁰ koju je kasnije koristio da primora žrtvu da ima polne odnose sa njim.¹²¹ Takođe joj je prijetio da bi, ukoliko ne spava sa njim, mogao narediti petnaestorici vojnika da dođu u tu kuću, a onda bi ona vidjela šta bi se desilo sa svima njima.¹²²

¹¹² *Tužilac protiv Kunarca*, vidi iznad navedeno: paragraf 58.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Tužilac protiv Kunarca*, vidi gore navedeno: paragraf 59.

¹¹⁵ Ustvari, optuženi ne mora biti u odnosu ili povezan sa jednom od sukobljenih strana; odsustvo takvog odnosa/veze, što ovdje nije slučaj, ne znači automatsko negiranje nexusa što bi rezultiralo odbacivanjem optužbi kojima se tereti. Vidi: *Tužilac protiv Akayesu-a*, ICTR-96-4, drugostepena presuda, 1.6.2001., paragrafi 641-644.

¹¹⁶ Svjedočenje Zrinka Pinčića od 7.10.2008. i dokaz T-35 od 30.5.2008.

¹¹⁷ Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008. i dokaz T-1, izjava 1 od 25.8.2006.

¹¹⁸ Vidi: dokaz T-35 od 30.5.2008.

¹¹⁹ Vidi: dokaz T-35 od 30.5.2008.

¹²⁰ Svjedočenje Zrinka Pinčića od 7.10.2008.; svjedočenje Radmile Živak od 6.10.2008. i svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008.

¹²¹ Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008. i dokaz T-1, izjava 3 od 26.2.2008.

¹²² Svjedočenje svjedokinje A od 8.9.2008

92. Iako u ovom predmetu zločin koji je počinjen nije u jasnoj vezi sa ciljem oružanog sukoba, žalbeno vijeće smatra da je zločin silovanja koji je počinio optuženi u dovoljnoj mjeri povezan sa oružanim sukobom. Konkretno, optuženi nikada ne bi mogao počiniti zločin da nije bilo oružanog sukoba. Stoga je zločin bio „određen“ i to „kontekstom u kojem je počinjen - oružanim sukobom - ili pak o njemu ovisi“.¹²³

93. Žalbeno vijeće ističe da položaj optuženog unutar HVO-a¹²⁴ i činjenica da je koristio taj položaj da počinio zločin dodatno potvrđuju nexus između silovanja i oružanog sukoba. Pored toga, njihova etnička pripadnost (optuženog i žrtve) i činjenica da su bili povezani sa suprostavljenim stranama u ratu, kao i razlog i svojstvo u kojem su bili u selu (naoružani zvaničnik i izbjeglica) dodatno potkrepljuju neophodni uslov postojanja nexusa.¹²⁵

94. Žalbeno vijeće stoga zaključuje da je uvidom u spis utvrđeno da je zaključak prvostepenog vijeća o postojanju veze između zločina i rata potkrijepljen dokazima. Prema tome, ovaj žalbeni navod optuženog je neosnovan, te se odbija.

V ŽALBENI OSNOVI U SKLADU SA ČLANOM 300. ZKP BiH- ODLUKA O KRIVIČNO PRAVNOJ SANKCIJI I TROŠKOVIMA POSTUPKA.

A. Žalba Tužilaštva

95. Tužilac smatra da je prvostepeno vijeće pogriješilo time što je izreklo preblagu kaznu s obzirom na težinu krivičnog djela i nastalih posljedica po žrtvu.¹²⁶ Konkretno, tužilac smatra da je pretresno vijeće 1) nepravilno odlučilo da određeni kriteriji predstavljaju olakšavajuće okolnosti i 2) propustilo da razmotri kao otežavajuću okolnost teške posljedice krivičnog djela po žrtvu.¹²⁷

96. Optuženi se protivio prijedlogu tužioca da se preinači odluka o kazni jer smatra da je tužilac pogrešno tumačio činjenice i da uvid u dokaze pokazuje da su emocionalni problemi žrtve posljedica prethodnog silovanja koje je počinio Almir ili Admir Čosić.¹²⁸

97. Nakon što je našlo osobito olakšavajuće okolnosti i nijednu otežavajuću okolnost, prvostepeno vijeće je osudilo optuženog na kaznu zatvora u trajanju od devet (9) godina.¹²⁹

¹²³ *Kumarac i ostali*, drugostepena presuda, paragraf 58; *Rutaganda*, drugostepena presuda, paragrafi 569-570.

¹²⁴ Iako se žalbeno vijeće nije upuštalo u razmatranje pitanja da li je optuženi bio vojnik, vijeće ističe da postoji dovoljno dokaza da se utvrdi i ta činjenica.

¹²⁵ Žalbeno vijeće se takođe nije upuštalo u razmatranje pitanja da li je oštećena bila zatočena u Donjem Selu. Žalbeno vijeće ističe da je pretresno vijeće moglo ispravno utvrditi da spis potvrđuje zaključak da su ljudi koji su prisilno odvedeni iz Bradine i smješteni u kuće u Donjem Selu (u kojem su se vojni punktovi nalazili na oba kraja sela, a ljudi nisu mogli napustiti selo bez putne dozvole koju je izdavao HVO) bili zatočeni. Uporedi: *Tužilac protiv Blagica Simića i ostalih*, IT-95-9-T, presuda, 17.10.2003. paragraf 680.

¹²⁶ Žalba Tužilaštva BiH str. 1-2

¹²⁷ Ibid str.2-4

¹²⁸ Izjašnjenje odbrane str. 1-3. Takođe treba istaći da u skladu sa članom 308. ZKP BiH žalbeni sud mora preispitati kaznu koja je izrečena optuženom u slučajevima u kojima se u žalbi navodi da je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno ili da je došlo do povrede krivičnog zakona. Shodno tome, žalbeno vijeće će preispitati izrečenu kaznu.

¹²⁹ Prvostepena presuda str. 2, 39-40

98. U predmetu protiv *Todorović Mirka i Radić Miloša*, žalbeno vijeće je odredilo standarde za odlučivanje po žalbi na odluke o kazni. Vijeće je utvrdilo:

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

Žalba na odluku o kazni može se, prije svega, uložiti na osnovu toga da Pretresno vijeće nije primijenilo relevantne zakonske odredbe prilikom odmjeravanja kazne.

Međutim, Žalbeno vijeće neće preinačiti odluku o kazni samo zbog toga što Pretresno vijeće nije primijenilo sve relevantne zakonske odredbe, već će Žalbeno 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 Žalbeno vijeće smatra da je došlo do nepravilne presude ono će utvrditi odgovarajuću kaznu na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog od strane Pretresnog vijeća i pravilno primijenjenog zakona.

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

Naime, podnosilac žalbe mora pokazati da je Pretresno vijeće dalo težinu nebitnim i irelevantnim pitanjima, da nije dalo težinu ili dovoljno težine relevantnim pitanjima, da je napravilo očiglednu grešku u odnosu na činjenice na koje je primijenilo svoje diskreciono pravo ili da je odluka Pretresnog vijeća bila u tolikoj mjeri neopravdana, ili jednostavno nepravedna, da Žalbeno vijeće može izvesti zaključak da Pretresno vijeće nije koristilo svoje diskreciono pravo na primjeren način.

Žalbeno vijeće uzima u obzir da pretresno vijeće nije obavezno da posebno obrazlaže svaku otežavajuću i olakšavajuću okolnost. Ako je Žalbeno vijeće uvjeren da je Pretresno vijeće razmatralo te okolnosti, ono neće izvesti zaključak da je Pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom utvrđivanja odgovarajuće kazne.¹³⁰

99. Nakon što je izvršilo uvid u spis, žalbeno vijeće je zaključilo da prvostepeno vijeće nije zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom izricanja kazne optuženom. Iako pretresno

¹³⁰ Drugostepena presuda u predmetu protiv *Todorović Mirka i Radić Miloša*, broj X-KRŽ-07/382, od 23.01.2009, para.i 180-186

vijeće nije razmatralo posljedice nastale kao rezultat silovanja kao otežavajuću okolnost, vijeće je uzelo u obzir ove činjenice prilikom utvrđivanja kazne. Konkretno, pretresno vijeće je konstatovalo da „su posljedice ovih djela nesagledive i trajne“, a kasnije je navelo da je razmatralo „težinu posljedica“.¹³¹ Pretresno vijeće također napominje da je donijelo odluku o kazni koja je manja od deset godina nakon što je utvrdilo posljedice krivičnog djela.¹³² Stoga, žalbeno vijeće zaključuje da iako pretresno vijeće nije pravilno cijeno kao otežavajuću okolnost teške posljedice od kojih žrtva pati, ipak je prilikom utvrđivanja korektno i pravično kazne uzelo u obzir ovu okolnost.

100. Žalbeno vijeće dalje konstatuje da starosna dob i zdravlje/ zdravstveno stanje optuženog predstavljaju olakšavajuće faktore prilikom utvrđivanja kazne.¹³³ Slično tome, činjenica da je optuženi osoba sa ... može se takođe smatrati olakšavajućom okolnošću.¹³⁴ Iako će se težina koja se pridaje ovim okolnostima razlikovati od predmeta do predmeta, ovi se faktori mogu razmatrati u svim predmetima.¹³⁵

101. Nasuprot navodima žalbe tužilaštva, i prvostepeno i ovo Vijeće, prilikom odmjeravanja kazne optuženom, a kako je to istaknuto u paragrafu broj 95, imali su u vidu težinu posljedica koje je predmetni zločin ostavio na osobi A, odnosno činjenicu da se i posljedice koje trpi osoba A mogu okarakterisati kao vid invaliditeta. Navedena okolnost međutim, ne umanjuje značaj činjenice da je sam optuženi RVI sa 80% tjelesnog oštećenja, te da je riječ o osobi u sedmoj deceniji života, zbog čega ovo vijeće nalazi ispravnim zaključak prvostepenog vijeća da se navedene okolnosti mogu tretirati kao osobito olakšavajuće okolnosti, koje po ocjeni ovog vijeća, kao i prvostepenog, predstavljaju osnov za ublažavanje kazne.

102. Žalbeno vijeće nalazi da nije došlo do zlupotrebe diskrecionog prava budući da je pretresno vijeće pažljivo razmotrilo ove olakšavajuće faktore kao i posljedice krivičnog djela. Stoga, tužilac svojom žalbom nije utvrdio da je pretresno vijeće pogriješilo u odmjeravanju odgovarajuće kazne te se žalba na osnovu ovog navoda odbija.

103. Žalbeno vijeće je u skladu sa članom 308. ZKP BiH (prošireno djejestvo žalbe) preispitalo kaznu na koju je optuženi osuđen te nalazi da je pretresno vijeće primjenilo odgovarajuće zakonske odredbe i da nije zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo prilikom odmjeravanja odgovarajuće kazne. Žalbeno vijeće zaključuje da će se sa izrečenom kaznom u cijelosti ostvariti zakonom predviđena svrha kažnjavanja.

B. Odluka o troškovima krivičnog postupka

104. Apelaciono vijeće je odbilo kao neosnovane žalbene navode odbrane kojima se ukazuje na nezakonitost odluke prvostepenog vijeća kojom je utvrđena obaveza optuženog da nadoknadi troškove krivičnog postupka. Naime, odbrana nije ponudila ni jedan dokaz kojim bi ukazala na njegovo navodno slabo imovinsko stanje, niti u toku prvostepenog postupka niti

¹³¹ Prvostepena presuda str. 39

¹³² Ibid. str. 38

¹³³ Vidjeti osuđujuću presudu u predmetu protiv *Simić Milana*, broj: IT-95-9/2-S, od 17.10.1992, para. 95-103 i osuđujuću presudu u predmetu protiv *Plavšić Bijane*, broj: IT- 00-39&40/1-S, od 27.02. 2003, para. 95-106.

¹³⁴ Drugostepena presuda u predmetu protiv *Tanasković Nenada*, broj: X-KRŽ-06/165, od 15.10.2008, str. 38 i 39

¹³⁵ Vidjeti drugostepenu presudu u predmetu protiv *Samardžija Marka*, broj: X-KRŽ-05/07, od 15.10.2008., str.38; i drugostepenu presudu u predmetu protiv *Huskić Muhameda*, broj: X-KŽ-07/345, od 8.7.2008., str. 9.

kako bi potkrijepila navode u žalbi na prvostepenu presudu. Prema saznanjima kojima Sud raspolaže, optuženi je korisnik invalidske penzije, dakle ima određena stalna primanja. U skladu sa članom 188. stav 1. ZKP BiH, optuženi ima obavezu plaćanja troškova krivičnog postupka, kada ga Sud oglasi krivim. Stav 4. istog člana ZKP BiH, predstavlja izuzetak od navedenog pravila i propisuje mogućnost oslobađanja optuženog obaveze da naknadi troškove krivičnog postupka ukoliko bi njihovim plaćanjem bilo dovedeno u pitanje izdržavanje optuženog ili osobe koju je on dužan da izdržava. Obzirom da odbrana nije dokazala da bi plaćanjem troškova krivičnog postupka, bilo dovedeno u pitanje izdržavanje optuženog ili osoba koje je dužan izdržavati, Apelaciono vijeće je zaključilo da je odluka prvostepenog vijeća o obavezi optuženog da naknadi troškove krivičnog postupka ispravna.

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

ZAPISNIČAR:

**PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA**

Nevena Aličhajić

Hilmo Vučinić

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