

**Broj: X-KRŽ-05/139 (I)****Sarajevo, 15.3.2010. godine**

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za Ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja, sastavljenom od sudija Tihomira Lukesa, kao predsjednika vijeća, te sudija Mirze Jusufovića i Carol Peralta-e, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravnog savjetnika-asistenta, Sanide Vahida-Ramić, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Marka Radića i dr., zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačke a), e), f), g), k) i h), u vezi sa članom 29. i članom 180. stav 1, 2. i 3. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH) u odnosu na optužene Radić Marka, Šunjić Dragana i Brekalo Damira, a krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačke a), e), f), g), k) i h), u vezi sa članom 29. i članom 180. stav 1. istog zakona u odnosu na optuženog Vračević Mirka, odlučujući po žalbama branilaca optuženog Radić Marka, advokata Dragana Barbarića; optuženog Dragana Šunjića i njegovog branioca, advokata Midhata Koče; optuženog Damira Brekalo, advokata Slavka Aščerića i optuženog Mirka Vračevića, advokata Radeta Golića i Danila Mrkaljevića, te žalbe tužioca Tužilaštva BiH Jude Romano-a, izjavljenim protiv presude Suda Bosne i Hercegovine broj: X-KR-05/139 od 20.2.2009. godine, na sjednici održanoj dana 15.3.2010. godine, donio je sljedeće:

R J E Š E N J E

Žalbe branilaca optuženih Radić Marka, Brekalo Damira, Vračević Mirka, te zajednička žalba optuženog Šunjić Dragana i njegovog branioca se uvažavaju, pa se presuda ovog suda broj X-KR-05/139 od 20.2.2009. godine ukida i određuje održavanje pretresa pred Vijećem Apelacionog odjeljenja Odjela I za ratne zločine ovog suda.

O b r a z l o ž e n j e

I Prvostepena presuda

Presudom ovog suda broj X-KR-05/139 od 20.2.2009. godine, optuženi Radić Marko, Šunjić Dragan, Brekalo Damir i Vračević Mirko oglašeni su krivim da su radnjama opisanim u izreci presude počinili krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h), u vezi sa tačkama a), e), f), g) i k), sve u vezi sa članom 29. i članom 180. stav 1. KZ BiH. Za navedeno krivično djelo optuženima su izrečene kazne i to: optuženom Radiću kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina, optuženom Šunjiću kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 godinu, optuženom Brekalo kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 godina, a optuženom Vračeviću kazna zatvora u trajanju od 14 godina. U izrečenu kaznu, svim optuženim je uračunato vrijeme provedeno u pritvoru.



Optuženi su u smislu člana 188. stav 4. ZKP BiH, oslobađeni obaveze da nadoknade troškove krivičnog postupka i paušala koji u cjelini padaju na teret budžetskih sredstava suda.

II Žalbe

Protiv navedene presude žalbu je blagovremeno izjavio, optuženi Marko Radić putem branioca Dragana Barbarića, zbog povrede Evropske konvencije i osnovnih sloboda, bitne povrede odredaba Zakona o krivičnom postupku, povrede Krivičnog zakona BiH, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o krivičnopravnoj sankciji, te predložio da se žalba uvaži, pobijana presuda u cijelosti ukine i odredi održavanje glavnog pretresa pred Apelacionim vijećem ili da se pobijana presuda preinači u pogledu izrečene krivičnopravne sankcije i da se optuženom izrekne zatvorska kazna u manjem trajanju.

Optuženi Dragan Šunjić i njegov branioc Midhat Kočo, blagovremeno su izjavili žalbu protiv navedene presude, zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka d), f), g) i) i k) ZKP BiH, pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja i povrede krivičnog zakona, sa prijedlogom da se žalba uvaži, da se osporena presuda u cijelosti ukine i da se nakon održanog pretresa pred Apelacionim vijećem optuženi oslobodi inkriminacije koja mu se stavlja na teret.

Optuženi Damir Brekalo je putem branioca Slavka Aščerića, blagovremeno izjavio žalbu na navedenu presudu, zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, sa prijedlogom da Apelaciono vijeće na osnovu člana 315. stav 1. tačka a) ZKP BiH prvostepenu presudu ukine i predmet vrati istom sudu da otvori glavni pretres ili da na osnovu člana 314. stav 1. ZKP BiH prvostepenu presudu preinači u pogledu pravne kvalifikacije i odluke o kazni.

Optuženi Mirko Vračević je putem branilaca Radeta Golića i Danila Mrkaljevića, blagovremeno izjavio žalbu na navedenu presudu, zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, povrede krivičnog zakona, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o kazni, sa prijedlogom da se žalba uvaži, da se u odnosu na ovog optuženog, u smislu člana 388. ZKP BiH prekine postupak i da se optuženi uputi organu socijalnog staranja ili da se prvostepena presuda preinači tako što će se optuženi osloboditi optužbe ili da se prvostepena presuda ukine i odredi održavanje pretresa.

Protiv navedene presude, žalbu je blagovremeno izjavio i tužilac Tužilaštva BiH i to zbog odluke o krivično pravnim sankcijama u skladu sa članom 296. tačka d) ZKP BiH, sa prijedlogom da se prvostepena presuda preinači u pogledu odluke o kazni na način da se izmijene-povećaju izrečene zatvorske kazne i to za optuženog Marka Radića sa 25 na najmanje 30 godina zatvora, za optuženog Dragana Šunjića sa 21 na 25 godina zatvora, za optuženog Damira Brekala sa 20 na 25 godina zatvora, a što se tiče optuženog Mirka Vračevića da se potvrdi njegova kazna od 14 godina zatvora.



III Odgovori na žalbe

Odbrana optuženih i tužilac su izjavili odgovore na žalbe suprotne strane u kojim su predložili da se žalbe odbiju kao neosnovane.

IV Sjednica Apelacionog vijeća

Na sjednici Apelacionog vijeća, saglasno članu 304. ZKP BiH, tužilac i branioci optuženih kao i optuženi Šunjić lično, su ukratko iznijeli žalbe, kao i odgovore na suprotstavljene žalbe, te su u cjelosti ostali kod iznesenih navoda i prijedloga.

V Odluka Apelacionog vijeća

Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama u kojima se ista pobija žalbama, kao i razmotrilo odgovore na iste, Apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci iz razloga koji slijede.

Budući da žalbeni osnov bitnih povreda odredaba krivičnog postupka ima primat u odnosu na ostale osnove, Apelaciono vijeće je najprije ispitalo žalbene prigovore kojima se ukazuje na postojanje bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. ZKP BiH, Našavši da su ti prigovori osnovani, Apelaciono vijeće se nije moglo dalje upuštati u ispitivanje prvostepene presude u okviru ostalih žalbenih osnova. Ovo iz razloga što je utvrđenjem bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, utvrđeno da je postupak bio formalno nepravilan, a time i presuda koja je donesena u takvom postupku, zbog čega se ista mora ukinuti. Na taj način je isključena mogućnost ispitivanja ostalih žalbenih osnova jer, ako su prvostepena presuda i postupak na temelju kojeg je ista donesena ništavi, ništavi su i svi njeni dijelovi, uključujući i utvrđeno činjenično stanje i odluku o kazni.

V 1) Bitne povrede odredaba krivičnog postupka (član 297. stav 1. ZKP BiH)

Odredbama člana 297. stav 1. ZKP-a propisane su *apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka*. Radi se, naime, o povredama koje su taksativno nabrojane u stavu 1. navedene odredbe (tačka a-k) i koje, ukoliko se ustanovi da postoje, rezultiraju ukidanjem prvostepene presude.

Saglasno navedenoj odredbi, sud nije u obavezi dokazivati uzročnu vezu između učinjene povrede i njenog štetnog djelovanja na presudu budući da se polazi od pretpostavke da su povrede postupka koje su taksativno nabrojane, morale štetno djelovati na zakonito i pravilno donošenje presude.

U okviru povrede odredaba postupka iz člana 297. stav 1. ZKP BiH, sve žalbe optuženih su osnovano ukazale na činjenicu da izreka pismeno izrađene presude nije saglasna izreci



presude koja je objavljena (i koja je kao takva sastavni dio zapisnika sa glavnog pretresa). Branilac optuženog Radić Marka je u svojoj žalbi te nesaglasnosti i detaljno elaborirao.

Radi se o sljedećem:

-u tački 1) izreke presude u odnosu na opisane radnje izvršenja objavljeno je: "*(...) U inkriminisanoj vremenskoj periodu (...), J zajedno sa sedmomjesečnim djetetom i staricom od sedamdeset i tri godine...*", dok u odnosu na objavljen odnosni dio izreke, u pismenom otpravku nedostaje dio: "*(...) zajedno sa sedmomjesečnim djetetom*", što znači da je u pismenom otpravku presude dijete kao žrtva potpuno ispušteno;

-u tački 2d) izreke presude u odnosu na opisane radnje izvršenja objavljeno je: "*(...) izloženi premlaćivanju od strane Jure Kordića i Marija Mihalja...*", dok se u pismenom otpravku navodi "*(...) izloženi premlaćivanju od strane Jure Kordića i Marija Mihalja (preminuo) i trećeg lica...*", dakle, i treće lice se dodaje kao izvršilac premlaćivanja iako se ono uopšte ne spominje u izreci koja je objavljena;

-u tački 2d) izreke presude u odnosu na opisane radnje izvršenja objavljeno je: "*(...) više zatočenika*", dok se u pismenom otpravku govori o dolasku : "*(...) više desetina zatočenika*", što je u pogledu broja veoma značajna razlika jer je prema onom što je objavljeno, moglo biti od najmanje 3 do 10 zatočenika, dok iz onog što je navedeno u pismenom otpravku prizilazi da se radilo o broju od najmanje 20 zatočenika, pa čak i do 100;

Žalba branioca prvooptuženog osnovano ukazuje i na još pet drugih razlika između onoga što je objavljeno i onoga što je nevedeno u izreci pismenog otpravka presude. Iako sve iskazane razlike nisu jednakog značaja niti su sve od posebnog značaja za krajnji ishod postupka, odnosno pravnu ocjenu djela i odgovornost optuženih iste su evidentne iako je članom 290. stav 1. ZKP BiH izričito propisano da "*pismeno izrađena presuda mora potpuno odgovarati presudi koja je objavljena*".

Navedena odredba ZKP dakle ne ostavlja nimalo prostora za eventualne, naknadne korekcije u pismenom otpravku presude, a što je u konkretnoj situaciji bio slučaj. Razumljivo, navedena zakonska odredba se isključivo odnosi na izreku, budući da prilikom objavljivanja presude sud objavljuje izreku donesene presude (čitanjem izreke iz zapisnika o glavnom pretresu koja predstavlja izvornik), dok se razlozi samo ukratko saopštavaju, a detaljnije navode u pismenom otpravku.

Naknadne korekcije izreke objavljene presude, dakle, nisu dozvoljene, a kako je to ipak učinjeno, to je imalo za posljedicu i nesaglasnost (protivrječnost) između izvornika presude i razloga koji su kao potkrjepa u konkretnom navedeni, na što su sve žalbe optuženih osnovano ukazale.

Naime, evidentno je da je pobijana presuda u svojim razlozima, prilikom ocjene i izvođenja pravnih zaključaka na osnovu rezultata provedenih dokaza, išla izvan okvira onog što je izrekom utvrđeno, upravo rukovodeći se izrekom koja je sastavni dio njenog pismenog otpravka, a ne izvornika, čime je izreka presude protivrječna svojim razlozima



što je u konačnom rezultiralo i bitnom povredom odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH.

Žalioci osnovano ukazuju da je identična povreda odredaba krivičnog postupka učinjena i u dijelovima u kojima se govori o karakteru napada kao općeg elementa krivičnog djela iz člana 172. stav 1. KZ BiH.

Naime, prema izvorniku pobijane presude, radi se o napadu koji je okarakterisan kao širok i sistematičan, dok se u obrazloženju presude o tim elementima kojima se utvrđuje karakter napada nekada govori kao da su oba kumulativno ispunjena (npr. str. 56, 60 presude), a nekad alternativno (npr. na str. 52. presude). Iako je za postojanje ovog *chape* elementa postojanje određenog karaktera napada (širok ili sistematičan) uslov altrenativne a ne kumulativne prirode¹, sud se zaista, kako to i žalbe branilaca optuženih osnovano ukazuju, u konačnici morao odrediti i reći da li je napad u konkretnom slučaju nosio obilježje širokorasprostranjenog i sistematičnog ili pak samo jednog od tih obilježja (širokorasprostranjenog ili sistematičnog), a kada se već u izreci opredjelio, rekavši da je taj napad bio širokorasprostranjen i sistematičan, takav stav je morao slijediti u kompletnom obrazloženju. Kako to nije učinjeno u cijelom tekstu obrazloženja, to je izreka pobijane presude u nesaglasnosti sa datim razlozima presude, što predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH.

V 2) Bitne povrede odredaba krivičnog postupka (član 297. stav 2. ZKP BiH)

Članom 297. stav 2. ZKP BiH, obuhvaćene su tzv. *relativne bitne povrede postupka* koje postoje u slučaju ako sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude, nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu ovog zakona (ZKP BiH), a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

U konkretnom slučaju, žalbe su osnovano ukazale na postojanje relativno bitnih povreda odredba krivičnog postupka, pri tome ih identifikujući u okviru primjene člana 273. stav 2. ZKP BiH.

Slijedom žalbenih prigovora u tom smjeru, Apelaciono vijeće je navedenu povredu postupka posmatralo dvojako. Kao prvo, obzirom i na razloge koje je prvostepeno vijeće u svojoj odluci iznijelo obrazlažući odstupanje od neposrednog izvođenja ovih dokaza i kao drugo, da li je prvostepeno vijeće uopće moglo, primjenjujući odredbu člana 273. stav 2. ZKP BiH, zasnovati svoju presudu, u odlučujućem dijelu na iskazima svjedoka A.G; A.M; A.B. i Halilović Junuza čiji iskazi su pročitani na glavnom pretresu. Apelaciono vijeće je ocijenilo da prigovori istaknuti po oba ova osnova stoje, te da ih valja uvažiti.

¹ Član 172. stav 1. KZ BiH: "Ko, kao dio širokog ili sistematičnog napada (...)"



Naime, odredbom člana 273. stav 2. ZKP BiH, propisano je da *izuzetno od stava 1. ovog člana, zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu se po odluci sudije, odnosno vijeća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo u slučaju ako su ispitane osobe umrle, duševno oboljele, ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred Sud nemoguć, ili je znatno otežan iz važnih uzroka.*

U konkretnoj situaciji, a slijedom navedene odredbe, postupajući tužilac je podnio sudu prijedlog da se iskazi svjedoka A.G; A.M; A.B. i Halilović Junuza dati u istrazi, pročitaju na glavnom pretresu. Našavši se u situaciji da ocijeni da li se izneseni razlozi na osnovu kojih se traži izuzetak od neposrednog izvođenja dokaza mogu smatrati opravdanim za postupanje saglasno odredbi iz člana 273. stav 2. ZKP BiH, prvostepeno vijeće je po saslušanju stranaka, zaključilo da se iskazi svjedoka A.G; A.M; A.B. i Halilović Junuza, dati u istrazi, pročitaju budući da se u konkretnom radi o osobama čiji dolazak pred sud nije bio moguć ili je bio znatno otežan iz važnih uzroka.

Razloge za ovakvu odluku prvostepeno vidjeće je iznijelo u presudi na strani 38.

Tako je prvostepeno vijeće, ocjenivši konkretne okolnosti na strani svjedoka Halilović Junuza, zaključilo da je njegovo prisustvo sudu otežano zbog činjenice što se isti nalazi u jako teškom zdravstvenom stanju, što je potkrepljeno i popratnom medicinskom dokumentacijom, nakon čega je prvostepeno vijeće pokušalo da se njegovo saslušanje obavi na nekom drugom mjestu. Međutim, nakon izvršenih provjera u vezi sa tom okolnosti, konstatovano je da u stanu svjedoka Halilovića ne postoji prostorija u kojoj bi se, uz prisustvo svih učesnika postupka, obavilo njegovog saslušanje.

Kad je riječ o svjedokinji pod mjerama zaštite A.G, nakon provedenih vještačenja, ustanovljeno je da je navedena svjedokinja oboljela od... te da, zbog njenog ... , ista nije u mogućnosti doći pred sud i svjedočiti, dok važni razlozi na strani svjedoka pod mjerama zaštite A.M. i A.B. proizilaze iz činjenice što isti više ne borave na teritoriji BiH.

Međutim, samo na osnovu navedenih razloga Apelaciono vijeće nije moglo sa sigurnošću provjeriti i ocijeniti da li su u konkretnom slučaju zaista ispunjeni uslovi za primjenu izuzetka od neposrednog saslušanja svjedoka, odnosno da li je prvostepeno vijeće zaista učinilo sve što je bilo u njegovoj moći kako bi se obezbijedilo prisustvo svjedoka A.G; A.M; A.B. i Halilović Junuza i njihovo neposredno saslušanje pred ovim sudom. Tako je na primjer ostalo nejasno da li se svjedok Halilović Junuz mogao saslušati (ako već ne u njegovoj kući) u nekim drugim službenim prostorijama u istom gradu, prije svega u sudu, a mjesnoj zajednici i drugim, gdje bi pored suda, tužioca, mogli prisustvovati i optuženi, njihovi branioci i drugi, te da li su se svjedoci koji sada žive u SAD i Holandiji mogli saslušati putem video linka, kao što je to činjeno u drugim predmetima, a na što žalbe branilaca optuženih osnovano ukazuju. Bez provjera i utvrđenja pomenutih činjenica, ne može se ni cijeniti da li su u slučaju navedenih svjedoka, koji su ključni za presuđenje, ispunjeni uslovi za primjenu stava 2. člana 273. ZKP BiH, te da li je zaista ili ne povrijeđeno pravo optuženih na odbranu, odnosno pravo na pravično suđenje.



Pored navedenog, prvostepeno vijeće je moralo imati u vidu da se na iskazima svjedoka čiji su iskazi samo pročitani na glavnom pretresu, **ne može zasnovati presuda u odlučujućem dijelu**. Opravdanje za ovakvu zakonsku regulativu leži u konceptu pravičnog suđenja budući da svako ko je optužen za krivično djelo, ima najmanje pravo da, između ostalog, *ispituje svjedoke druge strane* (član 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 14. stav 3. tačka e) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, što ustvari znači, omogućavanje optuženom da unakrsno ispita svjedoke optužbe.

Stoga se, imajući u vidu da je dokazni prijedlog u konkretnom slučaju bio samo prijedlog jedne od suprotstavljenih strana u postupku (optužbe), koji je pri tom i štetan po interes optuženih, slijedom načela procesne jednakosti stranaka, moralo i drugoj strani-optuženima omogućiti da ispituju značaj takvog dokaza, odnosno, da unakrsnim ispitivanjem umanje njegovu dokaznu snagu, što je u konkretnoj situaciji, evidentno, izostalo.

Istina, prvostepeno vijeće je pokušalo, ostalim materijalnim i subjektivnim dokazima ojačati navode svjedoka A.G; A.M; A.B. i Halilović Junuza, međutim, iz sadržaja tih dokaza proizilazi da su isti bili samo potkrepljujuće dokazne snage, budući da su jedino svjedoci A.G; A.M; A.B. i Halilović, opisali pojedinosti radnji optuženih u okviru pojedinačnih krivičnih djela, pri tome direktno identifikujući optužene kao izvršioce istih, što se na osnovu ostalih dokaza nije moglo utvrditi.

Budući da prvostepeno vijeće nije moglo osuđujuću presudu zasnovati samo ili u odlučujućoj mjeri na iskazima svjedoka A.G; A.M; A.B. i Halilović Junuza, što je ono ipak učinilo, osnovane su tvrdnje žalbi optuženih da je time prvostepeno vijeće počinilo bitnu povreda odredba krivičnog postupak iz člana 297. stav 2. ZKP BiH.

VI Zaključak

Na osnovu svega navedenog, a temeljem člana 315. stav 1. tačka a) ZKP BiH, nalazeći da su u toku prvostepenog postupka počinjene bitne povrede odredaba krivičnog postupka, kako one apsolutne, tako i one relativne koje su štetno utjecale na donošenje zakonite i pravilne presude, žalbe odbrane svih optuženih je valjalo uvažiti i pobijanu presudu u cjelosti ukinuti.

Zbog navedenih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, a koje prema pomenutim odredbama Zakona imaju za posljedicu ukidanje prvostepene presude, Apelaciono vijeće nije bilo u mogućnosti upustiti se u ocjenu ostalih žalbenih osnova iz člana 296. tačke b), c) i d) ZKP BiH i meritorno odlučivanje, pa tako ni u osnovanost žalbe tužioca Tužilaštva BiH koja se odnosi samo na odluke o kazni, nego se u skladu sa odredbom iz člana 316. ZKP BiH samo ograničilo na kratke razloge za ukidanje.



U toku ponovnog postupka otklonit će se učinjene bitne povrede odredaba krivičnog postupka, provjeriti navedene činjenice u vezi sa ispunjenjem uslova za primjenu izuzetka od neposrednog izvođenja dokaza saslušanjem svjedoka Halilović Junuza, AB, AG i AM i iste eventualno neposredno saslušati, preslušati iskaze svjedoka i vještaka koji su već saslušani i bili podvrgnuti unakrsnom ispitivanju, ponovo izvesti i druge relevantne dokaze, a po potrebi i nove, nakon čega će sud biti u mogućnosti donijeti novu na zakonu zasnovanu presudu.

ZAPISNIČAR:

Sanida Vahida-Ramić

PREDSJEDNIK VIJEĆA

S U D I J A

Tihomir Lukes

POUKA O PRAVNOM LIJEKU: Protiv ovog rješenja žalba nije dozvoljena.