

APELACIONI SUD

Br. predmeta: PAKR 271/13

Datum: 30. 01. 2014.

APELACIONI SUD KOSOVA, u veću koje čine EULEX-ov sudija Hajnalka Veronika Karpati, kao predsedavajući i sudija izvestilac, EULEX-ov sudija Timo Vuojolahti i sudija Rasim Rasimi, kao članovi veća, uz učestvovanje Anne Malmström, EULEX-ovog pravnog referenta, koja pomaže kao referent izvestilac, u krivičnom predmetu protiv

E.K i S.B, koji su u prvostepenom postupku oslobođeni optužbi za krivično delo **ratni zločin protiv civilnog stanovništva**, prema članovima 22 i 142 Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (KZSFRJ), sada sankcionisano članovima 31 i 153, stavovi 2.1 i 2.14 Krivičnog zakona Republike Kosovo (KZRK), u vezi sa članom 3 zajedničkom ženevskim konvencijama od 12. avgusta 1949. (zajednički član 3) i članom 13.2 Protokola II od 8. juna 1977., pridodatim ženevskim konvencijama iz 1949. (dodatni protokol II);

M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K, prvostepeno su oslobođeni optužbi za krivično delo **Pružanje pomoći izvršiocima nakon počinjenih krivičnih dela**, prema članu 305, stav 2 Krivičnog zakona Kosova iz 2004., sada sankcionisano članovima (1) i (2) KZRK;

rešavajući po žalbi posebnog tužioca Republike Kosovo podnesenoj 28. maja 2013. Protiv presude osnovnog suda u Prizrenu br P 249/12 od 1. februara 2013.;

nakon što je razmotrilo odgovore na žalbu branioca Osmana Zajmija, zastupnika **M.H.1** i branioca Brahima Sope, zastupnika **M.H.2**, koji su podneseni 4. juna 2013. i branioca Hajripa Krasniqija, zastupnika **N.H**, podnesenog 5. juna 2013.;

kao odgovor apelacionog tužioca u Državnom tužilaštvu, br. PPA/I.-KTŽ 236/12 od 26. avgusta. 2013., koji je podnesen istog dana;

nakon što je održalo javnu sednicu 30. januara 2014., na koju su uredno pozvane sve stranke, u prisutnosti okrivljenih **E.K i S.B**, državnog tužioca Claudia Pale, oštećene stranke **D.B** i njenog pravnog zastupnika Vladimira Mojsilovića;

nakon većanja i glasanja 30. januara 2014.,
prema članu 420 i prema Zakona o krivičnom postupku Kosova (KZKP)
donosi sledeću

PRESUDU

I. Žalba Posebnog tužilaštva podnesena 28. 05. 2013 protiv presude Osnovnog suda u Prizrenu br. P 249/12 od 1. 02. 2013., ovime se usvaja.

II. Presuda Osnovnog suda u Prizrenu br. P 249/13 od 29.03.2012. ovime se MODIFIKUJE, sledećim dispozitivom:

Okrivljeni **E.K** rođen XX. 19XX u (/), sin K, državljanin Kosova, s prebivalištem u , završio srednju školu, u pritvoru od 14. decembra 2010 do 2. avgusta 2011. i;

Okrivljeni **S.B**, rođen XX. 19XX. u selu (/), sin M, državljanin Kosova, sa prebivalištem u , u pritvoru od 18. aprila 2012. do 1. februara 2013.;

Oglašavaju se

KRIVIMA

zato što su u noći 17. jula i rano ujutro 18. jula 1998., u svom svojstvu pripadnika oslobodilačke vojske Kosova (OVK), u saizvršilaštvo sa drugima za sada neidentifikovanim vojnicima OVK, primenili mere zastrašivanja i terora protiv srpskog civilnog stanovništva u tako što su učestvovali u namernom oružanom napadu na srpska domaćinstva u tom selu. Napad je izveden višesatnim pucanjem iz pušaka tokom noći na kuću porodice **B**, u kojoj se bilo okupilo 15 seljana srpske nacionalnosti.

Iz gore navedenih razloga okrivljeni **E.K** i **S.B** počinili su u saizvršilaštvu krivično delo **ratni zločin protiv civilnog stanovništva**, iz članova 22 i 142 Krivičnog zakona Socijalističke Federatve Republike Jugoslavije (KZSFRJ), sada sankcionisano članovima 31 i 153, stavovi 2.1 i 2.14 Krivičnog zakona Republike Kosovo, u vezi sa članom 3 zajedničkom ženevskim konvencijama od 12. avgusta 1949. (zajednički član 3) i članom 13.2 Protokola II od 8. juna 1977., pridodatom ženevskim konvencijama iz 1949. (dodatni protokol II);

Okrivljeni **E.K** i **S.B** **osuđuju se** na pet (5) godina zatvora, prema članu 38, stav 1 i članu 142 KZSFRJ.

Vreme koje je **E.K** proveo u sudskom pritvoru, od 14. decembra 2010. do 2. avgusta 2011. a **S.B** od 18. aprila 2012. do 1. februara 2013. Bytyqi, biće uračunato u kaznu prema členu 50, stavovi 1 i 3 KZSRJ.

Okrivljeni **M.H.1**, rođen XX. 19XX. u selu , sin H i Q, državljanin Kosova, s prebivalištem u selu , završio osnovnu školu, radi kao stolar;

okrivljeni **M.H.2**, rođen XX. 19Xx. u selu , sin H i Q, državljanin Kosova, s prebivalištem u selu , završio srednju školu, radi kao stolar;

okrivljeni **N.H**, rođen XX. 19XX. u selu , sin A i F, državljanin Kosova, s prebivalištem u selu , završio osnovnu školu, vlasnik kafića;

okrivljeni **N.B**, rođen XX. 19XX. u selu , sin B i F, državljanin Kosova, s prebivalištem u selu , diplomirani ekonomist, i;

okrivljeni **J.K**, rođen X. 19XX. u , sin M i Q, državljanin Kosova, s prebivalištem u ;

oglašavaju se

KRIVIMA

Zato što su pomogli **E.K** (koji je pod istragom za krivično delo ratni zločin protiv civilnog stanovništva) da izbegne odgovornost, tako što su lažno svedočili kako bi potvrdili alibi **E.K**, tačnije kada su saslušavani u svojstvu svedoka od strane policajca EULEX-ove jedinice za ratne zločine u selu 23. februara 2011. (**M.H.1** i **M.H.2**), i 3. marta 2011. (**N.H** i **N.B**) i 8. marta 2011. (**J.K**), lažnu su povedočili da je **E.K** bio ranjen početkom jula 1998. Na taj način pomogli su **E.K** nakon što je ovaj počinio krivično delo za koje je oglašen krivim.

Time su **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** počinili krivično delo **pružanje pomoći izvršiocima krivičnog dela**, prema članu 305, stav 2 Krivičnog zakona Kosova iz 2004. (KZK), što je sada sankcionisano članom 388 Krivičnog zakona Republike Kosovo.

M.H.1, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** svi se **osuđuju**, prema članu 36, stav 1, članu 38, stavovi 1 i 2 i članu 305, stav 2 KZK na šest (6) meseci zatvora.

Na osnovu člana 41, stav 1, tačka 1 i članu 43, stavovi 1 i 2 KZK, kazne se izriču uslovno na rok od jedne (1) godine.

Sva osuđena lica – svi za jednoga i jedan za sve – treba da podmire troškove krivičnog postupka prema članu 102, stav 1 i članu 105 Zakona o krivičnom postupku Kosova (KZKP), sem troškova tumačenja i prevođenja, kao i troškova hapšenja i privođenja **E.K** i **S.B.** **E.K** i **S.B** treba da plate i troškove svog hapšenje i privođenja. Sud će da donese posebno rešenje o visini troškova kada oni budu poznati, prema članu 100, stav 2 KZKP.

OBRAZLOŽENJE

I. Razvoj postupka

1. Dana 30. marta 2011., posebni tužilac podneo je Okružnom sudu u Prizrenu optužnicu PPS br. 75/2010 protiv okrivljenih **E.K** i **H.M** kojom su optuženi za krivično delo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva u 17. i 18. jula 1998. i protiv okrivljenih **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** za krivično delo pružanja pomoći izvršiocima nakon počinjenog krivičnog dela. Optužba je potvrđena rešenjem KA. br. 76/11 od 29. aprila 2011.

2. Prvo suđenje počelo je 28. juna 2011. pred većem Okružnog suda u Prizrenu. Dana 2 avgusta 2011. to veće je donelo presudu P 134/11 kojom je **E.K** oglašen krivim i osuđen na pet (5) godina zatvora, **H.M** je oslobođen a **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** su oglašeni krivima i osuđeni na šest (6) meseci zatvora, uslovno na jednu (1) godinu.

3. Dana 31. maja 2012. posebni tužilac podneo je Okružnom sudu u Prizrenu optužnicu PPS br. 75/2010 protiv **S.B**, kojom ga optužuje za krivično delo ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Optužnica je potvrđena rešenjem KA 97/12 30. maja 2012.

4. Dana 4. septembra 2012. Vrhovni sud Kosova, rešavajući o žalbama branioca **E.K** i **N.H**, doneo je rešenje Ap-Kz 20/2012 kojim se presuda Okružnog suda u Prizrenu br. P 134/11, sem dela koji se odnosi na oslobađanje krivice **H.M**, a koje nije bilo predmet žalbi, poništava i predmet se vraća na ponovno suđenje na prvostepeni sud.

5. Dana 7. novembra 2012. Sudsko veće Okružnog suda u Prizrenu rešilo je na predlog posebnog tužioca da spoji krivične postupke da se krivični postupci protiv **E.K**, **M.H.2**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B**, **J.K** spoje sa krivičnim postupkom protiv protiv **S.B**, u predmetu br. P 249/12.

6. Glavni pretres počeo je u Osnovnom sudu u Prizrenu 30. novembra 2012. a završen je 29. januara 2013. Presuda, kojoj je sudsko veće oglasilo sve okrivljene nevinima, oglašena je 1. februara 2013.

7. Dana 28. maja 2013., u zakonskom roku, posebni tužilac je podneo žalbu. Odgovore na žalbu podneli su branioci: Osman Zajmi u ime **M.H.1** i Brahim Sopa u ime **M.H.2** 4. juna 2013. a Hajrip Krasniqi u ime **N.H** 5. juna 2013. Mišljenje apelacionog tužioca podneseno je 26. avgusta 2013.

II. Podnesci stranaka

1. Žalba posebnog tužioca

8. Posebni tužilac osporava žalbenu presudu na osnovu pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. On navodi da smatra da je obrazloženje dotičnog suda nelogično. Sud je zaključio da je van svake razumne sumnje dokazano da su **E.K** i **S.B** bili prisutni, naoružani puškama, u dvorištu srpske kuće ujutro 18. jula 1998. “neposredno nakon što su se Srbi predali i napad prestao.” Sud je konstatovao i da su svedoci posvedočili da su dvojica okrivljenih tom prilikom bili u uniformi OVK. Iako je nesporno da nema direktnih očevidaca koji bi posvedočili da su **E.K** i **S.B** učestvovali u napadu i koje su radnje izvršili tokom pucnjave, prema rekonstrukciji događaja koju je izveo sud njihovo učestvovanje jedini je logičan zaključak. Jedino moguće objašnjenje prisutnosti **E.K** i **S.B** u dvorištu srpske kuće sa drugim vojnicima OVK odmah nakon okončanja napada, pri čemu su obojica bila naoružana puškama i u uniformi OVK, da su ta dvojica okrivljenih bili među vojnicima koji su učestvovali u napadu. Alternativno objašnjenje, da su se oni tamo zatekli slučajno, je očigledno nezadovoljavajuće i treba ga odbaciti.

9. Na glavnom pretresu nije predložen nijedan dokaz o tome koje konkretne radnje je izvršio koji od okrivljenih tokom napada. Ono što je poznato jeste da su oni bili u sastavu jedinice OVK koja je izvela napad. Vojna jedinica funkcioniše tako da svaki pripadnik dobije neki određen zadatak. Od svakoga se očekuje da će da doprinese krajnjem cilju vojne akcije (u ovom slučaju, napadu na kuću). Zato nije potrebno precizno dokazati koje su oni konkretno radnje izvršili u napadu i konačno u krivičnom delu. Posebni tužilac predlaže Apelacionom sudu da oglasi **E.K** i **S.B** krivima prema optužnici.

10. Oslobođanje od krivice **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** povezano je sa oslobođanjem **E.K**. Zato posebni tužilac predlaže Apelacionom sudu da nakon konstatovanja krivične odgovornosti **E.K**, potvrdi činjenice koje je ustanovio Osnovni sud u Prizrenu i osudi svu petoricu okrivljenih.

2. Odgovori branilaca

11. Branioци Osman Zajmi (zastupnik **M.H.1**) i Brahim Sopa (zastupnik **M.H.2**) obojica tvrde da navodna krivična dela **M.H.1** i **M.H.2** nisu na glavnom pretresu dokazana nijednim bitnim dokazom. Nijedan od svedoka nije implicirao da su **M.H.1** ili **M.H.2** počinili to krivično delo. Žalbu posebnog tužioca treba odbaciti.

12. Branilac Hajrip Krasniqi (zastupnik **N.H**) tvrdi da se termin “izvršilac” odnosi na lice koje je počinilo krivično delo za koje se protiv njega vodi krivični postupak. Vinost za pomaganje može se potvrditi tek kada ga je sud našao krivim. Sud **N.H** ne može oglasiti krivim jer sud nije našao ni izvršioca **E.K** krivim. Činjenično stanje je ustanovljeno pošteno, a tako su ocenjene i činjenice i ubedljivost iskaza koje su dali okrivljeni.

3. Odgovor apelacionog tužioca

13. U svom odgovoru Apelacioni tužilac predlaže Apelacionom sudu da usvoji njenu žalbu i ogласi orkviљjene krivima. Ona tvrdi da iako je ponovљjeno suđenje završilo oslobađanjem svih okrivљjenih od krivice, bitan deo obrazloženja presude okružnog suda u Prizrenu bukvalno je prekopiran iz osporene presude. Neki delovi obrazloženja prekopirani su uz neke izmene. Veće Osnovnog suda – za razliku od prethonog veća– nije previciralo da je srpske civile napala OVK, i da su pripadnici OVK ispunili dvoriše sutradan ujutro nakon napada. Zaključno, čini se da je Osnovni sud prevideo vezu između oružanog sukoba i radnju utuženih u optužnici, iako za to ima dovoljno dokaza. Ovo dodatno doprinosi pogrešno ustanovљjenom činjeničnom stanju.

III. Šta je ustanovio Apelacioni sud

1. Nadležnost Apelacionog suda

14. Apelacioni sud je nadležan da rešava o ovoj žalbi prema članovima 17 i 18 Zakona o sudovima (zakon br. 03/L-199).

15. Veće Apelacionog suda sastavљeno je prema članu 19, stav (1) Zakona o sudovima i članu 3 Zakona o nadležnostima, odabiru i dodeli predmeta EULEX sudijama i tužiocima na kosovu (zakon br. 03/L-053).

2. Primenjivi zakon o krivičnom postupku

16. Zakon o krivičnom postupku koji treba primeniti na dotična krivična dela jeste (stari) Zakon o krivičnom postupku Kosova (KZKP) koji je ostao na snazi do 31. decembra 2012.¹ Ispravno tumačenje prelaznih odredbi (novog) Zakona o krivičnom postupku (ZKP), koji je na snazi od 1. januara 2013., kaže da u krivičnim postupcima koji su započeti pre no što je stupio na snagu novi zakon, a za koje je suđenje započelo, ali nije okončano pravosnažnom presudom, treba primeniti odredbe KZKP *mutatis mutandis* dok presuda ne postane pravosnažna. U vezi s tim vidi Pravni komentar br. 56/2013 Vrhovnog suda Kosova, usvojen na opštem zasedanju 23. januara 2013.

3. Analiza merituma

3.1. Slučaj E.K i S.B

3.1.1. Činjenično stanje

17. Sudsko veće Osnovnog suda u Prizrenu konstatovalo je da su sledeće činjenice ustanovljene van svake sumnje. Noću sa 17. na 18. jula i rano ujutro 18. jula 1998. grupa nepoznatih ljudi napala je kuću civila **D.B** i njene porodice u selu (okrug). Tokom napada u kući su bili gotovo svi srpski stanovnici tog sela, njih oko 15 ukupno. Tokom napada srpski muškarci su uzvratili vatru iz pušaka i pištolja. Ujutro 18. jula 1998. srpske porodice su prestale da pružaju otpor i predale se. Dvorište kuće porodice **B** bilo je puno nepoznatih ljudi. U dvorištu su bili, odmah nakon napada, **E.K** i **S.B**. Obojica su bila naoružana puškama.

18. Sudsko veće je smatralo da nije dokazano van svake sumnje da su **E.K** i **S.B** bili prisutni uveče 17. jula i tokom noći na 18. jula 1998. Prema tome, sudsko veće nalazi da nije dokazano van svake sumnje da su **E.K** i **S.B** učestvovali u napadu.

19. Apelacioni sud slaže se sa načinom na koji je sudsko veće ustanovilo činjenice i nalazi da su one ustanovljene van svake sumnje. Međutim, Apelacioni su ne slaže se sa sudskim većem u vezi sa prisutnošću **E.K** i **S.B**, kao ni sa zaključcima koje je izvelo sudsko veće.

20. Jedini dokaz koji imamo o tome šta se desilo 17. i 18. jula 1998, sem samih okrivljenih, jesu svedoci **D.B** i **S.B**, koje su obe bile prisutne u kući tokom napada.

¹ Zakon o krivičnom postupku Kosova na snazi od 06.04.2004 do 31.12.2012 (pod nazivom Privremeni Zakon o krivičnom postupku Kosova do 06.01.2009).

Sudsko veće je našlo da su iskazi te dve žene verodostojni i ubedljivi, ali i da one nisu sudu uspele da pruže dokaze ko ih je tačno napao.

21. Apelacioni sud ne vidi nijedan razlog zašto bi tu ocenu sudskog veća trebalo smatrati netačnom. **D.B** i **S.B** su u nizu svojih iskaza opisale događaje na dosledan način, čak i dugo nakon njih. Iako one prirodno veoma žele da se izvršiocima kazne, Apelacioni sud ne vidi nijedan razlog zašto bi one lagale o tome šta su čule i videle i ne čini se da one na bilo koji način namerno preteruju u svojim iskazima. One su, a posebno **D.B**, detaljno opisale dešavanja.

22. **D.B** rekla je da je napad počeo oko 1.00 ili 2.00 h 18. jula 1998. Počelo je nakon što je nestalo struje. Nedugo nakon toga neko je spolja zazvao supruga **D.B** po imenu i rekao mu da ne izlazi. **D.B** je identifikovala to lice koje je zazivalo kao **E.K**. Njegov glas su prepoznali i sama **D.B** i njen suprug. U tom času su čuli kako se u njihovu kuću ispaljuje rafal iz automatske puške. Odmah potom i drugi su počeli da pucaju u njihovu kuću. Pucnjava je dolazila sa svih strana i nije prestala do rano ujutro 18. jula 1998. U jednom času blizu kuće je eksplodirala ručna bomba.

23. I **D.B** i **S.B** navele su da su u selu pre napada bili vojnici OVK i da se dvorište kuće porodice **B** napunilo vojnicima OVK odmah nakon napada. Vojnici su bili naoružani i uniformisani. Među vojnicima su obe prepoznale **E.K** i **S.B**. Obe žene su poznavale **E.K** i **S.B** iz sela pa su ih prepoznale. I **E.K** i **S.B** bili su u uniformama i naoružani. **D.B** je dalje posvedočila da je **E.K** bio prisutan pre napada, i to je ponavljala u svim svojim iskazima.

24. Sudsko veće Osnovnog suda zaključilo je da su iskazi **E.K** i **S.B** sumnjive ubedljivosti. **E.K** je rekao da uopšte nije bio prisutan u selu 17. i 18. jula 1998. i da nije bio obavešten da se tamo desio napad. Sudsko veće je konstatovalo da nije verovatno da ne bi saznao za napad. **E.K** je naveo i da je bio u času kada se desio napad u bolnici nakon što je bio ranjen 11. jula 1998. Sudsko veće jo to našlo neistinitim i ustanovilo da je dokazano da je **E.K** bio ranjen avgusta 1998, nakon napada. I **S.B** je rekao da nije bio u selu 17. i 18. jula 1998. Nakon što je razmotrilo iskaze **D.B** i **S.B** i dovelo ih u vezu sa iskazima drugih okrivljenih, sudsko veće je našlo da iskaz **S.B** nije ubedljiv.

25. Apelacioni sud ne vidi nijedan razlog zašto bi ocena iskaza **E.K** i **S.B** od strane sudskog veća bila netačna.

26. Na osnovu svih dokaza, a posebno na osnovu iskaza **D.B** i **S.B**, Apelacioni sud nalazi da je dokazano van svake sumnje da je napad na kuću **B** izvela OVK. Apelacioni su nalazi dokazanim van svake sumnje da su i **E.K** i **S.B** bili prisutni u dvorištu te kuće

odmah nakon napada, obučeni u uniforme i naoružani puškama. Šta se tiče **E.K**, Apelacioni sud smatra dokazanim da se nalazio oko kuće **B** neposredno pre napada.

3.1.2. Elementi krivičnog dela

27. Apelacioni se u potpunosti slaže sa ocenom krivičnih dela koju je donelo veće Osnovnog suda .

28. Prema sudskoj praksi Međunarodnog krivičnog Tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKSJ)², kako je ona citirana u osporenoj presudi, Apelacioni sud nalazi da je opšte poznato da se na Kosovu u vreme napada u selu , 17. i 18. jula 1998., dešavao unutrašnji oružani sukob. Na sukob na Kosovu primenjiv je zajednički član 3 Ženevske konvencije i član 13.2 Dodatnog protokola II.

29. Apelacioni sud nalazi da je dokazano van svake sumnje da je napad od 17. i 18. jula 1998. bio usmeren protiv srpskih civila u selu . U kući koja je napadnuta boravili su srpski civili; status svih lica bio je civilan. Srbi koji su se okupili u kući imali su na raspolaganju oružje, koje su upotrebili tokom napada. Apelacioni sud nije našao nijedan razlog za sumnju da je to oružje upotrebljeno u bilo koju svrhu sem radi samoodbrane.

30. Dakle, Apelacioni sud nalazi nepobitno dokazanim da su svi Srbi koji su se bili okupili u kući koja je napadana 17. i 18. jula 1998. bili civili koji nisu učestvovali u neprijateljstvima između snaga OVK i jugoslovenske (srpske) vojske koja su se odigrala između aprila 1998. i sredine jula 1999. Kao takvi oni su imali zaštićeni status civila prema zajedničkom članu 3 i članu 13.2 Dodatnog protokola.

31. Apelacioni sud nalazi da su napadom na srpske civile u 17. i 18. jula 1998. Prekršeni zajednički član 3 i član 13.2 Dodatnog protokola II, kao i sva pravila međunarodnog prava koja se odnose na unutrašnji oružani sukob na Kosovu. Taj napad je kao oružani napad na civilno stanovništvo, sankcionisan i kažnjiv prema članovima 22 i 142 KZSFRJ, trenutno kažnjiv prema članovima 31 i 153, stavovi 2.1 i 2.14 KZRK.

3.1.3. Pravna ocena činjeničnog stanja

32. Kao što je gore rečeno, Apelacioni sud se ne slaže sa zaključcima koje je iz utvrđenog činjeničnog stanja izvelo veće Osnovnog suda.

33. Apelacioni sud smatra da je nepobitno dokazano da su **E.K** i **S.B** bili prisutni u dvorištu **B** odmah nakon napada, u uniformama i naoružani puškama. Što se tiče **E.K**,

² Predmet IT-04-84, presuda od 3. aprila 2008. i predmet IT-05-87/1-T, presuda od 23. februara 2011.

Apelacioni sud je smatrao dokazanim i da je on bio ispred kuće **B** neposredno pred napad. Međutim, to je samo dodatni argumenat. Apelacioni sud ustanovio je i da je napad izvela grupa pripadnika OVK. Iz izvedenih dokaza nije moguće tačno ustanoviti šta se desilo tokom napada i šta je uradio svaki od učesnika konkretno i ponaosob, osim da je **E.K** bio prisutan pre napada, što je ustanovilo i sudsko veće Osnovnog suda. Iz toga je sudsko veće zaključilo da nije nepobitno dokazano da su **E.K** i **S.B** učestvovali u napadu.

34. Posebni tužilac dao je argument da nije potrebno da se konkretno dokažu konkretne radnje okrivljenih da bi se ustanovilo da su učestvovali u napadu. Ono što se zna jeste da su bili u grupi OVK koja je napad započela i izvršila ga. Apelacioni sud slaže se sa argumentima posebnog tužioca.

35. Okrivljeni u ovom postupku optuženi su za krivično delo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, počinjeno u saizvršilaštvu, kako to definiše član 22 KZSFRJ. Taj član glasi:

Ako više lica zajednički izvrši krivično delo tako da učestvuju u radnji izvršenja ili na neki drugi način, svako od njih biće kažnjeno kako je propisano za to krivično delo.

Već na prvi pogled jasno je da prema ovom članu nije bitno na koji način neko lice učestvuje u izvršenju krivičnog dela. Kao i kod svakog drugog krivičnog dela, za dokazivanje krivične odgovornosti potreban je dokaz o nameri *mens rea*, (član 11 KZSFRJ) ali iz ovog člana se ne vidi kakvu radnju i nameru treba dokazati za pojedinog učesnika kako bi se dokazala krivična odgovornost u zajednički izvršenom krivičnom delu.

36. Krivična odgovornost saizvršilaca, koji deluju kao članovi oružane grupe u oružanom sukobu, razvijena je u međunarodnoj sudskoj praksi, što je najviše učinio MKSJ. Ona je opisana udruženi zločinački poduhvata. Učestvovanje u udruženom zločinačkom poduhvatu je jedan oblik krivične odgovornosti, ili teorija zajedničke namere, kako se o njoj izrazilo sudsko veće, a ustanovljena je u Žalbenoj presudi u postupku *Tadić*,³ kada je sudsko veće utvrdilo da je implicitno ustanovljeno u Statutu MKSJ i da je postojala u običajnom međunarodnom pravu u kritično vreme:

220. Ukratko, Apelaciono veće smatra da je ideja zajedničke namere, kao oblik saizvršilačke krivične odgovornosti čvrsto ukorenjena u običajnom međunarodnom pravu i da je se pridržava, iako implicitno, Statut međunarodnog Tribunala [...].

³ MKSJ predmet br. IT-94-1-A, presuda od 15. jula 1999.

226. Apelaciono veće smatra da doslednost i neospornost gore pomenute sudske prakse i sporazuma, kao i njihova usklađenost sa opštim načelima o krivičnoj odgovornosti kako su definisani, i Statutom i opštim međunarodnim krivičnim pravom i nacionalnim zakonima, dopuštaju zaključak da sudska praksa odražava običajna pravila međunarodnog zakona.

37. Presuda apelacionog suda u slučaju *Tadić* navodi tri kategorije predmeta u vezi sa udruženim zločinačkim poduhvatom⁴, od kojih se ona prva odnosi na ovaj predmet:

196. Prva od tih kategorija odnosi se na predmete u kojima svi saizvršioc, koji deluju prema zajedničkoj nameri, imaju istu krivičnu nameru; npr., saizvršioc donose plan za ubistvo, pri čemu, kod izvršenja te zajedničke namere (čak i kada kod izvršenja svaki saizvršilac ima drugačiju ulogu), svi imaju nameru da ubiju. Objektivni i subjektivni preduslovi da se ustanovi krivična odgovornost za učesnika koji nije izvršio ubistvo, ili se to ne može dokazati su kako sledi: (i) okrivljeni treba da dobrovoljno učestvuje u jednom aspektu zajedničke namere (npr. nasilnim bez smrtonosnih posledica činom prema žrtvi, ili pružanjem materijalne pomoći ili pomaganjem u radnjama saizvršilaca); i (ii) okrivljeni, čak i ako sam ne izvrši ubistvo, treba da ga ima kao nameru.

38. U istoj presudi navode se sastavni elementi *actus reus* i *mens rea* ove vrste krivične odgovornosti. Apelaciona veće smatra da se *actus reus* sastoji od sledeća tri elementa:

- (i) *Više lica*. Ona treba da budu organizovana u vojnoj, političkoj ili upravnoj strukturi, kako se jasno vidi iz predmeta *Essen Lynching* i *Kurt Goebell*.
- (ii) *Postojanje zajeničkog plana, namere ili cilja kojem je izvršenje krivičnog dela sankcionisanog Statutom krajnji ili jedan od ciljeva*. Nema potrebe da taj plan, namera ili cilj budu ranije smišljeni ili formulisani. Zajednički plan ili cilj mogu da se materijalizuju *ex tempore* i mogu se zaključiti na osnovu zajedničkog delovanja više lica u izvršenju zajedničkog kriminalnog poduhvata.
- (iii) *Učestvovanje okrivljenih u zajedničkoj nameri izvršenja krivičnih dela koja propisuje Statut*. To učestvovanje ne treba da uključi izvršenje konkretnog krivičnog dela prema nekoj od tih odredaba (npr. ubistvo,

⁴ Rezime sve tri kategorije vidi u *Krnojelac* Presude u žalbenom postupku, od 17. septembra 2003., MKSJ predmet br. IT-97-25-A, stav 30.

istrebljenje, mučenje, silovanje, itd.), nego može da ima oblik pomaganja u, ili doprinošenja sprovođenju zajedničkog plana ili cilja.⁵

U vezi sa *mens rea* Žalbeno veće je smatralo da je za ovu kategoriju potrebna namera da se izvrši neki zločin (ova namera treba biti prisutna kod svih su-izvršilaca)⁶

39. Apelacioni sud smatra da je ovaj oblik krivične odgovornosti prisutan u kosovskoj jurisdikciji za krivično delo Ratnog zločina protiv civilnog stanovništva. Kao što je zaključio MKSJ, to je oblik krivične odgovornosti koju utvrđuje krivični zakon i takva interpretacija se može izvesti iz člana 22 KZSFRJ (Član 31 KZRK).

40. U ovom predmetu Apelacioni sud smatra da je dokazano van razumne sumnje da je napad na kuću porodice **B** izvela grupa OVK. Iz akcija ove grupe, samog napada i onoga što mu je sledilo, može se zaključiti je cilj, ili zajednička svrha grupi bila da natera seljane srpske nacionalnosti da napuste svoje kuće i selo. **E.K** i **S.B** su obojica bili članovi OVK. Bili su obučeni u uniformi i nosili su puške. Oni su bili odmah posle napada prisutni na mestu zajedno sa ostalim vojnicima OVK. Dodatni argument, da je dokazano da je **E.K** takođe bio prisutan pre napada, nije odlučujući. Već i činjenično stanje koje je utvrdilo Sudsko veće Osnovnog suda bilo bi dovoljno za zaključke Apelacionog suda. Apelacioni sud smatra da je objašnjenje da su dva okrivljena bili slučajni prolaznici, koji su prosto stajali sa strane pored svojih saboraca iz OVK, bez da su delili volju grupe, narazumno i nelogično. Jedini zaključak koji se može izvesti iz dokaza je da su **E.K** i **S.B** dali svoj doprinos akciji grupe OVK koja je izvela napad na kuću porodice **B** i kasnije ušla u njihovo dvorište. Shodno tome, jedini mogući zaključak koji se može izvesti je da su oni takođe imali nameru da se dalje upuste u ostvarenje zajedničkog cilja i da oslobode selo od srpske populacije.

41. Shodno tome Apelacioni sud smatra da je dokazano van svake razumne sumnje da su **E.K** i **S.B** izvršili krivično delo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, kao što je opisano u optužnicama.

3.1.4. Izrečene kazne

42. **E.K** i **S.B** proglašeni su krivima u suprotnosti sa članovima 22 i 142 KZSFRJ, koji su trenutno kažnjivi po članovima 31 i 153 KZRK. Na osnovu principa primenjivanja blažeg zakona, član 3 KZRK (član 4, stav 2 KZSFRJ), sud mora prvo da utvrdi koji zakon je povoljniji za okrivljene u konkretnom slučaju.

43. KZSFRJ propisuje kazne za ratni zločin protiv civilnog stanovništva koje su uključivale smrtnu kaznu i zatvorske kazne u rasponu između pet (5) i petnaest (15)

⁵ *Tadić* Presuda u žalbenom postupku, stav 227.

⁶ *Ibid.*, stav 228.

godina.⁷ Međutim, maksimalna kazna od dvadeset (20) godina zatvora može biti izrečena za krivična dela za koja u obzir dolazi smrtna kazna⁸. Smrtna kazna je ukinuta 12.12. 1999⁹, bez zamene. Dana 27.10. 2000. smrtna kazna zamenjena je sa (40) godina zatvora¹⁰. Na osnovu ovoga, u periodu od 12. 12. 1999 do 27. 10. 2000 kazna za ratni zločin protiv civilnog stanovništva bila je zatvor između pet (5) petnaest (15) godina jer nije bilo dela za koja je u obzir dolazila smrtna kazna.

44. Kazna u ovom slučaju prema KZRK bila bi zatvor od najmanje deset (10) godina ili doživotni zatvor¹¹.

45. Princip najpovoljnijeg zakona znači da sud mora da primeni zakon koji je najpovoljniji za okrivljenog, koji je na snazi u bilo koje vreme između vremena kad je krivično delo izvršeno i vremena kad je određena kazna. U ovom slučaju je zato najpovoljniji zakon bio onaj u periodu od 12.12.1999 do 27.10. 2000 sa kaznom zatvora između pet (5) i petnaest (15) godina.

46. Pri odlučivanju o kazni, sud je, shodno članu 41 KZSFRJ, uzimao u obzir oboje, otežavajuće i olakšavajuća okolnosti. Međutim, u konkretnom slučaju, Apelacioni sud je takođe uzeo u obzir sledeće:

47. Na prvom suđenju **E.K** je proglašen krivim za krivično delo i kažnjen je sa pet (5) godina zatvora od strane Sudskog veća Okružnog suda u Prizrenu. Žalbu protiv presude podneo je specijalni Tužilac. Žalba je, međutim, proglašena nepodnesivom od Vrhovnog suda i radi toga je, prema principu *reformatio in peius*, Apelacioni sud ograničen presudom Okružnog suda u Prizrenu i ne može izreći strožiju kaznu od pet (5) godina zatvora, što je minimalna kazna po zakonu. Jedina olakšavajuća okolnost je dugi vremenski period koji je prošao od izvršenja krivičnog dela. Nadalje, ne postoje vanredne olakšavajuće okolnosti, kako je to predvideo član 41 stav 2 KZSFRJ, koje bi dozvolile Apelacionom sudu da ide ispod minimalne kazne koja je propisana zakonom. Radi toga je **E.K** kažnjen zatvorom od pet (5) godina.

48. Za **S.B** ne postoji gornja granica kao što je to slučaj kod **E.K**. Međutim, Apelacioni sud smatra da ne bi bilo pravedno primeniti različit nivo krivice za **S.B** nego za **E.K**. Takođe ne postoji više olakšavajućih ili više otežavajućih okolnosti nego u slučaju **E.K**. Princip proporcionalnosti diktira kaznu i zato je **S.B** takođe kažnjen sa pet (5) godina.

⁷ Član 142 KZSFRJ; minimum 5 godina ili smrtna kazna, član 38 (1) CCSFRY; maksimalna zatvorska kazna 15 godina.

⁸ Član 38 (2) KZSFRJ.

⁹ UNMIK-ova Direktiva 1999/24, član 1 (5).

¹⁰ UNMIK-ova Direktiva 2000/59, član 1 (6).

¹¹ Član 153 stav 1 substav 1.2 KZRK

49. Shodno članu 50 stav 1 i 3 KZSFRJ vrijeme odsluženo u sudskom pritvoru biće uračunato u kaznu zatvora.

50. **E.K** je proveo u sudskom pritvoru period od 14.12. 2010. dok nije oslobođen dana 2.08. 2011. Taj period će biti odbijen od njegove zatvorske kazne od pet (5) godina.

51. **S.B** je odslužio u sudskom pritvoru od 18.04. 2012 dok nije oslobođen 1.02. 2013. Taj period mu se odbija od zatvorske kazne od pet (5) godina.

3.2. Slučaj optuženog M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K

3.2.1. Činjenično stanje

52. Sudskog veća Osnovnog suda dokazalo je van razumne sumnje da su **M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K**, kad su bili intervjuisani kao svedoci, svi dali lažne izjave u vezi sa datumom kad je **E.K** bio ranjen, kako bi obezbedili alibi za **E.K**.

53. Apelacioni sud se potpuno slaže sa procenom Sudskog veća. **M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K** su svi izjavili – iako nisu svi bili sigurni u tačan datum – da je **E.K** bio ranjen pre napada dana 17. ili 18.07. 1998. Oni su svi dali razloge zašto se sećaju kad je **E.K** bio ranjen. Na osnovu razloga koje su dali, kao što je objasnilo Sudsko veće, Apelacioni sud takođe zaključuje da nije verovatno da bi se mogli tačno setiti vremena.

54. Na osnovu izjave doktora **A.H** koju je dao istražiteljima dana 21.12. 2010, koju Apelacioni sud smatra verodostojnijom nego što je ona koja je data sudu dana 30. 06. 2011, i dokaza u obliku dnevnika koji je dat istražiteljima od iste osobe, Apelacioni sud smatra da je verovatnije da je **E.K** ranjen u avgustu 1998. Budući da je već utvrđeno van svake razumne sumnje da je **E.K** bio u i učestvovao u napadu, Apelacioni sud takođe utvrđuje da je dokazano van razumne sumnje da su izjave **M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K** bile lažne.

3.2.2. Pravna procena činjeničnog stanja

55. Sudsko veće Osnovnog suda oslobodilo je pet okrivljenih sa obrazloženjem da, pošto je **E.K** bio oslobođen za krivično delo za koje je bio optužen, nisu postojale zakonske osnove da se okrivljeni proglašavaju krivima za pružanje pomoći izvršiocima nakon izvršenja krivičnih dela.

56. Apelacioni sud je proglasio **E.K** krivim za ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Ponovo se postavlja pitanje da li su ostali elementi za krivična dela navedena u članu 305 KZK ispunjeni. Stav na koji se ovo odnosi je sledeći:

- (1) Ko god pruži sklonište izvršiocu krivičnog dela koji je gonjen *ex officio* ili mu/joj pomaže da izbegne prolaženje skrivajući instrumente, dokaze ili na bilo koji

drugi način, ili ko god pruži sklonište osuđenom licu ili čini korake u sprečavanju izvršenja kazne ili naredbe za obavezni tretman, biće kažnjen zatvorom do jedne godine.

- (2) Ko god pomogne izvršiocu krivičnog dela kažnjivog zatvorom od više od pet godina biće kažnjen zatvorom od šest meseci do pet godina.

57. Postavlja se pravno pitanje u vezi sa izrazom *izbegavanje otkrivanja*. Kad je izvršilac otkriven? Apelacioni sud zauzima stav da se otkrivanje treba tumačiti kao otkrivanje stvarnog izvršioca zločina. Stvarni izvršilac zločina nije pronađen dok se takav ne proglašuje krivim na sudu. Apelacioni sud smatra da član 305 KZK treba da se posmatra kao opšti propis koji pokriva one slučajeve kada neka osoba daje lažne izjave kako bi zaštitila izvršioca zločina koji ne pokriva neki drugi pravni propis, kao što je član 307 KZK koji reguliše lažne izjave na sudskim postupcima. Kad se tumači pravni propis čija definicija nije jasna mora se uzeti u obzir racionalnost zakonodavca, *ratio legis*. Apelacioni sud smatra da bi bilo protiv *ratio legis* da se dozvole lažne izjave u toku istrage. *Ratio legis* i opšti status člana 305 su nadalje potkrepljeni činjenicom da, shodno članu 164 stav 2 PKZK svedok mora da uvek bude opomenut pre davanja njegove ili njene izjave da davanje lažne izjave predstavlja krivično delo. Ne postoji ograničenje ovog propisa u raznim fazama postupka. U fazi istrage, davanje lažne izjave je pokriveno članom 305 KZK kao osnovnim pravilom, a u fazi sudskog postupka ono je pokriveno članom 307 KZK kao specifičnim propisom koji je ograničen na sudski postupak.

58. **E.K** je kriv za krivično delo za koje je optužen. Da on nije kriv, ne bi bio smatran izvršiocem krivičnog dela, dakle on ne bi bio otkriven kao izvršilac krivičnog dela. Pri davanju lažne izjave istražiteljima, **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** pomogli su **E.K** u izbegavanju otkrivanja, ili pronalaženju stvarnog izvršioca krivičnog dela.

59. Apelacioni sud smatra da je jasno da su **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K** bili svesni da ne govore istinu istražiteljima, i bez obzira na njihov motiv, oni su to uradili kako bi zaštitili **E.K**. Time Apelacioni sud smatra da je dokazano van razumne sumnje da su oni takođe imali nameru, *mens rea*, da izvrše krivično delo.

3.2.3. Određivanje kazne

60. Zakon na snazi u vreme krivičnog dela bio je KZK.¹² Pošto je novi Krivični zakon stupio na snagu 1.01.2013, KZRK, takođe za ove okrivljene Apelacioni sud mora utvrditi najpovoljniji zakon.

61. Pružajući pomoć izvršiocima posle izvršenja krivičnih dela je trenutno kažnjivo prema članu 388 KZRK. Ne postoje razlike u kaznama koje su propisane za ovo krivično

¹² Privremeni Krivični zakon Kosova (UNMIK/REG/2003/25) na snazi od 06.04.2004 do 31.12.2012.

delo. Postoji, međutim, promena u opisu tog krivičnog dela. Član 388 (1) KZRK glasi ovako:

- (1) Ko god pruži sklonište izvršiocu bilo kakvog krivičnog dela osim onog po stavu 2 ovog člana ili mu/joj pomaže da izbegne otkrivanje ili hapšenje skrivajući instrumente, dokaze ili na bilo koji drugi način [...].

62. Zakonodavac je u KZRK dodao reči “izbegne otkrivanje *ili hapšenje*”. Ovo je jedina promena materije. Apelacioni sud smatra da ova promena ne menja tumačenje samog propisa. Propis se još uvek smatra opštim propisom i izbegavanje otkrivanja znači da nije oglašen stvarnim izvršiocem krivičnog dela, i.e. krivim za krivično delo. Apelacioni sud time smatra da ni jedan zakon nije povoljniji u ovom slučaju i da je primenjivi zakon onaj zakon koji je bio na snazi kad je krivično delo bilo izvršeno, naime KZK.

63. Pošto je ratni zločin protiv civilnog stanovništva kažnjiv zatvorom dužim od pet godina, kazna za pružanje pomoći izvršiocu tog krivičnog dela je zatvor od šest (6) meseci do pet (5) godina, član 305 (2) KZK.

64. **M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K** su takođe bili proglašeni krivim na prvom suđenju, Okružni sud u Prizrenu kaznio ih je na po šest (6) meseci zatvora, uslovno na jednu (1) godinu, shodno članovima 43-44 KZK. Pošto je u slučaju **E.K** tužilac nije podneo podnesivu žalbu, prema principu *reformatio in peius*, maksimalna kazna koju Apelacioni sud može odrediti je šest (6) meseci zatvora, uslovno na jednu godinu. Šest (6) meseci zatvora je takođe minimalna kazna i takođe u slučaju ovih optuženih, ne postoje posebne olakšavajuće okolnosti koje zahteva član 66, stav 2 KZK koje bi dozvolile da se odredi kazna ispod zakonski određenog minimuma.

65. **M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K** su radi toga, shodno članu 305 (2) KZK osuđeni na (6) meseci zatvora, uslovno na jednu (1) godinu, shodno članu 41 stav1, tačka 1 i članu 43 stav 1 i 2 KZK.

3.3. Troškovi krivičnog postupka

66. Shodno članu 102 (1) PKZK, sud će odrediti da osoba koja je proglašena krivom mora pokriti troškove krivičnog postupka. Apelacioni sud smatra da **E.K, S.B, M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K** trebaju pokriti troškove krivičnog postupka. Ovo se odnosi na postupak u Apelacionom sudu, shodno članu 105 PKZK.

67. Pošto su svi okrivljeni proglašeni krivima, moraju pokriti troškove krivičnog postupka protiv njih, oni će to uraditi zajedno i posebno 102 (3) PKZK kako neki određeni troškovi ne mogu biti detaljnije specifikovani. Međutim, posebni troškovi privođenja i sprovođenja na sud u toku sudskog postupka trebaju biti pokriveni samo od **E.K i S.B.**

68. Apelacioni sud smatra da nema potrebe da se održi pretres, shodno članu 412 PKZK, pošto Sud smatra da nije postojalo pogrešno utvrđeno činjenično stanje. Nadalje, Apelacioni sud smatra da je, pošto su materijalne činjenice korektno utvrđene od Sudskog veća Osnovnog suda, ali imajući u vidu određivanje činjeničnog stanja, trebala biti donešena drugačija presuda. Radi toga, Apelacioni sud smatra da postoje osnove da se perinači sporna presuda shodno članovima 424 i 426, stav 1 PKZK.

Predsedavajući sudija

—————
Hajnalka Veronika Karpati

EULEX-ova sutkinja

Član veća

Član veća

Zapisničar

—————
Timo Vuojolahti
EULEX Sudija
(Uz izdvojeno mišljenje)

—————
Rasim Rasimi
Sudija

Anna Malmström
EULEX-ova pravna
službenica

Izdvojeno mišljenje Sudije Tima Vuojolahtija je priloženo.

PRAVNI LEK: Shodno članu 430 stav 1 substav 3 i stav 2 PKZK ovlašćena lica mogu podneti žalbu na ovu presudu u roku od petnaest (15) dana od uručenja kopije ove presude.

Napisano na engleskom službenom jeziku, obrazložena Presuda završena i potpisana 3 Marta 2014.

DELIMIČNO IZDOJENO MIŠLJENJE SUDIJE TIMO VUOJOLAHTIJA

Ja se ne slažem sa većinom onog što se tiče optužbi protiv okrivljenih **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K**.

Formulisanje pitanja

Smatram da su relevantne činjenice onakve kakve su većinom navedene u Presudi. Ja samo dodajem da je za **E.K** naređena mera sudskog pritvora dana 14.12.2010. Prema tome, dokazano je da je ovih pet okrivljenih namerno dalo lažne izjave u toku predpretresne faze potvrđujući alibi **E.K**; naime, kad su saslušani u svojstvu svedoka ili od Eulex-ovih istražitelja ili od strane tužioca u martu 2011, oni su svi lažno svedočili da je **E.K** bio ranjen u početku jula 1998. Jedini logičan zaključak radi čega su to učinili to je da su želeli da podrže lažni alibi **E.K**, prema kome on nije bio u selu dana 17-18 jula 1998. jer je bio ranjen u bitci 11. jula 1998. i ostao u bolnici 15 dana.

Tužilac je optužio ovih pet okrivljenih za krivično delo pružanja pomoći izvršiocu nakon izvršenja krivičnih dela, shodno članu 305. stav 2 Krivičnog zakona Kosova (KZK – zakon na snazi pre 1.01.2013). Prema tome, ja se nalazim suočen sa pitanjem da li krivično gonjenje po članu 305 KZK takođe pokriva ovu situaciju; naime davanje lažne izjave policijskom istražitelju ili tužiocu u predpretresnoj fazi.

Zakon

Naslov člana 305. KZK je “Pružanje pomoći izvršiocima posle izvršenja krivičnog dela.” Prvi stav člana glasi:

Ko god pruži sklonište izvršiocu krivičnog dela koji se goni ex officio ili mu/joj pomogne da izbegne otkrivanje prikrivanjem instrumenata, dokaza ili na neki drugi način ili ko god pruži sklonište osuđenom licu ili preduzme korake kojima se sprečava izvršenje ili kažnjavanje ili naredba za obavezni postupak, biće kažnjen zatvorom do jedne godine.

Stav 2 i 3 propisuju strožiju kaznu ako je krivično delo u pitanju kažnjivo nekom maksimalnom kaznom ili zatvorom.

Član 307 (lažne izjave) stav 1 KZK glasi:

Svedok, svedok veštak, prevodilac ili tumač koji daju lažnu izjavu u sudskom postupku, prekršajnom postupku, administrativnom postupku pred notarom, javnom ili disciplinskom postupku biće kažnjen globom ili zatvorskom kaznom do jedne godine.

Osim toga, član 306 KZK se bavi lažnim izveštajima i krivično goni takve aktivnosti kao što je neistinito izveštavanje da je određena osoba izvršila krivično delo ili da je krivično delo izvršeno.

Član 7 Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda glasi:

- 1. Niko se neće smatrati krivim za bilo koje krivično delo zbog bilo kog dela ili propusta koji nisu predstavljali krivično delo po domaćem ili međunarodnom zakonu u vreme kad su izvršeni. Niti će biti izrečena strožija kazna od one koja je bila primenjiva u vreme kad je krivično delo izvršeno.*
- 2. Ovaj član neće imati uticaj na suđenje i kažnjavanje nekog lica za delo ili njegov propust koji su, u vreme kad su izvršeni, krivično gonjeni prema opštim načelima zakona koje priznaju civilizovani narodi.*

Član 33. stav 1 Ustava Republike Kosovo glasi:

- 1. Niko neće biti optužen ili kažnjen za bilo koje delo koje nije predstavljalo krivično delo po zakonu u vreme izvršenja, osim ako su dela koja su izvršili predstavljala genocid, ratni zločin ili zločin protiv čovečnosti prema međunarodnom pravu.*

Shodno članu 22 Ustava Republike Kosovo, Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda direktno je primenjiva na Kosovu.

Nullum crimen, nulla poena sine lege

Evropski Sud za ljudska prava (ESLJP) je u nekoliko slučajeva izjavio da garancije koje se impliciraju u članu 7 treba da budu tumačene i primenjivane, kao što sledi iz njegovog objekta i svrhe, na takav način kako bi se obezbedila efiskana zaštita protiv proizvoljnog gonjenja, presuda i kažnjavanja. Član 7 §

Konvencije izlaže princip da samo zakon može definisati zločin i propisati kaznu (nullum crimen, nulla poena sine lege). Shodno tome, krivična dela i relevantne kazne moraju da budu jasno definisane po zakonu. Ovaj zahtev je zadovoljen kada individualno lice može znati iz teksta relevantnog propisa i, ako treba, uz pomoć sudskog tumačenja toga, kakva će ga dela ili propusti učiniti krivično odgovornim. (Vidi primer S.W. v. Ujedinjenog Kraljevstva i C.R. v. Ujedinjenog Kraljevstva, 22.11.1995; Camilleri v. Malta 22.01.2013)

Kako ESLJP je uzeo u obzir da kao posledica principa da zakoni moraju biti opšte primenjivani, tekst statuta nije uvek precizan. To znači da će takođe u krivičnom zakonu uvek postojati potreba za sudskim tumačenjem (vidi primer Camilleri v. Malta 22.01.2013). Međutim, a kako ja to razumem ne postoji sumnja u vezi s ovim, krivični zakon ne sme biti opširno tumačen na štetu optuženog po analogiji.

Procena

U ovom slučaju moram da protumačim da je ovo „istinska namera“ člana 305 stava 1 Krivičnog Zakona Kosova / KZK – bez narušavanja izvesnosti u primeni zakona. Suštinsko pitanje je šta je sadržaj ova dva dela odredbe: „*davanje skloništa*“ i „*pomaganje njemu da izbegne otkrivanje*“...*na bilo koji drugi način*“.

Bukvalno tumačenje glagola „*davati sklonište*“ kao polazne tačke, odnosi se na konkretna dela kao što su skrivanje izvršioca ili davanje skloništa njemu/njoj. Uzimajući u obzir i drugi način za izvršenje dela (*actus reus*), pomaganje u izbegavanju otkrivanja, daje razloge da se zaključi da je davanje skloništa, u značenju ove odredbe, nešto što se mora desiti pre nego što je izvršilac, da koristim opšti jezik, uhvaćen od strane vlasti. Tako, mislim da je nemoguće uključiti „*davanje lažne izjave*“ u bukvalnom značenju „*davanja skloništa*“.

Problematičniji deo odredbe je drugi deo; „*pomaganje njemu/njoj da izbegne otkrivanje*...*na bilo koji drugi način*“.

Prvo, moram da izjavim kako ja tumačim elemente ovog dela (pružanje pomoći izvršiocima nakon izvršenja krivičnog dela). Zabranjeno delo nije samo „*pomaganje počinioca*“ na bilo koji način, zabranjeno ponašanje dela (akta) je ograničeno na situacije kada se pomoć pruža sa namerom da se pomogne izvršiocu da izbegne otkrivanje. Ovo ograničenje je urađeno od strane

zakonodavca i ja moram da istaknem na činjenicu da je zakonodavac koristio reč “otkriće” i samo tu reč (ne što znači kažnjavanje).

Drugo, moram da protumačim značenje otkrića. Opšte značenje reči otkriće se može definisati kao akt pronalaženja ili saznavanja o nečemu po prvi put. Dakle, bukvalno prevođenje “*pomaganje izvršiocu da izbegne otkrivanje*” bi se odnosilo na sakrivanje ili prikriivanje identiteta izvršioca tako da identitet izvršioca ne bude utvrđen. Štaviše, bukvalno tumačenje takođe može pokrivati situacije kada je pružena pomoć usmerena na pomaganje izvršiocu, čiji je identitet već poznat, da ne bi bio uhvaćen.

Kada se razmotri da li je KZK koristio reč “otkriće” u drugom, ili možda opširnijem, sudskom smislu, ja se pozivam na član 304 (neprijavlivanje krivičnih dela ili izvršilaca) KZK-a. Stav 1 glasi: *Ko god, ima znanje o identitetu izvršioca krivičnog dela...ili izvršenja takvog krivičnog dela, ne prijavi takvu činjenicu iako otkriće izvršioca ili krivičnog dela zavisi od takvog izveštaja...*

U ovoj odredbi “otkriće” izgleda da se takođe primarno odnosi na pronalaženje i hvatanje *izvršioca*.

U članu 109 KZK-a termin “podrška terorističkoj grupi” je definisan kao značenje, što znači ometanje otkrivanja ili hapšenja terorističke grupe ili njenih članova. Takođe u članu 251 (neopravdano davanje poklona) stav 3 KZK-a stoji da ako izvršilac prijavi delo pre nego što je otkriveno ili pre nego što su on ili ona saznali da je otkriveno, sud može da odustane od kazne.

Ove odredbe pokazuju da je zakonodavac koristio reč otkrivanje ili otkriće u KZK u istom smislu kao što je gore opisano u bukvalnom tumačenju. Štaviše, mora se takođe naglasiti da je omogućavanje bekstva osobi koja je zakonito lišena slobode, posebno krivično gonjeno delo prema članu 314 stav 1 KZK. Tako da, moj zaključak je da je bukvalno kao i sudsko značenje reči *otkriće* kao što se koristi u članu 305 stav 1 KZK, opravdava razmatranje da je delo koje pomaže izvršiocu da izbegne otkrivanje zabranjeno u situacijama kada izvršilac još uvek nije otkriven; ovo znači da kada identitet još uvek nije utvrđen ili počinio još uvek nije pronađen ili uhapšen.

Nakon postizanja ovog zaključka pronalazim da davanje lažne izjave kao svedoka kada je čuo od strane policije ili tužioca tokom pretpretresne faze nakon što je izvršilac bio pronađen, ne može biti pokriveno odredbom člana 305 stava

1. Proširenje tumačenja kako bi ova situacija bila uključena unutar definicije “*pomaganje izvršiocu da izbegne otkrivanje*” bi značilo da se ide izvan teksta zakona u određivanju optuženog i time kršio princip člana 7 ESLJP. U ovom slučaju, izvršilac, **E.K.**, je bio direktno otkriven i određen mu je bio pritvor kada su održana ispitivanja **M.H.1**, **M.H.2**, **N.H**, **N.B** i **J.K.**

Štaviše, ja ću dati svoju procenu šta je bila namera zakonodavca i svrha ove odredbe koja ima za cilj postizanje i kako je ova svrha bila sprovedena.

Član 164 stav 2 Zakona o krivičnom postupku Kosova (ZKPK, stari krivični postupak) glasi:

Svedoku se prvo treba reći da je njegova ili njena dužnost da govori istinu i ... on ili ona će biti upozoreni da je davanje lažne izjave krivično delo.

Na osnovu člana 237 stava 1 ZKPK odredba člana 164 će primeniti mutatis mutandis kada se saslušanje obavlja ispred javnog tužioca, ali zakletva se neće sprovesti u ovoj situaciji.

S jedne strane, jasno je da bilo koji pravni sistem ne bi trebalo da prihvati laž kada se osoba sasluša u svojstvu svedoka. Članovi 164 i 237 ZKPK daju razloge da zakonodavci ne prihvataju, kao polaznu tačku, davanje lažnih izjavi u bilo kojoj fazi krivičnog postupka. S druge strane, namera i svrha zakonodavca ne može popuniti praznine kada pojedinac ne može znati iz formulacije relevantne odredbe i iz sudske prakse koje će delo njega ili nju učiniti krivično odgovornim. Odgovornost zakonodavca je da prođe krivične zakone na takav način tako da potraživanja obezbeđena članom 7 ESLJP-sud ne mogu da ispune jasnu prazninu u krivičnom zakonu.

Šta dolazi do lažnih izjava, zakonodavac je jasno definisao u članu 307 KZK da je davanje lažne izjave u sudskom postupku podležno kažnjavanju. U poređenju sa ovom odredbom član 305 stav 1 KZK, zbog veoma opšteg i nejasnog sadržaja odredbe, postavlja se pitanje, da li se ova kasnija odredba u bilo kojem slučaju može protumačiti kao pokrivanje lažnih izjava u sudskom postupku, iako pravi izvršilac još uvek može biti neotkriven.

Kao što je već navedeno gore, ja smatram da je davanje lažne izjave pri saslušanju u svojstvu svedoka u pretpretresnoj fazi i nakon što je izvršilac krivičnog dela pod istragom otkriven, nije predmet kažnjavanja prema

odredbama KZK. Uzimajući u obzir činjenice slučaja kao što su opisane gore, ja oslobađam optužene **M.H.1, M.H.2, N.H, N.B i J.K.**

TV