



Broj: X-KRŽ-06/299

Dana: Donesena 25. 03. 2009. godine

Vijeće Apelacionog odjeljenja u sastavu:

sudija Dragomir Vukoje kao predsjednik vijeća
sudija Azra Miletić, sudija izvjestilac
sudija Phillip Weiner, član

TUŽILAŠTVO BOSNE I HERCEGOVINE

protiv

KURTOVIĆ ZIJADA

DRUGOSTEPENA PRESUDA

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine:

Vesna Budimir

Branilac optuženog, advokat:

Karkin Fahrija

SADRŽAJ

1. UVOD, IZREKA	3
2. OBRAZLOŽENJE	4
3. I ŽALBA BRANIOCA OPTUŽENOG	5
4. I 1. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka	5
5. I 2. Pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje	11
6. I 2.1 Pogrešno utvrđeno činjenično stanje	11
7. I 2.2 Nepotpuno utvrđeno činjenično stanje	18
8. I 3. Povreda materijalnog zakona	22
9. II ŽALBA TUŽIOCA TUŽILAŠTVA BiH	30

Broj: X-KRŽ-06/299
Sarajevo, 25.03.2009. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel za ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja sastavljenom od sudija Dragomira Vukoje, kao predsjednika vijeća, te sudija Azre Miletić i Phillip Weiner-a, kao članova vijeća, uz učešće pravne saradnice Sanide Vahida-Ramić u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Kurtović Zijada, zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stava 1. tačke c), e) i f), krivičnog djela Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stava 1. tačke a) i b), te krivičnog djela Povreda zakona ili običaja rata iz člana 179. stava 1. i 2. tačka d), u vezi sa članom 180. stav 1. te članom 29. i 53. stav 1. sve Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH), odlučujući po žalbama Tužilaštva BiH i branioca optuženog, advokata Karkin Fahrije, izjavljenim protiv presude ovog suda broj X-KR-06/299 od 30.04.2008. godine, nakon održane sjednice vijeća, u prisustvu optuženog, njegovog branioca i tužiteljice Tužilaštva BiH – Vesne Budimir, dana 25.03.2009.godine, donio je sljedeću:

P R E S U D U

Odbija se, kao neosnovana, žalba Tužilaštva BiH, a žalba branioca optuženog Kurtović Zijada djelimično uvažava na način da se presuda Suda BiH broj X-KR-06/299 od 30.04.2008. godine p r e i n a č a v a u pravnoj ocjeni i pravnoj kvalifikaciji djela, tako da se radnje pod tačkama od 1.do 10. izreke prvostepene presude, za koje je optuženi oglašen krivim, pravno kvalifikuju kao krivično djelo - Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. Krivičnog zakona SFRJ, koji je preuzet na osnovu Zakona o primjeni Krivičnog zakona Republike Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona *SFRJ*, i za to djelo mu se utvrđuje kazna zatvora u trajanju od 9 (devet) godina, a radnje pod tačkom 11. izreke prvostepene presude, za koje je optuženi oglašen krivim, kao krivično djelo-Uništavanje kulturnih i istorijskih spomenika iz člana 151. stav 1. istog Zakona, za koje mu se utvrđuje kazna zatvora u trajanju od 3 (tri) godine, pa se optuženi, primjenom člana 48. stav (1.) i (2.), tačka 3. navedenog Zakona, o s u đ u j e na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 11 (jedanaest) godina.

U ostalom dijelu prvostepena presuda ostaje neizmjenjena.

* Ovo je konsolidovana verzija drugostepene presude koja uključuje ispravke od 07.09.2009. godine (Rješenje o ispravci broj X-KRŽ-06/299 od 07.09.2009);

O b r a z l o ž e n j e

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine broj X-KR-06/299 od 30.04.2008. godine optuženi Kurtović Zijad je oglašen krivim da je u vrijeme i na način opisan pod tačkama 1,2,3,5,6,7,8,9 i 10 izreke počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stava 1. tačke c), e) i f) KZ BiH, pod tačkama 1,2,3,4,5 i 6 izreke, krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stava 1. tačke a) i b) KZ BiH, i pod tačkom 11. izreke, krivično djelo Povrede zakona ili običaja rata iz člana 179. stava 1. i 2. tačka d) KZ BiH, a sve u vezi sa članom 180. stav 1, te članom 29. i 53. stav 1, sve KZ BiH. Primjenom odredaba člana 53. stav 1. istog Zakona, sud mu je za svako od navedenih krivičnih djela utvrdio zatvorske kazne u trajanju od po 10 (deset) godina, pa ga je primjenom odredaba člana 53. stav 1. KZ BiH, za navedena krivična djela osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 11 (jedanaest) godina.
2. Na osnovu odredbe člana 188. stav 1. ZKP BiH, optuženi je dužan naknaditi troškove krivičnog postupka, dok su oštećeni, na osnovu odredbe člana 198. stav 2. ZKP BiH, sa imovinsko – pravnim zahtjevima upućeni na parnicu.
3. Protiv navedene presude žalbe su blagovremeno izjavili tužilac Tužilaštva BiH (tužilac) i branilac optuženog, advokat Karkin Fahrija (branilac).
4. Tužilac je žalbu izjavio zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji u skladu sa članom 296. stav 1. tačka d) ZKP BiH, sa prijedlogom da Apelaciono vijeće Suda BiH (Apelaciono vijeće), nakon pravilne ocjene otežavajućih i olakšavajućih okolnosti, istu uvaži i pobijanu presudu preinači na način da optuženom izrekne kaznu zatvora u dužem trajanju.
5. Branilac optuženog je, također, blagovremeno izjavio žalbu, i to zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka d) i k), povrede krivičnog zakona u skladu sa članom 298. stav 1. tačka d), i pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja u skladu sa članom 299. stav 1. i 2. ZKP BiH, sa prijedlogom Apelacionom vijeću da istu uvaži, ukine prvostepenu presudu i odredi održavanje novog pretresa.
6. Stranke nisu dostavile odgovore na žalbu protivne strane.
7. Na sjednici Apelacionog vijeća, održanoj 25.03.2009. godine, u smislu odredbe člana 304. ZKP BiH, tužiteljica i branilac optuženog su ukratko izložili žalbe i u cjelosti ostali kod navoda i prijedloga iz istih, dok su dajući usmene odgovore na žalbu suprotne strane, iste ocijenili neosnovanima, te sudu predložili da ih kao takve i odbije.
8. Optuženi se pridružio navodima svog branioca.

9. Nakon što je ispitalo prvostepenu presudu u granicama žalbenih navoda, te i u smislu člana 308. ZKP BiH, Apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci iz razloga koji slijede:

I ŽALBA BRANIOCA OPTUŽENOG

I 1.Bitne povrede odredaba krivičnog postupka

10. U skladu sa članom 297. ZKP BiH, presuda se može pobijati zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka taksativno nabrojanih u stavu 1.) navedenog člana.
11. Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i kada sud, u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude, nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu zakona o krivičnom postupku, ali samo ukoliko je to bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito donošenje presude (član 297. stav 2. ZKP BiH).
12. U konkretnom slučaju, branilac pobija presudu zbog postojanja razloga iz člana 297. stav 1. tačka d) i k) ZKP BiH.

(1) a) Član 297. stav 1. tačka d)

13. Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji:

...d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu

14. Povreda prava na odbranu podrazumijeva da nisu primijenjena ili su nepravilno primijenjena pravila postupka na štetu optuženog.
15. U konkretnom slučaju branilac povredu prava na odbranu vidi u činjenici da je odbrana, imajući u vidu ukupnu dužinu postupka protiv optuženog, počevši od pokretanja istrage, pa do iznošenja završnih riječi, imala na raspolaganju relativno kratko vrijeme za dokazivanje svoje teze.
16. Povreda prava na odbranu, prema riječima branioca, ogleda se i u činjenici što je prvostepena presuda objavljena u kratkom vremenskom roku (dvadeset minuta nakon iznošenja završih riječi stranaka).
17. Konačno, branilac dodaje da su obje navedene povrede (iznesene u paragrafu 14. i 15.) dovele i do povrede jednakosti stranaka u postupku.
18. Apelaciono vijeće ne nalazi osnovanim navedene žalbene prigovore branioca.

19. Konkretno, Apelaciono vijeće napominje da je teret dokazivanja na tužiocu, koji mora dokazati sve elemente inkriminiranih krivičnih djela. Ta obaveza ne postoji na strani optuženog, s obzirom na pretpostavku nevinosti, već postoji pravo optuženog da iznosi svoju odbranu ili da se brani šutnjom budući da ne postoji obaveza dokazivanja vlastite nevinosti. Saglasno tome, tužilac je dužan da raspoloživim pravnim sredstvima dokaže tezu optužbe, te je slijedom toga i logično da mu je potrebno daleko više vremena da ostvari taj cilj u odnosu na odbranu. "Ovo je dovoljan razlog kojim se objašnjava zašto se upravo princip osnovne proporcionalnosti, a ne striktni princip matematičke jednakosti, generalno primjenjuje na odnos između vremena i svjedoka koji se odobravaju svakoj od strana u postupku."¹ Uvidom u spis utvrđeno je da je optuženi imao dovoljno vremena za iznošenje odbrane. Apelaciono vijeće također navodi da su na glavnom pretresu i tužilac i optuženi doveli skoro jednak broj svjedoka i utrošili skoro jednaku količinu vremena. Obzirom na navedeno, Apelaciono vijeće nalazi da je prigovor da je pravo optuženog na odbranu povrijeđeno time što je optuženi imao manje vremena od tužioca neosnovan, te se stoga odbija.
20. Vezano za prigovor branioca da je zbog kratkoće vremena koje je proteklo između zaključenja glavnog pretresa i izricanja presude povrijeđeno pravo na odbranu optuženog, Apelaciono vijeće napominje da je prvostepeno vijeće, suprotno žalbenim navodima, vodilo računa o rokovima za objavu presude predviđenim članom 286. stav 1. ZKP BiH (Vrijeme i mjesto objavljivanja presude).
21. Član 286. stav 1. ZKP BiH glasi:
- Pošto je presuda izrečena, Sud će je odmah objaviti. Ako Sud nije u mogućnosti da istog dana po završetku glavnog pretresa izrekne presudu, odložiti će objavljivanje presude najviše za tri dana i odrediti će vrijeme i mjesto objavljivanja presude.*
22. Dakle, kriterij koji je zakonodavac postavio u vezi sa rokovima za objavu presude jeste *mogućnost suda* da odmah po izricanju presude istu i objavi, odnosno, da ukoliko nije u mogućnosti da je odmah objavi, odloži njeno objavljivanje za najviše tri dana. Mogućnost suda da objavi presudu odmah nakon što je izrečena se ogleda u njegovoj stvarnoj mogućnosti da, obzirom na složenost i obimnost konkretnog predmeta, objavi presudu odmah po njenom izricanju.
23. U konkretnom slučaju, krivični predmet koji se pred ovim sudom protiv optuženog Kurtović Zijada vodi je, obzirom na obimnost dokazne građe, raznovrsnost i broj krivičnihopravnih radnji i djela koja mu se stavljaju na teret, te obimnost optužnice (ukupno 11 tačaka), nesumnjivo, složen i obiman predmet. Ipak, to nije

¹ Tužilac protiv Nasera Orića, predmet br. IT-03-68-AR73.2, "Odluka po interlokutornoj žalbi o dužini iznošenja odbrane", 20.07.2005. godine, stav 7.

predstavljalo prepreku prvostepenom vijeću da presudu objavi odmah po zaključenju glavnog pretresa, tačnije, nakon 20 minuta.

24. Apelaciono vijeće navodi da je, uprkos složenosti konkretnog predmeta, prvostepeno vijeće imalo priliku da, tokom cijelog dokaznog postupka, a prije završnih riječi, cijeni izvedene dokaze i vrši evaluaciju istih. Stoga, budući da je prvostepeno vijeće postupilo u skladu sa zakonskim kriterijima i imalo dovoljno vremena da analizira i cijeni dokaze, prigovor da je vijeće pogriješilo je pravno i činjenično neutemeljen, te ga Apelaciono vijeće odbija.

Povreda prava na odbranu i jednakosti stranaka u postupku

25. Branilac smatra da je prvostepeno vijeće, postupajući na ranije opisan način (paragraf: 15.), a u vezi sa žalbenim prigovorom iz člana 297. stav 1. tačka d) (povreda prava na odbranu), povrijedilo i princip jednakosti stranaka u postupku.

26. Prije svega, načelo jednakosti stranaka je propisano međunarodnim standardima, i to članom 14. stav 1. i 3. tačka e) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP) i članom 6. stav 1. i 3. tačka d) Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP).

27. U relevantnom dijelu, član 14. MPGPP glasi:

(Stav 1.):

***Svi su pred sudovima jednaki.** Svako ima pravo da njegova stvar bude **pravično** i javno **saslušana** od strane nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog suda, ustanovljenog zakonom, koji će odlučivati bilo o osnovanosti ma kakve optužbe krivično-pravne prirode uperene protiv njega, bilo u sporovima o njegovim pravima i obavezama građanske prirode. (...)*

(Stav 3. tačka e)

Svako ko je optužen za krivično djelo ima potpuno jednako pravo bar na sljedeća jamstva:

- a) da ispituje ili postigne da se ispituju svjedoci optužbe i da postigne da pristupe sudu i budu saslušani svjedoci u njegovu korist pod istim uslovima kao i svjedoci optužbe;*

28. U relevantnom dijelu, član 6. stav 1. i 3. tačka d) EKLJP glasi:

(Stav 1.):

*Prilikom, utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na **pravičnu** i javnu **raspravu** u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom. (...)*

(Stav 3. tačka d):

Svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:

d) da sam ispituje ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe i da se prisustvo i saslušanje svjedoka odbrane odobri pod uslovima koji važe i za svjedoka optužbe.

29. Navedeni standardi govore ne samo o jednakosti stranaka u krivičnom postupku, već i u drugim postupcima, kao i o jednakosti svih građana pred sudom. Razumljivo, mi ćemo se skoncentrisati na aspekt jednakosti u vezi sa krivičnim postupkom.

30. Jednakost stranaka u krivičnom postupku je jedno od elemenata šireg koncepta pravičnog suđenja. Ono se ogleda kroz načelo jednakosti stranaka koje je jedno od temeljnih načela u krivičnom postupku. Kao takvo, propisano je i ZKP-om, međutim, ono nije konkretno definisano u ZKP-u, već je prožeto kroz cjelokupan procesni zakon i realizuje se kroz konkretne procesne radnje stranaka (i branioca), odnosno, ono se ogleda kroz princip jednakosti pravnih sredstava u krivičnom postupku (tzv. jednakost oružja, equality of arms) koje ima važnu ulogu u svim fazama krivičnog postupka, a u punom obimu dolazi do izražaja na glavnom pretresu. Ovaj princip se ogleda, naprimjer, kroz: pravo stranaka (i branioca) da neposredno ispituju svoje svjedoke (direktno ispitivanje), i svjedoke suprotne strane (unakrsno ispitivanje); pravo stranaka da izvode dokaze kojim se pobijaju (osporavaju) navodi druge strane; pravo na žalbu (osim u slučajevima kada je to pravo zakonski uskraćeno, tj. kada žalba nije dopuštena); mogućnost stranaka da se suprotstavljaju argumentima druge strane.

31. Kada navedeno dovedemo u vezu sa konkretnim žalbenim prigovorima branioca, zaključak je ovog vijeća da prvostepeno vijeće, suprotno argumentima žalioca u tom smjeru, nije povrijedilo načelo jednakosti stranaka u krivičnom postupku.

32. Naime, činjenica da je odbrana, za razliku od optužbe, isrcpila daleko manje vremena u koncipiranju svoje strategije, samo po sebi, ne može značiti da je princip jednakosti stranaka narušen. Iz spisa proizilazi da je odbrana imala i iskoristila sva procesna prava pod jednakim mogućnostima kao i optužba. Tako, naprimjer, odbrana je tokom postupka pozivala svoje svjedoke pod jednakim uslovima kao i optužba, i iskoristila je mogućnost unakrsnog ispitivanja svjedoka; izvela je materijalne dokaze kojima je pobijala argumente optužbe; izjavljivala je (redovne) pravne lijekove-žalbu na rješenja prvostepenog vijeća; izjavljivala je procesne prigovore u okvirima koje zakon predviđa. Činjenica da je sve to zahtijevalo daleko

manje vremena u odnosu na optužbu, ne znači da je povrijeđeno načelo jednakosti stranaka, pa su žalbeni prigovori istaknuti u tom smjeru i odbijeni kao neosnovani.

33. Branilac, nadalje, smatra da je objavljivanjem presude u roku od 20 minuta po zaključenju glavne rasprave, također, povrijeđena jednakost stranaka u postupku.
34. Apelaciono vijeće smatra da i u ovom slučaju relevantna argumentaciju koju je ranije iznijelo (paragraf: 20-24), te bi bilo izlišno da je ovom prilikom opet ponavlja. Ovo i iz razloga što je i sam branilac iznio samo paušalne prigovore po ovom pitanju ne ulazeći argumentovano u obrazlaganje ovog žalbenog osnova, pri tome ne osporavajući da je takvo postupanje prvostepenog vijeća u skladu sa relevantnom odredbom ZKP-a.
35. U skladu s navedenim, žalbeni prigovori branioca istaknuti u tom smjeru su odbijeni kao neosnovani.
36. I u paragrafima 92. i 93. presude Apelaciono vijeće će razmatrati žalbeni navod o bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka (povreda prava na odbranu), s obzirom na to da je ovaj prigovor izložen kao argument o nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju.

(1) b) Član 297. stav 1. tačka k)

37. Bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji:

...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.

38. Apelaciono vijeće napominje da će preispitati svaku žalbu zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka prema članu 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH na osnovu *prima facie* analize presude. Apelaciono vijeće će ispitati da li je izreka nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude, ili uopće ne sadrži razloge, ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama. Apelaciono vijeće u sklopu ovog preispitivanja neće razmatrati da li je pretresno vijeće napravilo činjeničnu grešku ili materijalnu povredu zakona, već će samo utvrditi da li presuda formalno sadrži sve potrebne elemente dobro obrazložene i razumljive presude.
39. Apelaciono vijeće dalje naglašava da podnosilac žalbe **mora pokazati** da navedena formalna greška čini presudu nepravilnom.

40. Apelaciono vijeće ima u vidu da član 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH nije odgovarajući osnov za žalbu kada se osporava tačnost činjenica koje je pretresno vijeće utvrdilo ili nije utvrdilo. Greška u utvrđenju neke odlučne činjenice (netačno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje) prema članu 299. stav 1. ZKP BiH predstavlja odgovarajući osnov za osporavanje presude u slučaju kada se osporava tačnost činjenica koje je pretresno vijeće utvrdilo ili nije utvrdilo. Svoje žalbene navode u skladu sa članom 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH podnosioci žalbi treba da ograniče na formalni aspekt presude, a zbog navodne greške u pogledu činjeničnog stanja treba da se pozovu na član 299. ZKP BiH.
41. Nakon pažljive i detaljne analize pobijane presude, sa gledišta pitanja da li ona ima nedostataka koji bi mogli da uspostave bitnu povredu krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH, Vijeće zaključuje da ovakvih nedostataka nema i da, stoga, bitne povrede procesnih odredbi u vezi sa tačkom k), a što je u žalbi samo paušalno navedeno, nisu učinjene.
42. Ovo vijeće je našlo da joj se ne mogu učiniti nikakve zamjerke sa gledišta bitnih povrede odredaba krivičnog postupka, ni u vezi sa njenom razumljivošću, jasnošću, odnosno mogućim manjkavostima koje zakonodavac taksativno navodi u tački k) stava 1. člana 297, a koje bi vodile ukidanju prvostepene presude.
43. Elaborativne metode, kojim se presuda služi u skladu sa odredbama procesnog zakona koji uređuje ovu materiju. Presuda, naime, najprije imenuje izvedene dokaze, zatim iznosi sadržaj tih dokaza, i ocjenjuje ih po vjerodostojnosti. U pobijanoj presudi su dati razlozi o odlučnim činjenicama relevantnim za presuđenje u ovoj pravnoj stvari, uz detaljnu i iscrpnu analizu svih dokaza kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti, a o čemu će više biti riječi prilikom ocjene pravilnosti i potpunosti utvrđenosti činjeničnog stanja.
44. Držeći se ovog metodološkog – procesnog pristupa, presuda sadrži dokazne osnove za svaku činjenicu koju smatra pouzdano utvrđenom, bez obzira kojoj kategoriji ta činjenica pripada (odlučne, indicijalne, kontrolne), pri čemu nijedna činjenica bitna za presudu, nije zanemarena.
45. Nadalje, izrekom presude obuhvaćeni su svi bitni elementni krivičnih djela iz člana 173, 175. i 179. KZ BiH, uz precizan opis pojedinačnih radnji izvršenja označenih u svim tačkama izreke.
46. Stoga, Apelaciono vijeće zaključuje da, s obzirom da branilac nije dokazao da je prvostepena presuda manjkava u smislu člana 297. stav 1. tačka k), njegovi žalbeni prigovori su odbijeni kao neosnovani.

(1) c) Zakonitost prepoznavanja optuženog

47. Prepoznavanje optuženog u *i s t r a z i*, a potom i u *s u d n i c i*, suprotno argumentima iznesenim u žalbi, je izvršeno na zakonit način. Naime, prepoznavanje optuženog (tokom obje navedene faze) nije ni vršeno kao posebna radnja dokazivanja (u smislu člana 85. stav 3. ZKP BiH), kako to branilac tvrdi, već predstavlja sastavni dio iskaza svjedoka.
48. Svjedoci su se, naime, u kontekstu opisivanja događaja obuhvaćenog optužnicom, a kako iz zapisnika iz *i s t r a g e* Tužilaštva BiH proizilazi, nedvojbeno i jasno izjašnjavali o optuženom kao vinovniku njihovih stradanja u crkvi Svih svetih u Drežnici, navodeći tom prilikom njegovo puno ime i prezime ili nadimak ("Zijo"), porijeklo, tjelesne karakteristike, narav, ponašanje. Uglavnom ga opisuju kao visokog, kurpulentnog, atletske građe, guste kose, nešto starijeg od njegovih ostalih saboraca i kao veoma autoritativnog, pri tome saglasno ističući da su o njegovom identitetu saznali od Drežnjak Marinka, također zatočenika u crkvi, koji je optuženog poznao od ranije.
49. Kada je riječ o prepoznavanju optuženog u *s u d n i c i*, svjedoci bi, opisujući inkriminirani događaj, samoinicijativno i spontano pokazali na optuženog, što je od strane predsjednika vijeća i konstatovano na zapisnik, pa je i jasno da se u konkretnoj situaciji, također, ne radi o prepoznavanju optuženog u smislu člana 85. ZKP BiH.
50. S druge strane, identitet optuženog tokom cijelog postupka se ni u jednom momentu nije ukazao spornim, pa stoga, obzirom na sveukupne okolnosti slučaja, nije ni bilo potrebe za posebnom radnjom dokazivanja, prepoznavanjem optuženog.
51. Imajući u vidu sve navedeno, zaključak je Apelacionog vijeća da se u konkretnom slučaju nije ni radilo o prepoznavanju u smislu člana 85. ZKP BiH, te da je način na koji je isto vršeno, zakonit, iz kojih razloga su žalbeni prigovori kojim se tvrdi drugačije odbijeni kao neosnovani.

I 2. Pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje

I 2.1 Pogrešno utvrđeno činjenično stanje

2.1 a) Znanje optuženog za status zarobljenih lica

52. Branilac ističe da iz prvostepene presude ne proizilazi na koji način je prvostepeno vijeće utvrdilo znanje optuženog o statusu zarobljenih lica, ističući da je prvostepeno vijeće propustilo utvrditi znanje optuženog o tome ko je civil, a ko vojno lice.

53. U vezi s ovim, prvostepena presuda u relevantnom dijelu glasi:

U crkvi je, nesporno je utvrđeno, bilo zarobljeno 12 civila i 8 ratnih zarobljenika i to: civili Miroslav Soko, Marinko Drežnjak, Marinko Ljolja, Mirko Zelenika, Vili Kuraja, Zvonimir Kukić, Vlado Ćurić i Anto Rozić i ratni zarobljenici, pripadnici HVO-a, Mate Rozić, Matija Jakšić, Nedeljko Krešo, Marko Rozić, Vinko Soldo, Anton Grgić, svjedok A, svjedok B, Branko Jurić, Kamilo Dumančić, Ivan Pavlović i Ivan Kostić.

Proizlazi ovo ne samo iz svjedočenja i to: Drežnjak Marinka, Soko Miroslava, Ljolja Marinka, Zelenika Mirka, koji su u kritično vrijeme bili civili, te Jakšić Matije, Jurić Branka, Dumančić Kamila, Pavlović Ivana i Kostić Ivana, koji su u kritično vrijeme bili ratni zarobljenici, nego i materijalne dokumentacije, posebno potvrda Međunarodnog komiteta crvenog križa o zarobljeništvu u inriminisanom periodu.

Zaključak o boravaku u crkvi i tretmanu koji su imali i zarobljenici koji nisu svjedočili na glavnom pretresu, nesporno proizlazi iz izjava zarobljenika koji se dobro sjećaju s kim su bili zarobljeni i prije dolaska u crkvu Svih Svetih, pa i u samoj crkvi.²

54. Analizirajući ovaj žalbeni prigovor branioca u vezi sa utvrđenjima prvostepenog vijeća o okolnosti znanja optuženog za kategoriju zarobljenih lica, Apelaciono vijeće nalazi da je ovaj prigovor djelimično osnovan. Naime, prvostepena presuda jasno navodi imena ratnih i civilnih zarobljenika, ali ne i decidne razloge na osnovu čega zaključuje da su te okolnosti u potpunosti poznate optuženom. Međutim, Vijeće ne nalazi da je ovaj propust prvostepenog vijeća takvog kvaliteta koji bi nalagao Apelacionom vijeću da u cjelosti uvaži žalbeni prigovor branioca i ukine prvostepenu presudu. Naime, ovakav propust prvostepenog vijeća ne onemogućava Apelacionom vijeću da ispita zakonitost i pravilnost prvostepene presude i u tom dijelu. Izreka i obrazloženje pobijane presude, kada je riječ o odlučnim činjenicama po ovom pitanju, su međusobno saglasne i jasno je vidljivo šta je i kako je presuđeno, dok propust vijeća da u svom obrazloženju potkrijepi zaključak o znanju optuženog o statusu zarobljenih lica, prema ovom vijeću, nije takvog kvaliteta koji bi imali za posljedicu ukidanje presude, nego je isti moguće otkloniti dopuštenom intervencijom Apelacionog vijeća, koja je u korist optuženog.

55. Znanje optuženog o tome kojoj kategoriji zarobljenih lica oštećeni pripadaju odlučna je činjenica, koju je valjalo dokazivati, u okolnostima kada se optuženi oglašava krivim za dva krivična djela: Ratni zločin protiv civilnog stanovništva i Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, i iako su se svjedoci, u uvodu njihovog iskaza, govoreći o okolnostima lišavanja slobode, dotakli i pitanja njihovog statusa prilikom lišenja slobode, a prije nego su došli u prvi kontakt sa optuženim Kurtović Zijadom, te da je to optuženom moglo biti poznato, obzirom na naknadna ispitivanja koja je optuženi vršio prema oštećenima, prvostepena presuda o toj činjenici ne iznosi jasan i valjan zaključak. Međutim, svi su bili saglasni da su **prilikom prvog kontakta sa optuženim**, po izlasku iz kamiona-tamića,

² Vidi: strana 36 BHS verzije prvostepene presude

neposredno pred njihov "istovar" pred Župni ured, bili u civilnom odijelu, **bez naoružanja i izvan borbenog konteksta.**

56. Obzirom na tu činjenicu, svjedoci-žrtve su, već prilikom njihovog prvog kontakta sa optuženim, uživali zaštitu po članu 3. Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata od 12.08.1949. godine³, i to je odlučna činjenica koju je optuženi znao i o čemu je prvostepena presuda iznijela valjane razloge.
57. Članom 3. Konvencije je decidno definisana kategorija zaštićenih lica. Prema ovom članu *zaštićene su osobe one koje ne sudjeluju direktno u neprijateljstvima, podrazumijevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i koji su onesposobljeni za borbu usljed bolesti, rana, lišenja slobode ili iz bilo kojeg drugog razloga.* Dakle, jednim članom ne samo da je zaštićeno više kategorija osoba, već su te osobe i izjednačene u pogledu njihovog statusa.⁴
58. Imajući u vidu iskaze svjedoka-žrtava, evidentno je da se u konkretnom slučaju radi o kategoriji zarobljenih lica koja su "lišena slobode", što je optuženom imajući u vidu sveukupne okolnosti, moralo biti poznato, kao što mu je moralo biti poznato da ta lica uživaju odgovarajuću zaštitu, kako to pravilno utvrđuje i prvostepena presuda.⁵
59. Međutim, mnogobrojne radnje koje je optuženi prema zarobljenim licima poduzeo, i koje je prvostepeno vijeće i utvrdilo, su takve prirode da podrazumijevaju kršenje međunarodnog prava bez obzira o kojoj, konkretno, kategoriji lica se radi i bez obzira na znanje optuženog o toj okolnosti. Primjera radi, član 3. je, kao zajednički član Ženevskih konvencija, kodifikovan, također, i u Ženevskoj konvenciji o zaštiti ratnih zarobljenika iz 1949. godine, pa je izlišno nadalje raspravljati o subjektivnom elementu na strani optuženog, bez obzira na kategoriju zarobljenih lica.
60. Ovim članom je propisano da će se prema ovoj kategoriji stanovništva postupati, u svakoj prilici, čovječno, bez ikakve nepovoljne diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, vjeri ili ubjedenju, polu, rođenju ili imovnom stanju ili kojem drugom sličnom mjerilu.

³ Zajednički član 3 ženevskih konvencija, tzv. Konvencija u malom-ovo je zajednički član za sve četiri ženevske konvencije iz 1949. godine

⁴ Vidi Tužilac protiv Duška Tadića, predmet br. IT-94-1-T, Mišljenje i presuda, 7.5.1997., stav 616. ("Čak i ako su bila pripadnici oružanih snaga ... ili su na drugi način učestvovala u neprijateljskim djelima prije zarobljavanja, takva lica bila bi smatrana 'pripadnicima oružanih snaga' koji su 'onesposobljeni za borbu lišenjem slobode'." Shodno tome, ova lica uživaju zaštitu pravila običajnog međunarodnog humanitarnog prava primjenljivih na oružane sukobe, koja su sadržana u članu 3 Statuta.

⁵ Vidi Tužilac protiv Pavla Strugara, predmet br. IT-01-42-A, presuda žalbenog vijeća, 17.7.2008., fusnota 460 (... ukoliko se utvrdi da je žrtva bila zatvorena od protivničke strane u vrijeme počinjenja navodnog djela nad njom, njen status civila ili borca ne bi više bio relevantan, pošto, po definiciji, osoba lišena slobode ne može direktno učestovati u neprijateljstvima. Prema tome, napad na takvu osobu bi automatski bio nezakonit.")

61. Međutim, iz saglasnih iskaza svjedoka proizilazi da je upravo činjenica što su bili Hrvati, rimokatoličke vjeroispovjesti, i bila uzrok njihovih zarobljavanja, mučenja i ponižavanja, te da su, tokom boravka u crkvi, od strane optuženog i njegovih saboraca, često nazivani pogrdnim nazivima na nacionalnoj i vjerskoj osnovi, kao i da su morali pjevati pjesme koje vrijeđaju njihova vjerska i nacionalna uvjerenja.
62. Naime, prvostepeno vijeće je našlo da je postupanje optuženog bilo usmjereno u okviru iste radnje izvršenja prema dvije kategorije zaštićenih lica (civilni i ratni zarobljenici) i kriminalnu količinu njegovih postupaka je vrednovalo kroz dva krivična djela: ratni zločin protiv civilnog stanovništva i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika. Na taj način, ova dva krivična djela, imajući u vidu da proizilaze iz zajedničke radnje izvršenja optuženog, a tiču se jednog događaja, prema onomu što je zaključilo prvostepeno vijeće, našla su se u prividnom sticaju.
63. Dovodeći ovo u vezu sa gore navedenim koje se odnosi na isti status zaštićenih osoba saglasno zajedničkom članu 3. Konvencije, Apelaciono vijeće smatra da se kriminalna količina radnji optuženog, imajući u vidu sveukupne okolnosti vezane za inkriminirani događaj, može na pravi način kvalifikovati i kroz samo jednu inkriminaciju. Konačno, kvalifikovanjem radnji optuženog na ovaj način će se moći ostvariti i svrha kažnjavanja, odnosno pravda kao univerzalni princip o čemu će kasnije biti više riječi u okviru primjene materijalnog zakona.
64. Stoga, imajući u vidu naprijed izneseno u vezi sa zaštićenom kategorijom lica prema odredbi člana 3. Ženevske konvencije, valjalo je radnje optuženog, koje se tiču njegovog postupanja prema ovim licima, pravno kvalifikovati kao Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. Krivičnog zakona SFRJ koji je preuzet na osnovu Zakona o primjeni Krivičnog zakona R BiH i Krivičnog zakona SFRJ (u daljem tekstu: Preuzeti KZ)⁶, iz kojeg razloga je i izvršeno preinačenje **u pravnoj ocjeni i pravnoj kvalifikaciji djela upravo na način kako je to u izreci ove presude navedeno i učinjeno.**

2.1 b) Vremenski kontekst izvršenja krivičnog djela

65. U kontekstu pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, branilac, nadalje, tvrdi da je prvostepeno vijeće pogriješilo u svom zaključku o vremenskom kontekstu počinjenih krivičnih djela. Pri tome, branilac ne osporava da su se inkriminirani događaji zaista i desili, ali osporava da je u tim događajima učestvovao njegov branjenik (odbrana alibijem). Elaborirajući detaljno relevantne iskaze svjedoka

⁶ Uredba sa zakonskom snagom o primjeni Krivičnog zakona Republike Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije 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)

optužbe, a zatim i odbrane na tu okolnost, branilac upućuje Apelaciono vijeće na pogrešan zaključak prvostepenog vijeća, kako o samoj vremenskoj odrednici inkriminiranih događaja, tako i učestvovanju optuženog u njima.

66. U vezi sa ovim, prvostepeno vijeće je zaključilo:

*Nemogućnost tačnog određenja vremenskog perioda tokom kojeg je trajalo zarobljeništvo, sasvim je opravdana činjenicom da su zarobljenici, počevši od same traume zarobljavanja pa do onih proživljenih tokom zarobljavanja, kada se vrijeme mjerilo po dolascima vojnika koji su ih maltretirali, izgubili svaku vezu sa vanjskim svijetom, a time i mogućnost da se sjete tačnih datuma početka i završetka zatočenja u crkvi. Iako su neki od zarobljenika kao dan početka navodili 30.09. a drugi 1.10.1993.godine, Sud je odlučio prihvatiti saglasne izjave svih zarobljenika da je zarobljeništvo u crkvi Svih Svetih u Donjoj Drežnici trajalo od kraja septembra i tokom oktobra 1993.godine.*⁷

67. Kada je riječ o vremenskoj odrednici inkrimiranog događaja, na tu okolnost su svjedočili, prvenstveno svjedoci optužbe (žrtve), a među njima: Drežnjak Marinko, Pavlović Ivan, Dumančić Kamilo, Zelenika Mirko, Kostić Ivan, svjedok B, Jakšić Matija, koji su se saglasno izjašnjavali o vremenskom kontekstu predmetnih događaja i ukupnom trajanju zarobljavanja. Pa tako, slijedom iskaza svjedoka-žrtava, a između ostalih, Pavlović Ivana, Kostić Ivana, Dumančić Kamila, svjedoka B, Zelenika Mirka, u Župni ured, a potom u crkvu, su dovedeni krajem devetog mjeseca (septembar) 1993. godine, odnosno početkom desetog (oktobra) mjeseca, a u crkvi su boravili 20-30 dana, odnosno do kraja desetog mjeseca. Naročito je upečatljiv iskaz svjedoka Kostić Ivana koji u vezi s tom okolnošću ističe da su u Drežnicu dovezeni u kasnu jesen, kad je šipak počeo da zrije, i dodaje da se radi o devetom mjesecu, te da su boravili u crkvi do kraja desetog mjeseca, te Zelenika Mirka koji je izričit po pitanju datuma dovoženja u Drežnicu ističući da se radi o "zadnjem danu mjeseca rujna"⁸, a sasvim je logično da se oštećeni tog datuma sjeća imajući u vidu njegova iskustva počevši od prve noći zarobljavanja u crkvi. Nadalje, svjedok Halil Čučurović je izjavio da je uvečer, 30.09.1993. godine čuo da su u crkvu dovezeni zatvorenici.

68. Razlike u iskazima svjedoka (žrtava) na koje žalilac upućuje su, prema ocjeni ovog vijeća, takvog kvaliteta da uopće ne dovode u pitanje pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja, a u vezi s tim i valjanost izvedenih zaključaka prvostepenog vijeća, prvenstveno imajući u vidu protek vremena, ličnu percepciju svakog lica i sveukupne okolnosti događanja. Naime, kada bi svjedoci-žrtve spontano govorili o sveukupnim događajima obuhvaćenim optužnicom, na početku svjedočenja bi govorili o brojnim logorima u kojima su boravili, prije nego su došli u crkvu, tako naprimjer, svjedok Branko Jurić spominje sljedeće logore u kojima je boravio: OŠ u Parsovićima (općina Konjic; ovdje su im oduzeli maskirnu odjeću), Buturović polje, Muzej u Donjoj Jablanici, zatim u Zukinoj bazi, da bi, potom, bili dovedeni u

⁷ Vidi: strana 36-37 BHS verzije prvostepene presude

⁸ Akcenat naknadno dodan

Župni ured, a potom prebačeni u crkvu Svih Svetih u Donjoj Drežnici, dok svjedok Kostić Ivan ističe da je u logorima proveo ukupno 11,5 mjeseci.

69. Imajući ovo u vidu, sasvim je i logično očekivati nešto drugačije interpretacije inkriminiranog događaja od strane svjedoka-žrtava, međutim, one nisu takvog intenziteta i kvaliteta da otvaraju sumnju u vjerodostojnost njihovih iskaza, pa je prvostepeno vijeće pravilno postupilo kada je odlučilo ne pridati krucijalni značaj ovim manjim razlikama u svjedočenjima.
70. Suprotno žalbenim prigovorima odbrane u tom smjeru, Apelaciono vijeće nalazi da je prvostepeno vijeće, slijedom izvedenih dokaza, pravilno identifikovalo kako vremenski kontekst izvršenja predmetnih događaja, tako i ulogu optuženog u istima, pa je i ovaj žalbeni prigovor odbijen kao neosnovan.

2.1 c) Povezivanje optuženog sa inkriminiranim događajima

71. Oспорavajući zaključak prvostepenog vijeća o ovoj odlučnoj činjenici, branilac optuženog pokušava da kroz analiziranje, navodno, protivrječnih iskaza svjedoka, pruži alibi za svog branjenika.
72. U vezi s ovim, nakon citiranja pojedinih iskaza svjedoka-žrtava (Jakšić Matije, Drežnjak Marinka i drugih) prvostepeno vijeće je utvrdilo:

I ostali svjedoci, bivši zarobljenici, a kako će to biti obrazloženo u daljem tekstu, dobro se sjećaju optuženog Zijada Kurtovića, pa iako je odbrana optuženog bila bazirana na alibiju i negiranju činjenice da je optuženi ikada kročio u crkvu Svih Svetih dok su u njoj bili zarobljenici, pa čak da je u crkvu zaista odlazio Zijad, ali ne Kurtović, Sud je prisustvo optuženog u ovoj crkvi i njegovo ponašanje opisano tačkama 1 do 11 izreke, utvrdio van svake razumne sumnje.⁹

73. Nadalje, prvostepeno vijeće zaključuje:

Imajući u vidu saglasne izjave 11 svjedoka – bivših zarobljenika, da je upravo optuženi Zijad Kurtović u periodu njihovog zatočenja u crkvi Svih Svetih u Donjoj Drežnici, učestvovao i vrlo često naređivao njihovo mučenje, i s druge strane, alibi ponuđen samo za određene dane inkriminisanog perioda, te protivrječna kazivanja svjedoka odbrane o postojanju, odnosno nepostojanju „logora“ u crkvi, o tome da li je bila uništena ili ne, a posebno imajući u vidu činjenicu da niti jedan od svjedoka odbrane nije bio stražar u crkvi, koji bi u tom slučaju mogao tvrditi da je optuženog vidio ili nije vidio u crkvi, Sud je odbranu optuženog našao irelevantnom i očigledno upravljenom na izbjegavanje krivične odgovornosti.¹⁰

⁹ Vidi : strana 39 BHS verzije prvostepene presude

¹⁰ Vidi : strana 51 BHS verzije prvostepene presude

Irelevantno je, zaključuje Sud, da li je optuženi učestvovao u akciji na Vrdima ili Batačkim Lazinama, jer je i poslije akcije, mogao doći do crkve i zlostavljati zarobljenike, koji i jesu govorili da su zlostavljanja najčešće dešavala noću.¹¹

74. Iz iskaza svjedoka optužbe proizilaze priroda i obim radnji optuženog u crkvi Svih Svetih. Konkretno, svjedoci su izjavili da je optuženi, sa svojim saborcima, dočekaio zatvorenike prilikom njihovog "iskreaja" pred Župni ured. Zatim ih je (tokom iste noći) premjestio u crkvu Svih Svetih, koja je bila obezbijedena ili zaključana. Nadalje, svjedoci (među njima, Marinko Drežnjak, Kamilo Dumančić, Matija Jakšić, Branko Jurić, Ivan Kostić, svjedok A i svjedok B, i Miroslav Soko) optuženog povezuju sa svim događajima obuhvaćenim optužnicom. Svjedočili su da se optuženi ponašao kao glavni, te da je on bio naredbodavac i nalogodavac zlodjela.
75. Svjedok Ljoljo ističe da se optuženi ponašao kao domaćin, te da nije stalno boravio u crkvi, i dodaje "ali, i kada nije bio tu, on je bio tu". Svjedok Miroslav Soko govori da je on "osobno imao čast da mu Zijad Kurtović ugasi cigaretu na čelu", te da mu je na ruci primijetio prsten pečatnjak. Svjedočenje svjedoka A je definitivno najupečatljivije-svjedok se naročito prisjeća optuženog u nekoliko situacija, kako kaže, prvi put mu je "zapao za oko" od trenutka kada je nosio križ naopako, jer je njega kao vjernika to pogodilo, i upravo iz tog razloga ga je i "pratio". Svjedok se prisjeća i jedne situacije kada mu je tokom boravka u crkvi Zijad Kurtović dao ogrizak od jabuke da pojede, ali kada ga je svjedok htio uzeti, optuženi je ogrizak bacio na pod, pa ga je svjedok A podigao s poda. Na koncu, svjedok ističe da i, kada danas ode u crkvu, sjeti se Kurtović Zijada i mučenja koje se tamo desilo.
76. Svi svjedoci optužbe-žrtve su saglasni po pitanju okolnosti svakodnevnog dolaska i odlaska optuženog u crkvu za vrijeme njihovog zatočeništva. Svjedoci su se, naime, jasno izjašnjavali da je optuženi u crkvu dolazio u večernjim satima (noću), kada su se prema njihovim iskazima maltretiranja i dešavala, a da je odlazio u ranim jutarnjim satima (prije svitanja), dok su ih tokom dana čuvala dva stražara.
77. Apelaciono vijeće navodi da je prvostepeno vijeće postupilo u skladu sa svojim diskrecionim pravom kada je poklonilo vjeru svjedocima koji povezuju optuženog sa određenim nesvakidašnjim iskustvima i događajima, koji se uprkos varljivosti ljudske percepcije duboko urežu u pamćenje.
78. Apelaciono vijeće napominje da je prvostepeno vijeće postupilo u skladu sa svojim diskrecionim pravom poklnivši vjeru svjedocima Tužilštva, koji su se saglasno izjašnjavali o (1) okolnostima boravka optuženog u crkvi, (2) njegovom dolasku i odlasku iz crkve i (3) njegovom učestvovanju u predmetnim događajima, ne prihvativši vjerodostojnim iskaze svjedoka odbrane, koji, uglavnom, nisu bili prisutni kada su se zločini dešavali.

¹¹ Vidi: ibidem

79. Prvostepeno vijeće je također moglo razumno zaključiti da iskaz koji je uvela odbrana (da se optuženi nalazio na liniji u periodu kada su zločini učinjeni) ne predstavlja čvrst alibi. Konkretno, optuženi je mogao samoinicijativno odlaziti u crkvu u noćnim satima (u vrijeme kada su zlodjela izvršena), a potom se u ranim jutarnjim satima vraćati u Komandu po nova zaduženja, s obzirom da je Komanda od crkve bila udaljena svega 3 km.¹²

80. Stoga, imajući u vidu utvrđene činjenice, Apelaciono vijeće zaključuje da bi objektivan sud koji presuđuje o činjeničnim pitanjima mogao osnovano zaključiti odgovornost optuženog u vezi s predmetnim događajima upravo na način kako je to i učinilo prvostepeno vijeće. U skladu s tim, žalba branioca optuženog, podnesena u skladu sa članom 299. ZKP BiH, u kojoj se tvrdi da je prvostepeno vijeće pogrešno utvrdilo činjenično stanje, se odbija kao neosnovana.

81. Međutim, u kontekstu pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, branilac uporno ukazuje na pogrešan zaključak prvostepenog vijeća o svojstvu optuženog u okviru Drežničkog bataljona u inkriminirano vrijeme, a u vezi sa djelima za koja ga je i oglasilo krivim. Na tu okolnost branilac detaljno analizara iskaze svjedoka odbrane Delić Hasana, Alić Ramiza, Mušić Zijada i drugih.

82. O toj okolnosti, nakon elaboracije materijalnih dokaza o svojstvu optuženog u vrijeme obuhvaćeno optužnicom, prvostepeno vijeće zaključuje:

Sud zaključuje da u ovom bataljonu jeste postojala jedna jedinica od oko 30 vojnika, koja je pored redovnih imala i vojno – policijske dužnosti, kao i da je optuženi bio njen pripadnik, ali da ta jedinica nije bila jedinica Vojne policije nego Fizičkog obezbjeđenja komande.¹³

83. Imajući u vidu zaključak koji je prvostepeno vijeće o pripadnosti i svojstvu optuženog u inkriminirano vrijeme izvelo, a koji je identičan tezi odbrane o toj okolnosti, žalbeni prigovor branioca istaknut u tom smjeru je bespredmetan.

I 2.2 Nepotpuno utvrđeno činjenično stanje

84. Branilac smatra da činjenično stanje u prvostepenom postupku nije potpuno utvrđeno obzirom da odbrana nije imala mogućnost da izvede dodatne dokaze nakon preciziranja optužnice, na koncu čega je, prema riječima branioca, povrijeđeno i pravo na odbranu optuženog i druga prava predviđena članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP).

¹² Vidi iskaz svjedoka Pinjić Omera.

¹³ Vidi : strana 38 BHS verzije prvostepene presude

85. Konkretno, prijedlog odbrane za izvođenje novih dokaza u prvostepenom postupku, se sastojao u: suočenju svjedoka Delić Hasana sa svjedocima A i B, suočenje svjedoka Zelenika Mirka i Mahmić Sedina, saslušanje u svojstvu svjedoka Karačić-Hrnjez Milija, saslušanje u svojstvu eksperta Halilović Sefera, te uvođenje u spis materijalnih dokaza- historijska zabilješka i ratni dnevnik zapovjednika za sigurnost (ova dva posljednja dokaza-materijalni dokazi-branilac je uveo u spis na sjednici pred vijećem Apelacionog odjeljenja, a u okviru svoje žalbe na prvostepenu presudu).

86. Odbijajući prijedlog branioca za izvođenje ovih dokaza, prvostepeno vijeće je navelo¹⁴:

d) Odbijanje izvođenja određenih dokaza

Izjašnjavajući se o preciziranoj optužnici, branilac optuženog je dana 29.04.2008.godine predložio izvođenje novih dokaza i to: dva materijalna dokaza – historijsku zabilješku i radnu knjižicu (ratni dnevnik) pomoćnika zapovjednika za sigurnost, te pozivanje svjedoka – eksperta Sefera Halilovića, suočenje Hasana Delića sa svjedocima A i B, suočenje svjedoka Mirka Zelenike i Mahmić Sedina, te pozivanje svjedoka Karačić – Hrnjez Milija.

Tužilaštvo se u potpunosti usprotivilo ovom prijedlogu, ističući prvenstveno da je optužnica precizirana više stilski nego suštinski, te da uopće nije došlo do izmjena činjeničnog stanja koje bi iziskivale nove dokaze.

S druge strane, Tužilaštvo je podsjetilo i na činjenicu da je odbrana predložene dokaze imala mogućnost uvesti i u toku izvođenja svojih dokaza, pa i u dodatnim dokazima, te da je ovakvo ponašanje očigledno upravljeno na odugovlačenje postupka.

Odlučujući o ovom prijedlogu, Sud je prvenstveno cijenio svrhu i rezultate izmjene optužnice, a u smislu odredbe člana 275.ZKP BiH koji propisuje: Ako Tužitelj ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, on može na glavnom pretresu izmijeniti optužnicu. Radi pripremanja odbrane, glavni pretres se može odgoditi. U ovom slučaju ne vrši se potvrđivanje optužnice.

Uvidom u optužnicu podnesenu dana 10. a potvrđenu 16.05.2007.godine, Sud je utvrdio da se činjenično stanje izneseno u potvrđenoj optužnici ne razlikuje od onog iznesenog u preciziranoj optužnici. Precizirana optužnica, kako to i navodi tužilaštvo, sadrži uglavnom stilske izmjene, a one druge (poput preciziranja imena nekog od zlostavljača) ne predstavljaju bitne elemente činjeničnog opisa koji iziskuju dalju pripremu odbrane.

S druge strane, dokazi predloženi od branioca, kako je Tužilaštvo ispravno primjetilo, mogli su biti uloženi – izvedeni tokom glavnog pretresa, ali odbrana, očigledno, iste nije našla potrebnima u odbrani optuženog Zijada Kurtovića.

Ovo posebno, imajući u vidu prijedlog za suočenjem određenih svjedoka.

¹⁴Vidi : strana 13 i 14 BHS verzije prvostepene presude

Zbog svega naprijed navedenog, Sud je, primjenjujući odredbu člana 263. stav 2. ZKP BiH, kojom je propisana mogućnost da se određeno pitanje ili dokaz ne dopusti, odbio izvođenje predloženih dokaza kao nepotrebno.

87. Prvostepeno vijeće je, saglasno odredbi člana 263. stav 2. ZKP BiH, ocijenilo da odbrana želi da uvede dokaze na okolnosti koje nemaju značaja za predmet, odnosno da su predloženi dokazi nepotrebni, u skladu s čim je i dalo dovoljne razloge za svoju odluku decidno ih elaborirajući na strani 13. i 14. presude. S druge strane, u skladu sa članom 239. stav 2. ZKP BiH- dužnost sudije, odnosno predsjednika vijeća, je da se stara za svestrano pretresanje predmeta i otklanjanje svega što odugovlači postupak, a ne doprinosi razjašnjenju stvari, što je prvostepeno vijeće, nedvojbeno, i učinilo.
88. Naime, prijedlozi odbrane su uslijedili nakon izmjene optužnice od strane tužioca, koja se, kako prvostepeno vijeće ispravno zaključuje, sastojala u stilskim izmjenama, odnosno izmjenama koje suštinski ne zahvataju u činjenični supstrat optužnice, što, slijedom toga, nije ni iziskivalo naknadnu pripremu odbrane optuženog. Pri tome, vijeće ispravno primjećuje da su određeni dokazi, i to suočenja svjedoka Delić Hasana sa svjedocima A i B, te suočenje svjedoka Zelenika Mirka i Mahmić Sedina, mogla uslijediti u toku dokaznog postupka, što odbrana, očigledno, nije našla potrebnim.
89. Imajući u vidu navedeno, a suprotno argumentima branioca, pravni zaključci koje je po ovom pitanju prvostepeno vijeće iznijelo su dovoljni i prihvatljivi, te su takvog kvaliteta da ne ostavljaju sumnju u potpunost utvrđenog činjeničnog stanja, kako to branilac neosnovano ističe, te Apelaciono vijeće nalazi da bi svaki razumni presuditelj, slijedom stanja predmetnog spisa, došao do istog zaključka.
90. Također, ovakvim postupanjem prvostepeno vijeće nije uskratilo optuženom pravo da iznese svoju odbranu, već je, svojim decidno obrazloženim postupkom, rasteretilo sudski spis od irelevantnih (perifernih) dokaza kako se kasnije ne bi dovelo u situaciju da se naknadno obračunava sa dokazima koji nisu od značaja za razjašnjenje predmeta. S druge strane, prema ovom vijeću, količina i sadržaj dokazne građe koja je u prvostepenom postupku izvedena, ni ne upućuju na potrebu dodatnog razjašnjenja činjeničnih okolnosti, pa je zaključak prvostepenog vijeća o predloženim dokazima branioca, i iz ovog razloga, opravdan.
91. Imajući u vidu navedeno, Apelaciono vijeće nije našlo ni da je u konkretnoj situaciji povrijeđeno pravo na odbranu optuženog (član 7. ZKP BiH), koje je sastavni dio šireg koncepta pravičnog suđenja (kako je i ranije navedeno)¹⁵ pa slijedom toga ni set prava zagwarantovanih odredbom člana 6. EKLJP na koju povredu branilac samo paušalno i ukazuje.

¹⁵ Vidi paragraf broj : 30

92. Apelaciono vijeće je na dan javne sjednice (25.03.2009. godine), u spis zaprimilo dva dokazna prijedloga odbrane,¹⁶ za koje branilac tvrdi da se radi o novim dokazima, budući da je prvostepeno vijeće, kako je naprijed navedeno u vezi sa članom 263. stav 2. ZKP BiH, odbilo njihovo izvođenje kao nepotrebno, u skladu s čim nalaže Apelacionom vijeću da se odredi prema istima.

93. Uvidom u dokazne prijedloge Apelaciono vijeće je zaključilo da sadržaj istih ne ukazuje da su činjenična utvrđenja prvostepenog vijeća nepotpuna, kako to branilac ističe, budući da su sve odlučne činjenice na osnovu izvedenih dokaza tokom prvostepenog postupka utvrđene isključujući svaku razumnu sumnju. Ovo vijeće u cjelosti dijeli činjenične i pravne zaključke do kojih je u pogledu odlučnih činjenica prvostepeno vijeće i došlo, a što je detaljno i obrazložilo u dijelu svoje odluke koji se odnosi na žalbene prigovore branioca u vezi sa članom 299. ZKP BiH, te ovom prilikom ne nalazi potrebnim da iste razloge ponavlja.

S druge strane, iz sadržaja prvog dokaznog prijedloga (Radna bilježnica) je vidljivo da isti uopće ne obuhvata inkriminirani period (bilježnica obuhvata period maj-juli 1993. godine, te januar-mart 1994. godine), dok drugi dokazni prijedlog (Istorijska zabilješka) upućuje na određene informacije koje bi ukazivale na hijerarhijsko ustrojstvo u okviru IV bataljona "Drežnica" (organizacijska struktura), što je i prema ovom vijeću nepotrebno dalje dokazivati budući da je prvostepeno vijeće dalo jasne i valjane razloge o pripadnosti optuženog u ustrojstvu IV bataljona i istu okolnosti vrednovalo u okviru njegove krivične odgovornosti u vezi sa predmetnim događajima.

94. Istorijska zabilješka obuhvata i određene akcije koje su se desile između HVO-a i IV bataljona i koje uopće ne obuhvataju inkriminirani događaj.

95. Imajući navedeno u vidu, i ovo vijeće zaključuje da je prvostepeno vijeće ispravno postupilo kada je ove dokazne prijedloge branioca, a u skladu sa članom 263. stav 2. ZKP-a ocijenilo kao irelevantne za ovaj predmet, pa i ovo vijeće u cjelosti prihvata argumentaciju prvostepenog vijeća iznesenu po ovom pitanju, a koja je i ranije iznesena u paragrafu broj: 88. i 89., te da usvajanje ovih prijedloga ne bi ničim upotpunilo činjenične nalaze prvostepenog vijeća i zaključke koje je pri tome izvelo.

96. Iz navedenih razloga, žalbeni prigovori kojim se tvrdi suprotno, su odbijeni kao neosnovani.

¹⁶ U paragrafu 85. su dokazi i navedeni, a ponavljamo da se radi o: 1.) Radna bilježnica pom.zap.za sigurnost od rednog broja 1-184 (redovne zabilješke i referisanja u zap. IV bataljona) i 2.) istorijska zabilješka SB Drežnica broj 02-219/96 od 27.02.1996. godine

I 3. Povreda materijalnog zakona

97. Branilac navodi da je povrijeđen materijalni zakon na štetu optuženog budući da prvostepeno vijeće nije primijenilo Krivični zakon SFRJ (Preuzeti KZ) kao zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela, čime je povrijeđen princip zakonitosti, kao i princip obavezne primjene blažeg zakona, obzirom na visine zapriječenih kazni u Preuzetom KZ za djela za koja je optuženog i osudilo.
98. U vezi sa primjenom materijalnog zakona, prvostepeno vijeće je pravilno utvrdilo da su krivičnopravne radnje iz člana 173, 175. i 179. KZ BiH, za koje je optuženi oglašen krivim, inkriminirane i prema Preuzetom KZ, odnosno da predstavljaju radnje izvršenja krivičnih djela i prema Preuzetom KZ - radnje navedene u članu 173. KZ BiH odgovaraju radnjama iz član 142. Preuzetog KZ, radnje nabrojane u članu 175. KZ BiH su sadržane u članu 144. Preuzetog KZ, a radnje iz člana 179. KZ BiH su također inkriminisane članom 142. stav 2, članom 148. i 151. Preuzetog KZ.
99. Potom je, međutim, istaklo da krivična djela za koje je optuženi oglašen krivim predstavljaju krivična djela i prema međunarodnom običajnom pravu, te stoga potpadaju pod "opšte principe međunarodnog prava", kako je to definisano u članu 4a KZ BiH, odnosno pod "opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi", iz člana 7. stav 2. EKLJP, te zaključilo da se na osnovu tih odredaba u konkretnom slučaju ima primjeniti KZ BiH. Pri tome se navodi da je izraženi stav u skladu sa dosadašnjom praksom Suda BiH i Odlukom Ustavnog suda BiH AP1785/06¹⁷.

100. Prvostepena presuda za navedeno daje sljedeće obrazloženje:

Vijeće je mišljenja da je princip obavezne primjene blažeg zakona isključen kada se radi o suđenjima za krivična djela za koja je u vrijeme počinjenja bilo apsolutno predvidljivo i opšte poznato da su u suprotnosti sa opštim pravilima međunarodnog prava. U ovom konkretnom slučaju, smatra se utvrđenim da je optuženi morao znati da tokom ratnog stanja primjena međunarodnih pravila ima prioritet i da kršenje međunarodno zaštićenih vrijednosti povlači teške posljedice. Ukoliko se analizira odredba člana 173. i 175. KZ BiH, očigledno je da je jasno rečeno da biće ovog krivičnog djela uključuje, između ostalog, elemente kršenja međunarodnih pravila. To ovu grupu krivičnih djela čini posebnim, pošto nije dovoljno samo počinuti takva krivična djela nekom fizičkom radnjom, nego je neophodno postojanje svijesti da se tim počinjenjem krše međunarodna pravila i pretpostavka da optuženi mora biti svjestan da je period rata ili sukoba ili neprijateljstava posebno osjetljiv i posebno zaštićen opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, te, kao takvo, to krivično djelo poprima još veći značaj, a njegovo počinjenje povlači još teže posljedice nego što bi to bio slučaj sa krivičnim djelom počinjenim u nekom drugom periodu.¹⁸

¹⁷Vidi: Odluka Ustavnog suda BiH po apelaciji protiv presude Suda BiH broj KPŽ 32/05 od 04.04.2006. godine u predmetu Maktouf broj AP 1785/06

¹⁸ Vidi: strana 18 BHS verzije prvostepene presude

101. Međutim, ovakva pravna kvalifikacija, kao i tumačenje pojma blažeg zakona je po ocjeni ovog vijeća pogrešna.
102. Apelaciono vijeće će se prvenstveno osvrnuti na pravnu kvalifikaciju koju je prvostepeno vijeće odabralo, a potom i na pitanje primjene materijalnog zakona općenito.
103. Naime, kod primjene materijalnog zakona, sud je prije svega, bio u obavezi da radnje optuženog podvede pod zakonsku normu koja ih najpreciznije definiše.
104. Nakon što se odlučilo na primjenu KZ BiH, prvostepeno je vijeće radnje optuženog kvalifikovalo kao:
- *Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stava 1. tačke c), e) i f) KZ BiH – 1,2,3,5,6,7,8,9. i 10. izreke,*
 - *Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stava 1. tačke a) i b) KZ BiH – za tačke 1,2,3,4,5. i 6. izreke, te*
 - *Povrede zakona ili običaja rata iz člana 179. stava 1. i 2. tačka d) KZ BiH, za tačku 11. izreke.*
105. Međutim, u KZ BiH egzistiraju dva krivična djela koja zabranjuju uništavanje kulturnih, vjerskih, historijskih i sličnih ustanova. Jedno je krivično djelo iz člana 179. (Povrede zakona ili običaja rata) i to stav 2. tačka d), za koje je optuženi i oglašen krivim, a drugo je krivično djelo iz člana 183. stav 1. KZ BiH (Uništavanje kulturnih, historijskih i religijskih spomenika).

Član 179. KZ BiH glasi:

Povrede zakona ili običaja rata

Član 179.

(1) Ko za vrijeme rata ili oružanog sukoba naredi da se povrijede zakoni ili običaji rata ili ih sam povrijedi,

kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.

(2) Povrede zakona ili običaja rata iz stava 1. ovog člana uključuju:

a) upotrebu bojnih otrova ili drugih ubojnih sredstava s ciljem izazivanja nepotrebne patnje;

b) bezobzirno razaranje gradova, naselja ili sela ili pustošenje koje nije opravdano vojnim potrebama;

c) napad ili bombardovanje bilo kojim sredstvima nebranjenih gradova, sela, nastambi ili zgrada;

d) pljenidbu, uništavanje ili namjerno oštećenje ustanova namijenjenih vjerskim, dobrotvornim ili obrazovnim potrebama, nauci i umjetnosti, istorijskih spomenika i naučnih i umjetničkih djela;

e) pljačku javne ili privatne imovine.

Član 183. KZ BiH glasi:

Uništavanje kulturnih, historijskih i religijskih spomenika

Član 183.

(1) Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata ili oružanog sukoba uništava kulturne, historijske ili religijske spomenike, građevine ili ustanove namijenjene nauci, umjetnosti, odgoju, humanitarnim ili religijskim ciljevima,

kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.

(2) Ako je krivičnim djelom iz stava 1. ovog člana uništen jasno prepoznatljiv objekt koji je kao kulturno i duhovno naslijeđe naroda pod posebnom zaštitom međunarodnog prava, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje pet godina.

106. Apelaciono vijeće smatra da krivično djelo iz člana 179. KZ BiH, uključuje krivičnopravne radnje koje su značajnije kriminalne količine, stavljajući u istu ravan radnje izvršenja u vidu upotrebe bojnih otrova, bezobzirnog razaranja gradova, naselja ili sela, pljačku javne i privatne imovine, sa pljenidbom, uništenjem ili namjernim oštećenjem ustanova namijenjenim vjerskim..., a što se u konačnici ogleda i u visini zapriječene kazne (deset godina ili dugotrajni zatvor), za razliku od krivičnog djela iz člana 183. stav 1. KZ BiH koji inkriminira **samo** uništenje kulturnih, historijskih i religijskih spomenika, sa propisanom kaznom zatvora od jedne do deset godina.

107. Dakle, članom 183. (konkretno u stavu 1.) KZ BiH, inkriminirano je i uništavanje religijskih ustanova, kao što je u ovom predmetu i bio slučaj.

108. Polazeći od obaveze suda da za radnje optuženog pronađe najadekvatniju pravnu kvalifikaciju, te cijeneći činjenični opis tačke 11. izreke, ukupnost radnji optuženog, te njegovu svijest u vezi sa predmetnim inkriminacijama, Apelaciono vijeće smatra da je prvostepeno vijeće, kada se već odlučilo za primjenu KZ BiH, radnje optuženog obuhvaćene tačkom 11. izreke presude trebalo pravno kvalifikovati kao radnje iz člana 183. stav 1. KZ BiH.

109. Međutim, cijeneći prigovor branioca optuženog da je sud u konkretnom slučaju trebao primjeniti Preuzeti KZ, kao zakon koji je blaži za učinioca, Apelaciono je vijeće utvrdilo da je isti osnovan.

110. Naime, članom 3. KZ BiH propisano je načelo zakonitosti, kao jedno od osnovnih načela krivičnog prava. Pomenuti član glasi:

(1) *Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.*

(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.*

111. Članom 4. KZ BiH propisan je princip vremenskog važenja krivičnog zakona, te isti glasi:

(1) *Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela.*

(2) *Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.*

112. Zakon je u članu 4a) KZ BiH ustanovio i izuzetak od primjene članova 3. i 4. KZ BiH, propisujući da:

*Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju **sudjenje 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.*

113. Iz navedenih zakonskih odredaba proizilazi da je pravilo da se na učinioca krivičnog djela prvenstveno primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja djela (pravilo tempus regit actum).

114. Od ovoga je principa moguće odstupiti jedino u interesu optuženog, odnosno jedino ukoliko se nakon izvršenja djela zakon izmjeni na način da je izmjenjeni zakon blaži za učinitelja.

115. Pitanje koji je zakon blaži za učinitelja rješava se *in concreto*, odnosno upoređivanjem starog i novog (ili novih) zakona u odnosu na svaki konkretni slučaj.

116. Upoređivanje tekstova zakona, međutim, može dati siguran odgovor samo u slučaju ako je novi zakon dekriminisao nešto što je po starom bilo krivično djelo,

jer je tada novi zakon očigledno blaži. U svim drugim slučajevima, kada je krivično djelo kažnjivo po oba zakona, potrebno je utvrditi sve okolnosti koje mogu biti relevantne u izboru blažeg zakona.

117. Te okolnosti se prvenstveno odnose na odredbe o kaznama, njihovom odmjeravanju, odnosno ublažavanju (koji je zakon u tom smislu povoljniji), mjerama upozorenja, eventualnim sporednim kaznama, novim mjerama koje predstavljaju supstitute kazni (npr. rad za opšte dobro na slobodi), mjerama bezbjednosti, pravnim posljedicama osude, kao i na odredbe koje se odnose na krivično gonjenje, da li novi zakon predviđa osnov za isključenje protivpravnosti, krivične odgovornosti ili kažnjivosti, itd.
118. Od principa primjene blažeg zakona moguće je odstupiti jedino u slučajevima propisanim u članu 4a), odnosno, kada bi primjena blažeg zakona **spriječila suđenje ili kažnjavanje** za radnje koje predstavljaju krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava.
119. **Suđenje ili kažnjavanje** za neku radnju ne bi bilo moguće provesti jedino ako ta radnja **nije propisana kao krivično djelo**, odnosno **kao radnja izvršenja određenog krivičnog djela**, budući da se prema članu 3. stav 1. KZ BiH krivična djela i krivične sankcije propisuju samo zakonom.
120. Tako je, primjera radi, član 4a KZ BiH primjenjiv na krivično djelo Zločini protiv čovječnosti učinjeno u vrijeme dok je na snazi bio Preuzeti KZ, budući da taj zakon uopšte nije propisivao to krivično djelo. Primjenom člana 4. stav 2. KZ BiH, proizilazilo bi da je Preuzeti KZ blaži za učinioca, jer uopšte ne inkriminira radnju koju je optuženi počinio, pa samim time učiniocu **ne bi moglo biti suđeno niti bi isti mogao biti kažnjen za navedeno djelo**. U ovakvom je slučaju potrebno primjeniti član 4a KZ BiH, odnosno direktno primjeniti član 7. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLJP) koja je na osnovu člana 2/II Ustava BiH, neposredno primjenjiva u BiH, te ima prioritet nad svim drugim zakonima, a koji ne dozvoljava da neinkriminiranjem određenih radnji koje predstavljaju krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava, učinioci takvih djela **izbjegnu suđenje i kažnjavanje**.
121. **Prema tome, odredba iz člana 4a) KZ BIH omogućava izuzetno odstupanje od principa iz članova 3. i 4. KZ BiH, da bi se obezbjedilo suđenje i kažnjavanje za one postupke koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu**, odnosno koja predstavljaju kršenje normi i pravila koja imaju opštu podršku od svih naroda, koja su opšteg značaja, odnosno koja se smatraju ili predstavljaju univerzalne civilizacijske tekovine savremenog krivičnog prava, **u situaciji kada takva postupanja nisu bila predviđena kao krivična djela u nacionalnom, odnosno unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu u vrijeme kada su učinjena**.

122. U konkretnom slučaju i zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, jednako kao i zakon koji je trenutno na snazi, propisuju krivičnopravne radnje za koje je optuženi oglašen krivim kao krivična djela. Radnje pod tačkama od 1. do 10. izreke prvostepene presude, sadržane su u odredbi iz člana 142. stav 1. Preuzetog KZ - Ratni zločin protiv civilnog stanovništva, a radnje pod tačkom 11. izreke prvostepene presude u odredbi iz člana 151. stav 1. istog zakona - Uništavanje kulturnih i istorijskih spomenika.

123. Iako članom 151. stav 1. Preuzetog KZ eksplicitno nisu obuhvaćene vjerske ustanove i njihova dobra, ovaj član predstavlja blanketnu normu koja se poziva na odredbe međunarodnog prava.

Član 151. stav 1. Preuzetog KZ, glasi:

Ko kršeći pravila međunarodnog prava, za vrijeme rata ili oružanog sukoba uništava kulturne i istorijske spomenike i građevine, ili ustanove namijenjene nauci, umjetnosti, vaspitanju ili humanitarnim ciljevima, kazniće se zatvorom najmanje jednu godinu.

124. U konkretnom slučaju, u kontekstu međunarodnog prava na koje se ova odredba poziva, primjenjiva je odredba iz člana 56. Haške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu-IV Haška konvencija (sa Haškim pravilnikom, tzv. Haška pravila kopnenog rata) od 1907. godine (kako je to u optužnici i navedeno), koja, prema zaključcima Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, **predstavlja dio običajnog međunarodnog prava.**¹⁹

Član 56 IV Haške konvencije glasi:

S opštinskim dobrima, dobrima ustanova posvećenih vjerskim obredima, dobročinstvu, nastavi, umjetnosti i naukama, čak i kad pripadaju državi, postupa se kao sa privatnom svojinom.

¹⁹ Običajno međunarodno pravo, MCK (Jean Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck)- 2005. godine, str. XXVIII "Većina odredaba Ženevskih konvencija iz 1949. godine, uključujući i zajednički čl. 3, smatra se običajnim pravom, a isto važi i za Haški pravilnik od 1907";

Primjer Nirnberške presude iz knjige "History of the UN War crimes commission and the development of the laws of the war", London, 1948, str. 220 na koju se poziva studija Kaznenopravni i povijesni aspekti bleiburškog zločina, dipl. iur. Dominik Vuletić, str. 133 :

"Haška konvencija iz 1907. zabranila je određene metode ratovanja. U takve zabranjene metode ulazi i nehumano postupanje sa zarobljenicima, upotreba bojnih otrova, nepravilna upotreba zastava mira i slična pitanja. Mnoge od tih zabrana bile su provođene (na snazi) davno prije Konvencije; ali su od 1907. svakako postali kaznena djela kažnjiva kao kršenja zakona rata; Haška konvencija nigdje ne proskribira takva ponašanja kao kaznena djela niti propisuje ikakavu kaznu niti spominje ikakav sud koji bi sudio počiniteljima. Međutim, već niz godina vojni sudovi sude i osuđuju pojedince krive za kršenje zakona kopnenog ratovanja koje je utvrdila konvencija";

Međunarodno ratno i humanitarno pravo, prof. Dr Zoran Vučinić, Beograd 2006. godine, str. 442 koja citira dio iz studije Zlatarić Bogdana, Haška konvencija od 1907. i individualna krivična odgovornost za ratne sločine, JRMP, br. 2/58, str. 334, "Haške konvencije iz 1899. i 1907. nisu predvidjele inkriminatorne klauzule za slučajeve kršenja njihovih odredaba, što je, prema mišljenju francuskog profesora prava Renaulta, rezultat okolnosti "da se naprosto, na to u vreme njihovog donošenje, nije ni mislilo".

Svaka zapljena, uništenje ili namjerno oštećenje sličnih ustanova, istorijskih spomenika, umjetničkih i naučnih djela zabranjeno je i mora biti predmet zakonskog postupanja.

Nadalje, u preambuli Haške konvencije o zaštiti kulturnih dobara (Haška konvencija iz 1954. godine) u slučaju oružanog sukoba iz 1954. godine²⁰, se navodi:

“Rukovođene principima zaštite kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba, koji su postavljeni u Haškim Konvencijama iz 1899 i 1907 godine i u Vašingtonskom Paktu od 15 aprila 1935 godine...”

Pod kulturnim dobrima, u skladu sa članom 1. Haške konvencije iz 1954. godine se smatraju ***“pokretna ili nepokretna dobra, koja su od velikog značaja za kulturnu baštinu svakog naroda, kao: spomenici arhitekture, umetnosti ili istorije, vjerski ili laički,...”***. Nadalje, članom 18. Haške konvencije iz 1954. godine, odnosno članom 22. Protokola II na ovu konvenciju, regulisano je pitanje njene primjene.²¹ U članu 19. Konvencije je regulisano pitanje primjene bar onih odredaba koje se odnose na poštivanje kulturnih dobara.²²

Protokolom II na ovu konvenciju (član 15) je propisana krivična odgovornost za kršenja Protokola i Konvencije (1954)

(1) U smislu ovog Protokola svaka osoba koja namjerno i kršenjem Konvencije ili ovog Protokola učini bilo šta od sljedećeg, čini kazneno djelo:

....

e.) počini krađu, pljačku ili otuđenje kulturnih dobara zaštićenih Konvencijom ili izvrši vandalske aktivnosti nad takvim dobrima,

što je u konkretnoj situaciji, između ostalog, i bio slučaj.

Nadalje, članom 16. Protokola II uz Ženevske konvencije iz 1949. (donesen 1977. godine), **predviđena je zaštita kulturnih dobara i hramova.**²³

²⁰ Konvencija sa Protokolom I je preuzeta u pravni sistem BiH; objavljena je u Sl. listu SFRJ Međunarodni ugovori broj 4/1956, a na snazi je od 07.08.1965. godine; BiH je pristupila Protokolu II 22.05.2009. godine

²¹ ***“Pored odredaba, koje treba da stupe na snagu još za vrijeme mira, ova Konvencija će se primjenjivati u slučaju objavljenog rata ili svakog drugog oružanog sukoba...”*** (član 18 Konvencije); ***“Ovaj Protokol primjenjuje se u slučaju oružanog sukoba koji nema međunarodni karakter i do kojeg dođe unutar teritorije jedne od strana potpisnica”***. (član 22. Protokola II)

²² ***“U slučaju oružanog sukoba, koji nije međunarodnog karaktera i koji izbije na teritoriji jedne od Visokih Strana Ugovornica, svaka od Strana u sukobu biće obavezna da primjenjuje bar one odredbe ove Konvencije, koje se odnose na poštovanja kulturnih dobara”***

²³ ***Ne dirajući u odredbe Haške konvencije za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba od 14.05.1954. zabranjeno je vršiti bilo kakve neprijateljske akte protiv historijskih spomenika, umjetničkih djela ili hramova koji predstavljaju kulturnu ili duhovnu baštinu naroda, kao i koristiti ih za potporu vojnim akcijama.***

125. Iz navedenog proizilazi da su odredbom iz člana 151. stav 1. Preuzetog KZ, zaštićene i ustanove posvećene vjerskim obredima, pa se radnjama opisanim u tački 11. izreke koje je optuženi počinio, stiču sva obilježja pomenutog krivičnog djela.
126. S obzirom na navedeno, jasno je da postoje zakonski uvjeti za suđenje i kažnjavanje učinioca za preduzete radnje po oba zakona.
127. Dalja procjena koji je zakon blaži za učinitelja vrši se upoređivanjem zaprijećenih kazni.
128. Za krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZ BiH, jednako kao i za krivično djelo Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. KZ BiH, propisana je kazna zatvora najmanje deset godina ili dugotrajni zatvor. Za krivično djelo iz člana 183. stav 1. KZ BiH propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina.
129. S druge strane, za krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. Preuzetog KZ propisana je kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna, a za krivično djelo Uništavanje kulturnih i historijskih spomenika iz člana 151. stav 1. Preuzetog KZ kazna zatvora najmanje jedna godina.
130. Kao što je naprijed već rečeno, procjena blažeg zakona se uvijek vrši *in concreto*, odnosno procjenjujući sve okolnosti konkretnog predmeta. U ovom slučaju to znači da je potrebno imati u vidu da je prvostepeno vijeće prilikom odmjerenja kazne optuženom, imajući u vidu sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, za svako od djela za koje ga je oglasilo krivim utvrdilo kazne zatvora od po deset godina. Iz navedenog proizilazi da je vijeće optuženom za svako djelo izreklo minimalnu zakonom propisanu kaznu, što znači da je intencija bila da se optuženi blaže kazni.
131. Kada se navedeno uzme u obzir prilikom upoređivanja zaprijećenih kazni prema Preuzetom KZ i KZ BiH, u pogledu zakonom propisanog minimuma kazne, proizilazi da je Preuzeti KZ i blaži za učinioca, jer za navedena djela propisuje niži minimum kazni (pet godina i jedna godina).
132. Iz gore navedenih razloga, a na osnovu člana 4. KZ BiH, **Apelaciono vijeće smatra da je Preuzeti KZ, kao zakon vremena izvršenja krivičnih djela, istovremeno i zakon koji je u konkretnom slučaju blaži za učinioca, te je u tom smislu pobijanu presudu preinačilo u pogledu pravne ocjene i kvalifikacije djela, na način kako je to navedeno u izreci presude.**
133. Vijeće podsjeća da se i u pomenutoj odluci Ustavnog suda BiH, u paragrafu broj 84. navodi: “*Ipak različita primjena zakona u sličnim predmetima dozvoljava se ako iza nje stoji razuman i opravdan razlog*”. Ovo iz razloga što se jedan te isti

zakon može pokazati, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, u jednoj situaciji kao blaži, a u drugoj kao teži, pa je stoga, u situaciji kada je više zakona u konkurenciji, potrebno procijeniti prema kojem zakonu učinilac ima veću mogućnost za povoljniji ishod.

134. **Ispitujući prvostepenu presudu u smislu člana 308. ZKP BiH (Prošireno dejstvo žalbe)**, Vijeće nije našlo osnovanost žalbe branioca optuženog u pogledu visine izrečene jedinstvene kazne zatvora optuženom. U pogledu ovog žalbenog osnova Vijeće će dati argumentaciju u osvrtu na žalbu tužioca.

II ŽALBA TUŽIOCA TUŽILAŠTVA BiH

135. Tužilac u svojoj žalbi ističe da je prvostepeno vijeće pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje, međutim, da nije izreklo kaznu zatvora, koja bi bila adekvatna s obzirom na stepen krivične odgovornosti optuženog, način izvršenja krivičnih djela, okolnosti pod kojima su djela i izvršena, njihovu težinu, kao i obzirom na posljedice koje su nastale usljed njihovog izvršenja. Tužilac, naime, napominje da sud nije u dovoljnoj mjeri cijenio otežavajuće okolnosti na strani optuženog, dok je olakšavajuće okolnost i precijenio. Stoga, obzirom na navedeno, izrečenom kaznom od 11 godina se ni ne mogu ostvariti zahtjevi generalne i specijalne prevencije.

136. Prvostepeno vijeće je , naime, za svako krivično djelo za koje je optuženog oglasilo krivim, utvrdilo kazne zatvora u trajanju od po 10 (deset) godina, a primjenom pravila o stjecaju krivičnih djela u vezi sa članom 53. stav 2. tačka b) KZ BiH izreklo jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 11 (jedanaest) godina. Na koncu, u vezi sa ostvarivanjem svrhe kažnjavanja ovom kaznom, prvostepeno vijeće je zaključilo:

Imajući u vidu sve naprijed navedene otežavajuće i olakšavajuće okolnosti koje je Sud cijenio, Sud smatra da je izrečena kazna proporcionalna težini počinjenih krivičnih djela, stepenu krivične odgovornosti optuženog, okolnosti pod kojima je zločin počinjen i motivima optuženog za počinjenje krivičnih djela, i da će izrečena, jedinstvena kazna ispuniti svrhu kažnjavanja u smislu posebne i opšte prevencije.²⁴

137. Suprotno argumentima žalioaca, Apelaciono vijeće smatra da je prvostepeno vijeće ispravno zaključilo da će se jedinstvenom kaznom od 11 godina, imajući u vidu sve okolnosti koje je i cijenio, ostvariti zahtjevi svrhe kažnjavanja iz člana 33. Preuzetog KZ-a.

²⁴ Vidi: strana 54 BHS verzije prvostepene presude

138. Naime, posmatrajući sveukupne okolnosti na strani optuženog, prvenstveno, stepen krivične odgovornosti, zatim, kriminalnu količinu i raznovrsnost njegovih radnji, pobude iz kojih su djela učinjena, okolnosti pod kojima su djela učinjena i dovodeći ih u vezi sa težinom nastupjelih posljedica, i ovo vijeće smatra da će se jedinstvenom kaznom od 11 godina ostvariti zahtjevi generalne i specijalne prevencije.
139. Međutim, način na koji su Apelaciono i prvostepeno vijeće došli do jedinstvene kazne zatvora od 11 godina se razlikuje. Ono je u konačnici rezultat primjene zakona vremena izvršenja krivičnih djela kao blažeg zakona koji je i predviđao blaže kazne za pojedine inkriminacije, što je detaljno i objašnjeno u dijelu o primjeni materijalnog zakona. Također, ono je rezultat i drugačijeg vrednovanja ukupne kriminalne količine radnji optuženog u okviru pojedinačnih inkriminacija s jedne, te nastupjelih posljedica i stepena ugrožavanja zaštićenih dobara, s druge strane.
140. Naime, zaštitini objekt kod izvršenja krivičnog djela iz člana 142. stav 1. Preuzetog KZ-a je ljudski život, psihički i fizički integritet pojedinca i ljudsko dostojanstvo, dok je zaštitini objekat kod krivičnog djela iz člana 151. stav 1. Preuzetog KZ-a (u vezi sa članom 56. Haške konvencije i relevantnim odredbama Haške konvencije iz 1954. godine) zaštita ustanova i dobara koje služe vjerskim, naučnim i drugim potrebama. Dakle, vrijednosti koje se štite jednim i drugim krivičnim djelom nisu iste.
141. Vrijednosti ljudskog života, integriteta pojedinca i njegovog dostojanstva uživaju viši stepen zaštite u odnosu na vrijednosti koje se štite krivičnim djelom iz člana 151. stav 1. Preuzetog KZ-a, što je na koncu vidljivo i visinom zapriječene kazne za ove pojedinačne inkriminacije. Stoga, i vrednovanje radnji optuženog u kontekstu njegovog sveukupnog doprinosa u povredi zaštitinih objekata, ne može se tretirati jednako ni u kontekstu njegovog kažnjavanja.
142. Imajući ovo u vidu, Apelaciono vijeće smatra da iz zaključka iznesenog u prvostepenoj presudi o ovoj okolnosti, ne proizilazi čime se to prvostepeno vijeće rukovodilo kada je navedene vrijednosti, za koje je utvrdilo da je optuženi povrijedio, stavilo u istu ravan, i u skladu s tim i izreklo iste pojedinačne zatvorske kazne.
143. Stoga je ovo vijeće, krećući se u granicama kaznenih okvira za izricanje kazne za krivično djelo iz člana 142. stav 1. i 151. stav 1. Preuzetog KZ-a, utvrdilo zatvorske kazne u trajanju od 9, odnosno 3 godine, a kao jedinstvenu kaznu, imajući u vidu odredbe člana 48. stav 1. i 2. tačka 3. Preuzetog KZ-a, izreklo kaznu zatvora u trajanju od 11 godina, nalazeći da je ova kazna proporcionalna stepenu krivične odgovornosti optuženog, pobudama iz kojih su djela učinjena, okolnostima pod kojima su učinjena, stepenu povrede zaštićenih dobara i nastupjelim posljedicama, te da će se njom ostvariti zahtjevi generalne i specijalna prevencije.

144. Na koncu, Apelaciono vijeće napominje da sud, prilikom odmjeravanje kazne optuženom, treba imati na umu da je svrha kažnjavanja optuženog ostvarenje legitimnog cilja-zadovoljenje pravde kao univerzalnog principa. Stoga, u svakoj konkretnoj situaciji se sud mora osvrnuti i na to da li će se kažnjavanjem optuženog, odnosno izborom odgovarajuće vrste i mjere kazne prema istom, ostvariti ova svrha kažnjavanja.

145. Iz navedenih razloga, žalbeni prigovori tužioca su odbijeni kao neosnovani.

146. Imajući u vidu sve navedeno, a na osnovu člana 310., a u vezi sa članom 314. stav 1. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci.

ZAPISNIČAR:

Sanida Vahida-Ramić

PREDSJEDNIK VIJEĆA

S U D I J A:

Dragomir Vukoje

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