

**UJEDINJENE
NACIJE**



Međunarodni sud za krivično gonjenje
osoba odgovornih za teška kršenja
međunarodnog humanitarnog prava
počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije
od 1991. godine

Predmet br.: IT-94-2-A
Datum: 4. februar 2005.
Original: engleski

PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu: sudija Theodor Meron, predsjedavajući
sudija Fausto Pocar
sudija Mohamed Shahabuddeen
sudija Mehmet Güney
sudija Inés Mónica Weinberg de Roca

Sekretar: g. Hans Holthuis

Presuda od: 4. februar 2005.

TUŽILAC

protiv

DRAGANA NIKOLIĆA

PRESUDA PO ŽALBI NA KAZNU

Tužilaštvo:

g. Mark McKeon
gđa Susan Lamb
g. Steffen Wirth

Obrana:

g. Howard Morrison, QC
gđa Tanja Radosavljević

SADRŽAJ

I. UVOD	1
II. STANDARD PREISPITIVANJA.....	3
III. PRVI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE ODREDILO JE PRESTROGU POLAZNU TAČKU ZA IZRICANJE KAZNE ZATVORA	5
A. PRETHODNA PRAVNA PRAKSA	6
B. DISKUSIJA.....	8
IV. DRUGI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE POGREŠNO JE PROCIJENILO OTEŽAVAJUĆE FAKTORE	10
A. UŽIVANJE ŽALIOCA U NJEGOVIK KRIVIČNIM DJELIMA	10
B. PREMLAČIVANJA KOJA PREDSTAVLJAJU NAJVIŠI NIVO MUČENJA, SA "SVIM SVOJSTVIMA DE <i>FACTO</i> POKUŠAJA UBISTVA"	13
1. Navodna pravna greška.....	13
2. Navodno pogrešno utvrđeno činjenično stanje	15
C. PRIHVACENE OTEŽAVAJUĆE OKOLNOSTI	16
V. TREĆI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE PRIDALO JE NEDOVOLJNO ZNAČAJA OLAKŠAVAJUĆIM FAKTORIMA.....	18
A. POJEDINAČNO ODVRAĆANJE.....	18
B. POTVRDNO IZJAŠNJAVANJE O KRIVICI.....	20
1. Izbjegavanje dugotrajnog suđenja.....	21
2. Podsticanje drugih da stupe pred Sud	23
C. KAJANJE	23
D. SARADNJA S TUŽIOCEM	24
1. Znatna saradnja optuženog	25
2. Težina koja se pridaje saradnji optuženog	26
VI. ČETVRTI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE POGRIJEŠILO JE ŠTO NIJE PRIDALO NIKAKAV ZNAČAJ ILI NIJE PRIDALO DOVOLJAN ZNAČAJ OPŠTOJ PRAKSI IZRICANJA KAZNI NA SUDOVIMA BIVŠE JUGOSLAVIJE	28
A. OPŠTA PRAKSA ODMJERAVANJA ZATVORSKIH KAZNI NA SUDOVIMA BIVŠE JUGOSLAVIJE	28
(a) Da li je Pretresno vijeće propustilo da uzme u obzir praksu odmjerenja kazni u bivšoj Jugoslaviji s obzirom na posebne okolnosti predmeta.....	30
(b) Da li je Pretresno vijeće odstupilo od granica odmjerenja kazni određenih tom praksom	30
B. PRAKSA ODMJERAVANJA KAZNI U DRUGIM ZEMLJAMA.....	31
VII. PETI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE JE POGRIJEŠILO ZAKLJUČIVŠI DA NIJE VEZANO NAČELOM <i>LEX MITIOR</i>.....	33
VIII. ŠESTI ŽALBENI OSNOV: PRETRESNO VIJEĆE NIJE PRIDALO DOVOLJAN ZNAČAJ PREPORUCI STRANA U POSTUPKU U POGLEDU KAZNE	36
A. DA LI JE PRETRESNO VIJEĆE POGRIJEŠILO ZATO ŠTO NIJE OBJASNILO ZAŠTO JE KAZNA KOJU SU PREPORUČILE STRANE U POSTUPKU NEPRIMJERENA.....	36
B. DA LI JE PRETRESNO VIJEĆE NEPRAVILNO UZELO U OBZIR VRIJEME KOJE ĆE ŽALILAC PROVESTI U ZATVORU.....	38
IX. SEDMI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE OSLONILO SE NA PITANJA KOJA IZLAZE VAN OKVIRA OPTUŽNICE I SPORAZUMNO DOGOVORENIH ČINJENICA.....	41

X. DISPOZITIV	44
XI. DJELIMIČNO RAZLIČITO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDEENA	45
XII. GLOSAR.....	54
A. SPISAK CITIRANIH SUDSKIH ODLUKA	54
1. MKSJ	54
2. MKSR	56
3. Druge odluke.....	56
B. SPISAK SKRAĆENICA.....	57

I. UVOD

1. Žalbeno vijeće Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. (u daljnjem tekstu: Međunarodni sud) rješava po žalbi na Presudu koju je Pretresno vijeće II donijelo 18. decembra 2003. u predmetu *Tužilac protiv Dragana Nikolića*, predmet br. IT-94-2-S (u daljnjem tekstu: Presuda o kazni).

2. Događaji koji su doveli do ove žalbe zbili su se u logoru Sušica nedaleko od Vlasenice, u istoimenoj opštini, u istočnoj Bosni i Hercegovini. Taj logor su osnovale srpske snage u junu 1992. i on je služio kao glavni zatočenički objekat na području Vlasenice. Od kraja maja do oktobra 1992. tamo je bilo pritvoreno čak 8.000 Muslimana ili drugih nesrba iz Vlasenice i okolnih sela. Žalilac Dragan Nikolić bio je komandant logora Sušica najmanje od početka juna 1992. do približno 30. septembra 1992.

3. Pretresno vijeće osudilo je Dragana Nikolića na osnovu podnošenja Povjerljivog zajedničkog sporazuma o izjašnjavanju o krivici (u daljnjem tekstu: Sporazum o krivici), koji su strane u postupku podnijele 2. septembra 2003., a Pretresno vijeće prihvatilo na pretresu od 4. septembra 2003. (u daljnjem tekstu: pretres o izjašnjavanju o krivici).¹ Činjenični osnov Sporazuma o izjašnjavanju o krivici sadržan je u Trećoj izmijenjenoj optužnici (u daljnjem tekstu: Optužnica)², po kojoj se Dragan Nikolić izjasnio krivim na pretresu o izjašnjavanju o krivici.³ Pretresno vijeće proglasilo je Dragana Nikolića krivim po tačkama od 1 do 4 Optužnice.⁴ Pretres o kazni počeo je 3. novembra 2003. i zaključen je 6. novembra 2003.

4. Pretresno vijeće izreklo je jedinstvenu osuđujuću presudu Draganu Nikoliću po Tački 1 Optužnice (progoni kao zločin protiv čovječnosti), koja obuhvata Tačku 2 (ubistvo kao zločin protiv čovječnosti), Tačku 3 (silovanje kao zločin protiv čovječnosti) i Tačku 4 (mučenje kao zločin protiv čovječnosti).⁵ Osudilo je Dragana Nikolića na 23 godine zatvora.

5. Žalilac je podnio svoju Najavu žalbe na Presudu o kazni 16. januara 2004.,⁶ a svoj Žalbeni podnesak 30. juna 2004.⁷ Optužba je Podnesak respondentata dostavila 9. augusta 2004.,⁸ a žalilac je

¹ Pretres o izjašnjavanju o krivici, T. 176.

² Preinačenja u Trećoj izmijenjenoj optužnici koja tvore činjenični osnov Sporazuma o krivici Pretresno vijeće je prihvatilo na pretresu o izjašnjavanju o krivici (T. 184).

³ Pretres o izjašnjavanju o krivici, T. 186, 191, 192, 195-196.

⁴ *Ibid.*, T. 196.

⁵ Žalbeno vijeće osuđujuću presudu žalioocu tumači kao da ona obuhvata osuđujuće presude za ubistvo, silovanje i mučenje kao zločine protiv čovječnosti. Vidi Drugostepenu presudu u predmetu *Kordić*, par. 1039-1043.

⁶ Najava žalbe u skladu s pravilom 108, 16. januar 2004. (u daljnjem tekstu: Najava žalbe).

podnio Repliku na Podnesak respondenta 25. augusta 2004.⁹ Pretres po žalbi (u daljnjem tekstu: žalbeni pretres) održan je 29. novembra 2004.

⁷ Žalbeni podnesak u prilog žalbi na presudu o kazni, 30. juni 2004. (u daljnjem tekstu: Žalbeni podnesak).

⁸ Podnesak respondenta-Tužilaštva (u daljnjem tekstu: Podnesak respondenta), 9. august 2004.

⁹ Replika žalioaca na Podnesak respondenta-Tužilaštva (u daljnjem tekstu: Replika na Podnesak respondenta), 25. august 2004.

II. STANDARD PREISPITIVANJA

6. Odredbe relevantne za odmjeravanje kazne su članovi 23 i 24 Statuta i pravila od 100 do 106 Pravilnika o postupku i dokazima (u daljnjem tekstu: Pravilnik). Kako član 24 Statuta tako i pravilo 101 Pravilnika sadrže opšte smjernice koje Pretresno vijeće treba da uzme u obzir prilikom odmjeravanja kazne:

Član 24 (Krivične sankcije)

1. Krivične sankcije koje izriče pretresno vijeće ograničene su na kaznu zatvora. Prilikom određivanja kazne zatvora pretresno vijeće imaće u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije.
2. Prilikom izricanja kazni, pretresna vijeća uzimaju u obzir faktore poput težine krivičnog djela i ličnih prilika osuđenika.
3. Uz kaznu zatvora, pretresna vijeća mogu naložiti povrat eventualne imovine i imovinske koristi stečene kašnjenim ponašanjem, uključujući i sredstvima prisile, pravim vlasnicima.

Pravilo 101 (Kazne)

(A) Osoba proglašena krivom može biti osuđena na kaznu zatvora, uključujući i doživotnu kaznu zatvora.

(B) Prilikom odmjeravanja kazne pretresno vijeće uzima u obzir faktore spomenute u članu 24(2) Statuta, te faktore kao što su:

- (i) sve otežavajuće okolnosti;
- (ii) sve olakšavajuće okolnosti, uključujući i značajnu saradnju osuđenog s tužiocem prije ili poslije izricanja presude;
- (iii) opšta praksa izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije;
- (iv) eventualno vrijeme koje je osuđena osoba već izdržala od kazne za isto djelo koju je eventualno izrekao nacionalni sud u skladu s članom 10 (3) Statuta.

(C) Osuđenom će se uračunati eventualno vrijeme koje je proveo u pritvoru čekajući na predaju Međunarodnom sudu ili čekajući na suđenje ili žalbeni postupak.

7. Te opšte smjernice zapravo obavezuju pretresna vijeća da prilikom odmjeravanja kazne uzimaju u obzir sljedeće faktore: težinu krivičnog djela i lične prilike osuđenog lica, opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije, te otežavajuće i olakšavajuće okolnosti.¹⁰

8. Žalbe na presudu o kazni, kao i sve žalbe na presudu nekog pretresnog vijeća koje razmatra Žalbeno vijeće, jesu žalbe *stricto sensu*. Nije riječ o suđenjima *de novo*. To jasno proizlazi iz

¹⁰ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, para. 716. Pored toga, pretresna vijeća obavezna su da uzimaju u obzir i to koliki je dio eventualne kazne koju je osuđenom za isto djelo izrekao neki nacionalni sud on već izdržao, kao što nalažu član 10(3) Statuta i pravilo 101(B)(iv) Pravilnika.

odredbi člana 25 Statuta.¹¹ Uloga Žalbenog vijeća ograničena je na ispravljanje grešaka u primjeni prava koje obesnažuju odluku i grešaka u utvrđivanju činjeničnog stanja zbog kojih je došlo do neostvarenja pravde. Standardi koje u oba slučaja treba primijeniti već su ustaljeni u sudskoj praksi ovog Međunarodnog suda¹² i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (MKSR).¹³

9. Pretresna vijeća imaju široko diskreciono pravo prilikom odmjeravanja primjerene kazne, a razlog tome je njihova obaveza da kazne individualizuju kako bi one bile odraz individualnih prilika optuženog i težine zločina.¹⁴ Opšte uzevši, Žalbena vijeće preinačuje presudu o kazni samo ako je Pretresno vijeće u primjeni svog diskrecionog prava počinilo neku "zamjetnu grešku".¹⁵ Na žalocu je da pokaže na koji način je Pretresno vijeće prilikom odmjeravanja date kazne izašlo van okvira svog diskrecionog prava.¹⁶ Odluka Pretresnog vijeća može se, dakle, preinačiti u žalbenom postupku ako žalilac pokaže da je pretresno vijeće prilikom primjene svog diskrecionog prava pogriješilo kod odmjeravanja tako što je uzelo u obzir ono što nije trebalo ili tako što nije uzelo u obzir ono što je trebalo da uzme u obzir.¹⁷

¹¹ Presuda po žalbi na kaznu u predmetu *Mucić i drugi*, par. 11. Vidi takođe Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 40; Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 203.

¹² Vidi Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, par. 64; Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 37; Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 434.

¹³ Vidi Drugostepena presuda u predmetu *Akayesu*, par. 178; Drugostepena presuda u predmetu *Kayishema i Ruzindana*, par. 320; Drugostepena presuda u predmetu *Musema*, par. 15.

¹⁴ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 717.

¹⁵ Presuda o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*, par. 22. Vidi takođe Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 680.

¹⁶ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 725.

¹⁷ *Ibid.*, par. 780.

III. PRVI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE ODREDILO JE PRESTROGU POLAZNU TAČKU ZA IZRICANJE KAZNE ZATVORA

10. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće odredilo prestrogu polaznu tačku za izricanje kazne zatvora, čime je počinilo pravnu grešku i grešku u utvrđivanju činjeničnog stanja kada je u paragrafu 214 Presude o kazni zaključilo da "[...] ako uzme u obzir samo težinu zločina i sve prihvaćene otežavajuće okolnosti, Pretresno vijeće zaključuje da se ne bi mogla izreći nijedna druga kazna osim kazne zatvora u trajanju do kraja optuženikovog života".

11. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće izreklo prestrogu kaznu u poređenju s drugim kaznama koje su izrekli MKSJ i MKSR, te će se uporedno osvrnuti na te sudske prakse.¹⁸ On dalje tvrdi da je Pretresno vijeće izjednačilo "njegova krivična djela i položaj u kojem se tada nalazio sa sličnim krivičnim djelima i položajem drugih optuženih na MKSR-u", čime je prekršilo načelo proporcionalnosti.¹⁹ U svom odgovoru optužba tvrdi da, s obzirom na okolnosti tog predmeta, polazni osnov za izricanje doživotne kazne nije bio neprimjeren, te da Pretresno vijeće nije obavezno da upoređuje izrečene kazne.²⁰ Optužba zaključuje da žalilac nije pokazao da je Pretresno vijeće pogriješilo što nije izreklo kaznu koja se podudara s kaznama izrečenim drugim optuženima u drugačijem ili sličnom položaju.²¹ U Republici na Podnesak respondenta žalilac izjavljuje da uporedni pregled predmeta, iako nije obavezan, ipak jeste metod kojim se može procijeniti da li je Pretresno vijeće prilikom korištenja svog diskrecionog prava u izricanju kazne pogriješilo ili nije.²²

12. Taj prvi osnov svoje žalbe žalilac potkrepljuje jedino argumentima u smislu da bi bilo opravdano da se ovaj predmet uporedi s predmetima po kojima su donijete odluke pred MKSJ-om i MKSR-om. Iako se u naslovu ovog žalbenog osnova žalilac usredsređuje na navodno pogrešnu polaznu tačku za izricanje kazne zatvora, Žalbeno vijeće primjećuje da tekst paragrafa 214 Presude o kazni isključuje stav da Pretresno vijeće doživotnu kaznu smatra "polaznom tačkom". Pretresno vijeće je ustvari odlučilo da se, nakon što se uzmu u obzir težina zločina i sve prihvaćene otežavajuće okolnosti, ne može izreći nijedna druga kazna. Žalilac je s tim upoznat i, štaviše, tvrdi da je uzimanje u obzir otežavajućih faktora od strane Pretresnog vijeća odigralo značajnu ulogu u

¹⁸ Žalbeni podnesak, par. 32-117. Na žalbenom pretresu branilac optuženog se, pored ostalih predmeta, u žalbenom podnesku pozvao i na Presudu o kazni u predmetu *Banović* kao na još jedan argument u prilog "prestroge polazne tačke i srazmjernosti drugih presuda o kazni" (AT 15-16).

¹⁹ Žalbeni podnesak, par. 117.

²⁰ Podnesak respondenta, par. 25. Na žalbenom pretresu optužba je ponovila da su "zločini za koje je žalilac osuđen očigledno zločini za koje je primjereno izreći doživotnu kaznu" (AT 35).

²¹ Podnesak respondenta, par. 36.

donošenju svog zaključka.²³ U svom drugom žalbenom osnovu žalilac govori o navodnim greškama u utvrđivanju činjeničnog stanja i pravnim greškama koje je Pretresno vijeće počinilo prilikom procjene otežavajućih faktora. Stoga će se Žalbeno vijeće u Dijelu IV ove Presude osvrnuti na argumente žalioca o navodnim pogreškama.

A. Prethodna pravna praksa

13. Žalbeno vijeće se već u nekoliko predmeta bavilo pitanjem može li pozivanje na presude o kazni iz ranijih predmeta biti od pomoći.

14. U Drugostepenoj presudi u predmetu *Furundžija* žalilac je tvrdio da se njegova kazna treba smanjiti na period koji odgovara kaznenom sistemu u nastajanju na Međunarodnom sudu. Žalbeno vijeće je smatralo da je "preuranjeno govoriti o kaznenom režimu u nastajanju"²⁴ i zaključilo je da je "neprimjereno donositi konačnu listu smjernica za odmjeravanje kazne koja bi se koristila u budućim predmetima".²⁵

15. Dalje, u Drugostepenoj presudi u predmetu *Čelebići*, optužba je tvrdila da Žalbeno vijeće treba da odredi "osnovne principe odmjeravanja kazne koje bi trebalo da primjenjuju pretresna vijeća".²⁶ Žalbeno vijeće je zaključilo da je "korist uspostavljanja takvog definitivnog popisa u svakom slučaju upitna", te da i Statut (član 24) i Pravilnik (pravilo 101) već sadrže opšte smjernice koje pretresna vijeća treba da uzmu u obzir pri odmjeravanju kazni: otežavajuće i olakšavajuće okolnosti (uključujući znatnu saradnju s optužbom), težinu djela, individualne prilike osuđenog lica i opštu praksu u pogledu zatvorskih kazni u sudovima bivše Jugoslavije".²⁷ Takođe je zaključilo da pretresna vijeća posjeduju prilično široko diskreciono pravo u odmjeravanju primjerene kazne, a "razlog tome je u velikoj mjeri imperativna obaveza da se kazna individualizira kako bi bila odraz

²² Replika na Podnesak respondenta, par. 4.

²³ Žalbeni podnesak, par. 33.

²⁴ Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 237 (fusnota izostavljena).

²⁵ *Ibid.*, par. 238. Odgovarajući na argumente koje su strane iznijele kako bi klasifikovale zločine nabrojane u Statutu, Žalbeno vijeće je u istoj Drugostepenoj presudi potvrdilo svoj prijašnji zaključak iz Presude o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić* da "u pravu nema razlike u težini između zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina", pri čemu se "težina u svakom pojedinom slučaju određuje prema okolnostima tog slučaja" (Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 242-243, u kojem se govori o paragrafu 69 Presude o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*). Takođe je smatralo da bi uzimanje "gubitka života" kao ključnog elementa bilo "previše kruto i mehanističko" (par. 246) i nije se složilo s "nametanjem ograničenjâ u procesu odmjeravanja kazne, koja nisu utemeljena u Statutu niti u Pravilniku" (par. 248). Umjesto toga, Žalbeno vijeće ostalo je pri svom ranijem zaključku iz Drugostepene presude u predmetu *Aleksovski* u kojem je potvrdilo zaključak Pretresnog vijeća iz paragrafa 852 Presude u predmetu *Kupreškic i drugi*: "Kazne koje valja izreći moraju odražavati inherentnu težinu kriminalnog ponašanja optuženih. Utvrđivanje težine zločina zahtijeva razmatranje osobitih okolnosti predmeta, kao i oblik i stepen sudjelovanja optuženih u zločinu." (Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 249; Drugostepena presuda u predmetu *Aleksovski*, par. 182) i u tom smislu primijetilo da "osoba proglašena krivom za ratni zločin može biti osuđena na kaznu zatvora koja može biti i doživotna, zavisno od okolnosti" (par. 250).

²⁶ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 715.

individualnih prilika optuženog i težine zločina".²⁸ Iako su obje strane u postupku tražile da Žalbeno vijeće njihov predmet uporedi s drugim predmetima po kojima je definitivno presuđeno, Žalbeno vijeće je bilo sljedećeg mišljenja:

"Žalbeno vijeće napominje da je takvo poređenje u pravilu od ograničene koristi. Mada ne osporava tvrdnju da bi trebalo da se očekuje da dva optužena osuđena za slična krivična djela u sličnim okolnostima u praksi neće dobiti suviše različite kazne, razlike su često značajnije od sličnosti, tako da olakšavajući i otežavajući faktori diktiraju različite ishode. Na njih se, dakle, ne treba oslanjati kao na *jedini* osnov za odmjeravanje kazne određenom pojedincu."²⁹

U istom predmetu, Žalbeno vijeće je odlučilo da primjeni kriterije navedene u paragrafu 250 Drugostepene presude u predmetu *Furundžija*, konkretno, da "[p]rethodna odluka o kazni može, doduše, predstavljati smjernicu ako se odnosi na isto krivično djelo koje je počinjeno u okolnostima koje su u znatnoj mjeri slične [...]".³⁰ Uprkos tome, Vijeće je zauzelo stav da, kada se takav raspon ili obrazac bude artikulisao, pretresno vijeće "bit će dužno da taj raspon ili obrazac kazni *uzima u obzir*, ali ne kao *obavezu*".³¹

16. U predmetu *Jelisić* Žalbeno vijeće je prihvatilo da se presuda "u načelu može protumačiti kao hirovita ili pretjerana ukoliko prevazilazi razumne omjere kazni izrečenih u sličnim okolnostima za ista krivična djela".³² Međutim, potvrdilo je i to da slični predmeti ne obezbjeđuju "pravno obavezujuću skalu za izricanje kazni, nego obrazac koji se pomalja iz pojedinačnih predmeta ...", te da "tamo gdje postoji takav nesrazmjer, Žalbeno vijeće bi moglo doći do zaključka da nisu uzeti u obzir standardni kriteriji po kojima bi se trebala odmjeravati kazna, kao što je to propisano Statutom i regulisano Pravilnikom".³³

17. U Drugostepenoj presudi u predmetu *Krstić* Žalbeno vijeće je potvrdilo da pretresna vijeća ne obavezuje praksa izricanja kazni Međunarodnog suda³⁴ i da je ta praksa samo jedan od nekoliko faktora koje pretresna vijeća moraju da uzmu u obzir prilikom utvrđivanja kazne.³⁵ Žalbeno vijeće je zauzelo stav da je odluka pretresnih vijeća da prilikom utvrđivanja kazne uzimaju u obzir taj faktor "stvar diskrecionog ovlašćenja i ovisi o okolnostima svakog pojedinog predmeta", te je citiralo svoju raniju konstataciju iz paragrafa 444 Drugostepene presude u predmetu *Kupreškić*, u

²⁷ *Ibid.*, par. 716.

²⁸ *Ibid.*, par. 717.

²⁹ *Ibid.*, par. 719.

³⁰ *Ibid.*, par. 720 (naglasak dodat).

³¹ *Ibid.*, par. 757 (naglasak u originalu).

³² Drugostepena presuda u predmetu *Jelisić*, par. 96.

³³ *Ibid.* (kurziv dodat).

³⁴ Drugostepena presuda u predmetu *Krstić*, par. 247.

³⁵ *Ibid.*, par. 248.

kojoj navodi da "[o]no što je značajno jeste to da se postupa s dužnim uvažavanjem odredaba Statuta i Pravilnika, jurisprudencije Međunarodnog suda i MKSR-a, te okolnosti predmeta".³⁶

B. Diskusija

18. Žalbeno vijeće ponavlja da se inherentna težina zločina mora odrediti s obzirom na konkretne okolnosti predmeta, te oblik i stepen optuženikovog učestvovanja u zločinu.³⁷ Kao što Pretresno vijeće tačno napominje u paragrafu 144 Presude o kazni, težina zločina može se smatrati "probnim kamenom" u izricanju primjerene kazne.³⁸

19. Smjernice koje mogu da se izvedu iz ranijih kazni izrečenih u predmetima na Međunarodnom sudu i MKSR ne samo da su "veoma ograničene",³⁹ već i ne moraju predstavljati pravi put preispitivanja zaključaka do kojih je neko pretresno vijeće došlo prilikom primjene svog diskrecionog prava da izrekne kaznu. Razlog tome je dvostruk. Prvo, poređenje s ranijim predmetima može se primijeniti jedino ako su krivična djela ista ili ako su počinjena u okolnostima koje su u znatnoj mjeri slične,⁴⁰ ali ako su razlike značajnije od sličnosti ili se olakšavajući i otežavajući faktori razlikuju, može se opravdati odmjerenije drugačije kazne. Drugo, imperativna obaveza pretresnih vijeća kao presuditelja o činjenicama, jest da kaznu individualiziraju kako bi ona bila odraz individualnih prilika optuženog i težine zločina,⁴¹ pri čemu posvećuju dužnu pažnju predmetu u cjelini. Žalbeno vijeće podsjeća da ono ne postupa kao drugo pretresno vijeće koje provodi suđenje *de novo*,⁴² te da će preinačiti presudu o kazni jedino ako žalilac pokaže da je Pretresno vijeće počinilo "zamjetnu grešku" u primjeni svog diskrecionog prava.⁴³

20. U ovom predmetu žalilac samo tvrdi da njegov uvid u ranije presude o kazni otkriva postojanje "jasnog i nedvosmislenog" obrasca odmjerenja kazni, te tvrdi da Žalbeno vijeće treba da odredi da li njegov predmet "tako očigledno odstupa od tog obrasca da se može ispravno zaključiti da je u primjeni diskrecionog prava Pretresnog vijeća ustvari počinjena greška".⁴⁴ Žalilac nije pokušao da upoređuje svoj predmet s jednim ili više drugih predmeta koji obuhvataju isto

³⁶ *Ibid.*, par. 248.

³⁷ Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 680; Drugostepena presuda u predmetu *Krstić*, par. 241; Drugostepena presuda u predmetu *Jelisić*, par. 101; Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 731; Drugostepena presuda u predmetu *Aleksovski*, par. 182.

³⁸ Citat iz Prvostepene presude u predmetu *Čelebići*, par. 1225; Drugostepena presuda u predmetu *Aleksovski*, par. 182; Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 731; Drugostepena presuda u predmetu *Jelisić*, par. 101.

³⁹ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 821.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 720.

⁴¹ *Ibid.*, par. 717.

⁴² Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 40; Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 203.

⁴³ *Tadić* Presuda o žalbi na kaznu, par. 22. Vidi takođe Drugostepenu presudu u predmetu *Blaškić*, par. 680. Vidi *supra* par. 9.

⁴⁴ Žalbeni podnesak, par. 38.

krivično djelo i u znatnoj mjeri slične okolnosti.⁴⁵ U svakom slučaju, uprkos tome što Pretresno vijeće nije obavezivala ranija praksa odmjeravanje kazni, njegov zaključak iz paragrafa 174 Presude o kazni pokazuje da je Vijeće tu praksu ipak uzelo u obzir. Vijeće je zaključilo sljedeće: "[O]pseg kazni vrlo je širok, budući da svaki predmet valja razmatrati individualno i prosuđivati na osnovu njegovog vlastitog merituma".⁴⁶ Razmatranje žaliočevih argumenata ne pokazuje da je Pretresno vijeće počinilo neku primjetnu grešku u primjeni svog diskrecionog prava prilikom odmjeravanja kazne time što je pogrešno procijenilo konkretne okolnosti njegovog predmeta.

21. U pogledu žaliočeve tvrdnje da je Pretresno vijeće prekršilo načelo proporcionalnosti, žalilac iznosi argument da je Pretresno vijeće taj princip prekršilo tako što je njegova krivična djela i položaj u kojem se on nalazio izjednačilo sa "sličnim djelima i položajima okrivljenih na MKSR-u".⁴⁷ Žalilac se pozvao na paragraf 126 Presude o kazni u kojoj je Pretresno vijeće uistinu izjavilo da će se držati tog načela. Iz razmatranja Pretresnog vijeća Žalbena vijeće zaključuje da načelo proporcionalnosti znači da kazna mora biti "srazmjerna sramotnom ponašanju počinioca"⁴⁸ i traži da se u obzir uzmu i "drugi faktori kao što su odvratanje i društvena osuda djela počinioca".⁴⁹ Načelo proporcionalnosti na koje se poziva Pretresno vijeće nikako ne obuhvata proporcionalnost između nečije presude o kazni i presude o kazni nekog drugog optuženog. Kao što Pretresno vijeće tačno primjećuje, načelo proporcionalnosti podrazumijeva da "kazna mora odražavati prevladavajući standard proporcionalnosti između težine krivičnog djela i stepena odgovornosti počinioca."⁵⁰ Izgleda da žalilac krivo shvata šta obuhvata načelo proporcionalnosti.⁵¹

22. Zbog gorenavedenih razloga prvi žalbeni osnov žalioca se odbacuje.

⁴⁵ Žalilac prihvata da "nije uvijek moguće povući tačne paralele između predmeta" (Žalbeni podnesak, par. 37). U paragrafu 6 Replike na Podnesak respondenta žalilac priznaje da poređenje njegovog predmeta s drugim predmetima "može biti od ograničenog značaja", te dalje razjašnjava da je njegov cilj bio samo da se uzme u obzir cjelokupna praksa u predmetima MKSJ-a i MKSR-a kao "pravovaljana provjera da bi se utvrdilo da li bi njegov predmet mogao da se uklopi u tu cjelokupnu praksu". Predmet *Banović*, na koji se žalilac takođe pozvao na pretresu o žalbi ne pruža Žalbenom vijeću nikakvu dodatnu pomoć jer se okolnosti tog predmeta i okolnosti predmeta žalioca u mnogo čemu razlikuju, između ostalog, razlikuju se, kao što je optužba tačno istakla, u pogledu "očiglednih karakteristika i otežavajućih okolnosti vezanih za sadizam i proizvoljnost ponašanja žalioca", te u pogledu "krajnje niskog ranga" Predraga Banovića u hijerarhijskoj strukturi logora u poređenju s komandnim položajem Dragana Nikolića (AT 38).

⁴⁶ Presuda o kazni, par. 174.

⁴⁷ Žalbeni podnesak, par. 117.

⁴⁸ Odluka Vrhovnog suda Kanade u predmetu *R. v. Martineau (R. v. Martineau)*, [1990.] 2 S.C.R. 633, str. 645), citirana u fusnoti 161 Presude o kazni.

⁴⁹ Odluka Vrhovnog suda Kanade u predmetu *R. v. Arkell (R. v. Arkell)*, [1990.] 2 S.C.R. 695, str. 704), citirana u fusnoti 161 Presude o kazni.

⁵⁰ Presuda o kazni, par. 144, u kojem se navodi par. 414 Drugostepene presude u predmetu *Akayesu*.

⁵¹ Na pitanje predsjedavajućeg sudije na žalbenom pretresu da li njegovo pozivanje na načelo proporcionalnosti obuhvata proporcionalnost sa kaznama u drugim predmetima i proporcionalnost između okolnosti zločina i izrečene kazne, branilac žalioca je odgovorio da to načelo obuhvata oboje. Međutim, nije iznio argumente u pogledu posljednje tvrdnje.

IV. DRUGI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE POGREŠNO JE PROCIJENILO OTEŽAVAJUĆE FAKTORE

23. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo u svojoj procjeni otežavajućih faktora. On iznosi tri argumenta u vezi s nalazima Pretresnog vijeća o tome da je on (1) "reklo bi se uživao u svojim krivičnim djelima"; da (2) njegovo ponašanje predstavlja "najviši nivo mučenja koji ima sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva"; i da su (3) sve otežavajuće okolnosti "prihvaćene". Žalbena vijeće će ih pojedinačno ispitati.

A. Uživanje žalioca u njegovim krivičnim djelima

24. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo zato što je u paragrafu 213(i) Presude o kazni kao otežavajući faktor uzelo u obzir to što je on "reklo bi se uživao u svojim krivičnim djelima", što je činjenica koju, tvrdi žalilac, ne potkrepljuju dokazi.⁵² Optužba odgovara da Pretresno vijeće nije postupilo nerazumno niti da je u potpunosti pogriješilo u toj ocjeni.⁵³ U svojoj replici žalilac tvrdi da je optužba u svojoj procjeni činjenica izašla van činjeničnog okvira koji je Pretresno vijeće, ustvari, uzelo u obzir.⁵⁴

25. U paragrafu 192 Presude o kazni piše sljedeće:

Jedan od aspekata ponašanja optuženog koji najviše leđi krv u žilama jeste to da je on uživao u vlastitim krivičnim djelima. Svjedokinja SU-032 je izjavila da je optuženi "uživao dok je tukao ljude. Znam lično, dok je tukao Arnaut Fikreta, da je uživao, da ga je čak tukao po pet puta dnevno".⁵⁵ Kada su se dvije žrtve onesvijestile uslijed premlaćivanja, optuženi i drugi stražari polijevali su ih kantama vode kako bi ih vratili svijesti.⁵⁶ Kada bi zatočenici koje su tukli preklinjali da ih ustrijele, optuženi bi odgovarao: "*Jedan metak je skup za Muslimana.*"⁵⁷ (naglasak u originalu).

26. U pogledu svjedočenja svjedoka SU-202,⁵⁸ žalilac tvrdi da optužba nije izvela nijedan dokaz koji pokazuje da je polijevanje vodom predstavljalo njegovo "uživanje" u krivičnim djelima, te da optužba nije zatražila nikakvo objašnjenje u pogledu toga zašto su žrtve polijevane vodom.⁵⁹ On

⁵² Najava žalbe, par. 4.

⁵³ Podnesak respondenta, par. 39-44.

⁵⁴ Replika na Podnesak respondenta, par. 8.

⁵⁵ Svjedokinja SU-032, T. 279.

⁵⁶ Svjedok SU-202, T. 270.

⁵⁷ Svjedokinja SU-032, T. 279.

⁵⁸ Svjedok SU-202, T. 270, redovi 10-17: "P.: Ko je, koliko ste kao očevidac mogli da vidite, odgovoran za ubistva Durme Handžića i Asima Zildžića? O.: Bio je tu i Dragan, i Tešić, ovaj, Goce zvani Goce. Bio je Đura. Ne znam mu ime tačno al' su ga Đura. Znam ga nako. Radio je u firmi *Finalima*. Bilo je tu još vojnika koji su tu ... tu su ih tukli. I mi smo ih odatle unijeli u hangar. Mokri bili su, ovaj, polijevali ih vodom. Bili su onesviješteni."

⁵⁹ Žalbeni podnesak, par. 120.

tvrdi da, u odsustvu objašnjenja u tom pogledu, Pretresno vijeće nije moglo da zaključi, ni izričito niti u obliku implikacije, da je on uživao u svojim djelima.⁶⁰ U vezi sa svjedočenjem svjedokinje SU-032⁶¹ žalilac tvrdi da ono ne pokazuje da je on uživao u fizičkom činu premlaćivanja, te da je u svakom slučaju riječ o tome da li je on uživao u "moći" koju je imao nad pritvorenima, što je drugo pitanje.⁶² Žalilac smatra da je svjedočenje svjedokinje SU-032 "u cjelokupnom dokaznom materijalu jedino koje sugerise postojanje bilo kakvog elementa uživanja", što je "u potpunosti nedovoljan i nerazuman osnov" da se njegovo ponašanje okarakterise kao "naročito otežavajuće".⁶³

27. Žalbeno vijeće naglašava da, iako Statut i Pravilnik uistinu obavezuju pretresna vijeća da uzimaju u obzir i otežavajuće i olakšavajuće okolnosti predmeta, donošenje odluke o tome šta može da predstavlja otežavajući ili olakšavajući faktor, te koji im značaj treba pripisati, jest njihovo diskreciono pravo.⁶⁴ Odluka Pretresnog vijeća može se stoga preinačiti u žalbenom postupku jedino ako žalilac pokaže da je Vijeće, prilikom primjene svog diskrecionog prava, pogriješilo u procesu odmjerenja, bilo tako što je uzelo u obzir ono što nije trebalo, bilo tako što nije uzelo u obzir ono što je trebalo da uzme u obzir.⁶⁵

28. Međunarodni sud je očigledno uživanje koje optuženi može da doživi prilikom izvršavanja krivičnog djela već uzimalo u obzir kao otežavajući faktor. U Prvostepenoj presudi u predmetu *Čelebići* Pretresno vijeće zaključilo je sljedeće:

"Hazim Delić je takođe kriv za nečovječno i surovo postupanje zbog korišćenja električne naprave na zatočenicima. Šokovi koje je ispuštao ovaj uređaj izazivali su bol, opekotine, konvulzije i ožiljke i plašili žrtve i druge zatvorenike. Onaj aspekt ovih radnji koji najviše uznemirava, koji je najozbiljniji, i, stoga, otežavajući, jest to da je izgleda g. Delić uživao da koristi ovu napravu na svojim bespomoćnim žrtvama. Prema napravi se odnosio kao prema igrački. Bilo mu je smiješno kad ju je koristio i smijao se kada bi ga žrtve preklinjale da prestane. Pretresno vijeće nema mnogo šta dodati kao komentar na ovakvo ponašanje, čija izopačenost govori sama za sebe."⁶⁶

29. Suprotno tvrdnji žalioaca, Pretresno vijeće raspolaže jasnim dokazima da on jeste uživao u tome što tokom tih izopačenih djela koja su već opisana ima moć nad pritvorenima. Shodno tome, Žalbeno vijeće se ne slaže sa žaliocem da je svjedočenje svjedokinje SU-032 "u potpunosti

⁶⁰ *Ibid.*, par. 121.

⁶¹ Svjedokinja SU-032, T. 279, redovi 10-20: "P.: Da li vam se činilo da Dragan Nikolić uživa u moći koju ima nad zatočenicima? O.: Jeste. Uživao je dok je tuk'o ljude. Znam mu lično ... dok je tuk'o Arnaut Fikreta, zvanog Čičeta, da je uživao; da ga je čak tuk'o po pet puta dnevno; da smo svi mi gledali i djeca i stari i da smo svi očekivali da će i nama se isto tako da desi. P. : Jesu li u nekom trenutku zatvorenici tražili ili ga molili da ih/ga prestane tući? O.: Jesu. Molili su ga ... 'Ubij me oružjem. Nemoj me više mučiti.' On je rekao da je jedan metak skup za Muslimana."

⁶² Žalbeni podnesak, par. 122.

⁶³ *Ibid.*, par. 123.

⁶⁴ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 716-717.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 780.

⁶⁶ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 1264 (naglasak dodat).

nedovoljan i nerazuman osnov" da se njegovo ponašanje okarakteriše kao "naročito otežavajuće".⁶⁷ Žalbeno vijeće napominje da se zaključak Pretresnog vijeća iz paragrafa 192 Presude o kazni o tome da je žalilac uživao u svojim djelima temelji na svjedočenju svjedokinje SU-032 koja je izjavila: "Uživao je dok je tuk'o ljude."⁶⁸ Kao što napominje žalilac, dokaz o kojem je riječ svjedokinja SU-032 iznijela je u svom odgovoru na pitanje optužbe da li joj je izgledalo da Dragan Nikolić uživa u svojoj moći nad pritvorenicima. Žalbeno vijeće primjećuje da je svjedokinja eksplicitno navela šta ju je u stavu i riječima žalioaca navelo na takav zaključak. Prvo, žalilac je tukao jednog pritvorenika, Fikreta Arnauta, do pet puta dnevno; drugo, premlaćivanje se odvijalo naočigled svjedokinje i drugih pritvorenika koji su mislili da se isto može i njima dogoditi; i treće, cinizam žaliočevog odgovora - "Jedan metak je skup za Muslimana" - kad su ga zatočenici preklinjali da im prekine patnju i ubije ih.

30. Prilikom razmatranja gnusnosti zločina Pretresno vijeće je uzelo u obzir očito uživanje žalioaca u krivičnim djelima, naročito s obzirom na okolnosti u logoru.⁶⁹ Žalbeno vijeće smatra da je uživanje žalioaca u krivičnim djelima bio dio šireg opšteg konteksta vezanog za tu gnusnost. U paragrafu 213(i) Presude o kazni piše:

Djela optuženog bila su izrazito surova i relativno dugog trajanja. Ne radi se o izoliranim postupcima, već o ispoljavanju sistematskog sadizma. Reklo bi se da je optuženi uživao u svojim krivičnim djelima.

Oslanjanje Pretresnog vijeća na svjedočenje svjedoka SU-032 samo po sebi dovoljno je da Pretresno vijeće dođe do zaključka koji je donijelo.⁷⁰ Premda se ostali dokazi na koje se Pretresno vijeće poziva oslonilo u paragrafu 192 Presude o kazni ne odnose konkretno na uživanje žalioaca u njegovim djelima, oni su ipak ilustracija gnusnost konteksta unutar kojeg su ti zločini izvršeni. Žalbeno vijeće zaključuje da Pretresno vijeće nije počinilo nikakvu primjetnu grešku kad je zaključilo da bi se "reklo da je optuženi uživao u svojim krivičnim djelima". Stoga se taj dio žaliočevog žalbenog osnova odbacuje.

⁶⁷ Žalbeni podnesak, par. 123.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Presuda o kazni, par. 186-199.

⁷⁰ Sudska praksa i MKSJ-a i MKSR-a jasno pokazuju da svjedočenje jednog svjedoka o nekoj materijalnoj činjenici, kao pravno pitanje, ne zahtijeva da se njegov iskaz potkrijepi. Vidi Drugostepenu presudu u predmetu *Tadić*, par. 65. Vidi takođe Drugostepenu presudu u predmetu *Aleksovski*, par. 62; Drugostepenu presudu u predmetu *Čelebići*, par. 492 i 506; Drugostepenu presudu u predmetu *Kayishema i Ruzindana*, par. 154; Drugostepenu presudu u predmetu *Musema*, par. 36; Drugostepenu presudu u predmetu *Rutaganda*, par. 29; Drugostepenu presudu u predmetu *Niyitegeka*, par. 92.

B. Premlaćivanja koja predstavljaju najviši nivo mučenja, sa "svim svojstvima *de facto* pokušaja ubistva"

31. Žalilac zatim izjavljuje da je Pretresno vijeće počinilo pravnu grešku ili je, alternativno, počinilo grešku u utvrđivanju činjeničnog stanja kada je u paragrafu 213(v) Presude o kazni zaključilo da zbog težine i izrazite okrutnosti premlaćivanja u osnovi krivičnog djela mučenja (tačka 4 Optužnice), njegovo ponašanje predstavlja "najviši nivo mučenja koji ima sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva".⁷¹ Optužba odgovara da je žalilac krivo shvatio "smisao" zaključka Pretresnog vijeća, koji prema mišljenju Vijeća predstavlja činjenično zapažanje o "kvalitetu i okrutnosti" premlaćivanja navedenih u Optužnici.⁷² U svojoj replici žalilac ponavlja da to nije samo činjenično zapažanje, već prije da je djelo mučenja namjerno procijenjeno kao pokušaj ubistva.⁷³

32. U paragrafu 213(v) Presude o kazni Pretresno vijeće je bilo sljedećeg mišljenja:

"(v) Premlaćivanja se u Optužnici navode u okviru optužbe za mučenje. S obzirom na težinu i izrazitu okrutnost premlaćivanja, Pretresno vijeće smatra da to ponašanje predstavlja najviši nivo mučenja, koji ima sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva."

Iako prihvata da je krivično djelo mučenja samo po sebi teško krivično djelo, žalilac tvrdi da nije jednako teško kao pokušaj ubistva, te da je Pretresno vijeće počinilo pravnu grešku izjednačivši ta krivična djela.⁷⁴ Dalje, ili alternativno, on izjavljuje da nema činjeničnog osnova za takav zaključak.⁷⁵

1. Navodna pravna greška

33. Žalilac tvrdi da krivična djela mučenja i ubistva imaju različitu *mens rea*, te da je Pretresno vijeće počinilo pravnu grešku izjednačivši ih.⁷⁶ Oslanjajući se na Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka,⁷⁷ on tvrdi da je, dok s

⁷¹ Žalbeni podnesak, par. 118-137.

⁷² Podnesak respondenta, par. 45-47. Optužba se nije bavila alternativnim argumentom žalioaca da nema činjenica na osnovu kojih bi se moglo zaključiti da njegovo ponašanje "ima sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva" jer je smatrala da žalilac nije iznio niti jedan argument u tom pogledu (Podnesak respondenta, par. 38).

⁷³ Replika na Podnesak respondenta, par. 11.

⁷⁴ Žalbeni podnesak, par. 125.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Žalbeni podnesak, par. 134.

⁷⁷ Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, 10. decembar 1984., A/RES/39/46. U članu 1(1) piše sljedeće: "U smislu ove konvencije, izraz "tortura" označava svaki akt kojim se jednom licu namjerno nanose bol ili teške fizičke ili mentalne patnje u cilju dobivanja od njega ili nekog trećeg lica obavještenja ili priznanja ili njegovog kažnjavanja za djelo koje je to ili neko treće lice izvršilo ili za čije izvršenje je osumnjičeno, zastrašivanja tog lica ili vršenja pritiska na njega ili zastrašivanje ili vršenje pritiska na njega ili na neko treće lice ili iz bilo kojeg drugog razloga zasnovanog na bilo kom obliku diskriminacije ako taj bol ili te patnje nanosi

jedne strane pokušaj ubistva obuhvata lišavanje života, cilj mučenja dobijanje obavještenja ili priznanja, što bi se smrću žrtve osujetilo.⁷⁸ On primjećuje da optužba u dijelu svog Podneska o odmjeravanju kazne u kojem se opisuju činjenice vezane za optužbu o mučenju nije tražila da se one okarakterišu kao pokušaj ubistva.⁷⁹ Žalilac takođe tvrdi da je Pretresno vijeće počinilo još jednu pravnu grešku zato što njega i njegovu odbranu nije obavijestilo o svojoj namjeri da krivično djelo mučenja podigne na nivo "pokušaja ubistva".⁸⁰

34. Žalbno vijeće primjećuje da Pretresno vijeće u paragrafu 213(v) Presude o kazni prvo konstatuje da su premlaćivanja u Optužnici obuhvaćena "optužbom o mučenju", a zatim zaključuje da ta premlaćivanja smatra najvišim nivoom mučenja koji zbog "[svoje] težine i izrazite okrutnosti" ima sva svojstva "de facto" pokušaja ubistva (naglasak dodat). Dalje, taj paragraf očito je uvršten u dio Presude o kazni koji se bavi otežavajućim okolnostima (Dio VIII (A)), a ne u dio koji se bavi činjenicama koje proizlaze iz Sporazuma o krivici (Dio V (A)).

35. Kao što žalilac tačno primjećuje, Podnesak optužbe o odmjeravanju kazne ne sadrži niti jedan pokazatelj da činjenice u osnovi krivičnog djela mučenja treba okarakterisati kao pokušaj ubistva,⁸¹ a Pretresno vijeće na pretresu o odmjeravanju kazne nije pomenulo da će izjednačiti krivična djela mučenja i pokušaja ubistva.⁸² Takođe, što je čak i važnije, Pretresno vijeće je u cijeloj Presudi o kazni jasno stavljalo do znanja da je ograničeno na ono što je sadržano u Sporazumu o krivici ili njegovom prilogu, te da ne može da izađe izvan okvira tih činjenica i njihove pravne procjene.⁸³ Pretresno vijeće posebno je razmotrilo optužbu o mučenju nezavisno od optužbe o ubistvu i ništa u njegovoj procjeni činjenica u osnovi krivičnog djela mučenja ne pokazuje da je te radnje u osnovi krivičnog djela protumačilo kao radnje koje predstavljaju pokušaj ubistva. Naprotiv, prilikom razmatranja zločina mučenja Pretresno vijeće se usredsredilo na razloge iz kojih su te radnje počinjene: dobivanje obavještenja i, u slučaju Fikreta Arnauta, kažnjavanje.⁸⁴ To

službeno lice ili bilo koje drugo lice koje djeluje u službenom svojstvu ili na njegov podsticaj ili sa njegovim izričitim ili prećutnim pristankom. Taj izraz se ne odnosi na bol ili patnje koje su rezultat isključivo zakonitih sankcija, neodvojivih od tih sankcija ili koje te sankcije prouzrokuju."

⁷⁸ Žalbeni podnesak, par. 130.

⁷⁹ *Ibid.*, par. 131.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 132.

⁸¹ Podnesak optužbe o odmjeravanju kazne, par. 31-36. U tim paragrafima optužba navodi razloge premlaćivanja. Vidi između ostalog par. 32: "[...] jer je Arnaut [Fikret] navodno organizovao civile bosanske Muslimane u Vlasenici za pružanje otpora srpskim snagama."; par.33, premlaćivanje Seada Ambeškovića i Hajrudina Osmanovića: "[...] tvrdeći da oni [sic] skriveno oružje i zahtijevajući da dozna imena drugih Muslimana koji imaju oružje." Istina, ne pominju se dokazi koji ukazuju na pokušaj ubistva.

⁸² Žalbeni podnesak, par. 132.

⁸³ Presuda o kazni, par. 48. Vidi takođe par. 64 i 106.

⁸⁴ *Ibid.*, par. 91-104. Vidi, između ostalog, par. 91, 93 (mučenje Fikreta Arnauta: "Fikret Arnaut je premlaćivan u hangaru i izvan njega, a nekoliko puta i u uglu hangara poznatom kao "kazneni" čošak. ... Dok ga je tukao, optuženi je optuživao Fikreta Arnauta da je organizovao Muslimane"; par. 96 (mučenje Seada Ambeškovića i Hajrudina Osmanovića: "Optuženi ih je pitao gdje im je oružje i tražio da navedu druge koji imaju oružje."; par. 101 (mučenje

pokazuje ne samo da Pretresno vijeće nije imalo namjeru da izjednači krivična djela, već i to da je bilo svjesno činjenice da krivično djelo mučenja zahtijeva posebnu *mens rea*.⁸⁵ Stoga argument žalioaca u tom pogledu nije održiv.

36. U svjetlu gorenavedenog, Žalbeno vijeće zaključuje da žalilac nije pokazao da je Pretresno vijeće izjednačilo krivično djelo mučenja sa krivičnim djelom pokušaja ubistva, već da je samo namjeravalo da prokomentariše ozbiljnost činjenica u osnovi tačke o mučenju. Nakon što je to konstatovalo, Žalbeno vijeće još mora da odluči da li je Pretresno vijeće pogriješilo u procjeni težine krivičnog djela mučenja uzevši u obzir ono što nije trebalo da uzme u obzir prilikom odmjeravanja kazne.

2. Navodno pogrešno utvrđeno činjenično stanje

37. Žalilac tvrdi da zaključak Pretresnog vijeća iz paragrafa 213(v) Presude o kazni nije potkrijepljen nikakvim dokazima, niti u formi dogovorenih činjenica niti u formi dokaza iznijetih na pretresu o odmjeravanju kazne.⁸⁶ Žalilac se poziva na paragrafe od 91 do 104 Presude o kazni, u kojoj Pretresno vijeće razmatra činjenice koje proizlaze iz Sporazuma o krivici s obzirom na optužbu o mučenju (tačka 4) i tvrdi da opis radnji vezanih za taj zločin ne potkrepljuje zaključak Žalbenog vijeća da je on namjeravao da ubije žrtve.⁸⁷

38. Analiza dijela Presude o kazni koji se bavi cjelokupnim dokaznim materijalom vezanim za optužbu o mučenju, kao što je ranije napomenuto i kao što žalilac tačno tvrdi, ne ukazuje na to da je Pretresno vijeće zaključilo da je on ta krivična djela počinio s namjerom da počinio ubistvo, već pokazuje da je svrha tih krivičnih djela bila da se od žrtava dobiju obavještenja ili da se one kazne. Stoga je teško shvatiti zašto je Pretresno vijeće zaključilo da okolnosti vezane za ta djela mučenja imaju "sva svojstva *de facto*" pokušaja ubistva.

39. Razumljivo je da djela optuženog, čija je jedina namjera da muči žrtvu, mogu da prouzrokuju smrt. Takođe je moguće da se kod optuženog čija je prvobitna namjera da žrtvu muči radi dobivanja obavještenja ili radi kažnjavanja, stvorila namjera da ubije bilo direktno, bilo uz svijest o tome da postoji dovoljno vjerovatnoće da će žrtva umrijeti od posljedica djela mučenja

Suada Mahmutovića: "[optuženi] je pokušao da prisili Suada Mahmutovića da prizna da njegov komšija ima oružje." (naglasak dodat).

⁸⁵ Međunarodni sud prihvatio je da namjerno djelo ili propust usmjeren na dobivanje informacija ili na kažnjavanje ispunjava uslove potrebne za *mens rea* krivičnog djela mučenja (Drugostepena presuda u predmetu *Kunarac*, par. 144-156, potvrđujući definiciju iz Presude u predmetu *Kunarac*, par. 497; Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, par. 111).

⁸⁶ Žalbeni podnesak, par. 134.

⁸⁷ *Ibid.*

kojima je podvrgnuta,⁸⁸ a žrtva na kraju ne bude ubijena. Uprkos tome, mora se naglasiti da pokušaj ubistva nije zločin za koji je Međunarodni sud nadležan i ne može se kao takav krivično goniti.

40. Iako je Pretresno vijeće pogrešno okvalifikovalo premlaćivanja u osnovi krivičnog djela mučenja kao djelo koje ima "sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva", Žalbeno vijeće u svjetlu gorenavedenog smatra da je razumno da na osnovu dokaza kojima raspolaže zaključi da "zbog [svoje] težine i izrazite okrutnosti" premlaćivanja u osnovi zločina mučenja predstavljaju "najviši nivo mučenja", te da ih ono smatra otežavajućim faktorom. Pravni lijek koji žalilac traži odnosi se na to da zaključak Pretresnog vijeća iz paragrafa 213(v) "nije trebao da se uvrsti u otežavajuće faktore, te treba da se izuzme, [čime] bi se ublažila sveukupna priroda otežavajućih faktora u predmetu".⁸⁹ Ustanovivši da je Pretresno vijeće tačno zaključilo da je prilikom procjene krivične odgovornosti žalioaca za djela mučenja težinu premlaćivanja trebalo uzeti u obzir kao otežavajući faktor, Žalbeno vijeće ne smatra da izuzimanje pogrešnog karakterisanja premlaćivanja od strane Pretresnog vijeća kao radnji koje imaju sva svojstva "*de facto* pokušaja ubistva" ublažava cjelokupnu prirodu otežavajućih faktora. Stoga se taj dio žalbenog osnova žalioaca odbacuje.

C. Prihvaćene otežavajuće okolnosti

41. Žalilac dalje tvrdi da zaključak Pretresnog vijeća u paragrafu 214 Presude o kazni, u kojem se Vijeće poziva na "sve prihvaćene otežavajuće okolnosti", podrazumijeva da je Pretresno vijeće smatralo da su se sve strane u postupku složile u pogledu toga šta treba smatrati otežavajućim faktorima koji mogu da povećaju težinu zločina.⁹⁰ Žalilac svoj argument zasniva samo na semantici zaključka Pretresnog vijeća i ni na koji način ne pokazuje da li je Pretresno vijeće podrazumijevalo da su se strane u postupku dogovorile o tim faktorima ili se pak pozivalo na faktore koje je ono samo prihvatilo kao otežavajuće. Ustvari, tekst paragrafa 213 Presude o kazni pokazuje da su otežavajući faktori koji se pominju u tom paragrafu faktori koje je prihvatilo samo Pretresno vijeće nakon svoje procjene okolnosti predmeta:

U zaključku, nakon što je procijenilo gorepomenute okolnosti, Pretresno vijeće sljedeće faktore prihvata kao posebno otežavajuće: [...]. (ovdje podvučeno)

Treba takođe napomenuti da je Pretresno vijeće prilikom razmatranja otežavajućih okolnosti izričito primijetilo da odbrana nije "iznijela nikakve argumente" u tom pogledu⁹¹ i, u svakom slučaju, nije

⁸⁸ Uporedi, Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 32-42 ; Drugostepena presuda u predmetu *Kordić*, par. 30.

⁸⁹ Žalbeni podnesak, par. 136.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 35.

⁹¹ Presuda o kazni, par. 178.

se pozvala ni na kakav sporazum koji su strane u postupku postigle u pogledu otežavajućih okolnosti. Zbog toga se taj argument žalioaca odbacuje.

V. TREĆI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE PRIDALO JE NEDOVOLJNO ZNAČAJA OLAKŠAVAJUĆIM FAKTORIMA

42. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo kad je u paragrafu 135 zaključilo da individualno odvracanje "nije relevantno u ovom predmetu".⁹² On takođe izjavljuje da je Pretresno vijeće prilikom procjene olakšavajućih faktora "pridalo nedovoljno značaja faktorima poput njegovog potvrdnog izjašnjavanju o krivici, njegovog kajanja i karaktera (naročito u pogledu pitanja otkrivenih u izvještaju dr Nancy Grosselfinger), te njegove saradnje s optužbom".⁹³ Žalilac tvrdi da je zbog toga Pretresno vijeće izreklo prestrogu kaznu.⁹⁴ Žalbena vijeće će razmotriti svaki od tih argumenata, s izuzetkom žaliočevog argumenta u pogledu njegovog karaktera, u vezi s čim žalilac u svom Žalbenom podnesku nije iznio nikakav argument.

A. Pojedinačno odvracanje

43. Žalilac tvrdi da se ne može reći da pojedinačno odvracanje nije relevantno za ovaj predmet, te da Pretresno vijeće nije navelo razloge zbog kojih je zaključilo da ono nije relevantno.⁹⁵ Na osnovu ovog navodnog izostanka obrazloženja žalilac zaključuje da Pretresno vijeće nije bilo u stanju da opravda svoj zaključak, te da on ima pravo da zna zbog čega koncept pojedinačnog odvracanja ne može da se primijeni njemu u korist.⁹⁶ Optužba se slaže sa žaliocem da Pretresno vijeće nije navelo niti jedan razlog za zaključak da pojedinačno odvracanje nije relevantno⁹⁷, ali tvrdi da Pretresno vijeće nije počinilo nikakvu grešku na osnovu koje bi se kazna mogla skratiti.⁹⁸ Optužba tvrdi da je pojedinačno odvracanje jednostavno opšti cilj odmjeravanja kazne, a ne olakšavajući faktor sam po sebi, pa Pretresno vijeće stoga nema obavezu da to uzima u obzir prilikom utvrđivanja kazne niti je izričito obavezno da iznosi na osnovu čega je došlo do svog zaključka iz paragrafa 135 Presude o kazni.⁹⁹ Alternativno, optužba tvrdi da se zaključak Pretresnog vijeća u pogledu pojedinačnog odvracanja može potkrijepiti dokazima uvrštenim u spis sudskog postupka,¹⁰⁰ te da, ako Žalbena vijeće i konstantuje da je Pretresno vijeće pogriješilo u svom

⁹² Presuda o kazni, par. 178.

⁹³ Najava žalbe, par. 9.

⁹⁴ Najava žalbe, par. 11.

⁹⁵ Žalbeni podnesak, par. 138-139.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 139.

⁹⁷ Podnesak respondenta, par. 51.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 50.

⁹⁹ *Ibid.*, par. 52.

¹⁰⁰ *Ibid.*, par. 53.

zaključku, to žalioocu ionako nije nanijelo nikakvu štetu.¹⁰¹ U svojoj Replici na Podnesak respondenta žalilac ponavlja da se pojedinačno odvracanje može primijeniti na njegov predmet i da je Pretresno vijeće trebalo da iznese valjan osnov na kojem temelji svoj zaključak.¹⁰²

44. U paragrafima 134 i 135 Presude o kazni, Pretresno vijeće je zauzelo sljedeći stav:

134. Pojedinačno i opšte odvracanje u načelu je izuzetno važno, te predstavlja značajan cilj izricanja kazne.¹⁰³

135. Individualno odvracanje odnosi se na konkretan učinak kazne na optuženog, pri čemu taj učinak mora biti odgovarajući kako bi optuženog obeshrabrio od ponavljanja krivičnog djela nakon što kaznu odsluži te bude pušten na slobodu. Međutim, Pretresno vijeće stoji na stanovištu da u ovom predmetu individualno odvracanje nije relevantno.

45. Žalbeno vijeće ostaje pri definiciji pojedinačnog odvracanja koju daje Pretresno vijeće.¹⁰⁴ *Logika* pojedinačnog odvracanja jest da kazna mora biti primjerena kako bi se optuženi odvratilo od recidivizma nakon izdržavanja kazne i puštanja na slobodu. *Logika* opšteg odvracanja veoma je slična: "kazne koje izriče Međunarodni sud moraju općenito imati vrijednost odvracanja u dovoljnoj mjeri da bi se osiguralo da oni koji pomišljaju na počinjenje sličnih zločina budu obeshrabreni da ih čine."¹⁰⁵

46. Žalbeno vijeće ponavlja da se načelo odvracanja "opravdano može razmatrati pri odmjeravanju kazne",¹⁰⁶ ali da, u svakom slučaju, "tom faktoru ne valja pridati preveliku važnost u sveukupnom odmjeravanju kazni koje će se izreći licima osuđenim pred Međunarodnim sudom".¹⁰⁷ Iako je neosporno da taj element igra "važnu ulogu za funkcionisanje Međunarodnog suda",¹⁰⁸ Pretresno vijeće i dalje ima dužnost da kaznu odmjerava tako da ona bude odraz individualnih prilika optuženog i težine zločina.¹⁰⁹ Time Pretresno vijeće doprinosi pospješivanju i poštovanju zakonitosti i odgovara na zahtjev međunarodne zajednice da zaustavi nekažnjavanje, te istovremeno obezbjeđuje da se optuženi kažnjavaju isključivo na osnovu svojih zlodjela i da im se pravično sudi.

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 54.

¹⁰² Replika na Podnesak respondenta, par. 14-15.

¹⁰³ Presuda o kazni u predmetu *Stakić*, par. 900.

¹⁰⁴ Ova definicija prihvaćena je i u Presudi o kazni u predmetu *Deronjić*, par. 145.

¹⁰⁵ Presuda o kazni u predmetu *Todorović*, par. 30.

¹⁰⁶ Presuda o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*, par. 48 (naglasak dodat).

¹⁰⁷ *Ibid.*, citirano uz odobrenje u Drugostepenoj presudi u predmetu *Aleksovski*, par. 185.

¹⁰⁸ Drugostepena presuda na kaznu u predmetu *Čelebići*, par. 800, citat s ovdje dodatim kurzivom iz paragrafa 72 Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*, u kojem piše: "[u]svajanjem rezolucije 827, Savjet bezbjednosti ustanovio je Međunarodni sud s utvrđenom namjerom da privodi pravdi osobe odgovorne za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava u bivšoj Jugoslaviji, i da na taj način odvratiti od budućih kršenja i pridonese ponovnom uspostavljanju mira i bezbjednosti u regionu."

¹⁰⁹ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 717.

47. Žalbeno vijeće stoga ne vidi na koji način je Pretresno vijeće pogriješilo prilikom primjene svog diskrecionog prava u izricanju presude o kazni u ovom predmetu. Pretresno vijeće jeste uzelo u obzir načelo odvratanja kao osnovno načelo koje treba da se uzima u obzir prilikom izricanja kazne¹¹⁰ i ispravno je shvatilo šta ono obuhvata.¹¹¹ Žalbeno vijeće je mišljenja da se Pretresno vijeće, kad je zaključilo da je načelo pojedinačnog odvratanja neprimjenjivo, moglo kratko osvrnuti na razloge za to kako bi o tome obavijestilo žalioaca, ali nije imalo obavezu da to uradi. Osim toga, izgleda da je žalilac pogrešno shvatio na koji način načelo odvratanja utiče na odmjeravanje kazne. Žalilac navodi da je imao pravo da se pojedinačno odvratanje primjeni u njegovu "korist" i taj argument koristi kao osnov za svoju žalbu zbog navodne greške koju je Pretresno vijeće počinilo prilikom razmatranja olakšavajućih faktora. Kao što je pokazano u prethodnom tekstu, pojedinačno odvratanje nije olakšavajući faktor; naprotiv, to je faktor odmjeravanja kazne, koji se, kad je relevantan, uzima u obzir prilikom izricanja sankcije kao faktora povećavanja, a ne kao faktor smanjivanja kazne. Stoga zaključak Pretresnog vijeća da je načelo pojedinačnog odvratanja neprimjenjivo ne može nanijeti štetu optuženom.

48. Zbog gorenavedenih razloga taj dio žalbenog osnova žalioaca se odbacuje.

B. Potvrдно izjašnjavanje o krivici

49. Pretresno vijeće ocijenilo je praksu Međunarodnog suda i ICTR-a u pogledu potvrđnog izjašnjavanja o krivici u paragrafu 231 Presude o kazni, gdje navodi:

U praksi ovog Međunarodnog suda i Međunarodnog suda za Ruandu navodi se više razloga zbog kojih bi potvrđno izjašnjavanje o krivici trebalo da ima za posljedicu ublažavanje kazne, kao što su iskazivanje griže savjesti¹¹² i kajanja,¹¹³ doprinos procesu pomirenja¹¹⁴ i utvrđivanja istine,¹¹⁵ podsticaj drugim počiniocima da stupe pred Sud,¹¹⁶ i činjenica da su svjedoci pošteđeni toga da moraju doći i svjedočiti pred Sudom.¹¹⁷ Osim toga, pretresna vijeća su uzimala u obzir potvrđno izjašnjavanje o krivici Međunarodnom sudu "napor i trošak dugotrajne istrage i suđenja",¹¹⁸ a posebna pažnja poklanjala se tome kada se optuženi potvrđno izjasnio o krivici.¹¹⁹

¹¹⁰ Presuda o kazni, par. 132.

¹¹¹ *Ibid.*, par. 135.

¹¹² Presuda o kazni u predmetu *Plavšić*, par. 70.

¹¹³ Presuda i kazna u predmetu *Ruggiu*, par. 55. Vidi takođe Prvostepenu presudu u predmetu *Jelisić*, par. 127: "[i]ako je Pretresno vijeće iz principa uzelo u obzir potvrđno izjašnjavanje o krivici, ono mora ukazati na to da optuženi pred Vijećem uopšte nije pokazao kajanje za krivična djela koja je počinio."

¹¹⁴ Presuda o kazni u predmetu *Plavšić*, par. 70; Presuda o kazni u predmetu *Obrenović*, par. 111.

¹¹⁵ Presuda o kazni u predmetu *Momir Nikolić*, par. 149.

¹¹⁶ Presuda o kazni u predmetu *Erdemović*, 1998., par. 16.

¹¹⁷ Presuda o kazni u predmetu *Momir Nikolić*, par. 150; Presuda o kazni u predmetu *Todorović*, par. 80.

¹¹⁸ Presuda o kazni u predmetu *Erdemović*, 1998., par. 16; Presuda o kazni u predmetu *Todorović*, par. 81.

¹¹⁹ Presuda o kazni u predmetu *Sikirica i drugi*, par. 150. U Presudi o kazni u predmetu *Simić* potvrđno izjašnjavanje o krivici uzeto je u obzir "u određenoj mjeri" uprkos tome što je dato kasno, par. 87.

50. Žalilac tvrdi da se Pretresno vijeće u svojoj procjeni olakšavajućih faktora usredsredilo na grižu savjesti i proces pomirenja, te da nije izričito uzelo u obzir da je njegovim potvrđnim izjašnjavanjem o krivici: (1) izbjegnuto dugotrajno suđenje i (2) da su se time drugi počinio podstakli da stupe pred Sud.¹²⁰ U pogledu prvog argumenta, optužba odgovara da iako Pretresno vijeće izgleda "nije smatralo da je taj faktor od bitnog značaja i nije konkretno navelo zbog čega se na njega ne poziva", u paragrafu 231 Presude o kazni jeste pomenulo da su razna pretresna vijeća uzimala u obzir uštedu "napore dugotrajne istrage i suđenja".¹²¹ U pogledu drugog argumenta žalioaca, optužba tvrdi da žalilac nije naveo nijedan snažan argument o tome zbog čega je Pretresno vijeće pogriješilo u svojoj analizi.¹²²

1. Izbjegavanje dugotrajnog suđenja

51. Kao što je Pretresno vijeće tačno primijetilo, izbjegavanje dugotrajnog suđenja pohvaljeno je prilikom prvog priznanja krivice pred Međunarodnim sudom u Presudi o kazni u predmetu *Erdemović*:

"Ovo dobrovoljno priznanje krivice je Međunarodnom sudu prištedilo vrijeme, napor i trošak dugotrajne istrage i suđenja, i mora se pohvaliti."¹²³

Sudija Cassese je u svom Izdvojenom i protivnom mišljenju priloženom uz Drugostepenu presudu u predmetu *Erdemović* detaljno obradio neke od pozitivnih aspekata potvrđnog izjašnjavanja o krivici u kontekstu sredstava Međunarodnog suda:

Iz sveukupnog duha Statuta i Pravilnika jasno se vidi da su pojmom potvrđnog izjašnjavanja o krivici njihovi sastavljači namjeravali da optuženom (kao i Tužiocu) pruže mogućnost da izbjegne potencijalno dugotrajno suđenje, sa svim poteškoćama koje ga prate. Ove poteškoće - nije zgoreg podvući - još su izraženije u međunarodnim postupcima, gdje je sakupljanje dokaznog materijala često izuzetno naporno i iziskuje ogroman utrošak vremena. Pored toga, nadležni službenici međunarodnog suda po svaku cijenu moraju da obave prijeko potreban, ali tegoban zadatak zaštite žrtava i svjedoka. Nadalje, međunarodni krivični postupci su skupi, što je posljedica potrebe da se učesnicima pruži čitav niz usluga (simultano prevođenje na razne jezike; obezbjeđivanje transkripata postupka, takođe na raznim jezicima; prijevoz žrtava i svjedoka iz udaljenih zemalja; pružanje raznih oblika pomoći žrtvama i svjedocima tokom suđenja, itd.). Tako optuženik koji izjavi da se osjeća krivim nesumnjivo doprinosi javnoj koristi.¹²⁴

¹²⁰ Žalbeni podnesak, par. 141.

¹²¹ Podnesak respondententa, par. 58.

¹²² *Ibid.*, par. 63.

¹²³ Presuda o kazni u predmetu *Erdemović*, 1998., par. 16.

¹²⁴ Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea priloženo uz Drugostepenu presudu u predmetu *Erdemović*, par. 8, citirano uz odobrenje u par. 80 Presude o kazni u predmetu *Todorović*.

Nakon predmeta *Erdemović*, druga pretresna vijeća takođe su konstantovala da potvrdno izjašnjavanje o krivici prije početka suđenja doprinosi uštedi sredstava Međunarodnog suda.¹²⁵ Uprkos tome, Žalbeno vijeće naglašava da činjenicu da je izbjegnuto dugotrajno suđenje svakako smatra elementom koji treba uzeti u obzir prilikom odmjeravanja kazne, kojem pak ne treba pridavati pretjeranu težinu.

52. U ovom predmetu žalilac pogrešno tvrdi da Pretresno vijeće nije izričito uzelo u obzir da se njegovim potvrdnim izjašnjavanjem o krivici izbjeglo dugotrajno suđenje. Žalbeno vijeće stoji na stanovištu da je Pretresno vijeće taj faktor na odgovarajući način uzelo u obzir kada je u paragrafu 231 Presude o kazni konstatovalo da se činjenica da je izbjegnuto dugotrajno suđenje može smatrati elementom potvrdnog izjašnjavanja o krivici koji ima za posljedicu ublaženje kazne. Analiza Žalbenog vijeća u pogledu trenutka kada se on potvrdno izjasnio o krivici takođe pokazuje da ga je ono uzelo u obzir. Pretresno vijeće je uzelo u obzir konkretne okolnosti predmeta i primijetilo da se Dragan Nikolić prilično kasno potvrdno izjasnio o krivici, naime "tek poslije tri godine pritvora i to neposredno prije svjedočenja šest svjedoka",¹²⁶ ali zaključilo da ova "zakašnjelost" ipak ne može ići njemu na štetu jer optuženi nisu obavezni da se izjasne krivim.¹²⁷ Vijeće je, štaviše, bilo mišljenja da ovu zakašnjelu promjenu treba smatrati "posljedicom detaljne analize i razmišljanja optuženog o vlastitom kažnjivom ponašanju, što ukazuje na njegovu stvarnu svijest o krivici i želju da preuzme odgovornost za svoja djela".¹²⁸ Žalilac nije pokazao da Pretresno vijeće nije uzelo u obzir činjenicu da se njegovim potvrdnim izjašnjavanjem o krivici izbjeglo dugotrajno suđenje.

53. U pogledu sljedećeg žaliočevog argumenta iz njegove Replike na Podnesak respondenta o tome da Pretresno vijeće nije uzelo u obzir da su se njegovim potvrdnim izjašnjavanjem o krivici ne samo uštedila sredstva, već da su "mnogi svjedoci pošteđeni neprijatnog iskustva svjedočenja"¹²⁹, Žalbeno vijeće konstatuje da je žalilac izgleda previdio zaključak Pretresnog vijeća iz paragrafa 234 Presude o kazni u kojem se navodi sljedeće:

Osim toga, time što se izjasnio krivim prije početka suđenja optuženi je žrtve oslobodio potrebe da otvaraju stare rane.

¹²⁵ Presuda o kazni u predmetu *Todorović*, par. 81. Vidi takođe Presudu o kazni u predmetu *Sikirica*, par. 149; Presudu o kazni u predmetu *Plavšić*, par. 73; Presuda o kazni u predmetu *Banović*, par. 68; Presudu o kazni u predmetu *Jokić*, par. 77.

¹²⁶ Presuda o kazni, par. 234 (naglasak dodat).

¹²⁷ Na žalbenom pretresu branilac optuženog iznio je još jedan argument kojim je potkrijepio ovaj žalbeni osnov, naime, da se žalilac kasno izjasnio o krivici zbog činjenice da se "[p]ravna pitanja moraju raspraviti" (AT 17-18). Budući da Pretresno vijeće nije smatralo da je zakašnjelost potvrdnog izjašnjavanja o krivici žalioca argument koji šteti žalioocu i da je branilac optuženog samo istakao razloge te zakašnjelosti, a nije iznio nikakve argumente o eventualnoj šteti koja je nanijeta žalioocu, Žalbeno vijeće ne treba da se bavi tim argumentom.

¹²⁸ Presuda o kazni, par. 234 (naglasak dodat).

¹²⁹ Replika na Podnesak respondenta, par. 17.

Argument žalioaca u tom pogledu očigledno je neosnovan i stoga se odbacuje.

54. U svjetlu gorenavedenog, Žalbeno vijeće odbacuje argument žalioaca da Pretresno vijeće prilikom procjene olakšavajućih okolnosti nije uzelo u obzir ili pridalo dovoljan značaj činjenici da je nakon njegovog potvrdnog izjašnjavanja o krivici izbjegnuto dugotrajno suđenje.¹³⁰

2. Podsticanje drugih da stupe pred Sud

55. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće u paragrafu 249 Presude o kazni, primivši na znanje da je on "izrazio nadu da će sve tri strane u sukobu biti podstaknute da preuzmu svoj dio odgovornosti za užasne zločine", u obzir uzelo samo jedan aspekt koncepta podsticanja drugih da stupe pred Sud.¹³¹ Žalilac tvrdi da je važan aspekt potvrdnog izjašnjavanja o krivici koji se treba uzeti u obzir činjenica da ono nesumnjivo umanjuje kaznu te da nesumnjivo doprinosi podsticanju da se stupi pred Sud.¹³²

56. Žalbeno vijeće konstatuje da Pretresno vijeće u paragrafu 231 Presude o kazni jeste primijetilo da se podsticanje drugih da stupe pred Sud može smatrati elementom potvrdnog izjašnjavanja o krivici koji ima za posljedicu ublažavanje kazne. Žalilac nije pokazao da je Pretresno vijeće pogriješilo prilikom primjene svog diskrecionog prava i, ustvari, potvrđuje da je Pretresno vijeće u paragrafu 249 Presude o kazni uzelo u obzir nadu žalioaca da će drugi da preuzmu svoj dio odgovornosti za zločine koje su počinili. Žalilac svoje argumente ne potkrepljuje niti jednim mjerodavnim izvorom, već njima jednostavno tvrdi da je Pretresno vijeće, propustivši da "jasno ili jasnije" elaborira "koncept nesumnjivog umanjivanja kazne za potvrdno izjašnjavanje o krivici", tom faktoru pripisalo nedovoljno značaja i zbog toga nepropisno primijenilo svoje diskreciono pravo prilikom odmjeravanja njegove kazne.¹³³ Žalbeno vijeće nalazi da Pretresno vijeće nije bilo obavezno da dalje elaborira podsticaje za potvrdno izjašnjavanje o krivici, te da nije pogriješilo primjenjujući svoje diskreciono pravo prilikom odmjeravanja kazne.

C. Kajanje

57. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće, u paragrafu 237 Presude o kazni doduše primilo na znanje posebnu važnost kajanja kao olakšavajućeg faktora, ali da je taj faktor razmatralo "u najboljem slučaju površno".¹³⁴ Optužba odgovara da je "Pretresno vijeće taj olakšavajući faktor

¹³⁰ Žalbeni podnesak, para. 142.

¹³¹ *Ibid.*, par. 145.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Žalbeni podnesak, par. 146.

očito prihvatilo", ali uprkos tome konstatuje da se Pretresno vijeće, iako nije obavezno da "opsežno navodi" na čemu temelji svoje zaključke, u svojoj "Diskusiji i zaključku" na taj faktor ne osvrće.¹³⁵

58. Suprotno žaliočevoj tvrdnji, Žalbeno vijeće konstatuje da Pretresno vijeće taj faktor nije uzelo u obzir "u najboljem slučaju površno", već da ga je ustvari smatralo "izrazito važnim".¹³⁶ U svojoj diskusiji o kajanju Dragana Nikolića Pretresno vijeće je prihvatilo da je "kajanje pokazano tokom pretresa o odmjeravanju kazne"¹³⁷ i podsjetilo na njegovu sljedeću izjavu:

[...] ja se zbog svega toga iskreno kajem. Zaista se kajem, jer ako bih samo rekao kajem se *forme radi*, ja najbolje znam šta osjećam. Moje kajanje dolazi iz mene samog jer veliku većinu ljudi ja sam poznavao odmalena. [...] Iskorištit ću ovu priliku da se svim tim žrtvama i onim, napomenuo sam, koje sam direktno povrijedio, a na čije sam živote i sudbinu uticao, izvinim, izvinim duboko i svim onima koji su bili u Sušici, bilo dan, bilo mjesec, bilo više vremena. Ja bih želio, pošto je ovo javno, da i te žrtve, ukoliko je moguće, osjete tu iskrenost u mom kajanju i mom izvinjenju svim njima, čak i onima koji nisu bili u logoru Sušica, a koji se sad nalaze širom svijeta zbog odlaska i protjerivanja, a nemoguće je da se vrate svojim domovima.¹³⁸

59. Žalbeno vijeće smatra da je Pretresno vijeće tačno procijenilo gorenavedenu izjavu optuženog na pretresu o odmjeravanju kazne, te da nije bilo obavezno da opširnije iznosi na čemu temelji svoj zaključak. Žalbeno vijeće dalje smatra da je argument žalioca neosnovan, jer je Pretresno vijeće jasno uzelo u obzir njegovo kajanje kao jedan od olakšavajućih faktora koji za sobom povlači znatno smanjenje kazne:

Nakon što je razmotrilo sve gorepomenute olakšavajuće okolnosti, pri čemu je posebnu važnost pridalo faktorima poput potvrđnog izjašnjavanja o krivici, izražavanja kajanja, doprinosa pomirenju i objelodanjivanja dodatnih informacija tužiocu, Pretresno vijeće je uvjeren da je opravdano znatno ublaženje kazne.¹³⁹

60. Iz gorenavedenih razloga ovaj žalbeni osnov se odbacuje.

D. Saradnja s tužiocem

61. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće počinilo dvostruku grešku u pogledu pitanja saradnje. Prvo, on tvrdi da je Pretresno vijeće bilo dužno da u svojoj procjeni tog olakšavajućeg faktora "ocijeni kako je on saradivao i odredi koji značaj je toj saradnji dalo Pretresno vijeće, a ne optužba".¹⁴⁰ Umjesto što se u pogledu njegove saradnje oslonilo na procjenu optužbe, žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće trebalo da zatraži dodatne podneske i pomoć strana u postupku kako bi donijelo vlastiti zaključak¹⁴¹, i da, pošto to nije uradilo, nije donijelo valjan zaključak po tom

¹³⁵ Podnesak respondentata, par. 64.

¹³⁶ Presuda o kazni, par. 237. Vidi takođe par. 217.

¹³⁷ *Ibid.*, par. 241.

¹³⁸ *Ibid.*, navodeći izjavu optuženog, T. 501.

¹³⁹ Presuda o kazni, par. 274 (naglasak dodat).

¹⁴⁰ Žalbeni podnesak, par. 148.

¹⁴¹ *Ibid.*, par. 151.

pitanju.¹⁴² Drugo, čak ako Žalbena vijeće i konstatuje da je Pretresno vijeće to na odgovarajući način uzelo u obzir, žalilac tvrdi da Pretresno vijeće njegovoj saradnji nije pripisalo dovoljno značaja, jer je taj faktor uzelo u obzir samo kao faktor od "određene važnosti".¹⁴³ U pogledu procjene žaliočeve saradnje od strane Pretresnog vijeća optužba odgovara da "Pretresno vijeće jeste izjavilo da mu je bilo teško da procijeni do koje mjere bi se ta saradnja mogla ustvari smatrati znatnom, ali da je, nakon što se izričito pozvalo na načelo *in dubio pro reo*, sve sumnje u tom pogledu razriješilo u korist žalioaca i da "uprkos tome što je bilo zainteresovano za ovo pitanje, Vijeće nije odbacilo saradnju kao olakšavajući faktor, već ju je uključilo među faktore koji se uzimaju u obzir radi ublažavanja kazne".¹⁴⁴ U pogledu žaliočevog argumenta da je Pretresno vijeće njegovoj saradnji pripisalo nedovoljno značaja, optužba podsjeća da je njen prijedlog za kaznu zatvora u trajanju od 15 godina zavisio od žaliočeve pune i znatne saradnje, a budući da je žalilac ispunio tu obavezu, tom faktoru je Pretresno vijeće trebalo "pripisati znatnu težinu prilikom odmjeravanja faktora koji utiču na kaznu".¹⁴⁵ U svojoj Replici na Podnesak respondenta, žalilac ponavlja da Pretresno vijeće nije valjano razmotrilo pitanje njegove saradnje, pa mu stoga nije pridalo odgovarajuću težinu.¹⁴⁶

1. Znatna saradnja optuženog

62. Pretresno vijeće je na pretresu o kazni zatražilo od optužbe da dostavi dokumente, "koji će mu omogućiti da ih pregleda *in camera* kako bi procijenilo da li se saradnja optuženog s tužiocem može smatrati znatnom".¹⁴⁷ Optužba je dostavila transkripte dvodnevnog razgovora s optuženim koji je "ilustrativan za tip saradnje koju je ponudio optuženi".¹⁴⁸ Nakon što je pregledalo te transkripte *in camera*, Pretresno vijeće je u svojoj Presudi o kazni uistinu priznalo da "ne može procijeniti" da li je saradnja koju je optuženi ponudio bila znatna ili ne,¹⁴⁹ već je odlučilo da svaku sumnju riješi u korist žalioaca, a ne na njegovu štetu.¹⁵⁰ Vijeće je zaključilo da "čak i taj mali dio iskaza pokazuje da će informacije koje je dao Dragan Nikolić pomoći tužiocu MKSJ-a, kao i

¹⁴² *Ibid.*, par. 152.

¹⁴³ *Ibid.*, par. 153-154.

¹⁴⁴ Podnesak respondenta, par. 66.

¹⁴⁵ *Ibid.*, par. 67. Žalbena vijeće primjećuje da optužba ne navodi da je Pretresno vijeće počinilo bilo kakvu grešku primjenjujući svoje diskreciono pravo prilikom odmjeravanja kazne. Vijeće jedino dovodi u pitanje činjenicu da se Pretresno vijeće nije pridržavalo preporuke strana. U paragrafu 68 Podneska respondenta optužba, slično tome, razmatra ono što smatra "temeljnim pitanjem": da li je procjena svih olakšavajućih faktora Pretresnog vijeća u korist žalioaca izvršena u okviru propisa o diskrecionom pravu koje predviđaju Statut i Pravilnik. U tom pogledu, optužba ponavlja svoj stav da je Pretresno vijeće, uprkos tome što ga preporuke strana u postupku ne obavezuju, "trebalo da jasnije navede zašto smatra da ti olakšavajući faktori ne opravdavaju izricanje kazne kraće od 23 godine". Žalbena vijeće će se tim argumentima baviti prilikom razmatranja šestog žalbenog osnova.

¹⁴⁶ Replika žalioaca na Podnesak respondenta, par. 23.

¹⁴⁷ Presuda o kazni, par. 258, u kojoj se pominje pretres o kazni, T. 453-454.

¹⁴⁸ Pretres o kazni, T. 481.

¹⁴⁹ Presuda o kazni, par. 259.

tužiocima vijeća za ratne zločine koja tek treba da budu osnovana u njegovoj domovini".¹⁵¹

Pretno vijeće je zatim zaključilo:

Stoga Pretno vijeće prihvata procjenu tužioca da je dosadašnja saradnja optuženog bila znatna i smatra da je taj faktor od određene važnosti za ublaženje kazne, pogotovo s obzirom na činjenicu da su informacije o logoru Sušica i opštini Vlasenica po prvi put iznijete pred Međunarodni sud. Na taj način optuženi je doprinio i nastaviće doprinositi misiji utvrđivanja istine koja je zadatak ovog Suda, kao i vijeća za ratne zločine koja tek valja osnovati u njegovoj domovini.¹⁵²

63. U svjetlu gorenavedenog, Žalbeno vijeće ne vidi kako to Pretno vijeće nije ispunilo svoju obavezu iz pravila 101(B)(ii) Pravilnika¹⁵³ da saradnju žalioca s optužbom uzme u obzir kao olakšavajući faktor. Nije potrebno da Žalbeno vijeće donosi odluku o tome da li bi bilo primjerenije da je Pretno vijeće zatražilo dodatne materijale prije nego što je po tom pitanju donijelo odluku. Za svrhe ove žalbe dovoljno je to što je Pretno vijeće prihvatilo da se optužba uvjerila "da je dosadašnja saradnja optuženog bila znatna".

64. Argument žalioca da je Pretno vijeće trebalo zatražiti dodatne podneske i pomoć od strana u postupku kako bi došlo do svog zaključka stoga se odbacuje.

2. Težina koja se pridaje saradnji optuženog

65. U ovom predmetu Pretno vijeće je u svojim "Opštim zaključcima" o olakšavajućim okolnostima "posebnu važnost" pridalo "objelodanjivanju dodatnih informacija tužiocu":

Nakon što je razmotrilo sve gorepomenute olakšavajuće okolnosti, pri čemu je posebnu važnost pridalo faktorima poput potvrdnog izjašnjavanja o krivici, izražavanja kajanja, doprinosa pomirenju i objelodanjivanja dodatnih informacija tužiocu, Pretno vijeće je uvjerenom da je opravdano znatno ublaženje kazne.¹⁵⁴

Tvrdeći da Pretno vijeće nije pridalo dovoljno značaja njegovoj saradnji jer je smatralo da taj faktor navodno ima samo "određenu važnost", žalilac je izgleda previdio gorenavedeni zaključak Pretnog vijeća. Žalbeno vijeće konstatuje da se u tom pogledu, uprkos tome što se gorenavedeni zaključak ne odnosi neposredno na "saradnju", pozivanje na "objelodanjivanje dodatnih informacija" nesumnjivo odnosi na takvu saradnju.

66. Pridavanje značaja saradnji kao olakšavajućem faktoru diskreciono je pravo pretnog vijeća koje, nakon što procijeni koji značaj da prida tom faktoru, može da mu ne prida nikakvu težinu, može da mu prida "znatnu" težinu u okviru značenja pravila 101(B)(ii) ili da mu prida

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Presuda o kazni, par. 260 (naglasak dodat).

¹⁵³ Drugostepena presuda u predmetu *Vasiljević*, par. 180: "Saradnja s Tužilaštvom je jedina olakšavajuća okolnost za koju pravilo 101(B)(ii) Pravilnika izričito traži od Pretnog vijeća da je razmotri."

"skromniji" značaj pri smanjivanju kazne.¹⁵⁵ Žalilac u ovom predmetu tvrdi samo to da su dokazi jasno i nedvosmisleno pokazali da je njegova saradnja bila znatna i da je to, u kombinaciji sa rizikom kojem se svojom saradnjom izložio, trebalo navesti Pretresno vijeće da tome prida "veći značaj od samo 'određene važnosti'".¹⁵⁶ Kako nije pokazano da je Pretresno vijeće počinilo grešku prilikom procjene značaja žaliočeve saradnje, Žalbeno vijeće odbacuje njegov argument u tom pogledu.

¹⁵⁴ Presuda o kazni, par. 274 (naglasak dodat).

¹⁵⁵ U Drugostepenoj presudi u predmetu *Vasiljević*, u par. 180, Žalbeno vijeće je prihvatilo zaključak Pretresnog vijeća da se pravilo 101(B)(ii) ne smije tumačiti kao da se samo "znatna" saradnja može uzeti u obzir kao olakšavajući faktor, već da se, naprotiv, pri smanjivanju kazne određen značaj može pridati i "skromnijoj" saradnji. U paragrafu 299 Prvostepene presude u predmetu *Vasiljević* piše sljedeće: "Pretresno vijeće se nije uvjerilo da rečena izjava optuženog u ovom slučaju predstavlja 'značajnu' saradnju iz pravila 101(B)(ii), što ne znači da Vijeće pravilo 101(B)(ii) tumači u smislu da ono činjenicu da je izjava data isključuje iz kruga okolnosti koje bi se mogle uzeti u obzir kao olakšavajuće ako saradnja optuženog nije bila 'značajna'. U svakom slučaju, saradnja koju je optuženi pružio bila je zaista skromna, te joj Vijeće pridaje veoma malu težinu."

¹⁵⁶ Žalbeni podnesak, par. 155: "Ako dokazi i argumenti strana jasno i nedvosmisleno pokazuju da je saradnja žalioca bila znatna, što tvrdimo da jest slučaj, onda s obzirom na, na primjer, ne samo sadržaj te saradnje, već i rizik kojem se svaki okrivljeni izlaže takvom saradnjom s [Tužilaštvom] (u kontekstu društva iz kojeg dolazi žalilac to znači da se on izlaže veoma realnom riziku nanošenja ozbiljnih ličnih ozljeda ili smrti), s poštovanjem tvrdimo da je saradnja faktor kojem se treba pripisati znatno veća, a ne samo 'određena važnost'."

VI. ČETVRTI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE POGRIJEŠILO JE ŠTO NIJE PRIDALO NIKAKAV ZNAČAJ ILI NIJE PRIDALO DOVOLJAN ZNAČAJ OPŠTOJ PRAKSI IZRICANJA KAZNI NA SUDOVIMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

67. Žalilac tvrdi da Pretresno vijeće nije pridalo nikakav značaj ili je pridalo nedovoljno značaja praksi izricanja kazni na sudovima u bivšoj Jugoslaviji, pa je stoga pogriješilo primjenjujući svoje diskreciono pravo prilikom izricanja primjerene kazne kad je zaključilo da je doživotna kazna zatvora primjerena polazna tačka za odmjeravanje kazne.¹⁵⁷ Žalilac takođe tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo kad je uzelo u obzir praksu odmjeravanja kazni iz drugih zemalja, a ne praksu iz bivše Jugoslavije, te da je time "ignoriralo veoma očigledno, jasno i obavezno povezivanje sa praksom odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji iz člana 24 (1) Statuta MKSJ-a".¹⁵⁸

A. Opšta praksa odmjeravanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije

68. Iako svjestan da ta praksa ne obavezuje Međunarodni sud, žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće u tolikoj mjeri odstupilo od njih da je počinilo grešku i kao polaznu tačku odredilo doživotnu kaznu zatvora, te izreklo pretešku kaznu.¹⁵⁹ Žalilac smatra da tekst člana 24(1) Statuta ("[...] prilikom određivanja kazne zatvora pretresno vijeće imaće u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije") obuhvata ne samo "obavezu da se ta praksa svaki put uzme u obzir", već i "načelo prirodne pravde koje zahtijeva da kazna koja se na koncu izrekne mora proporcionalno odražavati tu praksu odmjeravanja kazni i njezine norme".¹⁶⁰ Oslanjajući se na zaključke Pretresnog vijeća iz paragrafa od 153 do 156 Presude o kazni, žalilac smatra da je maksimalna kazna zatvora za zločine za koje je on osuđen trebala biti dvadeset godina i stoga tvrdi da doživotna kazna zatvora predstavlja takvo fundamentalno odstupanje da to pokazuje da je Pretresno vijeće izabralo da ignoriše praksu odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji.¹⁶¹ Optužba odgovara da sudska praksa Međunarodnog suda pokazuje da pretresna vijeća nemaju obavezu da slijede tu praksu odmjeravanja kazni.¹⁶² Optužba tvrdi da "gornja granica od 20 godina" na koju se poziva žalilac ilustruje zašto Pretresno vijeće nije moglo ili nije trebalo da se smatra obaveznim u

¹⁵⁷ Žalbeni podnesak, par. 157.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 162.

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 158.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 159.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 161.

¹⁶² Podnesak respondententa, par. 71.

pogledu te prakse: "[t]akva maksimalna kazna bila bi očigledno neprimjerena za ovaj Međunarodni sud s obzirom na njegov mandat da kažnjava za najteže zločine u okviru međunarodnog humanitarnog prava".¹⁶³

69. Član 24(1) Statuta predviđa da će prilikom odmjeravanja kazne zatvora "pretresno vijeće imati u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije". Pitanje da li "uzimanje u obzir takve prakse" treba biti obavezujuće Međunarodni sud tumačio je dosljedno i jednoobrazno: iako Pretresno vijeće treba "imati u vidu"¹⁶⁴ i "uzeti u obzir"¹⁶⁵ opštu praksu u pogledu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije, to "Pretresno vijeće ne obavezuje da postupi u skladu s tom praksom; to Pretresno vijeće obavezuje samo na to da tu praksu ima u vidu".¹⁶⁶ Kako se Međunarodni sud služi praksom odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji, shodno članu 24(1) Statuta i pravilu 101(iii) Pravilnika, najbolje pokazuje Prvostepena presuda u predmetu *Kunarac*, što je potvrdila i Drugostepena presuda u predmetu *Krstić*.¹⁶⁷

Iako Pretresno vijeće nije obavezno da primijeni praksu odmjeravanja kazne iz bivše Jugoslavije, u svakom slučaju je potrebno više od pukog nabranja relevantnih odredbi iz krivičnog zakona bivše Jugoslavije. U slučaju da postoje neke razlike, valja se potruditi da se kazne koje će se izreći objasne uz osvrt na praksu odmjeravanja kazne u bivšoj Jugoslaviji, posebno tamo gdje za neku posebnu praksu odmjeravanja kazne nema nikakvih smjernica u međunarodnom pravu. Zbog činjenice da često postoje veoma važne razlike između nacionalnih krivičnih gonjenja i krivičnog gonjenja na ovoj sudskoj instanci, Pretresno vijeće napominje da priroda, opseg i razmjernost djela za koja se sudi pred ovim Međunarodnim sudom ne dopuštaju automatsku primjenu prakse odmjeravanja kazni bivše Jugoslavije.¹⁶⁸

Slijedi da pretresna vijeća moraju da uzmu u obzir praksu odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji, a ako odstupe od granica za odmjeravanje kazni određenih tom praksom, moraju navesti razloge za to odstupanje. Dakle, na Žalbenom vijeću je da razmotri, kao što Žalbena vijeće dalje navodi u Drugostepenoj presudi u predmetu *Kunarac* "da li je Pretresno vijeće prekoračilo svoje diskrecione ovlasti kada je, usprkos tome što je uzelo u obzir praksu odmjeravanja kazni na sudovima u bivšoj Jugoslaviji, izreklo strožu kaznu od maksimalne kazne koja je pomenutom praksom predviđena",¹⁶⁹ ne navodeći razloge tog prekoračenja svojih ovlasti.

¹⁶³ *Ibid.*, par. 73 (fusnota izostavljena). Na žalbenom pretresu optužba je takođe tvrdila da je argument žalioaca pogrešno zasnovan na pretpostavci da bi se za njegovo ponašanje u bivšoj Jugoslaviji sada izrekla kazna zatvora u trajanju od 20 godina. Optužba je, naprotiv, pozivajući se na paragraf 158 Presude o kazni, između ostalog, primijetila da bi se prema Krivičnom zakonu RS, usvojenom 1. augusta 2003., za teško ubistvo izrekla kazna u trajanju od 45 godina (AT 46-47).

¹⁶⁴ Pravilo 101(B) Pravilnika.

¹⁶⁵ Član 24 Statuta.

¹⁶⁶ Drugostepena presuda u predmetu *Serushago*, par. 30. Vidi takođe Presudu o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*, par. 21.

¹⁶⁷ Drugostepena presuda u predmetu *Krstić*, par. 260.

¹⁶⁸ Prvostepena presuda u predmetu *Kunarac*, par. 829. Nedavno potvrđeno u Drugostepenoj presudi u predmetu *Blaškić*, par. 682.

¹⁶⁹ Drugostepena presuda u predmetu *Kunarac*, par. 349.

(a) Da li je Pretresno vijeće propustilo da uzme u obzir praksu odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji s obzirom na posebne okolnosti predmeta

70. U ovom predmetu Pretresno vijeće je 25. septembra 2003. zatražilo da prof. dr Ulrich Sieber, direktor "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" u Freiburgu, Njemačka (u daljnjem tekstu: Institut "Max Planck"), dostavi izvještaj vještaka (u daljnjem tekstu: Izvještaj o odmjeravanju kazne) sa informacijama o "rasponu kazni za krivična djela navedena u optužnici za koja se Optuženi izjasnio krivim koji se primjenjuje u: (i) državama na teritoriji bivše Jugoslavije, (ii) državama članicama Vijeća Evrope i (iii) drugim glavnim pravnim sistemima; i praksi odmjeravanja kazni u vezi s navedenim krivičnim djelima koju su razvili (i) domaći sudovi u državama na teritoriji bivše Jugoslavije, (ii) međunarodni ili mješoviti sudovi i (iii) po mogućnosti, o praksi izricanja kazni u drugim gorepomenutim državama".¹⁷⁰ Na osnovu tog Izvještaja o odmjeravanju kazne Pretresno vijeće je utvrdilo "kratku hronologiju primjenljivog prava na teritoriji bivše Jugoslavije počevši od 1992., kada su počinjeni zločini za koje se optuženi izjasnio krivim, pa do danas",¹⁷¹ a zatim se "osvrnulo na raspon kazni predviđenih gorepomenutim zakonima u BiH 1992. godine, kada su počinjena krivična djela za koja se optuženi izjasnio krivim".¹⁷² Žalbeno vijeće stoga smatra da je Pretresno vijeće ispunilo svoju obavezu u pogledu posebnih okolnosti predmeta.

(b) Da li je Pretresno vijeće odstupilo od granica odmjeravanja kazni određenih tom praksom

71. Na osnovu svoje analize Pretresno vijeće je zaključilo da je "na teritoriji bivše Jugoslavije 1992. maksimalna zatvorska kazna iznosila 15 godina, osim za krivična djela za koja je bila propisana smrtna kazna, za djela počinjena 'u posebno teškim okolnostima' ili za djela 's posebno teškim posljedicama', u kojem slučaju je maksimalna zatvorska kazna iznosila 20 godina".¹⁷³ Kao što je u gorenavedenom tekstu objašnjeno, argument žalioaca jest da doživotna kazna zatvora predstavlja "takvo fundamentalno odstupanje da to pokazuje da je Pretresno vijeće izabralo da ignoriše praksu odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji".¹⁷⁴ Smatrajući da mu se mogla izreći maksimalna kazna u trajanju od 20 godina, žalilac izgleda pretpostavlja da su njegova djela prouzrokovala samo "posebno teške posljedice" i izgleda odbacuje stav da su ta djela počinjena u posebno teškim okolnostima, te da bi u vrijeme počinjenja bila kažnjiva smrtnom kaznom. Iako žalilac ne navodi razloge za tu svoju pretpostavku, Žalbeno vijeće primjećuje da je Pretresno vijeće

¹⁷⁰ Nalog o rasporedu, 25. septembar 2003., str. 2. Presuda o kazni, par. 38.

¹⁷¹ Presuda o kazni, par. 152-154.

¹⁷² *Ibid.*, par. 155-156.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 155.

¹⁷⁴ Žalbeni podnesak, par. 161.

procijenilo njegove zločine kao djela počinjena u posebno teškim okolnostima¹⁷⁵ i s tim u vezi želi da podsjeti na zaključak koji je donijelo u paragrafu 214 Presude o kazni:

U zaključku, ako uzme u obzir samo težinu zločina i sve prihvaćene otežavajuće okolnosti, Pretresno vijeće zaključuje da se ne bi mogla izreći nijedna druga kazna osim kazne zatvora u trajanju do kraja optuženikovog života.

Žalilac ne pokazuje da je Pretresno vijeće odstupilo od granica odmjeravanja kazni određenih praksom u bivšoj Jugoslaviji. Pozivanje žalioaca na "kaznu koja se na koncu izrekne" nije, kao što on primjećuje, doživotna kazna, već kazna od 23 godine zatvora koju je izreklo Pretresno vijeće, što je bez sumnje u granicama kazni izricanih u bivšoj Jugoslaviji u vrijeme kad je žalilac počinio svoja krivična djela. Stoga nema potrebe da se utvrdi da li je Pretresno vijeće u odmjeravanju kazne izašlo van okvira svog diskrecionog prava.

72. Iz gorenavedenih razloga ovaj dio žalbenog osnova se odbacuje.

B. Praksa odmjeravanja kazni u drugim zemljama

73. Svoj argument da je Pretresno vijeće ignorisalo praksu odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji žalilac potkrepljuje i sljedećom tvrdnjom: "[I]ako može biti od pomoći da se praksa odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji sagleda u odnosu na praksu odmjeravanja kazni u drugim zemljama širom svijeta, [...] Pretresno vijeće je, ustvari, izjavilo da će uzeti u obzir praksu odmjeravanja kazni tih zemalja (što Statut MKSJ-a ne zahtijeva niti izričito dopušta), te da će tu praksu usvojiti kao *raison d'être* člana 24(1) Statuta MKSJ-a".¹⁷⁶ U svom odgovoru optužba tvrdi da ništa u Presudi o kazni ne sugerise da je Pretresno vijeće pridalo neprimjeren značaj praksi odmjeravanja kazni neke određene države, već da je, naprotiv, u paragrafima 147-156 uzelo u obzir praksu odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji.¹⁷⁷

74. Žalbeno vijeće primjećuje da se Pretresno vijeće u ovom predmetu dijelom poslužilo gorepomenutim Izvještajem o odmjeravanju kazne koji se bavi drugim zemljama, a ne bivšom Jugoslavijom, kako bi "dobilo smjernice utemeljene na komparativnom istraživanju tog područja".¹⁷⁸ Kao što se u paragrafu 166 Presude o kazni jasno navodi, Pretresno vijeće pregledalo

¹⁷⁵ *Ibid.*, par. 213.

¹⁷⁶ Žalbeni podnesak, par. 162. Taj zaključak žalilac donosi na osnovu konstatacije Pretresnog vijeća iz paragrafa 172 Presude o kazni: "Iz ovog pregleda slijedi da u većini zemalja pojedinačno djelo ubistva povlači za sobom doživotnu zatvorsku kaznu ili smrtnu kaznu, i to kao fakultativnu ili obligatornu sankciju. Kada je 1993. usvajao Statut, Savjet bezbjednosti je očigledno poznavao tu praksu i odlučio da sudijama dâ široko diskreciono ovlaštenje prilikom odmjeravanja kazni umjesto da utvrdi konkretne raspone kazni za konkretna krivična djela. ..."

¹⁷⁷ Podnesak respondentata, par. 75.

¹⁷⁸ Presuda o kazni, par. 149.

je taj dio Izvještaja o odmjeravanju kazne "uz poglavlje koje se odnosi na pravne norme i praksu prilikom odmjeravanja kazne u bivšoj Jugoslaviji" (naglasak dodat).

75. U pogledu žaliočevog argumenta da zaključak Pretresnog vijeća iz paragrafa 172 Presude o kazni u kojem se iznosi da "[I]z ovog pregleda slijedi da u većini zemalja pojedinačno djelo ubistva povlači za sobom doživotnu zatvorsku kaznu ili smrtnu kaznu, i to kao fakultativnu ili obligatornu" pokazuje da je ono prihvatilo tu praksu kao *raison d'être* člana 24(1) Statuta MKSJ-a, Žalbena vijeće je mišljenja da je žalilac krivo shvatio smisao zaključka Pretresnog vijeća. Pretresno vijeće je, ustvari, istaklo da je raspon kazni u nacionalnim sudskim sistemima toliki da je Savjet bezbjednosti, shodno tome, odlučio da sudijama dodijeli široko diskreciono pravo prilikom utvrđivanja kazne. Pretresno vijeće se, ustvari, pozvalo na "sličan širok raspon primjenjivih kazni" u vezi s mučenjem, silovanjem i pitanjem kombinovanih krivičnih djela.¹⁷⁹

76. U svjetlu gorenavedenog, Žalbena vijeće zaključuje da žalilac nije pokazao da je Pretresno vijeće pridalo neprimjeren značaj praksi odmjeravanja kazni u drugim zemljama, za razliku od bivše Jugoslavije. Očito je da je Pretresno vijeće znalo da nije vezano maksimalnom zatvorskom kaznom koja se primjenjuje u nekom nacionalnom sistemu,¹⁸⁰ te nije pogriješilo primjenjujući svoje diskreciono pravo prilikom izricanja kazne. Žalbena vijeće dalje primjećuje da je Pretresno vijeće, prilikom traženja "smjernica", u potpunosti imalo pravo da izvrši pregled prakse odmjeravanja kazni drugih zemalja. Argument žalioca se stoga odbacuje.

¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 173.

¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 147, koji se poziva na par. 377 Drugostepene presude u predmetu *Kunarac*.

VII. PETI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE JE POGRIJEŠILO ZAKLJUČIVŠI DA NIJE VEZANO NAČELOM *LEX MITIOR*

77. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo kad je zaključilo da se načelo *lex mitior*¹⁸¹ primjenjuje "samo u onim slučajevima u kojima je do počinjenja krivičnog djela i kasnijeg izricanja kazne došlo u okviru jednog istog pravnog sistema"¹⁸² i da se to načelo ne odnosi na Međunarodni sud budući da on primjenjuje drugačiji pravni sistem od onoga u kojem je zločin počinjen.¹⁸³ Žalilac tvrdi da je, shodno članovima 1 i 8 Statuta, Međunarodni sud nadležan za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na području bivše Jugoslavije poslije 1. januara 1991. – to jest, da njegova nadležnost obuhvata iste zločine i počinioce kao i nadležnost sudova bivše Jugoslavije devedesetih godina, te iste zločine i počinioce koji su sada u nadležnosti sudova novih država nasljednica, mada s drugačijim ovlašćenjima, postupcima i pravilima o postupku i dokazima.¹⁸⁴ Žalilac dalje tvrdi da se, shodno članu 11*bis* Pravilnika (Prosljeđivanje optužnice drugom sudu), predmeti za koje je zaista nadležan MKSJ mogu proslijediti na teritoriju na kojoj su ta krivična djela počinjena.¹⁸⁵ S tim u vezi žalilac tvrdi da će se, u slučaju da se neki optuženi prosljedi sudovima bivše Jugoslavije pa se na njega primijeni blaži sistem kazni, time prekršiti načelo ravnopravnosti pred zakonom koje propisuje član 21(1) Statuta.¹⁸⁶ Žalilac takođe tvrdi da je, s obzirom na napomenu Pretresnog vijeća iz paragrafa 160 Presude o kazni da je načelo *lex mitior* "zajamčeno međunarodnim konvencijama i u nacionalnim zakonodavstvima", objašnjenje Pretresnog vijeća za to što ne primjenjuje načelo *lex mitior* nedovoljno potkrijepljeno, jer se usredsređuje na "momenat formalne nadležnosti" i ne objašnjava zašto MKSJ to načelo ne obavezuje ni zašto MKSJ može nametnuti "posve drugačiji i teži sistem kažnjavanja od onoga kojim bi se za ista krivična djela služili nacionalni sudovi".¹⁸⁷ Optužba se u svom odgovoru slaže sa

¹⁸¹ Vidi definiciju u članu 24(2) Rimskog Statuta Međunarodnog krivičnog suda ("Ako se prije donošenja pravomoćne odluke u određenom slučaju promijeni zakon koji treba primijeniti, Sud će primijeniti odredbu koja je povoljnija za osobu protiv koje se vodi istraga, kazneni progon ili se treba izreći presuda."). Vidi takođe slične odredbe koje obuhvataju načelo *lex mitior*. Član 15 (1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, član 9 Američke konvencije o ljudskim pravima /ACHR/, član 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima /ECHR/ (koji predviđa samo to da se ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je krivično djelo počinjeno), vidi takođe nacionalne jurisdikcije: član 4(2) Saveznog krivičnog zakona iz 1976/77., član 2 (3) Krivičnog zakona Njemačke, poglavlje II, član 112-1, par. 3. Krivičnog zakona Francuske, član 2 (2) Krivičnog zakona Švicarske, poglavlje 2 (2) (3) Krivičnog zakona Švicarske.

¹⁸² Presuda o kazni, par. 163.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 165.

¹⁸⁴ Žalbeni podnesak, par. 170-172.

¹⁸⁵ *Ibid.*, par. 173.

¹⁸⁶ *Ibid.*, par. 175. Žalilac se pogrešno pozvao na član 22(1) Statuta. Pretpostavlja se da je žalilac namjeravao da se pozove na član 21(1) Statuta u kojem piše sljedeće: "1. Sve su osobe ravnopravne pred Međunarodnim sudom."

¹⁸⁷ Žalbeni podnesak, par. 176.

zaključkom Pretresnog vijeća.¹⁸⁸ Ona tvrdi da bi, u slučaju da se prihvati stav žalioaca, "Međunarodni sud mogao biti vezan zakonom ili praksom odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji".¹⁸⁹

78. Pretresno vijeće dalo je tačan pregled krivičnih zakona relevantnih za odmjeravanje kazne i primjenjivih na području bivše Jugoslavije, konkretno na teritoriji Vlasenice gdje su zločini počinjeni.¹⁹⁰ Pretresno vijeće je dalje primijetilo da bi raspon kazne u bivšoj Jugoslaviji bio ograničen na zatvorsku kaznu tačno određenog trajanja, za razliku od kazne zatvora koja može obuhvatiti ostatak života osobe koja je proglašena krivom, kao što je predviđeno pravilom 101(A) Pravilnika.¹⁹¹ Strane u postupku ne osporavaju te zaključke. Stoga je od suštinskog značaja to da li je načelo *lex mitior* u ovom predmetu primjenjivo ili nije.

79. Pretresno vijeće prvo je razmatralo da li je načelo *lex mitior* bilo primjenjivo u bivšoj Jugoslaviji i da li je dio sudske prakse Međunarodnog suda, a zatim je razmatralo pitanje da li je načelo *lex mitior* primjenjivo u ovom predmetu.

80. Sporni dio Presude o kazni jest zaključak Pretresnog vijeća da je načelo *lex mitior* primjenjivo "samo u onim slučajevima u kojima je do počinjenja krivičnog djela i kasnijeg izricanja kazne došlo u okviru jednog istog pravnog sistema",¹⁹² te da se to načelo ne može primijeniti zato što se pravni sistem Međunarodnog suda razlikuje od nacionalnih pravnih sistema unutar kojih su ta krivična djela počinjena.¹⁹³ Žalbeno vijeće primjećuje da pitanje primjenjivosti tog načela nije vezano za pitanje pravnog sistema, već za to jesu li drugačiji krivični zakoni relevantni i primjenjivi na pravne odredbe na osnovu kojih Međunarodni sud odmjerava kazne.

81. Značenje načela *lex mitior* treba shvatiti tako da se, u slučaju da dođe do promjena zakona relevantnih za krivično djelo optuženog, treba primijeniti blaži zakon. Inherentan element ovog načela jest da je relevantni zakon obavezujući za sud. Optuženim osobama može se izreći blaža kazna samo ako je zakon obavezujući, budući da imaju zaštićen pravni status samo u slučaju kada se dati raspon kazne mora primijeniti na njih. Načelo *lex mitior* stoga je primjenjivo jedino ako se pravne odredbe koje obavezuju Međunarodni sud kasnije promijene u povoljnije, kojih se Međunarodni sud takođe mora pridržavati.

¹⁸⁸ Podnesak respondenta, par. 81-82.

¹⁸⁹ *Ibid.*, par. 83.

¹⁹⁰ Presuda o kazni, par. 158.

¹⁹¹ *Ibid.*, par. 159.

¹⁹² *Ibid.*, par. 163.

¹⁹³ *Ibid.*, par. 164-165.

82. Međunarodni sud nesumnjivo obavezuju njegov Statut i Pravilnik, pa prema tome i raspon kazni koji obuhvata i doživotnu kaznu, kao što predviđaju pravilo 101(A) Pravilnika i član 24(1) Statuta. Žalbeno vijeće primjećuje da nije bilo promjene u pravnim odredbama Međunarodnog suda koje regulišu raspon kazni.

83. Raspon kazni u bivšoj Jugoslaviji bio bi ograničen na zatvorsku kaznu na određeno vrijeme. Žalbeno vijeće primjećuje da od osnivanja Međunarodnog suda taj Sud optuženom može izreći maksimalnu zatvorsku kaznu koja nije ograničena na određeno vrijeme.

84. Međutim, Žalbeno vijeće ponavlja svoj zaključak da Međunarodni sud, budući da ima primat nad nacionalnim sudovima u bivšoj Jugoslaviji, nije obavezan postupati u skladu sa zakonom ili praksom odmjeravanja kazni u bivšoj Jugoslaviji.¹⁹⁴ On tu praksu samo mora uzeti u obzir. Dozvoliti da se načelo *lex mitior* primijeni na kazne Međunarodnog suda na osnovu promjena u zakonima bivše Jugoslavije značilo bi da države bivše Jugoslavije imaju ovlasti da podriju diskreciono pravo sudija Međunarodnog suda prilikom odmjeravanja kazni. Donošenjem nacionalnog zakona koji utvrđuje niske maksimalne kazne za krivična djela pomenuta u članovima od 2 do 5 Statuta Međunarodnog suda, države bi onda mogle da spriječe ovaj Međunarodni sud da na odgovarajući način kazni njihove državljane. To nije kompatibilno s primatom Međunarodnog suda iz člana 9(2) Statuta i njegovim cjelokupnim mandatom.

85. Ukratko, pravilno shvaćeno, načelo *lex mitior* odnosi se na Statut Međunarodnog suda. Prema tome, ako se ikada izmijene ovlasti izricanja kazne koje predviđa Statut, Međunarodni sud morao bi izreći blažu kaznu. Kad je riječ o odredbi iz člana 24(1) da će "pretresno vijeće [imati] u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije", te se riječi moraju tumačiti u skladu s načelima tumačenja koja se odnose na Statut, čiji su one dio. Tako protumačene, one se odnose na sve relevantne zakone u bivšoj Jugoslaviji koji su bili na snazi u vrijeme počinjenja predmetnog krivičnog djela; kasnije promjene u tim zakonima ne uzimaju se u obzir.

86. Iz gorenavedenih razloga, ovaj žalbeni osnov se odbacuje.

¹⁹⁴ Vidi Presudu o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*, par. 21. Vidi *supra* par. 69.

VIII. ŠESTI ŽALBENI OSNOV: PRETRESNO VIJEĆE NIJE PRIDALO DOVOLJAN ZNAČAJ PREPORUCI STRANA U POSTUPKU U POGLEDU KAZNE

87. Žalilac tvrdi da Pretresno vijeće nije pridalo dovoljno pažnje preporuci strana u postupku da se izrekne kazna u trajanju od 15 godina. On navodi sljedeće dvije greške koje potkrepljuju ovaj njegov žalbeni osnov, koje će Žalbena vijeće pojedinačno proučiti: (1) da Pretresno vijeće nije na odgovarajući način obrazložilo zašto je kazna koju su preporučile strane u postupku neprimjerena i (2) da je Pretresno vijeće pogriješilo uzimajući u obzir vrijeme koje će on stvarno provesti u zatvoru.

A. Da li je Pretresno vijeće pogriješilo zato što nije objasnilo zašto je kazna koju su preporučile strane u postupku neprimjerena

88. Žalilac smatra da Pretresno vijeće "nije na odgovarajući način objasnilo zašto je takva kazna neprimjerena".¹⁹⁵ Optužba priznaje da, u skladu s pravilom 62ter(B), pretresna vijeća nisu vezana preporukama strana u postupku, ali ipak tvrdi da ih trebaju "ozbiljno razmotriti" i da, ako žele da od njih odstupe, trebaju navesti razloge takvog odstupanja.¹⁹⁶ Optužba se slaže sa žaliocem da Pretresno vijeće nije na odgovarajući način objasnilo iz kojeg razloga nije postupilo u skladu sa zajedničkim prijedlogom strana u postupku da se izrekne kazna u trajanju od 15 godina.¹⁹⁷

89. Kao što je ranije navedeno, primjenjujući svoje diskreciono pravo prilikom odmjeravanja kazni, pretresna vijeća moraju uzimati u obzir sljedeće faktore: težinu krivičnog djela i lične prilike osuđene osobe, opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije, te otežavajuće i olakšavajuće okolnosti.¹⁹⁸ Poseban kontekst izjašnjavanja o krivici nameće još jedan faktor koji se mora uzeti u obzir. Sporazum o krivici veoma je važan jer obuhvata priznanje krivice od strane optuženog. Dalje, preporuka u pogledu raspona kazni ili, kao što je ovdje slučaj,

¹⁹⁵ Najava žalbe, par. 16.

¹⁹⁶ Podnesak respondenta, par. 97. Na žalbenom pretresu optužba je ponovila da, po njenom mišljenju, Pretresno vijeće "nije dovoljno objasnilo osnov svog odstupanja od zajedničkog podneska" i takođe je izjavila da je zbog tog propusta "teško procijeniti da li je Pretresno vijeće pridalo odgovarajući značaj raznim faktorima koje je uzelo u obzir pri ublažavanju kazne ili ne" (AT 34).

¹⁹⁷ Iako je prihvatila da je Pretresno vijeće u paragrafu 281 Presude o kazni zaista iznijelo razloge iz kojih otežavajući faktori kaznu od 15 godina čine nepravičnom, na pretresu o žalbi optužba je konkretno izjavila da se Pretresno vijeće "uopšte nije osvrnulo na pitanje zbog čega nisu prevagnuli olakšavajući faktori". Optužba je iznijela tvrdnju da je taj propust naročito značajan u pogledu žaliočeve saradnje budući da je Pretresno vijeće "odbacilo procjenu optužbe vezanu za to što se podrazumijeva pod tim da saradnja u dovoljnoj mjeri preteže nad težinom krivičnog djela da bi se mogla izreći kazna od 15 godina, ne obrazlažući zbog čega je to uradilo" (AT 48-49).

¹⁹⁸ Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*, par. 716. Pored toga, pretresna vijeća obavezna su da uzimaju u obzir koliki je dio kazne koju je za isto djelo izrekao nacionalni sud bilo koje države optuženi već izdržao, kao što nalažu član 10(3) Statuta i pravilo 101(B)(iv) Pravilnika.

konkretne kazne, odraz je sporazuma strana u postupku o tome šta bi, po njihovom mišljenju, predstavljalo pravičnu kaznu. Žalbeno vijeće primjećuje da pravilo 62ter(B) Pravilnika nedvosmisleno navodi da pretresna vijeća nisu vezana nikakvim sporazumom strana u postupku. Ipak, u specifičnom kontekstu presude o kazni nakon izjašnjavanja o krivici, Žalbeno vijeće naglašava da pretresna vijeća moraju pridati dužnu pažnju preporukama strana u postupku i da, u slučaju da kazna u znatnoj mjeri odstupa od te preporuke, moraju navesti razloge za takvo odstupanje. Ti razlozi, u kombinaciji s obavezom Pretresnog vijeća iz člana 23(2) Statuta da presudu koju donosi "prati pismeno obrazloženje", omogućuju smisleno ostvarivanje prava osuđene osobe na ulaganje žalbe, a Žalbenom vijeću "da razumije i donese sud o nalazima Pretresnog vijeća".¹⁹⁹

90. U ovom predmetu, Pretresno vijeće je na javnom pretresu stranama u postupku jasno stavilo na znanje da nije obavezno da se drži preporuke strana u postupku. Vijeće je pitalo Dragana Nikolića da li shvata da je konačni arbitar za odmjeravanje kazne bez ikakve sumnje Pretresno vijeće, na šta je on odgovorio da to u potpunosti shvata.²⁰⁰ Pretresno vijeće je zatim, suprotno argumentima strana u postupku, jasno navelo zbog čega ne može da slijedi njihovu preporuku:

Nakon što je odvagalo težinu krivičnih djela i otežavajuće faktore u odnosu na olakšavajuće faktore, te uzevši u obzir gorepomenute ciljeve odmjeravanja kazne, Pretresno vijeće je ustanovilo da ne može slijediti preporuku tužioca. Zbog okrutnosti, broja počinjenih krivičnih djela i osnovne namjere da se žrtve ponize i degradiraju takva preporučena kazna bila bi nepravična. Pretresno vijeće je uvjeren da bi bilo ne samo razumno i odgovorno, nego i nužno u interesu žrtava, njihovih rođaka i međunarodne zajednice izreći višu kaznu od one koju su preporučile strane u postupku.²⁰¹

Žalbeno vijeće konstatuje da su gorenavedeni razlozi dovoljan osnov da se odbaci tvrdnja da je Pretresno vijeće zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo odstupivši od preporuke strana u postupku. Stoga se ovaj dio žalbenog osnova žalio odbacuje.

91. Žalbeno vijeće će se sada osvrnuti na argument žalio da je Pretresno vijeće nepravilno uzelo u obzir vrijeme koje će žalilac zaista provesti u zatvoru.

¹⁹⁹ Drugostepena presuda u predmetu *Kunarac*, par. 41.

²⁰⁰ T. 175-176: "SUDIJA SCHOMBURG: [...] shodno pravilu 62 ter (B), Pretresno vijeće – citiram iz našeg Pravilnika: 'Pretresno vijeće ne obavezuje nijedan od sporazuma navedenih u stavu (A)'. Kao što je vaš branilac već doslovno pročitao, shvatate da maksimalna kazna koju Pretresno vijeće može da izrekne za potvrdno izjašnjavanje o krivici u vezi sa zločinima iz Treće izmijenjene optužnice jest kazna zatvora, koja obuhvata i doživotnu kaznu zatvora, kao što predviđa pravilo 101(A) našeg Pravilnika. Naravno, danas ne možemo da raspravljamo o kazni jer ne raspoložemo potrebnim činjenicama. Naravno, moramo da uzmemo u obzir sve činjenice, poput težine zločina, otežavajuće i olakšavajuće okolnosti, te činjenicu da li ste spremni na značajnu saradnju s tužiocem. Međutim, mora biti apsolutno jasno da preporuka optužbe nije ništa više od preporuke i da su konačni arbitar izricanja kazne nesumnjivo sudije, ovo Pretresno vijeće. Jeste li to razumjeli? OPTUŽENI: [prijevod] Da, u potpunosti. (Naglasak dodat).

²⁰¹ Presuda o kazni, par. 281.

B. Da li je Pretresno vijeće nepravilno uzelo u obzir vrijeme koje će žalilac provesti u zatvoru

92. Žalilac zatim tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo zato što je prilikom utvrđivanja njegove kazne uzelo u obzir vrijeme koje će on zaista provesti u zatvoru.²⁰² Optužba odgovara da žalilac svoju tvrdnju nije potkrijepio niti jednim mjerodavnim izvorom i tvrdi da, koliko je njoj poznato, Pravilnik ni na koji način ne sprečava Pretresno vijeće da to uradi.²⁰³

93. U paragrafu 282 Presude o kazni Pretresno vijeće priznaje da, pod pretpostavkom da su ispunjeni određeni uslovi, osuđena osoba koja je odslužila "nužni dio kazne" treba imati priliku za prijevremeno puštanje na slobodu, čiji je cilj reintegracija u društvo. Mjerodavni izvor koji potkrepljuje stav Pretresnog vijeća jest odluka Ustavnog suda Njemačke (*Bundesverfassungsgericht*).²⁰⁴ Konstatujući da osuđena osoba treba dobiti priliku za prijevremeno puštanje na slobodu, Pretresno vijeće je primijetilo da "prije puštanja na slobodu i reintegracije mora biti doista odslužen barem onaj dio zatvorske kazne koji je preporučio tužilac".²⁰⁵

94. Žalbeno vijeće primjećuje da ni Statut ni Pravilnik Međunarodnog suda ne predviđaju da optuženi mora izdržati kaznu po preporuci optužbe da bi mu se odobrilo prijevremeno puštanje na slobodu. U skladu s pravilom 125 Pravilnika, koliko vremena će optuženi zaista provesti u zatvoru, za razliku od kazne koja se izrekne u Presudi, ovisi o izvjesnom broju faktora "između ostalog uzima [se] u obzir težina krivičnog djela ili krivičnih djela za koje je zatvorenik osuđen, postupak prema zatvorenicima u sličnoj situaciji, u kolikoj mjeri je zatvorenik pokazao da se rehabilitovao, kao i svaka značajna saradnja zatvorenika s tužiocem".²⁰⁶ Prema pravnim odredbama Međunarodnog suda, podobnost za prijevremeno puštanje na slobodu ovisi o primjenjivom pravu države u kojoj osuđena osoba izdržava kaznu, o čemu ta država mora obavijestiti Sud.²⁰⁷ Konačno, predsjednik, nakon savjetovanja sa članovima Kolegija i svim stalnim sudijama Vijeća koje je izreklo kaznu, odlučuje da li da se prijevremeno puštanje na slobodu odobri ili ne.²⁰⁸

²⁰² Žalbeni podnesak, par. 181. Žalbeno vijeće primjećuje da žalilac u paragrafu 180 Žalbenog podneska ponavlja svoj argument da Pretresno vijeće nije valjano uzelo u obzir njegovu saradnju s optužbom. Njegovi argumenti u tom pogledu razmotreni su u Dijelu V(D) i ovaj dio žaliočevog argumenta neće se stoga razmatrati u okviru ovog žalbenog osnova.

²⁰³ Žalbeni podnesak, fusnota 165.

²⁰⁴ BVerfGE 45, 187 (245).

²⁰⁵ Presuda o kazni, par. 282.

²⁰⁶ Pravilo 125 Pravilnika (Opšti standardi za pomilovanje ili ublažavanje kazne).

²⁰⁷ Član 28 Statuta i pravilo 123 Pravilnika.

²⁰⁸ Vidi član 28 Statuta; pravilo 124 Pravilnika; Uputstvo za rad prilikom rješavanja po molbama za pomilovanje, ublažavanje kazne i prijevremeno puštanje na slobodu osoba koje je osudio Međunarodni sud, IT/146, 7. april 1999., par. 7.

95. Premda ni Statut ni Pravilnik ne predviđaju da pretresna vijeća imaju diskreciono pravo da preporuče minimalnu kaznu, Žalbno vijeće je ranije iznijelo mišljenje da to diskreciono pravo "proistječe iz ovlaštenja koja su inherentna njegovoj pravosudnoj funkciji i ne predstavlja odstupanje od Statuta i Pravilnika".²⁰⁹ Shodno tome, Žalbno vijeće smatra da Pretresno vijeće može da odredi minimalno vrijeme koje prema njegovom mišljenju optuženi mora odslužiti u zatvoru. Prilikom utvrđivanja šta predstavlja primjerenu kaznu, Pretresno vijeće takođe može da uzme u obzir mogućnost prijevremenog puštanja na slobodu optuženog. Pretresno vijeće ipak mora uvijek imati na umu da je prijevremeno puštanje na slobodu tek mogućnost koja se nudi osuđenoj osobi, pod uslovom da su gorepomenuti uslovi ispunjeni. Na primjer, moguće je da se karakter osuđene osobe, iako je možda u vrijeme odmjeravanja kazne pokazao potencijal za reintegraciju, tokom izvršavanja kazne razvije u suprotnom pravcu.

96. Kada zaključuje da prije puštanja na slobodu "mora biti doista odslužen barem onaj dio kazne koji je preporučio tužilac", Žalbno vijeće shvata da Pretresno vijeće nije smatralo da ima obavezu da primijeni preporuku optužbe. Ustvari, preporuka optužbe odnosila se na konačnu kaznu, a ne na minimalno vrijeme koje žalilac treba da provede u zatvoru. Žalbno vijeće se uvjerilo da je Pretresno vijeće navelo vremensku kaznu zatvora koju je optužba preporučila nakon što je procijenilo da 15 godina predstavlja period koji ono samo smatra odgovarajućim vremenom koje žalilac zaista treba da provede u zatvoru prije nego što mogne da iskoristi mogućnost prijevremenog puštanja na slobodu. Pitanje koje Žalbno vijeće treba da razmotri je stoga da li je Pretresno vijeće pogriješilo pripisavši preveliki značaj mogućnosti prijevremenog puštanja na slobodu.

97. Žalbno vijeće primjećuje da je Pretresno vijeće, izrekavši kaznu od 23 godine, očito – iako ne i eksplicitno – kalkuliralo kako bi odrazilo praksu Međunarodnog suda da se prijevremeno puštanje na slobodu odobri nakon što osuđena osoba odsluži dvije trećine kazne:²¹⁰ vremenske kazna od 15 godina jasno predstavlja dvije trećine kazne koju je Vijeće ustvari izreklo. Žalbno vijeće smatra da je Pretresno vijeće mehanički – da ne kažemo matematički – otvorilo put mogućnosti prijevremenog puštanja na slobodu. Time je mogućnosti prijevremenog puštanja na

²⁰⁹ Presuda o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*, par. 28. Vidi takođe Drugostepenu presudu u predmetu *Krstić*, par. 274, u kojoj je Žalbno vijeće iznijelo sljedeće mišljenje: "Kako je Žalbno vijeće objasnilo u Presudi o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*, odluka o tome da li će se odrediti minimalna kazna stvar je diskrecionih ovlaštenja vijeća. Određivanje minimalne kazne rijetko se nalaže. Budući da optužba nije navela nepobitne razloge za to, Žalbno vijeće ne vjeruje da je u ovom predmetu primjereno odrediti minimalnu kaznu."

²¹⁰ *Tužilac protiv Miroslava Tadića*, predmet br. IT-95-9, Odluka predsjednika po molbi Miroslava Tadića za pomilovanje ili ublažavanje kazne, 24. juni 2004., par. 4: "[...] podobnost za pomilovanje ili ublažavanje kazne u državama u kojima se kazna izvršava obično 'započinje u trenutku kada su izdržane dvije trećine kazne'. U praksi Međunarodnog suda dosljedno se provodi ovaj kriterij prilikom utvrđivanja podobnosti lica zatvorenih u PJUN-u za pomilovanje ili ublažavanje kazne."

slobodu pridalo preveliku težinu. Zbog toga Žalbeno vijeće (uz protivno mišljenje sudije Shahabuddeena) smatra da će se smanjenje kazne odobriti.

98. Žalbeno vijeće će sada razmotriti posljednji argument žalioaca u okviru ovog žalbenog osnova u kojem navodi da Pretresno vijeće u paragrafima 279-282 Presude o kazni o preporukama strana u postupku govori isključivo kao o "preporuci tužioca", iz čega proizlazi da "tu preporuku nije valjano uzelo u obzir kao jasnu i nedvosmisleni preporuku *obiju strana*".²¹¹ U skladu s pravilom 62ter(A)(ii), "tužilac i odbrana mogu se sporazumjeti da će, nakon što se optuženi potvrdno izjasni o krivici po optužnici ili po jednoj ili više tačaka optužnice, tužilac pred Pretresnim vijećem postupiti na sljedeći način ili načine: (ii) iznijeti stav da je primjerena neka konkretna kazna ili raspon kazne; [...]". Shodno tome, preporuka u pogledu kazne svakako je rezultat sporazuma između obiju strana u postupku, ali je Pretresnom vijeću podnosi optužba. Formalno je preporuka uistinu "preporuka tužioca". Prema tome, u paragrafima o kojima je riječ Pretresno vijeće se uglavnom poziva na "preporuku tužioca", ali ne kao što to tvrdi žalilac "isključivo".²¹² Pored toga, iz analize "Podnesaka strana" Pretresnog vijeća jasno je da je, iako je optužba predložila da se izrekne kazna od 15 godina, ta preporuka rezultat sporazuma obiju strana u postupku i da je i sama odbrana očito znala da je preporuku formalno dala optužba.²¹³ Stoga je argument žalioaca u tom pogledu neosnovan.

²¹¹ Žalbeni podnesak, par. 184.

²¹² Presuda o kazni, par. 281: "[...] od one koju su preporučile strane u postupku".

²¹³ *Ibid.*, par. 275-278.

IX. SEDMI OSNOV ŽALBE: PRETRESNO VIJEĆE OSLONILO SE NA PITANJA KOJA IZLAZE VAN OKVIRA OPTUŽNICE I SPORAZUMNO DOGOVORENIH ČINJENICA

99. Žalilac izjavljuje da je Pretresno vijeće pogriješilo zato što je pogrešno uzelo u obzir činjenice iz Presude o kazni koje izlaze izvan okvira Optužnice i sporazumno dogovorenih činjenica.²¹⁴ Žalilac navodi šest pasusa Presude o kazni koji izlaze van okvira Optužnice i sporazumno dogovorenih činjenica.

100. Žalilac tvrdi da odbrana nije uložila prigovor na ta pitanja tokom pretresa o kazni zbog izričitog zahtjeva predsjedavajućeg sudije da se prigovori ne ulažu i da se ne interveniše, kao i u svjetlu uvjeravanja sudije da se, u slučaju da svjedočenje nekog svjedoka izađe van okvira Optužnice, takvi dokazi neće uzimati u obzir.²¹⁵

101. Prema shvatanju optužbe, ovaj žalbeni osnov je navodna zloupotreba diskrecionog prava kojom se krši pravilo 62bis(ii) i (iv) MKSJ-a, čime je počinjena materijalna greška na štetu žalioca.²¹⁶ Optužba primjećuje da činjenični osnov potvrdnog izjašnjavanja o krivici žalioca predstavljaju konkretni činjenični navodi iz Optužnice.²¹⁷ Optužba tvrdi da je preispitivanje zaključaka Pretresnog vijeća i sudskog spisa pokazalo da žaliočevi činjenični navodi nisu održivi.²¹⁸ Optužba je mišljenja da treba smatrati da se žalilac odrekao mogućnosti ulaganja žalbe po ovom osnovu. Ona primjećuje da žalilac jeste unakrsno ispitao svjedoke i da je tokom pretresa o kazni izgledalo da iznosi pravne i činjenične argumente, mada tokom tog pretresa o odmjeravanju kazne

²¹⁴ Najava žalbe, par. 7. Žalbeni podnesak, par. 186.

²¹⁵ T. 201, redovi 12-25 do reda 1 iz T. 202, 3. novembar 2003.: "Kako bismo objasnili, ova Optužnica sada predstavlja jedini osnov za pretres koji će sada uslijediti. Jedina svrha ovog pretresa jest da se, shodno pravilu 100, dobiju informacije koje mogu pomoći Pretresnom vijeću u utvrđivanju odgovarajuće kazne. Znači, dobijanje potpunije slike, te olakšavajući i otežavajući faktori, što nam je svima poznato iz uvriježene prakse ovoga Suda. Međutim, moguće je da iskaz izađe izvan okvira ove Optužnice. Pretresno vijeće ne želi da u tom slučaju interveniše. **To, međutim, ne znači da se činjenični osnov izjašnjavanja o krivici može proširiti ili ograničiti, niti da će se to uraditi.** U slučaju da neki svjedok da izjavu koja izlazi van okvira Optužnice, ne mora mu se uskratiti poštovanje, naročito ako je posrijedi žrtva, budući da je poseban mandat ovog Međunarodnog suda da, između ostalog, pruža pomoć u procesu pomirenja i dolaženja do istine, što bi se time možda spriječilo, a ne treba ni pominjati da se žrtvi poštovanje iskazuje time što se ne interveniše." (Naglasak dodao žalilac, par. 187 Žalbenog podneska).

²¹⁶ Žalbeni podnesak, par. 100.

²¹⁷ *Ibid.*, par. 104, koji se poziva na Zajednički sporazum o izjašnjavanju o krivici, par. 10.

²¹⁸ Podnesak respondenta, par. 101.

nije ukazao na probleme koje sada pominje.²¹⁹ Žalilac u svojoj Replici ne iznosi nijedan argument.²²⁰

102. Žalbeno vijeće će ispitati konkretne dijelove Presude o kazni koje žalilac osporava jedino ako odbaci argument optužbe da se žalilac odrekao mogućnosti ulaganja žalbe po osnovama iz sedmog žalbenog osnova i da, shodno tome, taj žalbeni osnov treba odbaciti.

103. Žalbeno vijeće primjećuje da je predsjedavajući sudija uoči pretresa o kazni dao sljedeću izjavu i obavijestio strane u postupku o proceduri čije se primjena predviđa, te ih pitao slažu li se s predloženim postupkom:

Kako bismo objasnili, ova Optužnica sada predstavlja novi osnov za pretres koji će sada uslijediti. Jedina svrha ovog pretresa jest da se, shodno pravilu 100, dobiju sve informacije koje mogu pomoći Pretresnom vijeću u utvrđivanju odgovarajuće kazne. Znači, dobijanje potpunije slike, te olakšavajući i otežavajući faktori, što nam je svima poznato iz uvriježene prakse ovoga Suda. Međutim, moгуće je da iskaz izаđe izvan okvira ove Optužnice. Pretresno vijeće ne želi da u tom slučaju interveniše. To, međutim, ne znači da se činjenični osnov izjašnjavanja o krivici može proširiti ili ograničiti niti da će se to uraditi. U slučaju da neki svjedok da izjavu koja izlazi iz okvira Optužnice, ne mora mu se uskratiti poštovanje, naročito ako je posrijedi žrtva, budući da je poseban mandat ovog Međunarodnog suda da, između ostalog, pruža pomoć u procesu pomirenja i ustanovljavanja istine, što bi se time možda spriječilo, a ne treba ni pominjati da se žrtvi poštovanje iskazuje time što se ne interveniše.²²¹

104. Žalbeno vijeće primjećuje da predsjedavajući sudija nije tražio da strane u postupku ne ulažu prigovor, već da je sugerisao da ulaganje prigovora nije nužno. Ovu izjavu treba smjestiti u kontekst. Izjava je data prije saslušanja prvog svjedoka. Predsjedavajući sudija jasno je doveo u vezu predloženu proceduru i želju da se izbjegnu intervencije kako bi se žrtvama iskazalo poštovanje. Žalbeno vijeće stoga smatra da se izjava predsjedavajućeg sudije odnosila na ispitivanje svjedoka i prigovore kojima se prekidaju njihovi iskazi, a ne na završne riječi strana u postupku i moguće argumente koji su se u toj fazi postupka mogli iznijeti.

105. Na pitanje slaže li se s predloženom procedurom, branilac žalioca je izjavio: "Ako se u bilo kojoj izjavi, sudskog vještaka ili bilo koga drugog, iznese mišljenje koje toliko izlazi izvan okvira Optužnice da bi ga bilo neprimjereno uzeti u obzir, [...] to je pitanje koje se zapravo može prepustiti diskrecionj ocjeni sudija."²²²

106. Žalbeno vijeće, dalje, primjećuje da se, na pitanje predsjedavajućeg sudije da li bi prihvatio izjavu konkretnog sudskog vještaka bez traženja da taj vještak lično svjedoči, isti branilac složio s

²¹⁹ *Ibid.*, par. 108.

²²⁰ Replika na Podnesak respondenta, par. 27, u kojoj se konstatuje da se "žalilac po tim pitanjima pridružuje respondentu".

²²¹ T. 031103, str. 201-202, 3. novembar 2003. (naglasak dodat).

²²² *Ibid.*, str. 202.

upozorenjem da će možda biti neophodno da se iznesu komentari i utvrde područja koja izlaze izvan okvira Optužnice.

[...] U skladu s pravilom 94 *bis* (B)(i), prihvatate li izjavu vještaka bez zahtjeva u pogledu predviđenog vremenskog roka i bez zahtjeva da on lično svjedoči? GOSPODIN MORRISON: Časni Sude, da. Jedino upozorenje koje odbrana u pogledu tih uslova uvijek ima jest da će možda biti neophodno da se komentar iznese o izjavi u zaključku, konkretno da se utvrde područja za koja odbrana smatra da izlaze izvan okvira ili da će možda da izađu iz okvira Optužnice. Međutim, što se tiče izjave uopšte, uz veliko poštovanje prema stavu koji Pretresno vijeće iskazuje u vezi s njenom ekspertizom, izgleda da se većina navoda može podvesti pod zajednički nazivnik zdravog razuma. SUDIJA SCHOMBURG: Hvala vam na tom objašnjenju. Dakle, zaključujem da izjavu prihvatate, a svakako je treba i prodiskutovati, ako vi tako želite.²²³

107. Iako o pitanju izlazi li neka izjava izvan okvira Optužnice odlučuju sudije, u slučaju da žalilac imao kakvih primjedaba u pogledu dokaza iznijetih na pretresu o odmjeravanju kazne, on je na te dokaze morao skrenuti pažnju sudijama tokom svoje završne riječi. Na osnovu izjava branioca Žalbeno vijeće zaključuje da je žalilac bio svjestan činjenice da na završetku pretresa o odmjeravanju kazne može uložiti prigovor na to da Pretresno vijeće razmatra dokaze koji po njegovom mišljenju izlaze izvan okvira Optužnice. Advokat žalioaca u završnoj riječi takve prigovore nije iznio i time se odrekao prava da to učini u žalbi. Prema tome, ovaj žalbeni osnov se odbacuje.

²²³ *Ibid.*, str. 203.

X. DISPOZITIV

Iz gorenavedenih razloga, **ŽALBENO VIJEĆE**

U SKLADU S članom 25 Statuta i pravilima 117 i 118 Pravilnika;

IMAJUĆI U VIDU argumente koje su strane u postupku iznijele na pretresu od 29. novembra 2004.;

ZASJEDAJUĆI na otvorenoj sjednici;

USVAJA, uz različito mišljenje sudije Shahabuddeena, žaliočev osnov za žalbu da je Pretresno vijeće pogriješilo kad je uzelo u obzir vrijeme koje će on zaista provesti u zatvoru;

ODBACUJE sve ostale žalbene osnove i, uz različito mišljenje sudije Shahabuddeena, **IZRIČE** novu kaznu;

OSUĐUJE žalioca, uz različito mišljenje sudije Shahabuddeena, na kaznu od 20 (dvadeset) godina zatvora koja počinje teći danas, uz to da se, shodno pravilu 101(C) Pravilnika, žalioču u kaznu uračuna vrijeme koje je već proveo u pritvoru, to jest period od 20. aprila 2000. do danas;

NALAŽE, u skladu s pravilom 103(C) i pravilom 107 Pravilnika, da žalilac ostane u pritvoru Međunarodnog suda dok se ne privedu kraju pripreme za njegovo prebacivanje u državu u kojoj će izdržavati kaznu.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, pri čemu je mjerodavan engleski tekst.

/potpis na originalu/

sudija Theodor Meron,
predsjedavajući

/potpis na originalu/

sudija Fausto Pocar

/potpis na originalu/

sudija Mohamed Shahabuddeen

/potpis na originalu/

sudija Mehmet Güney

/potpis na originalu/

sudija Inés Mónica Weinberg de
Roca

Sudija Mohamed Shahabuddeen prilaže djelimično različito mišljenje.

Potpisano 2. februara 2005.
i izdato 4. februara 2005.

U Haagu,
Nizozemska.

[pečat Međunarodnog suda]

XI. DJELIMIČNO RAZLIČITO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDEENA

1. Podržavam presudu Žalbenog vijeća osim u jednoj tački koja se odnosi na minimum služenja kazne. Predlažem da iznesem svoje stavove u pogledu te tačke, ali prije nego što to uradim, osvrnuo bih se na još jedno pitanje vezano za *de facto* pokušaj ubistva.

Pitanje *de facto* pokušaja ubistva

2. U paragrafu 40 ove presude Žalbeno vijeće iznosi stav da je "Pretno vijeće pogrešno okvalifikovalo premlaćivanja u osnovi krivičnog djela mučenja kao djelo koje ima 'sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva". U paragrafu 38 Žalbeno vijeće je izjavilo:

Analiza dijela Presude o kazni koji se bavi cjelokupnim dokaznim materijalom vezanim za optužbu o mučenju, kao što je ranije napomenuto i kao što žalilac tačno tvrdi, ne ukazuje na to da je Pretresno vijeće zaključilo da je on ta krivična djela počinio s namjerom da počinio ubistvo, već pokazuje da je svrha tih krivičnih djela bila da se od žrtava dobiju obavještenja ili da se one kazne. Stoga je teško shvatiti zašto je Pretresno vijeće zaključilo da okolnosti vezane za ta djela mučenja imaju "sva svojstva *de facto*" pokušaja ubistva.

3. Ta procjena mi pričinjava poteškoće. Kao što se podsjeća u paragrafu 94 presude Pretresnog vijeća:

[O]ptuženi je prišao Fikretu Arnautu u hangaru i rekao nešto u smislu: "*Ne mogu da vjerujem kako ovakva životinja ne može da umre, mora da ima dva srca.*"²²⁴ Optuženi je tada ponovo tukao Fikreta Arnauta i gazio mu po prsima.¹

4. Čini mi se da je ovom izjavom žalilac iskazao namjeru da njegova žrtva treba da umre od premlaćivanja; ta je izjava takođe predstavljala nerješiv dio diskusije Pretresnog vijeća o "Mučenju Fikreta Arnauta".

¹ Presuda o kazni, predmet br. IT-94-2-S, 18. decembar 2003.

5. U presudi Žalbenog vijeća navodi se da ništa "ne ukazuje" na to da je Pretresno vijeće "zaključilo" da je žalilac ta krivična djela počinio s namjerom da počinu ubistvo. Tačno je da nema zvaničnog zaključka u tom smislu, ali postoji "pokazatelj" da je to zaključak do kojeg je Pretresno vijeće došlo na osnovu "cjelokupnog dokaznog materijala vezanog za optužbu o mučenju".

6. Na stranici 17 Prvostepene presude na engleskom jeziku tako piše:

2. Činjenice u vezi s individualnim kažnjivim ponašanjem optuženog

63. Pretresno vijeće sada će se osvrnuti na činjenice u vezi sa svakom tačkom Optužnice.

64. Optuženi je priznao istinitost svake od doljenavedenih činjenica...

7. Jedna od "doljenavedenih činjenica" obuhvata pitanja pomenuta u paragrafu 94 (gore) Prvostepene presude. Tako je sam žalilac prihvatio istinitost izjave koja mu je pripisana u paragrafu 94 Prvostepene presude, konkretno, da je on Fikretu Arnautu rekao nešto u smislu: "*Ne mogu da vjerujem kako ovakva životinja ne može da umre, mora da ima dva srca.*" Sa svoje strane, Pretresno vijeće je zaključilo da je ta izjava jedna od "činjenica u vezi s individualnim kažnjivim ponašanjem optuženog", kao što pominje na stranici 17 svoje presude na engleskom jeziku.

8. Konačno, kada je Pretresno vijeće okvalifikovalo premlaćivanja u osnovi krivičnog djela mučenja kao djelo koje ima "sva svojstva *de facto* pokušaja ubistva", smatram da je time pokazalo da je prihvatilo postojanje namjere ubistva.

9. Mislim da nije bilo ispravno što je Žalbeno vijeće zauzelo stav da nema "pokazatelja" da je Pretresno vijeće zaključilo da je postojala namjera ubistva; takav stav nije ni razuman niti opravdan. Međutim, budući da Žalbeno vijeće nije mišljenja da ta greška pripisana Pretresnom vijeću utiče na ishod žalbe, tu tačku neću dalje razmatrati.

Minimum služenja kazne

10. U paragrafu 97 svoje presude "Žalbeno vijeće smatra da će se smanjenje kazne odobriti" zato što "smatra da je Pretresno vijeće mehanički – da ne kažemo matematički – otvorilo put mogućnosti prijevremenog puštanja na slobodu", pozivajući se na izjavu Pretresnog vijeća iz paragrafa 282 Prvostepene presude, u kojem se konstatuje da se minimalno vrijeme u zatvoru mora

odslužiti "prije puštanja na slobodu i reintegracije". Odobreno je da se prvobitna kazna od 23 godine smanji za tri godine, a minimalno vrijeme koje se mora provesti u zatvoru je prošlo.

11. U paragrafu 282 presude Pretresnog vijeća (na koji se pozivam) piše sljedeće:

Pretresno vijeće je svjesno činjenice da iz perspektive ljudskih prava svaki optuženi, nakon što je odslužio nužni dio kazne, mora imati mogućnost da se reintegrira u društvo ako više ne predstavlja opasnost za društvo i ako ne postoji rizik da će ponoviti počinjena krivična djela.² Međutim, prije puštanja na slobodu i reintegracije mora biti doista odslužen barem onaj dio zatvorske kazne koji je preporučio tužilac. I kao zaključak, Pretresno vijeće konstatuje da je kazna iznesena u dispozitivu koji slijedi odgovarajuća i srazmjerna.

12. Usredsredit ću se na drugu rečenicu koja govori o uslovu da "prije puštanja na slobodu i reintegracije mora biti doista odslužen barem onaj dio zatvorske kazne koji je preporučio tužilac". Bit će korisno da se u pogledu pomenutih pitanja obrati pažnja na neka preliminarna razmatranja.

13. Prvo, druga rečenica iz paragrafa 282 presude Pretresnog vijeća (koja se pojavljuje dva paragrafa prije dispozitiva presude) ne ponavlja se u dispozitivu. Moje mišljenje je da se ta rečenica zbog toga ni na koji način ne izuzima iz naloga Pretresnog vijeća. Pitanje je da li je namjera Pretresnog vijeća bila da se to treba poštivati. Očito jest. Žalbeno vijeće ispravno je shvatilo to pitanje.

14. Drugo, može se reći da način na koji je ta rečenica formulisana pokazuje da je ona opominjuća ili da iskazuje očekivanje ili nadu, a ne da predstavlja nalog. U Presudi o kazni u predmetu *Tadić*³ Pretresno vijeće presudilo je sljedeće:

Pretresno vijeće preporučuje da se, sem u slučaju izuzetnih okolnosti, kazna izrečena Dušku Tadiću ne može preinačiti ili na drugi način smanjiti na kaznu zatvora manju od deset godina od dana izricanja ove Presude o kazni ili konačnog rješenja po svakoj žalbi, zavisno od toga koji postupak bude zadnji (sic).

² BVerfGE 45, 187 (245).

³ Predmet br. IT-94-I-T od 14. jula 1997., par. 76.

15. U žalbenom postupku, Žalbeno vijeće je tu preporuku tumačilo kao nalog Pretresnog vijeća.⁴ Istina, taj odlomak dio je dijela pod nazivom "Kazne". Međutim, poenta je u tome da sama činjenica da se radilo o preporuci nije bila prepreka da ona bude uvrštena u taj dio.

16. Treće, dio zatvorske kazne koji se pominje u drugoj rečenici paragrafa 282 presude Pretresnog vijeća u ovom predmetu (koji mora biti doista odslužen u zatvoru prije puštanja na slobodu) pominje se u paragrafu 95 presude Žalbenog vijeća kao "minimalno vrijeme koje [optuženi] mora odslužiti u zatvoru". Skraćeni izraz "minimum služenja kazne" koristilo je, ustvari, Žalbeno vijeće u paragrafu 32 u Presudi o žalbi na kaznu u predmetu Tadić;⁵ ja na sličan način koristim taj izraz u ovom mišljenju.

17. Četvrto, prilikom primjene ovlašćenja za izricanje minimalne zatvorske kazne treba biti obazriv, ali mogućnost korišćenja tog ovlašćenja je nesumnjivo data.⁶ Poznato je da postoji i drugdje.⁷ Uz dužno poštovanje, slažem se s izjavom iz paragrafa 95 presude Žalbenog vijeća da "Pretresno vijeće može da odredi minimalno vrijeme koje, prema njegovom mišljenju, optuženi mora odslužiti u zatvoru".

18. Peto, takođe se slažem s konstatacijom, kao što se pominje u paragrafu 96 presude Žalbenog vijeća, da prilikom izricanja minimalne kazne u trajanju od 15 godina Pretresno vijeće nije samo postupilo prema preporuci optužbe, već je i samo smatralo da je to odgovarajuće vrijeme koje žalilac zaista treba da provede u zatvoru.

19. Sada želim razmotriti glavno pitanje. Mislim da Žalbeno vijeće svoj stav "da će se smanjenje kazne odobriti" zasniva na sljedećim dvjema pretpostavkama:

(i) Odluka Pretresnog vijeća da se minimalno vrijeme u zatvoru mora odslužiti prije "puštanja na slobodu" kosi se s članom 28 Statuta shodno kojem predsjednik može da odobri prijevremeno puštanje na slobodu čak i prije isticanja minimalne vremenske kazne.

⁴ Predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis od 26. januara 2000., par. 6, 27-32.

⁵ Predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis od 26. januara 2000.

⁶ Vidi Presudu o kazni u predmetu Tadić, predmet br. IT-94-1-T, od 14. jula 1997., par. 76, u predmetu Kordić, predmet br. IT-95-14/2-T, od 26. februara 2001., par. 850, i Presudu o žalbi na kaznu u predmetu Tadić, predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, od 26. januara 2000., par. 28.

⁷ Vidi, na primjer, dio 269 269 Criminal Justice Act 2003. (UK) i Dopunu br. 8 Consolidated Criminal Practice Direction, [2004] ALL ER (D) 552 (juli).

(ii) Kazna od 23 godine zatvora vještački je određena kako bi se stvorio period od 15 godina nakon primjene opšteg pravila u vezi s prijevremenim puštanjem na slobodu.

20. Te pretpostavke će se razmotriti u daljnjem tekstu.

(i) "Prije puštanja na slobodu"

21. Navod da je opšta praksa Međunarodnog suda takva da se prijevremeno puštanje na slobodu odobrava nakon što se izdrže dvije trećine kazne proizlazi iz fusnote 208 presude Žalbenog vijeća, u kojoj se citira odluka predsjednika u predmetu *Miroslav Tadić*⁸ radi potkrepe pretpostavke da –

[p]odobnost za pomilovanje ili ublažavanje kazne u državama u kojima se kazna izvršava obično "započinje u trenutku kada su izdržane dvije trećine kazne". U praksi Međunarodnog suda dosljedno se provodi ovaj kriterij prilikom utvrđivanja podobnosti lica zatvorenih u PJUN-u za pomilovanje ili ublažavanje kazne.

22. Međutim, Žalbena vijeće tačno ističe da je opšta praksa podložna promjenama do kojih dolazi uslijed uticaja raznih promjenjivih faktora. Ovisno o okolnostima, shodno članu 28 Statuta, predsjednik može da odobri prijevremeno puštanje na slobodu koje može stupiti na snagu od trenutka koji prethodi isteku minimuma služenja kazne. Bilo bi stoga poteškoća ako bi minimum služenja kazne izrečene u ovom predmetu značilo da predsjednik to ne može da uradi.

23. Predsjednikovo ovlašćenje da odobri prijevremeno puštanje na slobodu dragocjeno je; zahtijevaju ga interesi pravde. Ja pak, s dužnim poštovanjem, smatram da ga Pretresno vijeće, koje određuje da optuženi treba da odsluži minimalno vrijeme u zatvoru "prije puštanja na slobodu", ne osporava.

24. Minimum služenja kazne predstavlja *minimalan* period koji optuženi zaista mora provesti u zatvoru. Nužna i suštinska namjera jest da se on odsluži "prije puštanja na slobodu". Da Pretresno vijeće i nije upotrijebilo te riječi prilikom izricanja minimuma služenja kazne zatvora, ta namjera je implicirana. Svejedno je da li su konkretne riječi upotrijebljene ili ne. Dakle, ako se u ovom slučaju minimum služenja kazne poništava zbog upotrebe tih riječi, stvarno ovlašćenje da se odredi minimum služenja kazne ne može se utvrditi ni u jednom slučaju. Međutim, u svojoj presudi

Žalbeno vijeće ispravno prihvata da ovlaštenje da se izrekne minimalno vrijeme postoji. Stoga ne stoji da je pravna neosnovanost rezultat same upotrebe riječi "prije puštanja na slobodu".

25. Kako da se onda izrečeni minimum služenja kazne "prije puštanja na slobodu" uskladi s ovlaštenjem predsjednika da odobrava puštanje na slobodu prije isticanja tog minimalnog vremena? Predlažem da se to uradi na sljedeći način:

26. Odredbe člana 28 Statuta mogu da se primijene nakon izricanja kazne; na kaznu utiče primjena tih odredaba. Minimum služenja kazne integralni je dio kazne. Neovisno o tome šta se u kazni navodi, odredbe tog člana se primjenjuju – primjenjuju se neovisno o tome da li kazna treba tek da počne teći na uobičajeni način ili tek treba da počne teći bilo koji minimum služenja kazne. Dakle, predsjednik može da odobri prijevremeno puštanje na slobodu čak i prije isticanja minimalnog vremena neovisno o tome da li je Pretresno vijeće navelo da se on mora odslužiti "prije puštanja na slobodu".

27. Činjenica da kasnije donijeta odluka predsjednika da odobri prijevremeno puštanje na slobodu može poništiti neki element naloga koji se odnosi na minimum služenja kazne ne znači da je njegovo prvobitno uvrštavanje u nalog bilo pogrešno. Nalog Pretresnog vijeća po zakonu treba tumačiti kao da obuhvata riječi "shodno članu 28 Statuta". Ustvari, minimalno vrijeme "prije puštanja na slobodu" treba odslužiti jedino u onim slučajevima u kojima predsjednik ne odobri prijevremeno puštanje na slobodu. U drugim slučajevima, minimalno vrijeme u potpunosti bi se izdržavalo – što bi se i moglo dogoditi, bez obzira na to što do sada nije bilo poteškoća u tom smislu.

28. Kao što je gore pomenuto, u paragrafu 76 Presude o kazni u predmetu *Tadić*⁹ izričito se navodi da se kazna optuženog "ne može preinačiti ili na drugi način smanjiti na kaznu zatvora manju od deset godina...". Ovdje je jasno riječ o ovlaštenju predsjednika da odobri prijevremeno puštanje na slobodu u skladu s članom 28 Statuta. Uprkos tome, Žalbeno vijeće je pošlo od pretpostavke da je nalog Pretresnog vijeća tačan; u najmanju ruku, ta tačka se nije osporavala u žalbi.¹⁰

⁸ *Tužilac protiv Miroslava Tadića*, predmet br. IT-95-9, Odluka predsjednika po molbi Miroslava Tadića za pomilovanje ili ublažavanje kazne, 24. juni 2004, par. 4.

⁹ Predmet br. IT-94-I-T, 14. juli 1997., par. 76.

¹⁰ Predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-*Abis*, 26. januar 2000., par. 24.

29. Vraćam se na činjenicu da je smisao presude Žalbenog vijeća ukidanje starog minimuma služenja kazne. Mimo pitanja u vezi sa zahtjevom Pretresnog vijeća da se minimum kazne odsluži "prije puštanja na slobodu", Žalbeno vijeće nije dovodilo u pitanje ispravnost minimalnog služenja kazne. Sporna je bila ispravnost kazne od 23 godine. Stoga mi se čini da je u pogledu stava koji je zauzelo Žalbeno vijeće ispravno zadržati minimum služenja kazne, bez iritirajućeg pozivanja na obavezu da se on odsluži "prije puštanja na slobodu...".

30. Takođe, iako je stari minimum služenja kazne ukinut, nije uspostavljen novi minimum služenja kazne, a razlozi za to nisu poznati. Rješenje kojem se pribjeglo karakterizira zaobilaženje problema usklađivanja minimuma služenja kazne s ovlašćenjem predsjednika da odobri prijevremeno puštanje na slobodu. Nisam siguran da li je dotični problem doveo do takvog rješenja. Međutim, jasno je sljedeće: ako se slično rješenje usvoji u svim predmetima, potvrda da Pretresno vijeće ima pravo da odredi minimum služenja kazne neće imati nikakvu vrijednost, kao što je to ovdje potvrdilo Žalbeno vijeće.

(ii) Predloženi mehanički ili matematički pristup za izračunavanje kazne

31. Mišljenja sam da se zaključak Žalbenog vijeća o pravnoj neosnovanosti kazne zasniva i na stavu da je Pretresno vijeće prvo odredilo da stvarno vrijeme provedeno u zatvoru bude 15 godina, a zatim je produžilo period i odredilo kaznu od 23 godine, na osnovu čega, nakon primjene pravila o dvije trećine vremena, stvarno vrijeme koje će se provesti u zatvoru ostaje 15 godina. Takvo rješenje neprihvatljivo je zato što je vještačko. Međutim, nisam uvjeren da je to postupak koji je usvojilo Pretresno vijeće.

32. Pri utvrđivanju kazne Pretresno vijeće se oslonilo na standardne faktore odmjeravanja kazne, koji obuhvataju težinu krivičnog djela, otežavajuće i olakšavajuće faktore. U svojoj presudi Vijeće je u paragrafima od 120 do 174 poglavlja VII raspravljalo o "Pravnim okvirima izricanja kazne", u paragrafima od 175 do 274 poglavlja VIII o "Faktorima u vezi s individualnom odgovornošću", a o "Odmjeravanju kazne" u paragrafima od 275 do 284 poglavlja IX. Dakle, razmatranju faktora za odmjeravanje kazne posvećeno je oko 160 paragrafa. U paragrafu 214 svoje presude Pretresno vijeće donijelo je provizoran zaključak i navelo sljedeće:

U zaključku, ako uzme u obzir samo težinu zločina i sve prihvaćene otežavajuće okolnosti, Pretresno vijeće zaključuje da se ne bi mogla izreći nijedna druga kazna osim kazne zatvora

u trajanju do kraja optuženikovog života. Međutim, postoje i olakšavajuće okolnosti koje će Pretresno vijeće sada razmotriti.

33. Olakšavajuće okolnosti su zatim krajnje savjesno proučene u paragrafima od 215 do 274 presude Pretresnog vijeća, a u posljednjem od pomenutih paragrafa Pretresno vijeće je izjavilo sljedeće:

Nakon što je razmotrilo sve gorepomenute olakšavajuće okolnosti, pri čemu je posebnu važnost pridalo faktorima poput potvrdnog izjašnjavanja o krivici, izražavanja kajanja, doprinosa pomirenju i objelodanjivanja dodatnih informacija tužiocu, Pretresno vijeće je uvjerenom da je opravdano znatno ublaženje kazne.

34. Smatram da svrha ovog sveobuhvatnog i pažljivog pristupa nije bila da se on primijeni samo na utvrđivanje minimuma služenja kazne; on se očigledno odnosio na utvrđivanje cjelokupne kazne. Pretresno vijeće je na ovakav pedantan način ustanovilo kaznu od 23 godine i konkretno izjavilo da je "kazna iznesena u dispozitivu koji slijedi odgovarajuća i srazmjerna".¹¹ Ničim se ne sugeriše da je Pretresno vijeće u bilo kojem trenutku pomišljalo da prihvati mehanički ili matematički pristup izračunavanju kazne.

35. Istina, kada se primijeni pravilo o dvije trećine vremena, iz kazne od 23 godine proizlazi da je minimum služenja kazne 15 godina. Međutim, materijali kojima raspolaže Žalbeno vijeće naizgled ne upućuju na to da postoji realna osnova – ma kako ova pretpostavka bila privlačna - za zaključak da je Pretresno vijeće obračun obavilo obrnutim redoslijedom, to jest, da je prvo odredilo minimum služenja kazne od 15 godina, a zatim na vještački način nastavilo obračun i, na osnovu pravila o dvije trećine vremena, stiglo do kazne od 23 godine.

36. Suprotna pretpostavka proizlazi iz iscrpne analize koju je Pretresno vijeće provelo u pogledu uobičajenih razmatranja na osnovu kojih se utvrđuje kazna. Materijal se poklapa sa stavom da je Pretresno vijeće na osnovu te analize odlučilo da je kazna od 23 godine primjerena; te da je zatim, primijenivši pravilo o dvije trećine vremena, stiglo do brojke od 15 godina i odredilo da to bude vanjski okvir onoga što je smatralo da treba da bude minimum služenja kazne. Smatram da to nije

¹¹ Presuda o kazni, predmet br. IT-94-2-S, 18. decembar 2003., par. 282.

ni u kom pogledu pogrešno: kao što se gore navodi, nalog Pretresnog vijeća ne sprečava predsjednika da odobri prijevremeno puštanje na slobodu čak i prije isticanja minimuma služenja kazne.

37. U dosadašnjem razmatranju pretpostavlja se da minimum služenja kazne nije uticao na Pretresno vijeće da utvrdi zatvorsku kaznu od 23 godine. Međutim, pretpostavimo da je to pogrešno i da je Pretresno vijeće prilikom utvrđivanja kazne od 23 godine uistinu uzelo u obzir minimum služenja kazne. Još uvijek mi se čini da je to daleko od tvrdnje da je Pretresno vijeće prvo odredilo taj minimum, a zatim vještačkim putem utvrdilo kaznu kako bi se minimum služenja kazne odredio na osnovu pravila o dvije trećine vremena. To je pretpostavka na kojoj se temelji presuda Žalbenog vijeća; nema osnova za nju.

Zaključak

38. Iz tih razloga, nažalost, ne mogu da prihvatim da postoji bilo kakav osnov za smanjenje kazne. Međutim, u drugim pogledima podržavam presudu Žalbenog vijeća.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, pri čemu je mjerodavan engleski tekst.

/potpis na originalu/

Mohamed Shahabuddeen

Potpisano 2. februara 2005.
i izdato 4. februara 2005.
U Haagu,
Nizozemska.

[pečat Međunarodnog suda]

XI. GLOSAR

A. Spisak citiranih sudskih odluka

1. MKSJ

ALEKSOVSKI

Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog, predmet br. IT-95-14/1-A, Presuda, 24. mart 2000. (Drugostepena presuda u predmetu *Aleksovski*)

BANOVIĆ

Tužilac protiv Predraga Banovića, predmet br. IT-02-65/1-S, Presuda o kazni, 28. oktobar 2003. (Presuda o kazni u predmetu *Banović*)

BLAŠKIĆ

Tužilac protiv Tihomira Blaškića, predmet IT-95-14-A, Presuda, 29. juli 2004. (Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*)

“ČELEBIĆI” (A)

Tužilac protiv Zejnula Delalića, Zdravka Mucića, zvanog “Pavo”, Hazima Delića i Esada Landže, zvanog “Zenga”, predmet br. IT-96-21-A, Presuda, 20. februar 2001. (Drugostepena presuda u predmetu *Čelebići*)

“ČELEBIĆI” (B)

Tužilac protiv Zdravka Mucića, Hazima Delića i Esada Landže, predmet br. IT-96-21-A, Presuda po žalbi na kaznu, 8. april 2003. (Presuda po žalbi na kaznu u predmetu *Mucić i drugi*)

ERDEMOVIĆ

Tužilac protiv Dražena Erdemovića, predmet br. IT-96-22-A, Presuda, 7. oktobar 1997. (Drugostepena presuda u predmetu *Erdemović*)

Tužilac protiv Dražena Erdemovića, predmet IT-96-22-T *bis*, Presuda o kazni, 5. mart 1998. (Presuda o kazni u predmetu *Erdemović* iz 1998.)

FURUNDŽIJA

Tužilac protiv Ante Furundžije, predmet br. IT-95-17/1-A, Presuda, 21. juli 2000. (Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*).

JELISIĆ

Tužilac protiv Gorana Jelisića, predmet br. IT-95-10-A, Presuda, 5. juli 2001. (Drugostepena presuda u predmetu *Jelisić*).

JOKIĆ

Tužilac protiv Miodraga Jokića, predmet br. IT-01-42/1-S, Presuda o kazni, 18. mart 2004. (Presuda o kazni u predmetu *Jokić*)

KORDIĆ

Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza, predmet br. IT-95-14/2-A, Presuda, 17. decembar 2004. (Drugostepena presuda u predmetu *Kordić*)

KRSTIĆ

Tužilac protiv Radislava Krstića, predmet br. IT-98-33-A, Presuda, 19. april 2004. (Drugostepena presuda u predmetu *Krstić*)

Z. KUPREŠKIĆ, M. KUPREŠKIĆ, V. KUPREŠKIĆ, JOSIPOVIĆ, (PAPIĆ) I ŠANTIĆ

Tužilac protiv Zorana Kupreškića, Mirjana Kupreškića, Vlatka Kupreškića, Drage Josipovića, Dragana Papića i Vladimira Šantića, zvanog Vlado, predmet br. IT-95-16-T, Presuda, 14. januar 2000. (Prvostepena presuda u predmetu *Kupreškić i drugi*).

M. NIKOLIĆ

Tužilac protiv Momira Nikolića, predmet br. IT-02-60/1-S, Presuda o kazni, 2. decembar 2003. (Presuda o kazni u predmetu *Momir Nikolić*).

OBRENOVIĆ

Tužilac protiv Dragana Obrenovića, predmet br. IT-02-60/2-S, Presuda o kazni, 10. decembar 2003. (Presuda o kazni u predmetu *Obrenović*).

PLAVŠIĆ

Tužilac protiv Biljane Plavšić, predmet br. IT-00-39&40/1-S, Presuda o kazni, 27. februar 2003. (Presuda o kazni u predmetu *Plavšić*).

SIKIRICA, DOŠEN I KOLUNDŽIJA

Tužilac protiv Duška Sikirice, Damira Došena, Dragana Kolundžije, predmet br. IT-95-8-S, Presuda o kazni, 13. novembar 2001. (Presuda o kazni u predmetu *Sikirica i drugi*).

M. SIMIĆ

Tužilac protiv Milana Simića, predmet br. IT-95-9/2-S, Presuda o kazni, 17. oktobar 2002. (Presuda o kazni u predmetu *Simić*).

STAKIĆ

Tužilac protiv Milomira Stakića, predmet br. IT-97-24-T, Presuda, 31. juli 2003. (Prvostepena presuda u predmetu *Stakić*).

D. TADIĆ

Tužilac protiv Duška Tadića, predmet br. IT-94-1-A, Presuda, 15. juli 1999. (Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*)

Tužilac protiv Duška Tadića, predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, Presuda o žalbi na kaznu, 26. januar 2000. (Presuda o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić*).

TODOROVIĆ

Tužilac protiv Stevana Todorovića, predmet br. IT-95-9/1-S, Presuda o kazni, 31. juli 2001. (Presuda o kazni u predmetu *Todorović*).

VASILJEVIĆ

Tužilac protiv Mitra Vasiljevića, predmet br. IT-98-32-T, Presuda, 29. novembar 2002. (Prvostepena presuda u predmetu *Vasiljević*).

Tužilac protiv Mitra Vasiljevića, predmet br. IT-98-32-A, Presuda, 25. februar 2004. (Drugostepena presuda u predmetu *Vasiljević*).

2. MKSR

AKAYESU

Tužilac protiv Jean-Paula Akayesua, predmet br. ICTR-96-4-A, Presuda, 1. juni 2001. (Drugostepena presuda u predmetu *Akayesu*)

KAYISHEMA AND RUZINDANA

Tužilac protiv Clémenta Kayisheme i Obeda Ruzindane, predmet br. ICTR-95-1-A, Presuda (Obrazloženje), 1. juni 2001. (Drugostepena presuda u predmetu *Kayishema i Ruzindana*)

MUSEMA

Tužilac protiv Alfreda Museme, predmet br. ICTR-96-13-A, Presuda, 16. novembar 2001. (Drugostepena presuda u predmetu *Musema*)

NIYITEGEKA

Tužilac protiv Eliezera Niyitegeke, predmet br. ICTR-96-14-A, Presuda, 9. juli 2004. (Drugostepena presuda u predmetu *Niyitegeka*)

RUGGIU

Tužilac protiv Georgesa Ruggiua, predmet br. ICTR-97-32-I, Presuda i kazna, 1. juni 2000. (Presuda i kazna u predmetu *Ruggiu*)

RUTAGANDA

Tužilac protiv Georgesa Rutagande, predmet br. ICTR-96-3-A, Presuda, 26. maj 2003. (Drugostepena presuda u predmetu *Rutaganda*)

SERUSHAGO

Tužilac protiv Omara Serushaga, predmet br. ICTR-98-39-S, Presuda o kazni, 5. februar 1999. (Presuda o kazni u predmetu *Serushago*).

Tužilac protiv Omara Serushaga, predmet br. ICTR-98-39-A, Obrazloženje presude [Žalba na presudu o kazni], 6. april 2000. (Presuda po žalbi na kaznu u predmetu *Serushago*).

3. Druge odluke

BVerfG, BVerfGE 45, 187 (245, 255F).

R. V. ARKELL

R. v. Arkell, [1990.] 2 S.C.R. 695

R. V. MARTINEAU

R. v. Martineau, [1990.] 2 S.C.R. 633

B. Spisak skraćenica

U skladu s pravilom 2(B) Pravilnika o postupku i dokazima, muški rod obuhvata ženski, a jednina množinu i obratno.

ACHR	American Convention of Human Rights /Američka konvencija o ljudskim pravima/ od 22. novembra 1969.
AT	Transkript pretresa pred Žalbenim vijećem održanih u ovom predmetu. Svi navedeni brojevi stranica transkripta uzeti su iz neslužbene, neispravljene verzije transkripta, ako nije drugačije navedeno. Mogu se, dakle, pojaviti manje razlike između paginacije te verzije i paginacije konačnog, objavljenog, transkripta. Žalbeno vijeće prihvata odgovornost za ispravke ili pogreške u tim transkriptima. U slučaju sumnje treba ponovno pogledati video zapis pretresa.
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung /odluke Saveznog ustavnog suda Njemačke/ <dostupno na internet stranici: http://www.bverfg.de >
ECHR	European Convention on Human Rights /Evropska konvencija o ljudskim pravima/
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights /Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima/, usvojen od strane Generalne skupštine UN 16. decembra 1966. Stupio na snagu 23. marta 1976.
<i>inter alia</i>	Između ostalog
JNA	Jugoslovenska narodna armija (VOJSKA Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije)
Međunarodni sud	Vidi: MKSJ
MKSJ	Međunarodni sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991.
MKSR	Međunarodni krivični sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za genocid i druga teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji Ruande i državljana Ruande odgovornih za genocid i druga takva kršenja počinjena na teritorijama susjednih država od 1. januara 1994. do 31. decembra 1994.
načelo <i>lex mitior</i>	Načelo prema kojem optuženi ima pravo da se na njega primijeni najblaža kazna u slučajevima da u periodu između počinjenja krivičnog djela i dana odmjerenja kazne dođe do promjena u zakonu

Odbrana	Optuženi i/ili branilac optuženog
Optužnica	Treća izmijenjena optužnica u ovom predmetu od 31. oktobra 2003.
par.	paragraf, paragrafi
PJUN	Pritvorska jedinica Ujedinjenih nacija za osobe koje čekaju suđenje ili žalbeni postupak pred MKSJ-om
Pravilnik	Pravilnik o postupku i dokazima MKSJ-a
Savezni krivični zakon iz 1976./1977.	Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije usvojen 28. septembra 1976. i stupio na snagu 1. jula 1977.
Statut	Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, osnovanog Rezolucijom br. 827 Savjeta bezbjednosti (1993.)
str.	stranica, stranice
T.	Stranice transkripta pretresa pred Pretresnim vijećem. Svi navedeni brojevi stranica transkripta uzeti su iz neslužbene, neispravljene verzije transkripta, ako nije drugačije navedeno. Mogu se, dakle, pojaviti manje razlike između paginacije te verzije i paginacije konačnog, objavljenog, transkripta. Žalbeno vijeće prihvata odgovornost za ispravke ili pogreške u tim transkriptima. U slučaju sumnje treba ponovno pogledati video zapis pretresa.
Tužilaštvo	Tužilaštvo Međunarodnog suda