



Broj: X –KR -06/294
Sarajevo, 11.04.2008.godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za ratne zločine, u vijeću sastavljenom od sudije Minke Kreho kao predsjednice vijeća, te sudija Roland Dekkers-a i Tore Lindsteh-a kao članova vijeća, uz učešće pravne savjetnice Amele Skrobo u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Alić Šefika, zbog krivičnog djela ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačke a) a u vezi sa članom 21. i 35. te 180. stav 1. i 2. sve Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, odlučujući o optužnici Tužilaštva Bosne i Hercegovine broj: KT-RZ-141/06 od 30.01.2007.godine, preciziranoj dana 7.06.2007.godine, nakog održanog glavnog pretresa sa kojeg je dijelom bila isključena javnost, a kome su prisustvovali optuženi i njegovi branioci, te tužilac Tužilaštva BiH, donio je, i u prisustvu optuženog i njegovih branilaca – advokata Kreho Senada i Kovač Mirze, te tužioca Tužilaštva BiH Peter Kidd-a, javno objavio sljedeću

P R E S U D U

OPTUŽENI

ŠEFIK ALIĆ sin Mumina i Fatime, rođen 3. 03. 1968. god. u Dobrom Selu - opština Bužim, ..., državljanin ..., nastanjen u naselju ... Opština ..., po zanimanju šumski tehničar - lugar, oženjen – otac troje malodobne djece, vojsku služio 1988.godine u Kovini – R Srbija, sa činom desetara, vodi se u VE Bužim – čin natporučnika, JMBG ..., broj lične karte ..., na slobodi,

Na osnovu odredbe člana 284. tačke c. Zakona o Krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

OSLOBADA SE OPTUŽBE

Da je:

Za vrijeme oružanog sukoba na teritoriji Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske između snaga Armije Bosne i Hercegovine i Vojske Srpske Krajine, u svojstvu pomoćnika komandanta bataljona „Hamza” za bezbjednost, IV bataljona 505. brigade 5. korpusa Armije BiH, čije su dužnosti i odgovornosti obuhvatale ispitivanje zarobljenika, pružanje zaštite istima i obezbjeđenje njihovog sigurnog prolaza do Komande brigade, postupao suprotno odredbi zajedničkog člana 3. stav 1. tačka a) Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949. godine učestvovanjem u fizičkom i psihičkom zlostavljanju ratnih zarobljenika, te pokretanjem, počinjenjem i na drugi način podstrekavanjem i pomaganjem njihovog ubistva, kao i propuštanjem da preduzme sve nužne i razumne mjere da spriječi ili kazni počinitelje, tako što je:

1. Na dan 05. avgusta 1995. godine, zajedno sa ostalim pripadnicima bataljona „Hamza“ i Al Harbi Tewfikom, neregularnim vojnikom nad kojim je imao efektivnu kontrolu, učestvovao u vojnoj operaciji zvanj „Oluja“, koju operaciju je vodila 505. brigada (takođe poznata kao Bužimska brigada), za vrijeme koje operacije su od strane pripadnika bataljona „Hamza“ zarobljena četiri pripadnika Vojske Srpske Krajine na širem području kote Hleb na teritoriji Republike Hrvatske u blizini granice Bosne i Hercegovine, te po funkciji koju je obavljao u bataljonu „Hamza“, preuzeo nadzor nad zarobljenicima i bio odgovoran za zaštitu života i dobrobiti zarobljenika, koji su bili zarobljeni, zlostavljani i ubijeni na način kako slijedi.
2. Devetak Mirko je zarobljen na području kote Hleb, u pravcu Devetaka, od strane W3 , komandira voda u 1. četi bataljona „Hamza“; odmah nakon toga Al Harbi Tewfik je pokušao da ubije ovog zarobljenika tražeći od drugih vojnika da mu daju nož, ali su ga u tome spriječili W3 i drugi pripadnici 1. čete; ubrzo nakon toga zarobljenik je stavljen pod nadzor i kontrolu optuženog, koji ga je ispitivao i zastrašivao zajedno sa Al Harbi Tewfikom, za vrijeme čega se Al Harbi Tewfik predstavio zarobljeniku kao *mudžahedin* i rekao je: „Ja dođem ubijem jedan, dva“, dok je istovremeno optuženi rekao zarobljeniku da on (misleći na Al Harbi Tewfika) samo kolje; nakon čega je ovom zarobljeniku vraćena njegova puška, bez municije, te je bio izložen opasnosti tako što je bio prisiljen da ide na čelu kolone vojnika bataljona „Hamza“ u pravcu srpskih linija i Komande srpskog bataljona, prema Pavlovom Brdu (Majdan), kao izviđač i „mamac“ radi zarobljavanja drugih vojnika Vojske Srpske Krajine.
3. Ubrzo poslije toga, W1, oficir u bataljonu „Hamza“, uz pomoć svog pratioca, samostalno je zarobio druga dva srpska vojnika – Stambolija Petra i Borosina Peru – u blizini kote Hleb, u pravcu Pavlovog Brda (Majdan), te ih je u roku od nekoliko minuta nakon zarobljavanja predao pod nadzor i kontrolu optuženog, koji je stigao na lice mjesta i koji se, sa nekim pripadnicima 1. čete, odvojio od prvog zarobljenika koji se kretao sa ostalim vojnicima uključujući Al Harbi Tewfika; u međuvremenu, četvrtog vojnika – Bašić Branka – su posebno zarobili pripadnici bataljona „Hamza“ na istom području i približno u isto vrijeme, te je i on takođe stavljen u nadzor i pod kontrolu optuženog; nakon čega su se ti tek zarobljeni vojnici pridružili prvom zarobljeniku, svi pod kontrolom optuženog.
4. Za vrijeme tih događaja, najmanje tri zarobljenika koja su bila pod nadzorom optuženog – Devetak Mirko, Stambolija Petar i Borosina Pero – bili su podvrgnuti prijetnjama i zastrašivanju, te fizičkom zlostavljanju dok su išli kroz šumu za koje je vrijeme optuženi, dok je fizički držao Borosina Peru sa puškom uperenom u njega, prijeteći rekao pred kamerom kojom je upravljao Veladžić Meho, kamerman Brigade, da će on biti (odnosno zarobljenik) njegov „*kum*“ i zatim je rekao da će Al Harbi Tewfik zarobljenika kojeg je on fizički držao, Stambolija Petra, učiniti svojim (odnosno Al Harbi Tewfikovim) „*kumom*“; Al Harbi Tewfik je agresivno držao zarobljenika Stambolija Petra za kosu dok ga je ispitivao, bez ikakve intervencije od strane optuženog; optuženi je sa namjerom zastrašivanja udario zarobljenika Borosina Peru po leđima dok ga je ispitivao, te dok je optuženi

nastavio da fizički drži Borosina Peru, Al Harbi Tewfik je tog zarobljenika dva puta opet snažno udario rukom u bradu, ponovo bez ikakve intervencije od strane optuženog; dok su bili na širokom šumskom putu, optuženi i Al Harbi Tewfik su zajedno agresivno udarili četvrtog zarobljenika, Bašić Branka, u zatiljak; u jednom trenutku, dok su sva četiri zarobljenika bila zajedno na čelu kolone vojnika bataljona „Hamza“, njih je fizički zlostavljao Al Harbi Tewfik, koji je jednog ili više njih tukao i udarao nogama.

5. Nakon izdavanja naredbe za povlačenje na kotu Hleb zbog pogibije komandanta brigade, Nanić Izeta, sva četiri zarobljenika su odvedena zajedno do kote Hleb ili blizu nje u društvu pripadnika bataljona „Hamza“ uključujući optuženog i Al Harbi Tewfika; poslije čega je optuženi propustio da preduzme sve potrebne i opravdane korake kako bi obezbijedio dalju sigurnost zarobljenika, što uključuje propust da spriječi Al Harbi Tewfika da ima dalji kontakt sa zarobljenicima i da im dalje nanosi povrede, bez obzira što je bio svjestan realne opasnosti i rizika koji je Al Harbi Tewfik predstavljao po zarobljenike; kasnije je u jednom momentu Al Harbi Tewfik sva četiri zarobljenika ubio iz vatrenog oružja na način da je pogubljenje izvršeno dok su bili jedan pored drugog, bez opravdanja, uz pomoć regularnih vojnika bataljona „Hamza“, na širem području Hleba, na ivici širokog šumskog puta, gdje su tijela ostala jedno uz drugo da ih vide vojnici koji su se povlačili; nakon ubistava, Al Harbi Tewfik se pred kamerom kojom je rukovao Veladžić Meho hvalio da ih je on ubio i podsticao je Veladžić Mehu da snimi tijela, što je ovaj i učinio.
6. Nakon samog događaja, te bez obzira što je znao ili imao razloga da zna za pogubljenje zarobljenika, optuženi je propustio da o ubistvu zarobljenika izvijesti svoje nadređene uključujući svog neposredno nadređenog za bezbjednost Nanić Zijada, pomoćnika komandanta 505. brigade za bezbjednost, te inače nije preduzeo nikakvu ili odgovarajuću radnju da se ta ubistva i počiniooci ispituju i kazne.

Odnosno, da je, kako je naprijed navedeno, a u kontekstu oružanog sukoba, svojim radnjama i propustima, pokrenuo, počinio, ili na drugi način podstrekavao i pomagao gore opisane zločine, a zbog svoje funkcije nadređenog, takođe odgovoran za djela počinjena od strane njegovih podređenih, uključujući Al Harbi Tewfika, nad kojima je imao stvarnu kontrolu, kada je znao ili je imao razloga da zna da će njegovi podređeni počiniti takva djela, ili su to učinili, te nije preduzeo potrebne i opravdane mjere da spriječi ili kazni počinioce istih.

Čime da bi

Nečovječnim postupanjem i lišenjem druge osobe života, počinio krivično djelo Ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačka a) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, a u vezi sa članom 21. i 35. te članom 180. stav 1. i 2. istog zakona, kršeći time zajednički član 3. stava 1. tačka a) Ženevskih konvencija od 1949. godine.

Na osnovu člana 189. stava 1. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine troškovi krivičnog postupka predviđeni odredbom člana 185. stava 2 tačkama a) do f) ovog zakona, kao i nužni izdaci i nagrada branilaca padaju na teret budžetskih sredstava.

II

Na osnovu člana 198. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, oštećeni se, radi ostvarivanja eventualnih imovinsko – pravnih zahtjeva, upućuju na parnicu.

O b r a z l o ž e n j e

1. Optuženje

Optužnicom Tužilaštva BiH broj: KT –RZ -141/06 od 30.01.2007.godine, optužen je Alić Šefik da je na način opisan pod tačkama 1 do 6, i to nečovječnim postupanjem i lišenjem drugih osoba života, počinio krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačke a) a u vezi sa članom 21. i 35. te 180. stav 1. i 2. sve KZ BiH, kršeći time zajednički člana 3. stav 1. tačku a) Ženevskih konvencija iz 1949. godine.

Optužnica je potvrđena dana 31.01.2007.godine, a optuženi je izjavio da se ne osjeća krivim ni po jednoj tački optužnice, nakon čega je predmet dostavljen pretresnom vijeću koje je glavni pretres započelo dana 11.05.2007.godine.

U uvodnim riječima, tužilac je istakao kako će navode optužnice dokazati kroz iskaz pripadnika jedinice kojoj su pripadali zarobljenici, ali i snimkom akcije koju je snimao pripadnik 505.Bužimske brigade – Meho Veladžić, koji će takođe biti pozvan da svjedoči. Optužbu će potkrijepiti i iskazi svjedoka – koji su učestvovali i kritičnoj akciji.

Odbrana je već u uvodnim riječima osporavala autentičnost video snimka, koji predstavlja glavni dokaz Optužbe, i najavila uvođenje svog – originalnog snimka akcije, ističući kako su, za optuženog vrlo bitne scene, izbrisane sa snimka Optužbe.

Odbrana je takođe navela kako će koristiti dokaze Optužbe, a posebnu pažnju skrenula na optužnicom predloženi personalni karton optuženog iz kojeg proizlazi i pozicija optuženog u kritično vrijeme, kao i na nedostake osnovnih elemenata komandne odgovornosti.

Početak glavnog pretresa, a nakon donošenja rješenja o zaštiti i dodjeljivanju pseudonima jednom od svjedoka čije je puno ime i prezime bilo navedeno u optužnici, te odluke o neobjavljivanju funkcije koju je jedan od već zaštićenih svjedoka obavljao u inkriminisano vrijeme, kao i zbog činjenice da je prezime jedne od žrtava bilo pogrešno navedeno u cijeloj optužnici, tužilac je dana 8.06.2007.godine podnio „ispravke u optužnice“, a potom, 11.06.2007.godine i ispravljenu verziju optužnice broj: KT –RZ – 141/06.

Izvedeni dokazi

Tokom glavnog pretresa ispitani su slijedeći, optužnicom predloženi, svjedoci Tužilaštva: Zaštićeni svjedoci W1, W3, W4 i W5, Hamdija Emrić, Hasan Ćatić, Alija Osmanović, Safet Ćordić, Senad Šahinović, Šerif Kekić, Refik Duraković, Agan Elkasović, Zijad Nanić, Sead Jusić, Hamdija Mustafić, Edhem Eminić, Mevlid Mustafić, Meho Veladžić, Agan Skenderović, Merima Ćurt, Ibrahim Cinac, Safet Isaković, Fuad Kulauzović, Mirsad Selmanović, Milorad Pribičević, Samir Šakanović, Zuhdija Ćatić i Abid Duraković, dok je u dopuni dokaznog postupka ponovo ispitan svjedok Ćordić Safet.

Materijani dokazi Optužbe izvedeni tokom glavnog pretresa su: CD 1- 5. korpus Armije BiH - 505 brigada- od 47 min-53 min i 9 sec.sa prilogom: Transkript CD-a 1; Fotografije (sa CD-a koji je dokaz T1); Crtež - skica koju je nacrtao svjedok W3; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Refika Durakovića br. KT-RZ-141/06 od 18.08.2006; Crtež - skica koju je nacrtao svjedok Refik Duraković na pretresu dana 04.09.2007; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Refika Durakovića br. 14-11/3-103-65-2/05 od 24.11.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka W3 br. 14-11/3-103-47/05 od 13.10.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka W3 br. KT-RZ-141/06 od 03.08.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka W4 br. 14-11/3-103-71-2/05 od 28.11.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka W4 br. KT-RZ-141/06 od 02.08.2006; Crtež - skica koju je nacrtao svjedok W4; Original-topografska karta (vezano za svjedoka W1); Kopija-topografska karta- označena od strane svjedoka W1; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka W1 br. 17-12/3-04-2-193/06 od 22.09.2006; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka W1 br. KT-RZ-141/06 od 04.10.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Emrić Hamdije br. 14-11/3-103-68-2/05 od 29.11.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Emrić Hamdije br. KT-RZ-141/06 od 17.08.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Ćatić Hasana br. 14-11/3-103-63-2/05 od 24.11.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Ćatić Hasana br. KT-RZ-141/06 od 01.08.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Osmanović Alije br. 14-11/3-103-94-1/05 od 13.12.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Osmanović Alije br. KT-RZ-141/06 od 09.01.2007; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Ćordić Safeta br. 17-12/3-04-2-175/06 od 01.09.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Šahinović Senada br. 14-11/3-103-79-2/05 od 05.12.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Šahinović Senada br. KT-RZ-141/06 od 18.08.2006; Kopija-topografska karta- označena od strane svjedoka Kekić Šerifa; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Kekić Šerifa br. 17-12/3-04-2-192/06 od 22.09.2006; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Kekić Šerifa br. KT-RZ-141/06 od 08.01.2007; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Elkasović Agana br. 14-11/3-103-70-2/05 od 05.12.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Nanić Zijada br. 14-11/3-103-87-2/05 od 09.12.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Nanić Zijada br. KT-RZ-141/06 od 09.01.2007; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Jusić Seada br. 14-11/3-103-80-2/05 od 08.12.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Jusić Seada br. KT-RZ-141/06 od 22.01.2007; Spisak komandanata i komandira 505. Bužimске brigade; Personalni karton oficira (Alić Šefika); Naredba br. 05/1-950/94 od 31.12.1994; Izvještaj br. 01-18/95 od 09.03.1995; Prijedlog br. 05-1189/95 od 29.10.1995; Naredba br. 05/53-1813 od 26.11.1995; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Mustafić Hamdije br. 17-12/3-04-2-169/06 od 30.08.2006; Kopija-topografska karta- označena od strane svjedoka Eminić Edhema; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Eminić Edhema br. 14-11/3-103-72-2/05 od 01.12.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Eminić Edhema br. KT-RZ-141/06 od 03.08.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Mustafić

Mevlida br. 17-12/3-04-2-196/06 od 04.10.2006; Kopija-topografska karta- označena od strane svjedoka Mustafić Mevlida; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Veladžić Mehe br. 14-11/3-103-55-2/05 od 15.11.2005; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Veladžić Edhema br. KT-RZ-141/06 od 05.10.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Skenderović Agana br. 14-11/3-103-54-2/05 od 16.11.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Ćurt Merime br. 14-11/3-103-56-2/05 od 15.11.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Cinac Ibrahima br. 14-11/3-103-100-2/05 od 17.12.2005; Zapovjed za logistiku od 04.08.1995; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Šekić Sulejmana br. 17-12/3-04-2-173/06 od 31.08.2006; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Isaković Safeta br. 14-11/3-103-61-1/05 od 22.11.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Kulauzović Fuada br. 14-11/3-103-92-1/05 od 13.12.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Selmanović Mirsada br. 17-12/3-04-2-167/06 od 29.08.2006; Geografska karta prostora oko Makarovače označena od strane svjedoka Pribičević Milorada; Zapisnik SIPA-e o prepoznavanju lica od strane svjedoka Pribičević Milorada br. 14-11/3-103-1/05 od 19.10.2005; Set od 7 fotografija u boji (fotografije žrtava)-MP1-MP7; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Šakanović Samira br. 17-12/3-04-2-211/06 od 20.10.2006; Zapisnik Tužilaštva BiH o saslušanju svjedoka Šakanović Samira br. KT-RZ-141/06 od 08.01.2007; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Ćatić Zuhdije br. 14-11/3-103-64-2/05 od 24.11.2005; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka Duraković Abida br. 14-11/3-103-57-2/05 od 15.11.2005; Kartice nestalih i zarobljenih lica Kancelarije Vlade RS-a za traženje nestalih i zarobljenih lica (za lica Devetak Mirko, Bašić Branko, Boromisa Pero, Stambolija Petar); Smrtni list za lice Bašić Branko od 21.10.2005; Smrtni list za lice Devetak Mirko sa rješenjem o proglašenju nestalog lica umrlim br. R.I.12/98-8; Dopis Dokumentaciono-informativnog centra Veritas, Banja Luka sa dokumentacijom za nestala lica (Devetak Mirko, Bašić Branko, Boromisa Pero, Stambolija Petar); Spisak nestalih i zarobljenih lica Kancelarije Vlade RS-a za traženje nestalih i zarobljenih lica od 21.10.2005 i 07.02.2006; Izvod PU Bužim iz kaznene evidencije za Alić Šefika br. 05-5/03-04-3-185/06 od 28.11.2006; Izvještaj SIPA-e o pretresanju i privremenom oduzimanju predmeta od 02.11.2006 sa dopisom Suda BiH br. X-KRN-06/294 od 03.11.2006; Zapisnik Tužilaštva BiH o otvaranju i pregledu privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije br. KT-RZ-141/06 od 23.01.2007; Vojna knjižica Alić Šefika (plava); Vojna knjižica Alić Šefika (smeđa); Dozvola za kretanje za Alić Šefika; Vojnička beretka zelene boje sa amblemom Armije RBiH; Naredba komandanta 505. Viteške brigade Armije RBiH br. 05/3-665/94 od 31.12.1994; Izvještaj jedinice "Hamza" od 25.02.1995; Uputstvo o primjeni pravila međunarodnog ratnog prava u Oružanim snagama RBiH ("Sl. list Armije RBiH" br. 2/92 od 05.12.1992); Pravila o objavljivanju propisa i drugih akata u Armiji RBiH ("Sl. list Armije RBiH" br. 1/92 od 15.11.1992); Pravilo za rad Službe vojne bezbjednosti u Oružanim snagama RBiH od 1992; Instrukcija Uprave Službe vojne bezbjednosti Sarajevo za angažovanje stranih državljana u Armiji RBiH br. 7-2/73-40 od 22.08.1995; Upit Odjeljenja Službe vojne bezbjednosti komande 5. Korpusa o angažovanju stranih državljana u Armiji RBiH br. 03/632-2 od 25.08.1995; Izvještaj Sektora Službe vojne bezbjednosti 505. Viteške brdske brigade o angažovanju stranih državljana br. 03/27-1-53 od 26.08.1995; Informacija Odjeljenja Službe vojne bezbjednosti komande 5. Korpusa o angažovanju stranih državljana u Armiji RBiH br. 03/632-12 od 04.09.1995; Uputstvo Sektora Službe vojne bezbjednosti 5. Korpusa o postupanju sa stranim državljanima u ratnim zonama br. 06.1/2-719 od 20.10.1994; Crtež lica mjesta - Zona odgovornosti 3 bataljona 505 Viteške brigade-mjesto Ćorkovača; br. SL/06 od 23.08.2006; Naredba komandanta 5. Korpusa o razriješenju svjedoka Hamdije Mustafića br. 05/53-88 od 16.01.1995; Pregled 505. Viteške brdske

brigade o promjenama na personalnim podacima za svjedoka Hamdije Mustafića od 28.04.1999; Medicinska dokumentacija Više vojnoljekarske komisije Bihać za svjedoka Hamdije Mustafića: nalaz br. 06/1067-2431 od 21.01.1995; nalaz br. 06/1067-3026 od 06.05.1995; nalaz br. 06/1067-3496 od 24.06.1995; nalaz br. 06/1067-4794 od 16.10.1995. ; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka W5 br. 17-12/3-04-2-194/06 od 28.09.2006.godine; Zapisnik SIPA-e o saslušanju svjedoka W5 br. 17-12/3-04-2-79/07 od 20.11.2007.godine; DVD snimak-postrojavanje bataljona "Hamza";DVD snimak-sahrana komandanta bataljona "Hamza" Izeta Nanića; Transkript DVD snimaka T92 i T93.

Svjedoci odbrane ispitani tokom glavnog pretresa su: Mevlid Mustafić, Sulejman Čaušević, Nisvet Begović, Besim Abdić, Meho Veladžić, Jusić Dževad i Hamdija Mustafić.

Odbrana je prezentirala slijedeće materijalne dokaze: DVD snimak nastao tokom kritične operacije; Fotodokumentacija (isječci) sa DVD snimka-12 stranica-72 isječka; Transkript DVD snimka; bordo beretka; fotokopija stranica 66 i 276 MKCK knjige nestalih osoba sa područja bivše Jugoslavije; fotokopija priručnika BOFORS; fotokopija legitimacije SVB; Naredba od 3.10.1992.godine broj: Pov – 371-131, kojom se optuženi postavlja na mjesto komandira voda vojne policije.

3. Procesne odluke

a) Zaštita i način ispitivanja svjedoka prema mogućnostima predviđenim Zakonom o zaštitu svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka

Optužnicom Tužilaštva BiH broj: KT –RZ- 141/06 od 30.01.2007.godine predloženo je, između ostalih, i ispitivanje svjedoka pod pseudonimima W1 i W2, kojima je rješenjem sudije za prethodno saslušanje Suda BiH od 31.01.2007.godine dodijeljena zaštita identiteta kroz naznačene pseudonime.

Neophodnost ove zaštite potvrđena je i rješenjem ovog Suda od 15.05.2007.godine, dok se način ispitivanja ovih svjedoka razmatrao nakon neposredne komunikacije sa svjedocima (kako će to biti obrazloženo u daljem tekstu).

Međutim, tokom glavnog pretresa, neki od optužnicom predloženih svjedoka iskazali su strah po vlastitu i sigurnost svojih porodica, što je dovelo do dodjeljivanja zaštite za još 3 svjedoka.

Odlučujući o prijedlogu Tužilaštva BiH broj KT –RZ- 141/07 od 14.05.2007.godine, Sud je, nakon nejavne usmene rasprave kojoj je pored stranaka i branica prisustvovao i svjedok, dana 18.05.2007.godine donio rješenje kojim je ovom svjedoku dodijeljen pseudonim W3 te određen tehnički način svjedočenja.

Isti, sigurnosni, razlozi, doveli su i do prijedloga tužioca Tužilaštva BiH podnesenog dana 15.06.2007.godine tokom glavnog pretresa, da se prema još jednom, u optužnici identifikovanom svjedoku, odrede mjere zaštite identiteta koje bi se posebno manifestovale kroz tehničku izvedbu svjedočenja.

Sud je takođe, nakon istovrsne nejavne rasprave, istog dana donio rješenje kojim je predloženom svjedoku dodijeljen pseudonim W4 i zaštita kroz način ispitivanja.

Tužilaštvo je i 21.01.2008.godine podnijelo prijedlog za zaštitu svjedoka, o čemu se raspravljalo tokom nejavnih dijelova glavnog pretresa održanog 21.01. i 12.02.2008.godine, nakon čega je dana 13.02.2008.godine donio rješenje kojim je ovom svjedoku dodijeljen pseudonim W5, te određena tehnička izvedba zaštite identiteta.

Svi navedeni svjedoci, osim svjedoka W2 (što će biti obrazloženo u daljem tekstu) svjedočili su u javnom glavnom pretresu, ali iza paravana koji je skrivao njihov lik od javnosti, dok je za vrijeme prezentacije video snimka na kojem su svjedoci mogli prepoznati mnoge aktere događaja, javnost, uz saglasnost stranaka i branioca, bila isključena.

Dana 11.12.2007.godine, nakon što je tužilac Tužilaštva BiH predložio i dodatne mjere zaštite za svjedoka W2, Sud je, u nejavnoj sjednici ispitao svjedoka o potrebi ove zaštite. Svjedok je, međutim, odustao od bilo kakvog oblika zaštite, pa i upotrebe pseudonima, ističući kako svoj iskaz želi dati u javnom pretresu, čemu se ni stranke odnosno branioci nisu usprotivili, zbog čega je Sud, temeljem odredbe člana 13. stava 3 Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka, donio rješenje kojim je ukinuo mjere zaštite dodijeljene ovom svjedoku rješenjima od 31.01. i 15.05. 2007.godine.

b) Odluka o neprihvatanju pojedinih dokaza

Prilikom prezentacije materijane dokumentacije dana 14.01.2008.godine, Tužilac je kao dokaz ponudio i iskaze optuženog Alić Šefika, i to zapisnik broj: 14-11/3-103-74-2/5 od 1.12.2005.godine, o saslušanju Alić Šefika od strane djelatnika Državne agencije za istrage i zaštitu (SIPA) i zapisnik broj: KT –RZ- 141/06 od 2.11.2006.godine, o ispitivanju osumnjičenog Alić Šefika u Tužilaštvu BiH.

Izvođenje ovih dokaza Sud je, temeljem odredbe člana 263. stava 2. ZKP BiH, odbio.

Naime, polazeći od činjenice da optuženi nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja, kako je to i zagarantovao odredbom člana 6 stava 3 ZKP BiH, a koje pravo je optuženi i iskoristio ne iznoseći svoju odbranu tokom glavnog pretresa, Sud nije mogao odstupiti od principa neposrednog izvođenja dokaza i prihvatiti ponuđene iskaze.

Prihvatanje ovih dokaza bilo bi i u suprotnosti sa odredbom člana 273., posebno stava 2. kojim su izričito propisane situacije u kojima se može pročitati iskaz osobe saslušana tokom istrage, odnosno u kom članu je taksativno navedeni izuzetci od neposrednog izvođenja dokaza i člana 281. stava 1. kojim se garantuje neposrednost u izvođenju dokaza, odnosno da se presuda zasniva samo na dokazima koji su izneseni na glavnom pretresu.

Prihvatanje ovih iskaza moglo bi se jedino cijeniti u slučaju da je optuženi tokom glavnog pretresa iznio svoju odbranu, pa i onda pod ograničenjima iz stava 1. člana 273., a analogno, i onim iz člana 84. stav 1. ZKP BiH.

Jasno je, dakle, da pravo optuženog da se brani šutnjom nije i ne može biti ograničeno.

U donošenju ovakve odluke Sud je cijenio i garancije prava na odbranu iz člana 230 stav 3 i člana 231 stav 6 ZKP BiH, koje propisuju da se izjava i o priznanju krivnje, odnosno,

priznanje krivnje po sporazumu sa Tužilaštvom, u slučaju neprihvatanja od strane suda, ne mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku.

I konačno, imajući u vidu član 6. stav 3. ZKP BiH i član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji određuju da optuženi nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja, što je optuženi i iskoristio, u dovoljnoj mjeri pojašnjava stav Suda da se ne prihvati prijedlog Optužbe o prihvatanju iskaza optuženog, datih u istražnom postupku.

4. Završne riječi

a) Tužilaštvo

Optužba navodi da su se navodne radnje dogodile u kontekstu oružanog sukoba, te da su žrtve tih radnji bile "osobe zaštićene" zajedničkim članom 3. Ženevskih konvencija.

Ističući kako radnje opisane u tačkama 1 do 6 optužnice predstavljaju teške povrede Ženevskih konvencija u obliku krivičnih djela nečovječnog postupanja i ubistva četiri ratna zarobljenika iz člana 175. (a) KZ BiH, tužilac smatra da je dokazano da je optuženi krivično odgovoran prema članu 180. stav 1. KZ BiH zbog direktnog ili konstruktivnog učešća u ovim radnjama. Štaviše, tužilac tvrdi da je optuženi krivično odgovoran po osnovu člana 180. stav 2. KZ BiH zbog toga što svojim nadređenima nije prijavio kada je znao ili je imao razloga da zna da je Al Harbi Tewfik ubio ratne zarobljenike, te zato što nije preduzeo nijednu radnju kako bi ta ubistva istražio, a počinitelje kaznio. U tom pogledu, tužba naglašava da pojedinci na pozicijama autoriteta mogu krivično odgovarati na osnovu svoje *de facto* i *de jure* pozicije nadređenih.

Tužilac smatra dokazanim da je optuženi, zajedno sa Teufikom, lično i neposredno učestvovao u nečovječnom postupanju prema zarobljenicima. On je to činio izgovaranjem riječi prijetnje i zastrašivanja; fizičkim držanjem i mučenjem zarobljenika; i koristeći jednog od ratnih zarobljenika kao mamac ili kao izviđača da bi našao srpsko komandno mjesto. Tužilac tvrdi da se ponašanje optuženog (a što je detaljno opisano dalje u tekstu) jasno svodi na nečovječno postupanje i samo je po sebi u suprotnosti sa međunarodnim humanitarnim pravom.

Tužilac tvrdi da je odmah nakon što je Mirko Devetak, prvi ratni zarobljenik, uhvaćen, Tewfik Al Harbi je pokušao dobiti nož da napadne zarobljenika. U tome ga je spriječio svjedok W3 i ostali pripadnici 1.čete bataljona Hamza. Tužilac prihvata da optuženi nije bio neposredno prisutan za vrijeme te scene sa nožem i ne nastoji na pripise Aliću da je znao za Tewfikovo neprijateljsko raspoloženje na osnovu te scene. Tužilac dalje tvrdi da je nedugo nakon te scene sa nožem, zarobljenik predat na čuvanje i pod kontrolu optuženog, koji je, zajedno sa Tewfikom Al Harbijem, prijetio i zastrašivao zarobljenika. Tužilac navodi da se jedan od prijetećih trenutaka desio nakon uvodnog ispitivanja kada se Tewfik predstavio zarobljeniku kao mudžahedin i rekao zarobljeniku "Dođem, ubijem jednog po jednog" na šta je optuženi odgovorio da on (tj. Tewfik) samo kolje. Tužilac tvrdi da to što je optuženi spomenuo sklonost počinioca da kolje predstavlja huškački i podrivački jezik. On takođe tvrdi da je namjera ovog komentara bila da unese strah u tog zarobljenika i da je bio znak bezobzirne ravnodušnosti optuženog.

Tužilac dalje tvrdi da je optuženi prvi počeo ponašati se prema ratnim zarobljenicima na nečovječan način kada ponižavajućim riječima naziva ratne zarobljenike svojim *kumom* i Tewfikovim *kumom*. Dakle, tužilac smatra dokazanim da je optuženi, ne samo bio prisutan, već je bio u timu sa Tewfikom, podsticao ga, dajući mu moralnu i praktičnu podršku u njegovom nastojanju da zastraši ovog zarobljenika.

Tužilac dalje tvrdi da su se prijetnje nastavile i pojačale se do bezobzirnog fizičkog zlostavljanja i zastrašivanja ratnih zarobljenika. Da bi potkrijepio ovaj argument, tužilac se oslanja na video snimak koji prikazuje Tewfika koji, u prisustvu optuženog, drži Stambolija Petra za kosu i govori zarobljeniku da ima garancije da će ostati živ samo ako bude govorio istinu. Osim toga, tužilac tvrdi da se optuženi pridružio Tewfiku u mučenju zarobljenika kada je (jedanput) udario Boromisa Peru rukom po leđima za vrijeme ispitivanja i dopustio Tewfiku da udari zarobljenika dva puta u lice dok ga je fizički držao. Konačno, tužilac skreće pažnju vijeću na fizičko zlostavljanje kojem je podvrgnut četvrti zarobljenik, Branko Bašić, kojeg Tewfik vuče za uho, a optuženi udara rukom po glavi. Kao zaključak, tužilac se poziva na video snimak koji prikazuje Tewfika kako čuva zarobljenike uz pomoć dugačkog štapa kao da su ovce.

Nadalje, tužilac tvrdi da je prvi ratni zarobljenik bio izložen opasnosti prema međunarodnom humanitarnom pravu kada mu je data puška, bez municije, i kada je bio prisiljen da ide na čelu kolone vojnika bataljona Hamza prema srpskim linijama i komandi srpskog bataljona, prema Pavlovom Brdu (Majdanu), kao izviđač i kao "mamac" da bi se zarobili drugi vojnici Vojske Srpske Krajine. Tužilac tvrdi da je izlaganje zarobljenika nepotrebnoj opasnosti, bez razmišljanja o njihovoj sigurnosti, predstavljalo dalje mučenje zarobljenika.

Na kraju, tužilac tvrdi, na osnovu iskaza svjedoka, da je zlostavljanje zarobljenika od strane Tewfika, trajalo daleko duži vremenski period nego što je prikazano na video snimku. Tužilac navodi da je takvo zlostavljanje neraskidivo vezano za zlostavljanja koja su se dogodila u Alićevom prisustvu i da je takvo zlostavljanje u potpunosti dio jedne kontinuirane transakcije u kojoj je sam optuženi bio aktivan učesnik.

Tužilac je naveo da je nepobitno dokazano, na osnovu iskaza svjedoka kao i video snimaka, da je Tewfik ubio zarobljenike. Tužilac, međutim, tvrdi da su na kraju ubistva bila povezana sa Alićevim prethodnim "uznemiravajućim lošim ponašanjem", zajedno sa podrivačkim i huškačkim jezikom, koji je poslao poruku Tewfiku i ostalim vojnicima bataljona Hamza da je on i opraštao i odobravao nasilje nad zarobljenicima. Stoga tužilac tvrdi da je optuženi bio dužan da preduzme odlučnu akciju da eliminiše zlostavljanje, budući da je znao da su zarobljenici izloženi kontinuiranoj opasnosti, te je zato što to nije učinio on krivično odgovoran za ubistva zarobljenika koja su uslijedila.

Tužilac smatra dokazanim da je optuženi imao privilegiju rukovođenja u bataljonu Hamza i da je, kao oficir za bezbjednost u bataljonu, imao konkretnu funkcionalnu ulogu u vezi sa zarobljenicima; kao što je ispitivanje zarobljenika i praćenje zarobljenika do komande bataljona. Osim toga, tužilac smatra dokazanim da je optuženi bio u superiornoj poziciji u odnosu na Tewfika, imao stvarnu kontrolu nad Tewfikom, čak i ako je to bilo privremeno ili na *ad hoc* osnovi, i imao fizičku sposobnost da spriječi Tewfika da počini zločine, odnosno da ubije ratne zarobljenike.

b) Odbrana

U svom odgovoru na glavne navode optužbe, odbrana ne osporava da se u augustu 1995. godine na teritoriji Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske vodio oružani sukob između snaga Armije Bosne i Hercegovine i Armije Srpske Krajine. Odbrana takođe ne osporava da je optuženi učestvovao u vojnoj operaciji "Oluja" koja se vodila 5. augusta 1995. godine. Međutim, odbrana negira da je optuženi imao položaj pomoćnika komandanta za bezbjednost, te da su, njegove dužnosti i obaveze obuhvatale ispitivanje zarobljenika i pružanje zaštite istima, kako navodi optužnica. Shodno tome, odbrana osporava argument Tužilaštva da je optuženi krivično odgovoran za ubistva ratnih zarobljenika prema doktrini komandne odgovornosti, odnosno, da je optuženi bio pomoćnik komandanta za bezbjednost, da je imao efektivnu kontrolu nad Tewfikom, da je znao ili imao razloga da zna da će ubistva biti izvršena, te da nije spriječio ili kaznio počinioca.

Odbrana takođe ne osporava da su zarobljenici uhvaćeni 5. augusta 1995. godine. Ona međutim odbacuje navode optužbe da je optuženi imao kontrolu nad zatvorenicima i da ih je podvrgao nečovječnom postupanju. Odbrana takođe priznaje da je optuženi dao usmenu izjavu o jednom zarobljeniku (to jeste, nazvao Peru Boromisa svojim *kumom*), te da je imao fizički kontakt sa ratnim zarobljenikom dok su išli prema koti Hleb (odnosno da je jednog zarobljenika držao za rame). Odbrana, međutim, navodi da su mjere vezivanja bile u skladu sa onim što je tada bilo objektivno prihvatljivo, te da navodna zastrašujuća izjava optuženog nije sadržala nikakvu moguću prijetnju s obzirom da je, prema navodima odbrane, nazivanje nekoga *kumom* čast a ne prijetnja. Odbrana takođe tvrdi da je Tužilaštvo fabrikovalo činjenice u predmetu kada je navelo da su sva četiri zarobljenika bili zajedno na čelu kolone, da su bili fizički zlostavljani i da ih je strani vojnik udarao nogom i da su zajedno odvedeni na kotu Hleb u društvu optuženog, stranog vojnika i drugih pripadnika bataljona "Hamza". U pogledu navoda koji se odnosi na to da je Mirko Devetak bio korišten kao "mamac", odbrana ne osporava da je zarobljenik išao sa vojnicima bataljona "Hamza" u blizini kote Hleb. Međutim, odbrana osporava da je zarobljenik bio prisiljen da ide na čelu kolone, te da je bio korišten kao izviđač i "mamac" za srpske vojnike. Zaključno, odbrana tvrdi da Tužilaštvo nije dokazalo van razumne sumnje da je činjenje ili nečinjenje optuženog uzrokovalo snažne duševne i fizičke patnje ili povrede ili da je predstavljalo ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo.

U pogledu navodnih ubistava zarobljenika, odbrana negira da se individualna krivična odgovornost za ubistva raznih zarobljenika treba pripisati optuženom. Prvo, odbrana odbacuje tvrdnju da je optuženi podstrekao, pomagao njihova ubistva navodeći da kod njega nije postojao uslov *mens rea*. Drugo, odbrana osporava identitet žrtava. Iako ne osporava da su pogubljene četiri osobe, kako to prikazuju video snimci, odbrana osporava da su te žrtve bili zarobljenici koji se navode u optužnici. Odbrana takođe tvrdi da Tužilaštvo nije dokazalo na koji su način žrtve ubijene. Takođe, odbrana ističe, nakon završetka postupka, da tijela zarobljenika navedenih u optužnici nisu pronađena, a nije izvršeno ni DNK vještačenje da bi se utvrdio identitet žrtava. Odbrana takođe smatra da pismeni dokazi koje je ponudio tužilac ne potkrepljuju njegove navode koji se tiču identiteta žrtava, datuma njihove smrti i mjesta gdje su nestali.

Shodno tome, odbrana tvrdi da u slučaju sumnje, treba rješiti u korist optuženog.

Kao odgovor na argument tužioca, odbrana tvrdi da ponašanje optuženog ne doseže nivo nečovječnog postupanja kako se to zahtijeva prema međunarodnim standardima. Odbrana navodi da nijedan od svjedoka Tužilaštva nije svjedočio da je vidio optuženog kako učestvuje u fizičkom i duševnom zlostavljanju zarobljenika. Naprotiv, mnogo svjedoka je reklo da je optuženi bio hrabar vojnik i da oni nisu nikada čuli ili vidjeli optuženog da maltretira nekog zarobljenika. Osim toga, odbrana ističe da se bilo kakvo maltretiranje zarobljenika može nesumnjivo pripisati Tewfiku.

Nadalje, odbrana tvrdi da optuženi nije imao nikakvu kontrolu niti nadzor nad zarobljenicima, niti je bio dužan da pruži sigurnost zarobljenicima. Odbrana takođe smatra da je tužilac izveo pogrešan zaključak da je optuženi imao namjeru da zastrašuje i prijeti zarobljenicima kada je držao jednog od ratnih zarobljenika odzada za majicu i obraćao se Boromisa Peri i Stambolija Petru kao *kumovima*.

Takođe, odbrana pobija navode tužioca da je optuženi koristio Devetak Mirka kao izviđača da pronađe srpsko komandno mjesto. Odbrana ističe da dokazi jasno pokazuju da se zarobljenik doborovoljno javio da pokaže lokaciju vojnicima bataljona Hamza i da je zarobljenik išao slobodno, nevezanih ruku, kada je odveo kolonu do srpskog komandnog mjesta.

Konačno, odbrana tvrdi da je tužilac fabrikovao određene činjenice koje se tiču fizičkog zlostavljanja i da nije dokazao van razumne sumnje da je optuženi učestvovao u fizičkom i duševnom zlostavljanju zarobljenika na način opisan u optužnici.

S druge strane, odbrana ističe da optuženi nije imao *mens rea* koji se zahtijeva kao preduslov, te da se ne može smatrati krivično odgovornim za djela drugih.

S druge strane, a odgovarajući na optužbu o komandnoj odgovornosti, odbrana tvrdi da tužilac nije van razumne sumnje dokazao da je optuženi bio *de jure* ili *de facto* pomoćnik komandanta za bezbjednost. Odbrana ističe da dokazi Tužilaštva u vezi sa položajem optuženog dokazuju njegovu nevinost; mnogi svjedoci Tužilaštva su rekli da lično ne znaju koji čin je optuženi imao, a samo su od drugih vojnika čuli o njegovom navodnom postavljenju za pomoćnika komandanta. Nadalje, odbrana ističe da svi pisani dokazi jasno ukazuju da optuženi nije bio pomoćnik komandanta za bezbjednost u vrijeme navedeno u optužnici.

Odbrana dalje tvrdi da optuženi nije imao stvarnu kontrolu nad Tewfikom. Prema tome, optuženi nije imao ni ovlaštenje ni dužnost da kazni Tewfika za maltretiranje zarobljenika. Odbrana dalje tvrdi da je samo Bajraktarević Asim, komandant bataljona Hamza, imao kontrolu nad Tewfikom, direktno je znao za Tewfikovo nasilničko ponašanje, te nije spriječio i kaznio počinioca.

Konačno, odbrana tvrdi da tužilac nije dokazao da su, nakon smrti komandanta brigade, sva četiri zarobljenika odvedena na kotu Hleb, te da su ih tamo ubili Tewfik i ostali vojnici bataljona Hamza.

5. Primjenjivo pravo

U pogledu pitanja primjenjivog materijalnog zakona, neophodno je istaći zašto se neprimjenjuju odredbe KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme relevantnih događaja.

Naime, član 3. KZ BiH propisuje načelo zakonitosti, odnosno da se krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju samo zakonom te da nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna. Nadalje, član 4. KZ BiH propisuje da se na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se onaj koji je blaži za učinioca.

Načelo zakonitosti propisano je takođe i članom 7. stav 1. Evropske konvencije. Evropska konvencija ima prioritet nad svim ostalim zakonima u BiH prema članu 2. stav 2. Ustava BiH. Ova odredba Evropske konvencije sadrži generalno načelo kojim se zabranjuje teža kazna od one koja je bila primjenjiva u momentu kad je kazneno djelo počinjeno, ali se ne propisuje primjena najblažeg zakona.

Međutim, član 4a) KZ BiH propisuje da članovi 3. i 4. KZ BiH ne sprječavaju suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo „*krivično djelo u skladu sa općim načelima međunarodnog prava.*„ Isto tako, i član 7. stav 2. Evropske konvencije daje isti izuzetak uz uslov da stav 1. istoga člana „*ne utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema opštim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.*“

(vidi takođe član 15. stav 1. i 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji sadrži slične odredbe. Država Bosna i Hercegovina, kao jedna od država nasljednica Jugoslavije, ratifikovala je ovaj Pakt.)

Ovim se utvrđuje mogućnost odstupanja, pod propisanim uslovima, od načela utvrđenih u članu 3. i 4. KZ BiH (te članu 7. stav 1. Evropske konvencije) a time i odstupanja od primjene krivičnog zakona primjenjivog u vrijeme počinjenja, i primjene blažeg zakona u postupcima koji se vode za djela koja predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu.

Sud ističe da krivična djela za koja se optuženi tereti predstavljaju krivična djela prema međunarodnom običajnom pravu te stoga spadaju pod „*opća načela međunarodnog prava*“ kako je to utvrđeno članom 4a) Zakona o izmjenama i dopunama KZ BiH i „*opće principe prava priznatih od strane zajednice naroda*“ kakve utvrđuje član 7. stav 2. Evropske konvencije, pa se u ovom predmetu, na osnovu ovih odredaba, može primijeniti KZ BiH.

Nadalje, činjenica da se krivičnopravne radnje nabrojane u članu 175. KZ BiH mogu pronaći i u zakonu koji je bio na snazi u relevantnom vremenskom periodu - u vrijeme izvršenja djela, i to u članu 144 KZ SFRJ, odnosno, da su ta krivična djela bila kažnjiva i po tada važećem krivičnom zakonu, takođe dodatno doprinosi zaključku Suda u vezi sa načelom zakonitosti.

I na kraju, primjena KZ BiH je dodatno opravdana činjenicom da je zapriječena kazna predviđena KZ BiH, u svakom slučaju blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, čime se zadovoljava načelo vezano za vremensko važenje krivičnog zakona, tj. primjena blažeg zakona za učinitelja.

Ovakav stav Suda je u skladu sa stavom zauzetim u presudi Odjela I Apelacionog odjeljenja Suda BiH u presudi izrečenoj protiv Abduladhima Maktoufa, broj KPŽ 32/05 od 4. aprila 2006. godine, te presudi protiv Dragoja Paunovića broj KPŽ 05/16 od 27. oktobra 2006. godine, a što je potvrđeno i odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj : AP - 1785/06 od 30.03.2007.godine.

6. Nalazi suda

a) Opća razmatranja

Rukovodeći se prvenstveno principom slobodne ocjene dokaza, zagwarantovanim odredbom člana 15 ZKP BiH, Sud je cijeli glavni pretres vodio u cilju *osiguranja da niko nevin ne bude osuđen, a da se učinitelju krivičnog djela izrekne krivičnopravna sankcija pod uslovima propisanim u Krivičnom zakonu BiH i u zakonom propisanom postupku*, zbog čega je, radi svestranog pretresanja predmeta i konačno, utvrđenja istine, dozvolio pozivanje svjedoka Optužbe i od strane Odbrane, te korištenje video zapisa, i Optužbe i Odbrane.

U toku glavnog pretresa, pretresno vijeće je cijeno dokaze u ovom predmetu u skladu sa važećim Zakonom o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

Član 3. stav 1. ZKP BiH određuje da se optuženi smatra nevinim dok se ne utvrdi njegova krivnja. Zbog toga je na Optužbi teret utvrđivanja krivice optuženog, a u skladu sa članom 3. stav 2. ZKP BiH, Optužba to mora utvrditi van svake razumne sumnje. Činjenica da Odbrana nije osporila određene činjenične navode iz optužnice ne znači da je Sud te činjenice prihvatio kao dokazane. Teret dokazivanja je ostao na Optužbi za svaki navod tokom cijelog suđenja. Prema tome, pri utvrđivanju da li je Optužba van svake razumne sumnje dokazala svoje navode u predmetu, pretresno vijeće je pažljivo razmotrilo da li postoji neko razumno tumačenje izvedenih dokaza osim krivice optuženog, te da li su utvrđeni svi elementi zločina i oblici odgovornosti za koje ga optužnica tereti. Bilo kakva nejasnoća ili sumnja je riješena u korist optuženog u skladu sa principom *in dubio pro reo*.

Prema članu 15. ZKP BiH, pretresno vijeće može slobodno ocjenjivati dokaze. Prema tome, pretresno vijeće je pažljivo razmotrilo optužbe protiv optuženog u svjetlu svih zapisa, uključujući sve dokaze koje su iznijeli Optužba i Odbrana. U ocjenjivanju dokaza datih u toku glavnog pretresa, pretresno vijeće je, između ostalog, sa dužnom pažnjom razmotrilo individualne okolnosti svjedoka, uključujući njihovu potencijalnu umiješanost u događaje, rizik od samo-optuženja, te njihovu vezu sa optuženim. Pretresno vijeće je takođe razmotrilo internu dosljednost svjedočenja svakog svjedoka tokom direktnog i indirektnog ispitivanja, te ih uporedilo sa izjavama svjedoka datim u fazi istrage.

Bilo je slučajeva kada se usmeno svjedočenje nekog svjedoka razlikovalo od onoga što je rekao u prethodnoj izjavi. Pretresno vijeće konstatuje da je prošlo trinaest godina od događaja navedenog u optužnici, te vjerovatnoću da su te godine imale uticaja na tačnost i pouzdanost sjećanja svjedoka. Pretresno vijeće takođe priznaje da zbog prirode krivičnog postupka svjedoku mogu na suđenju biti postavljena pitanja drugačija od onih na ranijim ispitivanjima i/ili da se on može sjetiti dodatnih detalja kada mu se postavi određeno pitanje na sudu. Ipak, ova pitanja traže pažljivo preispitivanje pri utvrđivanju težine koja će se dati svakom takvom dokazu.

Imajući u vidu da se dokazi u ovom predmetu odnose na događaje od prije trinaest godina, Sud nije tretirao kao diskreditirajuća manja odstupanja između dokaza raznih svjedoka ili između dokaza određenog svjedoka i izjave koju je isti svjedok dao ranije. Ako se svjedok prisjetio suštine predmetnih događaja, periferne devijacije nisu dovele u pitanje istinitost dokaza.

Međutim, u slučajevima ponovljenih kontradikcija u izjavi nekog svjedoka, Sud je posebno cijenio opću prihvatljivost ovakve izjave. Na primjer, za vrijeme direktnog ispitivanja, svjedok W5 je izjavio da je vidio optuženog kako odlazi zajedno sa zatvorenicima, Tewfikom i još trojicom vojnika "Hamza" bataljona. Za nekoliko minuta, je čuo pucnje puške kojima su navodno pogubljeni ratni zarobljenici. Međutim, prilikom unakrsnog ispitivanja, od strane odbrane i ispitivanja od strane pretresnog vijeća, svjedok nije mogao potvrditi svoje ranije izjave u vezi sa prisutnošću optuženog u vrijeme kada su pogubljenja izvršena i povukao svoju raniju izjavu. Iskaz ovog svjedoka Sud nije prihvatio kao pouzdan.

Nadalje, Sud je posebno cijenio i činjenicu da je tokom glavnog pretresa, postalo očigledno da se, u određenim pitanjima, izjave nekih svjedoka bitno razlikuju od njihovih ranijih izjava. Neki svjedoci su izjavili da su te razlike posljedica načina ispitivanja prilikom davanja ranijih izjava, posebno ukazujući na pritisak od strane istražitelja SIPA-e.

Ova neslaganja Sud je cijenio u kontekstu svih svjedočenja, i optužbe i odbrane, posebno imajući u vidu činjenicu da su izjave tokom istrage svjedoci davali ovlaštenim službenim osobama – zaposlenicima SIPAe, koji su dužni postupati u skladu sa pravilima ZKP BiH.

Uvidom u zapisnike sačinjene tokom ispitivanja od strane SIPAe, Sud je utvrdio njihovu zakonitost, odnosno pravilan tok vođenja, sačinjavanja i na kraju, i potpisivanja zapisnika od strane svjedoka.

Očito je, dakle, da su promjene iskaza u dijelu koji se odnosi na ulogu optuženog u kritičnoj akciji, bile upravljene na spriječavanje dokazivanja navoda iz optužnice, te su izjave ovih svjedoka date na glavnom pretresu, cijanjene u svijetlu onih, datih tokom istrage.

Uz to, u svijetlu gore navedenih faktora, posebno rizika od samo-optuženja, pretresno vijeće nije u potpunosti uvjereno da su dokazi koje je čulo od određenih svjedoka pouzdani u cjelosti. Zbog toga je pretresno vijeće pažljivo cijanjeno njihova svjedočenja i oslanjalo se na njih samo ako su bila potkrijepljena drugim dokazima.

Pored dodatnih dokaza, Sud je prihvatao svjedočenja po čuvenju kao i posredne dokaze, što je uobičajena praksa ovog Suda. Svjedočenje po čuvenju je svjedočenje o činjenicama koje nisu dio vlastitog znanja svjedoka koji daje iskaz. U ocjenjivanju dokazne vrijednosti svjedočenja po čuvenju, Sud je pažljivo cijanjeno indicije o vjerodostojnosti istih, te je u tu svrhu, ocjenjivao da li su izjave bile dobrovoljno date, istinite i vjerodostojne. U nekim slučajevima, Sud se oslonio na indirektno dokaze, odnosno dokaze koji okružuju događaj ili

krivično djelo iz kog predmetna činjenica može biti razumno izvedena, kako bi utvrdio da li se može izvesti određeni činjenični zaključak. Sud je, međutim, izveo razuman zaključak, ako je to bio *jedini* mogući razuman zaključak. ¹

Od posebne važnosti u ovom predmetu su dokazi video snimaka koje su izveli optužba i odbrana. Pretresno vijeće nije smatralo da ovi materijalni dokazi nisu autentični, ali ih nije automatski prihvatilo kao tačan prikaz predmetnih činjenica. Pretresno vijeće je ove dokaze cijeno u kontekstu sudskog zapisa u cjelini, uključujući i izjave svjedoka Mehe Veladžića, brigadnog snimatelja koji je bio nespornan autor video snimaka. Vijeće je takođe uzelo u obzir činjenicu da tužilac nije osporio autentičnost video materijala odbrane (dok je Odbrana revno osporavala autentičnost video snimaka Tužbe); u stvari, tužilac se jako oslonio na njih u svojim završnim riječima. Na osnovu izjave svjedoka koja se odnosi na tačnost video materijala Optužbe,² oslanjanje tužioca na video materijal Odbrane u prikupljanju dokaza, te činjenicu da video snimci Odbrane tretiraju iste događaje ali su boljeg kvaliteta i duže pokrivaju događaje, pretresno vijeće se u rekonstrukciji predmetnih događaja i donošenju određenih činjeničnih zaključaka u pogledu krivične odgovornosti optuženog oslonilo samo na video materijale Odbrane. Naime, iako svjestan osjetljivosti ovakve vrste dokaza – medija, Sud je kroz ponavljano prikazivanje video zapisna Optužbe, opetovano vraćanje na pojedine segmente, a sve to imajući u vidu iskaze mnogih svjedoka koji su bili na licu mjesta događaja, nedvojbeno zaključio sa ovaj video zapis ne predstavlja jedinstven zapis jednog vremeneskog perioda, obzirom da jedan dio koji se zaista i desio, a što nesumnjivo proizilazi iz iskaza svih svjedoka, u video zapisu koji je Optužba predočila, je očigledno "isječen".

Očite su, zaključuje Sud, određene nelogičnosti u slijedu prikazanih događaja, što je tek u daljem toku glavnog pretresa, kada je Odbrana prezentirala svoj video snimak – zapis iste kritične akcije, ukazalo na namjeru Optužbe da neprikazivanjem pojedinih segmenata, posebno momenta kada optuženi Šefik Alić predaje zarobljenike komandantu bataljona a potom se udaljava sa lica mjesta, ospori stvarno ponašanje i učešće optuženog u kritičnoj akciji.

Upravo imajući u vidu ove razloge, Sudeće vijeće se u daljem razmatranju dokaza i činjenica, pozivati samo na video-snimke odbrane.

Nadalje, pretresno vijeće smatra da su u konkretnom predmetu materijalni dokazi obimni i posebno važni. U toku suđenja, u dokaze je uvršteno nekoliko dokumenata koje je Odbrana osporavala. Pretresno vijeće je posebno ispitalo svaki dokaz na koji je Odbrana imala prigovor s ciljem da donese odluku o njihovoj pouzdanosti i dokaznoj vrijednosti.

Odbrana je tvrdila da su neki dokumenti "za koje ne postoje nikakvi dokazi o autorstvu ili originalnosti" nepouzdana, te da nemaju nikakvu težinu. Odbrana posebno osporava prihvatljivost pojedinih dokaza ponuđenih od strane Optužbe, koji nemaju potpis, te zbog toga ne ispunjavaju uslov potreban za dokazivanje svoje originalnosti.

Činjenica da dokument nije potpisan ili da nema pečat, ne znači nužno da dokument nije originalan.³⁰ Pretresno vijeće nije, *a priori*, cijeno da dokumenti bez potpisa ili pečata nisu

¹ Svjedok je tokom glavnog pretresa rekao da je video materijal optužbe montiran i režiran u pogledu redoslijeda događaja.

² Predmet Tužilac protiv Radislava Ljubinca, broj X-KR-05/154, presuda od 8.3.2007. godine, potvrđena od strane Žalbenog vijeća suda BiH drugostepenom presudom od 4.10.2007. godine. *Vidi* i predmet *Tužilac*

originalni. Imajući u vidu sve vrijeme princip da teret dokazivanja leži na Tužilaštvu, Pretresno vijeće je preispitalo sve izvedene dokaze, jedan po jedan, te se uvjerio da je Optužba van svake razumne sumnje dokazala njihovu autentičnost. Da bi ocijenilo autentičnost dokaza, pretresno vijeće ih je razmatralo u svjetlu dokaza, kao što su ostali materijalni dokazi i izjave svjedoka. Pored toga, čak i kada se uvjerilo u autentičnost određenog dokumenta, vijeće je njegovu vrijednost cijeno u svjetlu svih dokaza.

Naime, članom 10. ZKP-a BiH definiran je pojam nezakonitog dokaza, na način da se kao pravno nevaljani dokazi određuju oni izvori saznanja koji su pribavljeni ili izvođeni na zakonom zabranjen način. Dokazi pribavljeni povredama osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i bitnim povredama procesnog zakona označavaju se kao nezakonito dobiveni dokazi, koji zajedno sa dokazima pribavljenim na nezakonit način predstavljaju pravno nevaljane dokaze na kojima nije moguće temeljiti sudsku odluku.

Pitanje nezakonitih dokaza se može svrstati u tri osnovne kategorije:

1. dokazi pribavljeni povredama određenih temeljnih prava i sloboda,
2. dokazi za koje je izričito u zakonu predviđeno da se ne smiju upotrijebiti kod donošenja sudske odluke u krivičnom postupku,
3. dokazi do kojih organ krivičnog postupka ne bi došao bez podataka iz nezakonitih dokaza (tzv. plodovi otrovne voćke)

Član 274. stav 2, ZKP-a BiH govori o vjerodostojnosti pojedinih dokaza koji moraju biti original pismena, spisa, zapisa, snimaka, fotografija ili sličnog ekvivalenta. ZKP BiH u članu 20. tačka p) određuje pojam „original“, tako je to spis, snimak ili sličan ekvivalent kojim se ostvaruje isto dejstvo od strane osobe koja ga piše, snima ili izdaje. U okviru ove tačke pojam „original“ određen je tako da obuhvata i fotografije, odnosno negative i kopije. U tački r) člana 20. ZKP-a BiH za potrebe krivičnog postupka data je definicija pojma „kopija“, na način da se koristeći dostignuća nauke koriste se određeni postupci (preslikavanje, uvećavanje, umanjivanje, presnimavanje, reprodukcija) kojima se mogu pripremati kopije sa originala i matrica. Razni tehnički snimci, ako su pribavljeni pod uslovima i na način propisan ZKP-om BiH, mogu se koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Međutim, presuda se ne može zasnivati samo na snimcima kao jedinom dokazu, jer se dovodi u pitanje član 6. stav 2. (pretpostavka nevinosti) i član 8. EKLJP (pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života) – v. Schenk protiv Švajcarske, presuda od 12.07.1998. Serija A, br. 140. Nadalje, ZKP BiH u članu 20. tačka s) definiše pojam „telekomunikacijska adresa“, što prema ovom zakonu, a za potrebe krivičnog postupka svaki telefonski broj, bez obzira da li je linijski ili mobilni, te elektronska (e-mail) ili internet adresa. Za pojam „telekomunikacijska adresa“, kako je to određeno u tački s), bitno je da određenu adresu posjeduje ili koristi određena osoba.

Često zna biti problematizirano pitanje originalnosti ili fotokopije dokumenta čiji sadržaj je važan za proces dokazivanja. Iako načelno postoji stav o potrebi da se sudu dokumenti predaju u originalu, taj stav sam po sebi ne isključuje mogućnost korištenja kao zakonitog dokaza i kopije nekog dokumenta. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-645/01:

protiv Gojka Jankovića, broj N. X-KR-05/161, presuda od 16.2.2007. godine, potvrđena od strane Žalbenog vijeća Suda BiH drugostepenom presudom od 23.10.2007. godine.

"U pravu su optuženici kada navode da se svi dopisi koji imaju značenje dokaza podnose u izvorniku, što u konkretnom slučaju nije učinjeno sa zapisnikom o ispitivanju osumnjičenika N. Š. od 8. svibnja 1999. godine (list 72-74 spisa), niti je prvostupanjski sud, unatoč nastojanja, uspio pribaviti izvornik tijekom postupka. Međutim, protivno žalbenim navodima ne može se prihvatiti da se radi o nezakonitom dokazu u smislu čl. 9. st. 2. ZKP, samo iz tog formalnog propusta budući opt. Š. ne osporava autentičnost tog zapisnika, isti nije pribavljen kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, a sam optuženik je i u tijeku glavne rasprave, kada je iznosio obranu, izjavio da ostaje kod te obrane, koja je zatim pročitana i za koju je naveo da je upravo, ono što je pročitano, govorio pred redarstvenim vlastima. Osim toga, s obzirom da optuženik Š. u cijelosti poriče počinjenje djela nije prihvatljivo da se pobijana presuda temelji na tom dokazu pa stoga i kada bi se prihvatilo da se radi o dokazu iz čl. 9. st. 2. ZKP nije ostvaren žalbeni osnov protupravne povrede iz čl. 367. st. 2. ZKP."

U zaključku, Sud podsjeća na član 6. stav 3. ZKP BiH i član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima³¹, koji određuju da optuženi nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja. U konkretnom predmetu, optuženi je iskoristio svoje pravo na šutnju; a iz činjenice da on nije svjedočio nije izveden nijedan suprotan zaključak.

b) Opća obilježja krivičnog djela Ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. KZ BiH

Optuženi se prema optužnici tereti da je počinio krivično djelo nečovječno postupanje (fizičko i psihičko maltretiranje četvorice zatvorenika), kao i lišavanje druge osobe života (ubistvo četiri zatvorenika) u okviru ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. četiri Ženevske konvencije od 12. augusta 1949. godine. Optuženi se tereti prema doktrini individualne krivične odgovornosti iz člana 180. stav 1. KZ BiH, te prema doktrini komandne odgovornosti iz člana 180. stav 2. KZ BiH, u vezi sa članovima 21. i 35.

Prije nego izvrši ocjenu postojanja individualne i nadređene odgovornosti optuženog za navodno ponašanje, Sud će prvo raspraviti mjerodavni zakon za svaku optužbu u svjetlu izjava svjedoka i materijalnih dokaza izvedenih u toku suđenja.

ba) Član 175. tačka a) KZ BiH i zajednički član 3. Ženevskih konvencija

Optužbe protiv optuženog su podignute na osnovu člana 175. tačka a) KZ BiH i člana 3. zajedničkog za četiri Ženevske konvencije od 12. augusta 1949. godine (u daljem tekstu: zajednički član 3.). U svojim relevantnim dijelovima, član 175. tačka a) određuje da "Ko kršeći pravila međunarodnog prava, prema ratnim zarobljenicima naredi ili učini koje od

³¹ Iako ga član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima konkretno ne spominje, Evropski sud za ljudska prava je bio mišljenja da su pravo na šutnju i pravo na neoptuživanje samog sebe opće priznati međunarodni standardi koji se nalaze u srži pojma pravičnog krivičnog postupka iz člana 76. stav 1. Konvencije. Ova prava su u tijesnoj vezi sa principom sadržanim u članu 6. 2., da se osoba optužena za krivično djelo smatra nevinom dok se ne dokaže njena krivica po zakonu. Vidi, *Saunders protiv Ujedinjenog kraljevstva* (App. 19187/91), presuda od 17.12.1996. (1997.); *R. protiv. Direktora Serious Fraud Office, ex parte Smith*, 3 WLR 66 (1992.);

ovih djela: a) lišenja drugih osoba života (ubistva), namjerna nanošenja osobama snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenja), nečovječno postupanje ... kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora".

Zajednički član 3. Ženevskih konvencija, u relevantnim dijelovima, glasi: "U slučaju oružanog sukoba koji nema karakter međunarodnog sukoba i koji izbije na teritoriji jedne od Visokih strana ugovornica, svaka od Strana u sukobu biće dužna da primjenjuje bar sljedeće odredbe: 1) Prema osobama koje ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, podrazumevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i osobe onesposobljene za borbu usljed bolesti, rana, lišenja slobode, ili iz bilo kojeg drugog razloga, postupaće se u svakoj prilici, čovječno, bez ikakve nepovoljne diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, vjeri ili ubjeđenju, polu, rođenju ili imovnom stanju, ili nekom drugom sličnom mjerilu. U tom cilju, zabranjeni su i u buduće se zabranjuju, u svako doba i na svakom mjestu, prema gore navedenim osobama sljedeći postupci: a) povrede koje se nanose životu i tjelesnom integritetu, naročito sve vrste ubistva, osakaćenja, svireposti i mučenja..."

Za postojanje krivičnog djela iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija, moraju biti ispunjena dva preliminarna uslova. Prvo, mora postojati oružani sukob, međunarodni ili domaći, u vrijeme relevantno za optužnicu. Štaviše, moraju biti ispunjena i dva dodatna uslova da bi krivično djelo bilo procesuirano prema zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija i članu 175. tačka a) KZ BiH. Član 175. KZ BiH prenosi jurisdikciju na Sud pod uslovom da povreda predstavlja kršenje pravila međunarodnog prava, dok zajednički član 3. Ženevskih konvencija određuje da je žrtva osoba koja ne učestvuje aktivno u neprijateljstvima u vrijeme počinjenja krivičnog djela.

Opći uslovi

Prema gore navedenom, zakon se ne primjenjuje osim ako navodna krivična djela nisu počinjena u kontekstu oružanog sukoba i sa dovoljnom vezom između navodnog krivičnog djela i oružanog sukoba.

1. Postojanje oružanog sukoba

Prvo, pretresno vijeće konstatuje da iako izričito ne propisuje uslov postojanja rata ili oružanog sukoba, član 175. tačka a) KZ BiH se poziva na povrede važećih međunarodnih pravila. Međunarodni zakoni ili običaji rata su usko povezani sa stanjem oružanog sukoba tako da nijedan ratni zločin nije moguć ako nema oružanog sukoba, te dovoljne veze između djela optuženog i tog sukoba. Prema tome, Sud je zaključio da član 175. traži postojanje oružanog sukoba.

U jurisprudenciji međunarodnog prava je utvrđeno da "oružani sukob postoji svuda gdje se pribjelo oružanoj sili između država ili produženom oružanom nasilju između vlasti i organizovanih naoružanih grupa, ili pak između takvih grupa unutar jedne države."³³ Takođe je utvrđeno da se međunarodno humanitarno pravo nastavlja primjenjivati "na čitavoj teritoriji zaraćenih država, odnosno, u slučaju internih oružanih sukoba, na čitavoj

³³ *Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca, Radomira Kovača i Zorana Vukovića*, predmet br. IT-96-23 i IT-96-23/1-A, presuda od 12.6.2002. (Presuda po žalbi u predmetu *Kunarac i drugi*), t. 56.

teritoriji pod kontrolom jedne od strana, *nezavisno od toga da li se na tom mjestu stvarno vode borbe,*” sve do zaključenja mira ili, u slučaju unutrašnjih sukoba, sve dok se ne pronađe mirno rješenje na cijeloj teritoriji zaraćenih država.³⁴

Odredbe zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija sadrže srž fundamentalnih standarda koji se primjenjuju u svako vrijeme, u svim okolnostima i na sve strane, i koja se ne smiju oduzeti.³⁵ Prema tome, kada se optuženi tereti za povredu člana 175. tačka a) KZ BiH na osnovu povrede zajedničkog člana 3., kao u konkretnom predmetu, nebitno je da li je oružani sukob po svojoj prirodi bio međunarodni ili nemeđunarodni.³⁶ Prema tome, nema potrebe da pretresno vijeće definiše prirodu sukoba u konkretnom predmetu u svjetlu ove opće primjenjivosti odredbi zajedničkog člana 3.³⁷

U konkretnom predmetu, nije sporno da su snage Armije Bosne i Hercegovine učestvovala u oružanom sukobu sa Armijom Srpske Krajine u periodu navedenom u optužnici. Postojanje oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini u periodu navedenom u optužnici je potkrijepljeno i jurisprudencijom MKSJ. Na primjer, sudsko vijeće u predmetu *Čelebići* je smatralo da je u cijeloj Bosni i Hercegovini postojalo neprekidno oružano nasilje bar od dana proglašenja nezavisnosti, 6. marta 1992. godine, pa do potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma u novembru 1995. godine.³⁸ Pretresnom vijeću je dostavljen veliki broj dokaza koji se odnose na vojnu operaciju “Oluja” vođenu 5. augusta 1995. godine, vojnu strukturu Armije BiH, borbene aktivnosti BiH Armije prije, za vrijeme i nakon perioda navedenog u optužnici. Razmotrivši iskaze svjedoka i materijalne dokaze izvedene tokom glavnog pretresa, pretresno vijeće je zaključilo da se u augustu 1995. godine, periodu relevantnom za optužnicu, vodio oružani sukob. S druge strane, ni sama odbrana, već na početku glavnog pretresa, nije sporila postojanje ovog sukoba.

2. Veza između optuženog i oružanog sukoba

Pored postojanja oružanog sukoba, Optužba mora utvrditi dovoljnu vezu između navodnih djela optuženog i oružanog sukoba.³⁹ Ne traži se uzročno-posljedična veza između oružanog sukoba i počinjenja zločina, ali se u najmanju ruku traži da je postojanje oružanog sukoba u znatnoj mjeri utjecalo na sposobnost počinioca da počinio zločin.⁴⁰ Da bi utvrdilo da li je određeno djelo u dovoljnoj mjeri povezano s oružanim sukobom, pretresno vijeće može, između ostalog, uzeti u obzir sljedeće faktore: činjenicu da je počinitelj zločina borac, da žrtva nije borac, da žrtva pripada suprotstavljenoj strani, da se može smatrati da je to djelo u

³⁴ Presuda po žalbi u predmetu *Kunarac i drugi*, t. 57, 64. U tački 64, Žalbeno vijeće je bilo mišljenja da „dužnost tužioca nije bila da postojanje oružanog sukoba dokazuje za svaki kvadratni centimetar tog područja. Postojanje oružanog sukoba nije ograničeno samo na dijelove teritorije na kojima se konkretno odvijaju borbe već postoji na čitavoj teritoriji pod kontrolom zaraćenih strana.“

³⁵ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 149.

³⁶ *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br. IT-94-1-AR-72, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda od 2.10.1995. (Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*), t. 137; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 140, 150.

³⁷ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 147-150 i 420, u kojoj je žalbeno vijeće bilo stanovišta da odredbe zajedničkog člana jednako važe za međunarodne i nemeđunarodne sukobe.

³⁸ *Tužilac protiv Zejnila Delalića, Zdravka Mucića, poznatog i kao "Pavo", Hazima Delića i Esada Landže, poznatog i kao "Zenga"*, predmet br. IT-96-21-T, presuda od 16.11.1998. (Presuda u predmetu *Čelebići*), t. 186.

³⁹ Presuda u predmetu *Čelebići*, t. 193.

⁴⁰ Presuda po žalbi u predmetu *Kunarac*, t. 58.

funkciji ostvarenja krajnjeg cilja vojnog pohoda, te da počinjenje zločina proizilazi iz službenih dužnosti počinitelja ili spada u njihov kontekst.⁴¹

U konkretnom predmetu, sva navodna djela optuženog i njegovih podređenih su se dogodila dana 5. augusta 1995. godine za vrijeme vojne operacije izvedene u ime vlade Bosne i Hercegovine i u toku oružanog sukoba u kojem je ona bila jedna od strana. Optuženi je navodno bio uključen u borbu u svojstvu pomoćnika komandanta za bezbjednost, a djela za koja se tereti su navodno počinjena u okviru izvršavanja njegovih službenih dužnosti kao pripadnika bosanskih oružanih snaga u toku te vojne operacije. Prema tome, pretresno vijeće zaključuje da postoji jasna veza između oružanog sukoba i djela navedenih u optužnici.

Dodatni uslovi iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija

1. Povreda međunarodnog prava iz člana 175. tačka a) KZ BiH

Optužba za nečovječno postupanje i ubistvo četiri zatvorenika kao povrede zakona i običaja rata u konkretnom predmetu zasniva se na zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija, koji propisuje minimum obaveznih pravila i odražava fundamentalne humanitarne principe na kojima su u potpunosti zasnovane Ženevske konvencije. Takođe je opšteprihvaćeno da je zajednički član 3. dio međunarodnog običajnog prava,⁴² te da nečovječno postupanje i ubistvo predstavljaju tešku povredu međunarodnog humanitarnog prava.⁴³ Kao takvi, oni povlače individualnu krivičnu odgovornost.⁴⁴ Prema tome, pretresno vijeće zaključuje da navedeni zločini predstavljaju povredu međunarodnog prava, te da spadaju u nadležnost člana 175. tačka a) KZ BiH.

2. Osobe koje aktivno ne učestvuju u neprijateljstvima iz zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija

Na kraju, zajednički član 3. Ženevskih konvencija traži od Optužbe da dokaže da je žrtva bila osoba koja nije aktivno učestvovala u neprijateljstvima u vrijeme počinjenja krivičnog djela.⁴⁵

⁴¹ Presuda po žalbi u predmetu *Kunarac*, t. 59.

⁴² Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*, t. 89; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 143.

⁴³ *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, predmet br. IT-95-14-T, presuda od 3.3.2000. (Presuda u predmetu *Blaškić*), t. 176.

⁴⁴ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, tačke 153-174, posebno t. 167. Pretresno vijeće navodi da je odredbama Krivičnog zakona SFRJ, koji je Bosna i Hercegovina preuzela u aprilu 1992. godine, (KZ SFRJ, izdanje iz 1990. godine, član 142-143), utvrđena nadležnost sudova u BiH za ratne zločine počinjene u vremenu rata, oružanog sukoba ili okupacije, pri čemu se ne pravi nikakva razlika između unutrašnjeg i međunarodnog oružanog sukoba. Stoga se optuženi u konkretnom slučaju može smatrati individualno krivično odgovornim prema domaćem zakonu za zločine za koje se optužnicom tereti.

⁴⁵ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 420.

Ovo pretresno vijeće nalazi da je specifična situacija žrtava u trenutku počinjenja krivičnog djela ono što se mora uzeti u obzir u utvrđivanju njegove zaštite prema zajedničkom članu 3. Pretresno vijeće smatra da relevantni faktori u ovom pogledu obuhvataju aktivnost, bez obzira da je žrtva nosila oružje ili ne, te vrstu odjeće koju je žrtva nosila u vrijeme počinjenja.⁴⁶ Prema tome, treba pojedinačno od slučaja do slučaja utvrđivati da li je osoba uživala zaštitu zajedničkog člana 3. ili nije.

Pretresno vijeće takođe konstatuje da zajednički član 3. Ženevskih konvencija ima široku humanitarnu svrhu. Zbog širokog opsega primjene člana za vrijeme neprijateljstava, grupa zaštićenih pojedinaca u smislu zajedničkog člana 3. obuhvata zatvorenike koji su prije zarobljavanja bili pripadnici oružanih snaga ili su bili uključeni u borbene aktivnosti.⁴⁷

Pri utvrđivanju statusa žrtava u konkretnom predmetu, pretresno vijeće podsjeća na svoj zaključak da je dana 5. augusta 1995. godine vođena vojna operacija u okviru šireg područja oružanog sukoba između Armije BiH i Vojske Srpske Krajine, te da su upravo zbog te vojne operacije četiri vojnika Vojske Srpske Krajine bila zarobljena, razoružana i dovedena u štab Hamza bataljona na koti Hleb. Prema tome, pretresno vijeće zaključuje da su četiri vojnika bila ratni zarobljenici, te da su imali status zaštićenih osoba u vrijeme počinjenja navedenih zločina.

bb) Nečovječno postupanje

Optuženi Šefik Alić se prema optužnici tereti za nečovječno postupanje iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija od 12. augusta 1949. godine zbog njegovih navodnih djela i propusta u pogledu četvorice pripadnika Vojske Srpske Krajine koji su dana 5. augusta 1995. godine bili zarobljeni u blizini kote Hleb.

Da bi se utvrdila odgovornost optuženog za navedena djela, potrebno je potpuno razumjeti ovo krivično djelo. Zbog toga će pretresno vijeće sada razmotriti ovlaštenja na koja se oslonilo zbog specifičnosti konkretnog predmeta te kojima je vođeno pri donošenju odluke detaljno opisane u izreci presude.

Optuženi se tereti za krivično djelo nečovječno postupanje iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija. Pa ipak, ni član 175. tačka a) KZ BiH, ni Ženevske konvencije nisu pokušale dati definiciju nečovječnog postupanja. Tako je na ovom pretresnom vijeću da odredi suštinsko značenje predmetnog krivičnog djela.

Ženevske konvencije se zasnivaju na principu poštivanja ljudskih bića i nepovredivog karaktera osnovnih prava pojedinaca. Stoga princip nečovječnog postupanja predstavlja suštinski osnov zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija, sa izvjesnim brojem djela koja

⁴⁶ *Tužilac protiv Stanislava Galića*, predmet br. IT-98-29-T, presuda od 5.12.2003. (Presuda u predmetu *Galić*), t. 50.

⁴⁷ *Tužilac protiv Mladena Naletilića, poznatog i kao "Tuta", i Vinka Martinovića, poznatog i kao "Štela"*, predmet br. IT-98-34-T, presuda od 31.3.2003. (Presuda u predmetu *Naletilić i Martinović*), t. 229. Takođe vidi Presudu u predmetu *Blaškić*, t. 177 u kojoj se citira presuda u predmetu *Tadić*, t. 615.

obuhvataju ubistvo, okrutno postupanje, povrede ličnog dostojanstva te ponižavajuće i degradirajuće postupanje.

Međutim, Ženevske konvencije nisu jedini izvor zabrane nečovječnog postupanja. Evropski sud i Evropska komisija za ljudska prava su razvili osnovno nadležno tijelo koje razmatra različite oblike lošeg postupanja⁴⁸ zabranjenog članom 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP)⁴⁹. Korištenjem klizne skale, na osnovu stepena težine patnje izazvane lošim postupanjem, navedena krivična djela su klasificirana u tri različite grupe: mučenje, nečovječno i degradirajuće postupanje.

U pogledu nečovječnog postupanja, Evropski sud je donio eksplicitan zaključak o tom krivičnom djelu u slučaju kada je apelant bio šamaran, udaran nogama i rukama, udaran podlakticom, tjeran na dugotrajno stajanje bez oslonca, tjeran da stoji bez odjeće kod otvorenog prozora, lišavan hrane i zastrašivan vatrenim oružjem. Evropski sud je bio mišljenja da su veliki broj udaraca nanesenih žrtvi i njihova jačina dva osnovna elementa koja su dovoljno teška da bi se takvo ponašanje proglasilo nečovječnim.⁵⁰ Sud je nadalje postupanje smatrao „nečovječnim“ ako je bilo sa predumišljajem, neprekidno satima primjenjivano te uzrokovalo bilo stvarnu fizičku povredu ili veliku fizičku i duševnu patnju.⁵¹

Uz to, Komisija za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija) je utvrdila da prisiljavanje osobe da stoji sa povezom na očima i vezana 35 sati, uz slušanje krikova ostalih zatvorenika koji su mučeni, zastrašivani kaznom, te prisiljavani da sjede zavezanih očiju i nepokretni na krevetu danima, predstavlja nečovječno postupanje.⁵² Isto tako, kada je osoba podvrgnuta lošem postupanju tokom zatočeništva kao što su udarci pendrekom u koljena, prijatnje noževima, udaranje dok leži na zemlji, neprestano udaranje kundacima, željeznim cijevima i pendrecima, a zatim nepružanje medicinske pomoći uprkos povredama glave i tijela, predstavlja okrutno i nečovječno postupanje.⁵³

Na kraju, jurisprudencija MKSJ definiše nečovječno postupanje kao "namjernu radnju ili propust učinjen protiv zaštićene osobe, kojima se nanose teške duševne povrede, tjelesne patnje i povrede, ili koji predstavljaju tešku povredu ličnog dostojanstva."⁵⁴ Traženi uslov postojanja *mens rea* je ispunjen kada je glavni počinitelj u vrijeme činjenja ili nečinjenja imao namjeru da nanese teške fizičke ili duševne patnje ili da izvrši ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo žrtve, ili kada je znao da će njegovo činjenje ili nečinjenje vjerovatno

⁴⁸ Da bi loše postupanje moglo spadati u okvir zabrane sadržane u članu 3., ono mora dostići minimalan nivo težine. Ocjena ovog minimuma je relativna: zavisi od svih okolnosti u predmetu, kao što su priroda i kontekst postupanja, njegovo trajanje, fizičke i psihičke posljedice te, u nekim slučajevima, pol, starosnu dob, zdravstveno stanje žrtve. Vidi presudu u predmetu *A. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 23.9.1998. godine, ESLJP, t. 20 (citirana presuda u predmetu *Costello-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 25.3.1993. godine, t. 247-C, ESLJP (Ser.A) 1993.)

⁴⁹ Član 3. EKLJP određuje da "Niko neće biti podvrgnut torturi, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju".

⁵⁰ *Tomasi protiv Francuske*, 13 EHRR 1, 1993., t. 115.

⁵¹ *Lorse i dr. protiv Nizozemske*, presuda, prijava br. 52750/99, od 4. maja 2003. godine, t.60

⁵² *Soriano de Bouton protiv Urugvaja*, br. 37/1978, na koju se pozivalo u noti 12 gore, str. 163.

⁵³ *Leslie protiv Jamajke*, br. 564/1993, stav 9.2; *Bailey protiv Jamajke*, br. 759/1997, stav. 9.3.

⁵⁴ Presuda u predmetu *Čeleblići.*, t. 542-543; *Tužilac protiv Daria Kordića i Marija Čerkeza*, predmet br. IT-95-14/2-A, presuda od 17.12.2004. (presuda po žalbi u predmetu *Kordić i Čerkez*), t. 39.

prouzrokovati teške fizičke ili duševne patnje ili ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo a nije vodio računa da li će te patnje ili napad proisteci iz njegovog činjenja ili nečinjenja.⁵⁵ Na primjer, pretresno vijeće je utvrdilo postojanje nečovječnog postupanja u slučaju kada je optuženi namjerno nanosio teške psihičke i mentalne patnje korištenjem elektro-šokova na zatvoreniciima, izazivanjem bolova, opekline, grčeva, posjekotina i ožiljaka, zastrašivanjem žrtava i njihovim prisiljavanjem da mole za milost.⁵⁶

Jasno je da su razna međunarodna pravosudna tijela koja su razmatrala primjenu krivičnog djela nečovječno postupanje isto definisala u relativnom smislu⁵⁷, uzimajući u obzir sve činjenične okolnosti, uključujući prirodu činjenja ili nečinjenja, kontekst u kojem se događa, trajanje i/ili ponavljanje, fizičke, psihičke i moralne posljedice djela na žrtvu i lične okolnosti žrtve, uključujući dob, pol i zdravstveno stanje. Prema tome, pretresno vijeće zaključuje da se ovo pitanje treba razmatrati isključivo na osnovi od slučaja do slučaja, te da treba uzeti u obzir sve okolnosti situacije, uključujući i lične okolnosti žrtve.

bc) Ubistvo

Optuženi se takođe tereti za krivično djelo ubistvo kao povredu zakona rata iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. stav 1. tačka a) Ženevskih konvencija.

Da bi utvrdila ubistvo, optužba mora dokazati tri elementa: (a) smrt žrtve koja nije aktivno učestvovala u sukobima, (b) da je smrt posljedica činjenja ili nečinjenja od strane optuženog ili jedne ili više osoba za koje je optuženi krivično odgovoran i (c) namjeru optuženog ili osobe za koju je krivično odgovoran da ubije žrtvu, ili u odsustvu takve posebne namjere, da svjesno prouzroči ozbiljnu tjelesnu povredu za koju je počinilac mogao razumno znati da može dovesti do smrti.⁵⁸

Pretresno vijeće konstatuje da *mens rea* optuženog ili osobe za koju je isti krivično odgovoran mora obuhvatati činjenicu da su žrtve bile osobe koje nisu aktivno učestvovala u neprijateljstvima. Pretresno vijeće je ranije utvrdilo da je status žrtava kao osoba koje aktivno ne učestvuju u neprijateljstvima uslov za primjenu člana 3. Ženevskih konvencija. Prema tome, poznavanje statusa žrtava je jedan aspekt *mens rea* koji treba biti dokazan radi osude prema optužbama iz člana 175. tačka a) KZ BiH na osnovu zajedničkog člana 3.

bd) Individualna krivična odgovornost i odgovornost nadređenih

U optužnici se navodi da je optuženi odgovoran za zločine za koje se tereti prema članu 180. stav 1. i članu 180. stav 2. KZ BiH.

Odredba člana 180. stav 1. KZ BiH

⁵⁵ *Tužilac protiv Hadžihanovića*, presuda od 15.3.2006., predmet br. IT-01-47-T, t. 34, u kojoj se citira presuda u predmetu *Krnjelac*, t. 132.

⁵⁶ Presuda u predmetu *Čelebići*, t. 1058.

⁵⁷ To jeste, nečovječno postupanje je postupanje kojim se namjerno nanose teške duševne i fizičke patnje koje su manje od teških duševnih i fizičkih patnji koje su uslov za krivično djelo mučenje.

⁵⁸ *Tužilac protiv Haradinaja*, predmet br. IT-04-84-T, presuda od 3.4.2008., t. 124, u kojoj se citira predmet *Tužilac protiv Miroslava Kvočke, Mlađe Radića, Zorana Žigića i Dragoljuba Prcaća*, predmet br. IT-98-30/1-A, presuda od 28.2.2005. (presuda po žalbi u predmetu *Kvočka*), t. 261.

Principi individualne krivične odgovornosti iz člana 180. stav 1. KZ BiH reflektiraju osnovno shvatanje da individualna krivična odgovornost za krivična djela u nadležnosti Suda nisu ograničena na osobe koje direktno izvrše predmetna krivična djela. Član 180. stav 1. propisuje da "Osoba koja planira, pokrene, naredi, učini ili podstrekava ili pomaže u planiranju, pripremanju ili učinjenju krivičnih djela ... individualno je odgovorna za to krivično djelo."

1. Počinjenje

"Počinjenje" obuhvata fizičko izvršenje krivičnog djela ili uzrokovanje kažnjivog propusta, čime se krše odredbe krivičnog prava.⁶⁰ *Actus reus* potreban za počinjenje zločina podrazumijeva da je optuženi učestvovao, fizički ili direktno na neki drugi način, u materijalnim elementima krivičnog djela propisanog Krivičnim zakonom, putem nepobitnog činjenja ili nečinjenja, bilo sam ili zajedno sa drugima. Uslov *mens rea* je taj da je optuženi djelovao sa namjerom da počinji krivično djelo, ili sa sviješću o mogućnosti, u smislu suštinske vjerovatnoće, da će se dogoditi krivično djelo kao posljedica njegovog ponašanja.

2. Podstrekavanje

Termin "podstrekavanje" znači "navođenje druge osobe da počinji krivično djelo."⁶¹ Podstrekavanje se može izvršiti izričitim ili prešutnim ponašanjem.⁶² Pored toga, i činjenje i nečinjenje mogu predstavljati podstrekavanje, pod uslovom je u potonjem slučaju podstrekač dužan da djeluje.⁶³

Za podstrekavanje je potrebno više od pukog olakšavanja počinjenja glavnog krivičnog djela. Takođe je potreban uticaj na glavnog počinioaca tako što se on nagoni, pridobija ili se na drugi način na njega djeluje da počinji zločin. Podstrekač ne mora biti originalni autor zločinačkog plana, ali on mora dovesti do konačne odluke da se zločin počinji snažnim ohrabrivanjem ili ubjeđivanjem.

Veza između podstrekavanja i počinjenja mora biti pokazana, ali nije potrebno dokazati da krivično djelo ne bi bilo počinjeno bez učestvovanja optuženog.⁶⁴ Dovoljno je dokazati da je podstrekavanje optuženog činilo bitan faktor doprinosa u počinjenju zločina.⁶⁵

Uslov *mens rea* za "podstrekavanje" je taj da je optuženi imao namjeru provocirati ili izazvati počinjenje krivičnog djela, ili da je znao za suštinsku vjerovatnoću da će zločin biti počinjen izvršenjem tog podstrekavanja.⁶⁶

⁶⁰ *Tužilac protiv Radislava Krstića*, predmet br. IT-98-33-T, presuda od 2.8.2001. (Presuda u predmetu *Krstić*), t. 601; *Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca, Radomira Kovača i Zorana Vukovića*, predmet br. IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, presuda od 22.2.2002. (presuda u predmetu *Kunarac*), t. 390.

⁶¹ *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, predmet br. IT-95-14-T, presuda od 3.3.2000. (presuda u predmetu *Blaškić*), t. 280.

⁶² Presuda u predmetu *Blaškić*, t. 280.

⁶³ *Tužilac protiv Nasera Orića*, predmet br. IT-03-68-T, presuda od 30.6.2006. (presuda u predmetu *Orić*), t. 273 u kojoj je citira presuda po žalbi u predmetu *Tadić*, t. 188.

⁶⁴ Presuda po žalbi u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 27.

⁶⁵ Presuda po žalbi u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 27., presuda u predmetu *Limaj*, t. 514.

3. Pomaganje

Pomaganje je oblik dodatne odgovornosti. Prema tome, mora se pokazati da je osoba koja je pomagala u izvršenju radnje koje su se sastojale u konkretnom potpomaganju, ohrabrenju ili moralnoj podršci koji su imali bitan uticaj na počinjenje zločina od strane glavnog počinioca.⁶⁷ Iako djelo pomaganja nije moralo stvarno uzrokovati djelo glavnog počinitelja, moralo je imati suštinski efekat na počinjenje zločina od strane glavnog počinitelja.⁶⁸

Mens rea pomaganja sastoji se od znanja da radnje koje čini pomagač pomažu počinjenju konkretnog krivičnog djela od strane glavnog počinioca.⁶⁹ Pomagač ne mora dijeliti istu *mens rea* kao i glavni počinilac, no mora poznavati osnovne elemente zločina (uključujući i *mens rea* počinioca) i donijeti svjesnu odluku da djeluje, uz znanje da time podupire izvršenje zločina.

Odredba člana 180. stav 2. KZ BiH

Koncept komandne odgovornosti je eksplicitno propisan članom 180. stav 2. KZ BiH koji određuje da: "Činjenica da je neko od krivičnih djela iz člana 171. do 175. i člana 177. do 179. ovog zakona učinjeno od strane podređenog, ne oslobađa njemu nadređenu osobu od krivične odgovornosti ukoliko je ta nadređena osoba znala ili je mogla znati da se njen podređeni sprema učiniti takvo djelo, odnosno da je već učinio takvo djelo, a nadređena osoba je propustila da preduzme nužne i razumne mjere da spriječi učinjenje krivičnog djela, odnosno da učinitelj tog djela bude kažnjen." Osim toga, koncept komandne odgovornosti se suštinski razvija u jurisprudenciji međunarodnih sudova.

Elementi komandne odgovornosti

Nadređeni ili komandant se može smatrati krivično odgovornim za djela drugih ako su ispunjena sljedeća tri uslova⁷⁰:

- 1. Postojanje odnosa nadređeni-podređeni između komandanta ili nadređenog i navodnog glavnog počinitelja;**
- 2. Nadređeni je znao ili je imao razlog da zna da je podređeni namjeravo počiniti takva djela ili da ih je počinio; i**
- 3. Nadređeni nije poduzeo neophodne i razumne mjere da spriječi takva djela ili da kazni počinitelje istog.**

1. Odnos nadređeni-podređeni

⁶⁶ Presuda po žalbi u predmetu *Kordić*, t. 29, 32.

⁶⁷ Presuda u predmetu *Krnojelac*, t. 88.

⁶⁸ Presuda po žalbi u predmetu *Aleksovski*, t. 162.

⁶⁹ Presuda u predmetu *Kunarac*, t. 392.

⁷⁰ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 189-198, 225-226, 238-239, 256, 263 i 346; Presuda po žalbi u predmetu *Aleksovski*, t. 72 i 76; *Tužilac protiv Daria Kordića i Marija Čerkeza*, presuda, predmet br. IT-95-14-PT/2T od 26.2.2001. (Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*), t. 401.

Prvi uslov je utvrditi postojanje odnosa nadređeni-podređeni, direktnog ili indirektnog, između nadređenog (optuženi) i podređenog koji je navodno počinio predmetno krivično djelo. Član 180. stav 2. KZ BiH ne propisuje nikakvo uputstvo za način na koji se takvo ovlaštenje može dobiti. Međutim, dobro je poznato da prema međunarodnom pravu hijerarhijski odnos može postojati na osnovu *de facto* ovlaštenja optuženog nad njegovim podređenim kao i na osnovu *de jure* pozicije nadređenosti.⁷¹ Takav odnos ne mora biti formaliziran prije počinjenja zločina⁷². Između njih je dovoljno prešutno ili implicitno shvaćanje toga kakav je njihov međusobni položaj.⁷³

Instrumentalni element u utvrđivanju ovlasti nadređenog nad njegovim podređenim i omogućavanju pripisivanja nadređene odgovornosti jeste stvarno posjedovanje, odnosno neposjedovanje moći kontrole nad postupcima podređenih.⁷⁴ Imati kontrolu znači imati *efektivni* autoritet nad podređenima.⁷⁵ Drugim riječima, da bi se smatrao odgovornim za zločine podređenih, mora se pokazati da je u vrijeme počinjenja zločina nadređeni, *de facto* ili *de jure*, imao *efektivnu kontrolu* nad svojim podređenima koji su počinili zločine.⁷⁶ Prema jurisprudenciji međunarodnih sudova, "efektivna kontrola" znači "materijalnu sposobnost da spriječi krivična djela ili kazni glavne počinitelje."⁷⁷ Žalbeno vijeće u predmetu *Blaškić* je bilo mišljenja da su "pokazatelji efektivne kontrole više ... stvar dokaza nego materijalnog prava",⁷⁸ koje moraju biti utvrđene na osnovu dokaza izvedenih u svakom pojedinačnom predmetu. S tim u vezi, faktori koji upućuju na ovlasti optuženog i njegovu efektivnu kontrolu mogu uključivati službeni položaj koji je optuženi imao, njegovu mogućnost da izdaje naređenja, bilo da ona postoji *de jure* ili *de facto*, postupak imenovanja, položaj optuženog u vojnoj strukturi i stvarne zadatke koje je izvršavao.⁷⁹ Važno je naglasiti da činjenica da je optuženi imao mogućnost da daje naređenja mogla bi biti dokaz relevantan za utvrđivanje da je ta osoba zaista ostvarila "efektivnu kontrolu nad počiniteljem tako da se može smatrati odgovornim zato što nije spriječio ili kaznio zločine počinjene od strane počinitelja".⁸⁰

Pošto se komandna odgovornost zasniva na moći nadređenog da kontroliše postupke svojih podređenih, stepen kontrole koji ne dosiže prag posjedovanja efektivne kontrole nije

⁷¹ Presuda u predmetu *Čelebići*, t. 370 potvrđena po žalbi; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 205-206. Sud je bio mišljenja da formalnu oznaku komandanta ne treba smatrati neophodnim preduslovom za pripisivanje komandne odgovornosti, jer se takva odgovornost može nametnuti i na osnovu *de facto* i *de jure* pozicije osobe kao komandanta. Vidi takode i Presudu u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 405-406.

⁷² Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 193; *Tužilac protiv Krnojelca*, predmet br. IT-97-25-T, presuda od 15.3.2002. (Presuda u predmetu *Krnojelac*), t. 93; *Tužilac protiv Blaškića*, predmet br. IT-95-14-T, presuda od 3.3.2000. (Presuda u predmetu *Blaškić*), t. 301; Presuda u predmetu *Tužilac protiv Kordića i Čerkeza*, t. 424.

⁷³ *Tužilac protiv Kunarac i dr.*, predmet br. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, presuda od 22.2.2001. (Presuda u predmetu *Kunarac*), t. 397.

⁷⁴ *Tužilac protiv Sefera Halilovića*, predmet br. IT-01-48-T, presuda od 16.11.2005. (Presuda u predmetu *Halilović*), t. 58.

⁷⁵ Presuda u predmetu *Čelebići*, t. 378, potvrđena žalbenom presudom; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 256, 265-266.

⁷⁶ Presuda po žalbi u predmetu *Aleksovski*, t. 76.; Presuda u predmetu *Stakić*, t. 459. Ovaj odnos poslušnosti i kontrole (ne uticaj) je taj koji opravdava smatranje nadređenog odgovornim za podređenu vezu.

⁷⁷ Presuda u predmetu *Halilović*, t. 58. u kojoj se citira presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 256.

⁷⁸ Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 69.

⁷⁹ Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 418-424.

⁸⁰ Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 416, 419-424; Presuda u predmetu *Kunarac*, t. 396-397; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 193 i 197; Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 68-69.

dovoljan da bi se nadređeni smatrao krivično odgovornim. "Znatni uticaj" kao način izvršavanja komandne odgovornosti nema snagu pravila u međunarodnom običajnom pravu da bi se nametnula krivična odgovornost.⁸¹

2. Mentalni element: "znao ili imao razlog da zna"

Drugi uslov je znanje nadređenog da je njegov podređeni htio počiniti ili da je počinio zločin. Komandna odgovornost nije oblik striktno odgovornosti.⁸² Mora biti dokazano (1) da je nadređeni stvarno znao, što se utvrđuje na osnovu direktnih dokaza ili indicija, da njegovi podređeni čine ili da se spremaju da počine zločine ili 2) da je posjedovao informacije takve prirode da je u najmanju ruku mogao biti upozoren da postoji opasnost činjenja takvih krivičnih djela⁸³.

Stvarno znanje je definisano kao "svijest da su relevantna krivična djela počinjena ili će biti počinjena"⁸⁴ Stvarno znanje ne može se pretpostaviti nego se može utvrditi direktnim ili posredno izvedenim dokazima.⁸⁵ Dokazima kao što su pismeni izvještaji kojima se komandanti obavještavaju o zločinima ili izjave svjedoka kojima se utvrđuje da je optuženi znao za zločine, može se utvrditi takvo znanje. Međutim, nevažno je kako je nadređeni dobio te informacije sve dok je to dovoljno da ga učini svjesnim o nezakonitim radnjama.⁸⁶

Pretpostavljeni oblik znanja, tj. "imao razloga da zna", traži da komandant ima neke opće informacije koje ga upozoravaju o vjerovatnoći činjenja protupravnih radnji od strane njegovih podređenih.⁸⁸ Žalbeno vijeće u predmetu *Bagilishema* je napravilo razliku između informacije koje optuženi mogao imati o opštoj situaciji u relevantnom području (a koje nisu dovoljne da bi se on smatrao odgovornim kao komandanat), te opštih informacija koje ga obavještavaju da bi njegovi podređeni mogli počiniti zločine (što je dovoljno da se utvrdi da je komandant odgovoran za radnje svojih podređenih, pod uslovom da su ispunjeni svi ostali uslovi).⁸⁹ Shodno tome, mentalni element za "imao razloga da zna" utvrđuje se samo pozivanjem na stvarne informacije koje su bile dostupne nadređenom⁹⁰ i da je dovoljno da su informacije bile takve prirode da je, u najmanju ruku, mogao biti upozoren na rizik izvršenja takvih krivičnih djela jer su ukazivale na potrebu dodatne istrage kako bi se utvrdilo da li su takvi zločini bili počinjeni ili trebali da budu počinjeni.⁹¹ Stoga, sama svijest komandanta o opasnosti od počinjenja zločina od strane njegovih podređenih, nije dovoljna da pokrene pitanje njegove zakonske odgovornosti. Mora se pokazati da je

⁸¹ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 266.

⁸² Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 239.

⁸³ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 223 i 241; Presuda u predmetu *Krnojelac*, t. 94.

⁸⁴ Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 427.

⁸⁵ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 241.

⁸⁶ Presuda u predmetu *Blaškić*, t. 308.; Presuda u predmetu *Aleksovski*, t. 80; Presuda u predmetu *Krnojelac*, t. 94.

⁸⁸ Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 437. Komandant ne mora stvarno imati informacije, ali je bitno da su mu date i da su mu bile dostupne

⁸⁹ Tužilac protiv *Ignace Bagilishema*, predmet br. ICTR-95-1-A-1, presuda od 3.7.2002. (Presuda po žalbi u predmetu *Bagilishema*), t. 42.

⁹⁰ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 238-239.

⁹¹ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 223, u kojoj se citiraju tačke 383 i 241. prvostepene presude u predmetu *Čelebići*.

komandant znao za suštinsku vjerovatnoću da će zločin biti počinjen kao posljedica njegovog propusta da djeluje, te da svjestan te činjenice, nije preduzeo ništa u vezi toga.⁹²

Takođe, nije dovoljno pokazati da je optuženi znao ili imao razloga da zna, općenito, da će zločini, bez obzira na njihovu težinu i sličnost sa zločinima za koje se tereti, biti počinjeni ili da su bili počinjeni od strane njegovih podređenih. Mora se utvrditi da je obavještenje koje je optuženi dobio bilo obavještenje o zločinima iste ili slične prirode za koje se on sada tereti.⁹³ Niti se optuženi može smatrati odgovornim zato što je trebao znati za takve zločine, to jeste, što nije tražio i dobio informacije koje bi ga obavijestile da su zločini počinjeni ili će biti počinjeni.⁹⁴

3. Nespriječavanje ili nekažnjavanje

Treće, mora se utvrditi da nadređeni nije preduzeo neophodne i razumne mjere da spriječi ili kazni zločine svojih podređenih. Neophodne i razumne mjere su one koje mogu biti preduzete u sklopu nadležnosti komandanta što se dokazuje stepenom efektivne kontrole koju je imao nad svojim podređenim.⁹⁷ Prema tome, ono što je neophodno i razumno prije svega zavisi od obima komandantove stvarne i dokazane sposobnosti da uradi bilo šta po pitanju zločina koji čine osnov inkriminacije.

Komandant je dužan da spriječi svoje podređene od činjenja zločina kada zna ili ima razloga da zna da će oni počiniti zločine, a takođe je dužan i da kazni počinioce zločina kada zna ili ima razloga da zna da su ih njegovi podređeni već počinili. Pretresno vijeće naglašava da su ovo dvije različite obaveze koje se primjenjuju u različitim periodima.

Dužnost sprečavanja počinjenja zločina se pojavljuje kada komandant zna ili ima razloga da zna da se sprema ili planira počinjenje zločina, dok se dužnost kažnjavanja pojavljuje nakon što je zločin djelo počinjen. Iako komandant treba preduzeti brze i efikasne mjere za kažnjavanje ili spriječavanje teških krivičnih djela kao što su genocid, zločini protiv čovječnosti ili ratni zločini, mjere koje se traže od komandanta su ograničene na one koje su izvedive u svim okolnostima koje su u njegovoj nadležnosti.⁹⁸ Prema tome, u zavisnosti od okolnosti i dokazane mogućnosti komandanta da to učini, njegova "dužnost da kazni" može uključivati istraživanje navodnih zločina radi utvrđivanja činjenica ili prijavljivanje zločina nadležnim organima, ili preduzimanje odgovarajućih disciplinskih mjera protiv počinilaca.⁹⁹

Odlučivanje o mjerama koje će biti primjerene u određenom predmetu je pitanje dokaznog postupka, a ne pitanje materijalnog prava, i treba biti obavljeno u svjetlu svih okolnosti u

⁹² Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 41-42.; Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 437.; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 238. Informacije koje posjeduje moraju biti dovoljno jasne ili alarmantne da ukazuju na vjerovatnoću da će se počiniti ili da su počinjeni teški zločini, te da se pokrene dužnost komandanta da dalje istraži tu stvar.

⁹³ Presuda po žalbi u predmetu *Krnojelac*, t. 155. Žalbno vijeće je naglasilo da je za optuženog bilo dovoljno da zna da su njegovi podređeni počinili radnje premlaćivanja pa da on bude optužen za zločin mučenja.

⁹⁴ Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 226-239, koja eksplicitno odbacuje suprotne tvrdnje tužioca.

⁹⁷ Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 72.

⁹⁸ Presuda u predmetu *Krnojelac*, t. 95; Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 226; Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 441. i 445.

⁹⁹ Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 446.

predmetu.¹⁰⁰ Prema tome, pri utvrđivanju da li je komandant preduzeo sve neophodne i razumne mjere, Sud mora uzeti u obzir sve okolnosti kao što su nedovljno vremena za poduzimanje određenih mjera ili postizanje određenog rezultata ili gubitak resursa za istragu, ili opstrukcije od strane nadređenih službenika. Stoga činjenica da komandant nije preduzeo određene korake nakon što su njegovi podređeni počinili zločine (kao što je prijavljivanje radnji svom nadređenom) ne predstavlja sama po sebi zaključak o njegovom propustu da ispunjava svoje dužnosti.¹⁰¹

c) Odgovornost optuženog po tačkama

Optuženom se, dakle, pod tačkama 1 do 6 optužnice stavlja na teret da je za vrijeme oružanog sukoba između snaga Armije R BiH i Vojske Srpske Krajine, koji se vodio na teritoriji Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske, u svojstvu pomoćnika komandanta za bezbjednost u bataljonu „Hamza“ - IV bataljona 505. brigade V Korupsa Armije BiH, svojim radnjama i propustima: pokrenuo, počinio ili na drugi način podstrekavao i pomagao zločine opisane u navedenim tačkama, te da je, zbog odnosa nadređenosti prema, između ostalih i Al Harbi Tewfik, i stvarne kontrole koju je imao nad svojim podređenima, znao ili je imao razloga da zna da će njegovi podređeni počinili ili su počinili opisane zločine, a nije preduzeo potrebne i opravdane mjere da spriječi ili kazni počinioce tih djela.

Ovakvo ponašanje optuženog – nečovječno postupanje i lišenje druge osobe života je, prema navodima optužnice, bilo suprotno odredbi zajedničkog člana 3 stava 1. tačke a) Ženevskih konvencija iz 1949.godine, čime je optuženi počinio krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačke a) KZ BiH a u vezi sa članom 21 i 35 te članom 180 stavom 1 i 2 istog zakona.

Nesporno je, i već na samom početku glavnog pretresa i od Odbrane potvrđeno, da je u inkriminisanom periodu postojao oružani sukob, koji se u kritičnim momentima vodio i između snaga Armije R BiH i Vojske Srpske Krajine, odnosno da je i dana 5.08.1995.godine trajala operacija „Oluja“, pokrenuta od vojske R Hrvatske, a koja je vođena i u inkriminisanom području BiH, uz učešće Armije R BiH – pa između ostalih i bataljona „Hamza“ 505. Bužimske brigade.

Nesporno je i da je optuženi bio pripadnik tog bataljona i da je učestvovao u kritičnoj akciji.

Nesporno je i da su pripadnici bataljona „Hamza“ dana 5.08.1995.godine zarobili 4 vojnika vojske Srpske krajine, ali i da su ti vojnici kasnije ubijeni.

Spornim se, međutim, pokazalo da li je prema ovim zarobljenicima nečovječno postupano, odnosno da li su fizički i psihički zlostavljani, te da li je optuženi učestvovao u ovom zlostavljanju, a kasnije i ubistvu.

Sporne radnje optuženi je, prema navodima Tužilaštva, počinio u svojstvu pomoćnika komandanta bataljona za bezbjednost.

¹⁰⁰ Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 72.

¹⁰¹ Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 68-69 i 72.

Međutim, spornim se takođe pokazalo i da li je optuženi bio običan vojnik u sastavu bataljona „Hamza“ – IV bataljona u 505. Bužimskoj brigadi, ili je bio pomoćnik komandanta za bezbjednost.

Ova pozicija je, prema navodima Tužilaštva, bila ključna za inkriminaciju optuženog, obzirom da je, kako smatra, upravo njena priroda obavezuje na brigu o zarobljenicima, pa tako i spriječavanje nedozvoljenog ponašanja prema njima.

Iz ove pozicije je, prema navodima Tužilaštva, proizašla i komandna odgovornost optuženog, opisana u tački 6. optužnice – a koja se ogleda u propustu optuženog da o ubistvima obavijesti svoje nadređene, ubistva ispita a počiniocima kazni.

Imajući u vidu kompleksnost navoda o nečovječnom postupanju, proizašlih iz specifičnosti kritične akcije, posebno terena na kom se ta akcija vodila, Sud je posebno cijenio svaki segment ovih navoda.

Takođe, i činjenica da su navodi o ubistvu zarobljenika uglavnom potkrijepljeni video zapisima, zatijeva opširniju obradu, što će biti navedeno u tekstu koji slijedi.

ca) Nečovječno postupanje

Pretno vijeće je razmatralo Optužbu za nečovječno postupanje prema ratnim zarobljenicima i podijelilo je na dva dijela. Prvi dio se odnosi na zastrašivanje i udaranje ratnih zarobljenika, a drugi na sprovođenje zarobljenika na čelu kolone, kako to tvrdi Tužilaštvo, da bi služio kao izviđač i "mamac" da bi se zarobili vojnici Vojske Srpske Krajine.

Zastrašivanje i udaranje zarobljenika

Pretno vijeće je ispitalo iskaz svjedoka i detaljno pregledalo video snimak kao i pripadajući transkript prilikom ocjene dokaza koji se odnose na postupanje prema ratnim zarobljenicima nakon njihovog zarobljavanja. Pretno vijeće, međutim, primjećuje da nema iskaza svjedoka u vezi sa fizičkim maltretiranjem ratnih zarobljenika od strane optuženog. Prema tome, u nedostatku dovoljnog broja iskaza svjedoka, pretno vijeće se oslonilo u velikoj mjeri na video snimak u vezi sa navodnim maltretiranjem zarobljenika. Pretno vijeće se poziva na svoju raniju odluku da se osloni samo na video materijale Odbrane da bi izvelo određene činjenične zaključke. Prema tome, svako daljnje pozivanje na video-snimke odnosi se isključivo na video-snimke Odbrane.

Na osnovu iskaza svjedoka, nepobitno je da je Tewfikovo ponašanje bilo nasilničko. Na primjer, svjedoci W3, W4, i Hasan Catić su bili saglasni u svjedočenju o Tewfikovom neprijateljskom ponašanju prema ratnim zarobljenicima. Svjedok W4 je rekao da je vidio Tewfika kako fizički zlostavlja jednog od ratnih zarobljenika tako što je udario zarobljenika po licu. Svjedok Hasan Catić je rekao da kada je prvi ratni zarobljenik bio zarobljen, Tewfik je tražio nož da napadne zarobljenika i da su on i drugi pripadnici bataljona Hamza štitili prvog ratnog zarobljenika. Ova scena je jasno vidljiva i na video snimku. Na kraju, svjedok

W3 je rekao da je štiti prvog ratnog zarobljenika od Tewfika, dok je zarobljenik bio kod njega.

Što se tiče maltretiranja ratnih zarobljenika od strane optuženog, svjedoci Tužilaštva su saglasno svjedočili da nisu vidjeli Šefika Alića da bilo koga maltretira. Svjedok W4, koji je, kako tužilac navodi dao iskreniju i tačniju procjenu situacije, svjedočio je da nikada nije vidio optuženog da maltretira nekog od ratnih zarobljenika. Nadalje, svjedok Senad Sahinović je rekao da je optuženi na ispravan način postupao prema ratnim zarobljenicima. Konačno, svjedok Refik Duraković je rekao da je ponašanje optuženog prema ratnim zarobljenicima bilo uobičajeno ponašanje.

Uprkos povoljnim iskazima svjedoka u vezi sa ponašanjem optuženog, tužilac tvrdi da je optuženi pokazao postepeni model nezakonitog i prijetećeg ponašanja ubrzo nakon zarobljavanja prvog zarobljenika sa ciljem zastrašivanja prvog ratnog zarobljenika. On potkrepljuje svoju tvrdnju dokazom da optuženi nije intervenisao nakon što je Tewfik prijetio zarobljeniku da će ga ubiti ako bude lagao tokom Alićevog ispitivanja. Nakon što je ispitalo dokaze, vijeće je našlo da je tužilac, budući da mu je to odgovaralo, propustio navesti da je Bajraktarević Asim, komandant bataljona, takođe bio prisutan u vrijeme kada je izrečena navodna prijetnja. Prema iskazu svjedoka Jusić Dževada, načelnika Vojnog odsjeka Ministarstva odbrane BiH, i Kulauzović Fuada, načelnika štaba brigade, komandant bataljona je imao apsolutnu vlast u jedinici, njegovo prisustvo je isključivalo dužnosti drugih, i imao je isključivu nadležnost da naredi zaštitu ratnih zarobljenika na način koji je on smatrao odgovarajućim. Pretresno vijeće takođe navodi da ni optuženi ni komandant bataljona nisu preuzeli ništa u vezi sa navodnom prijetnjom. Ovo nečinjenje je važno za utvrđivanje da li, u okolnostima ovog predmeta, može poslužiti kao dokaz rastućeg eskalirajućeg ponašanja optuženog, kako to navodi tužilac. Iako je navedena prijetnja zaista izrečena, Sud nije ubijeđen da ona predstavljala vjerodostojnu prijetnju ili da je optuženi imao namjeru da svojim nečinjenjem prijeti zarobljeniku ili da ga zastraši, pogotovo kada se ima u vidu činjenica da je optuženi bez ikakvih posljedica za zarobljenike, iste malo kasnije i predao svom nadređenom- komandantu bataljona "Hamza".

Tužilac takođe tvrdi da je maltretiranje zarobljenika preraslo sa verbalnih uvreda na fizičko zlostavljanje i to sve zbog propusta optuženog da interveniše i zaustavi zlostavljanje. U svom odgovoru, Odbrana tvrdi da je optuženi intervenisao da spriječi ili ograniči zlostavljanje zarobljenika. Odbrana se oslanja na iskaz svjedoka Begović Nisveta, koji je rekao da je Alić rekao Tewfiku da prestane prijetiti zarobljenicima. Osim toga, Odbrana je koristila video snimak i pripadajući transkript da bi dokazala da je optuženi rekao Tewfiku "*Nemoj! Ne!*" kada je Tewfik ratnim zarobljenicima prijetio puškom.

Tužilac tvrdi da optuženi nije intervenisao niti na jedan od načina kako to sugeriše Odbrana i da se riječi izgovorene na snimku ne mogu pripisati njemu već Boromisa Peri, jednom od zarobljenika. Tužilac potkrepljuje svoju tvrdnju tako što kaže da bi bilo kakva intervencija od strane optuženog bila potpuno nesaglasna sa ponašanjem optuženog kako je to prikazano na video zapisima.

Vijeće je pažljivo pregledalo video snimak i pripadajući transkript. Dokazi jasno ukazuju da je neko zaista intervenisao tokom scene sa puškom rekavši Tewfiku da prestane sa prijetnjama. Takođe je jasno da su, osim Tewfika i zarobljenika, i drugi pripadnici bataljona

Hamza, uključujući i optuženog bili neposredno prisutni tokom te scene. Međutim, s obzirom na to da je kamera bila usmjerena na Tewfika, bilo je nemoguće identifikovati osobu koja je izgovorila te riječi. Vijeće je donekle zbunjeno time što je tužilac pripisao izgovaranje riječi Boromisa Peri, što je jednako nedosljedno kao i ono što je tužilac tvrdio u vezi sa optuženim. Tokom cijelog iznošenja dokaza i tokom završnih riječi, tužilac je pokušavao ubijediti vijeće kako bespomoćno, izmučeno i prestrašeno su se morali osjećati zarobljenici tokom svog zarobljeništva. Tužilac je posebno naveo Boromisa Peru rekavši kako je on tokom zarobljeništva stajao kao lutka, ukočen od straha, nemoćan, u krajnje beznadležnoj situaciji, potpuno popustljiv i poslušan, previše uplašen da traži svoja prava ili da protestuje. Ipak, imajući u vidu strašne okolnosti situacije, tužilac je izabrao da pripiše tu hrabru intervenciju Boromisa Peri.

S obzirom da ni tužilac ni odbrana nisu uložili potkrepljujuće dokaze za svoje tvrdnje u vezi sa intervencijom, vijeće, na osnovu uložениh dokaza, odbija da izvodi neosnovane zaključke po ovom pitanju. U skladu sa principom *in dubio pro reo*, vijeće je ipak oslobodilo optuženog u nedostatku dokaza.

Nakon pažljivog pregleda svih dokaza koji se odnose na zastrašivanje i fizičko zlostavljanje zarobljenika za koje se tereti, pretresno vijeće nalazi da je optuženi fizički držao Boromisa Peru, tako što ga je držao odzad za majicu dok ga je vodio kroz šumu, izjavio kameranu da mu je Boromisa Pero *kum*, bio je prisutan u vrijeme kada je Tewfik udario i vukao zarobljenike. Nadalje, vijeće nalazi da je optuženi jedanput udario Bašić Branka dok je ispitivao zarobljenika nedugo nakon što je isti zarobljen.

Prisustvo zarobljenika u koloni vojnika

Pretresno vijeće je takođe čulo iskaz brojnih svjedoka u vezi sa kretanjem prvog ratnog zarobljenika nakon što je zarobljen. Prema svjedoku Kekić Šerifu, prvi ratni zarobljenik je zarobljen tokom vojne akcije, razoružan i slobodno se kretao sa grupom, a ne na čelu kolone.

Svjedok Catić Hasan je rekao da je prvi ratni zarobljenik, nakon zarobljavanja, nastavio ići sa vodom, jer je trebao voditi 1. četvu do srpske komande. Ova izjava je potkrijepljena iskazom Duraković Refika, koji je rekao da je 1. četa koristila zarobljenike kao vodiče kada su išli prema komandi srpskog bataljona.

Nadalje, pretresno vijeće je pregledalo video snimak, koji prikazuje prvog ratnog zarobljenika kako ide u koloni vojnika, okružen vojnicima bataljona Hamza. Iako je u brojnim prilikama Sud primijetio da je jasno da zarobljenici drže ili ležerno nose puške, što je u suprotnosti sa iskazom svjedoka, nije bilo dokaza koji potkrepljuju tvrdnju Tužilaštva da je prvi ratni zarobljenik išao na čelu kolone kao mamac da bi istjerao iz skrovišta još srpskih vojnika.

Tužilac tvrdi da je da je prvi ratni zarobljenik bio duševno mučen kada je odveden u zonu opasnosti, odnosno, prema srpskom komandnom mjestu, potkrepljujući svoj argument citiranjem dva predmeta MKSJ. Iako ti predmeti zaslužuju sadržajnu diskusiju, vijeće će se ograničiti na to da prihvati suštinu tvrdnji, odnosno da izlaganje zarobljenika nepotrebnoj opasnosti tako što su bili korišteni za kopanje rovova pod stalnom neprijateljskom vatrom i

kao živi štit da bi se zaštitilo komandno mjesto od granatiranja predstavlja nečovječno postupanje. Vijeće se slaže sa tim utvrđenjima, ali ipak ovaj predmet smatra drugačijim činjeničnom smislu. Prvo, tužilac nikada nije tvrdio da je zarobljenik korišten kao živi štit. Drugo, dokazi u ovom predmetu ukazuju da je zarobljenik išao u koloni bataljona Hamza nakon što su pukle linije odbrane i nakon što je prestala neprijateljska vatra, jasno ukazujući na to da zarobljenik nije bio izložen nepotrebnoj opasnosti. Zarobljenik se, dakle, kretao zajedno sa vojnicima bataljona "Hamza".

Osim toga, mnogo svjedoka je reklo da se zarobljenik dobrovoljno javio da pokaže lokaciju srpskog komandnog mjesta. Iako vijeće ima određene sumnje u vezi sa ovim aspektom svjedočenja, ističe da video snimak ne prikazuje nikakve znakove prisile: zarobljenik je slobodno išao sa vojnicima, ruke mu nisu bile vezane, a u zarobljenika nije bilo upereno oružje.

Utvrđenja

Prilikom ocjene dokaza i procjene da li postupanje sa zarobljenicima, kako je prikazano na video snimku, predstavlja nečovječno postupanje, pretresno vijeće je uzelo u obzir sva zakonska obilježja nečovječnog postupanja kako je navedeno gore i primijenilo sljedeći standard "namjerna radnja ili propust, koja nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo". Sudeće vijeće nalazi da postupanje prema zarobljenicima, kako je prikazano na video snimku, u navedenom vremenskom periodu, ne doseže nivo težine da bi predstavljalo nečovječno postupanje.

Kako je ovo sudeće već reklo, nema jasne definicije šta predstavlja nečovječno postupanje, jer se ideje po tom pitanju u velikoj mjeri razlikuju ne samo u vezi sa konkretnim radnjama, već i u vezi sa samim faktorima na kojima se procjena treba zasnivati. Način na koji ovaj sud razumije koncept nečovječnog postupanja, nazvati "nečovječnim" postupanje navedeno u optužnici je pretjerano i iskrivljeno, osim ako tužilac nije mislio upotrijebiti termin u širem i prenesenom smislu. Namjera člana 3. Ženevske konvencije nije da se isti olako primijeni. Postupanje prema srpskim vojnicima je možda bilo strogo, bilo je maltretiranje ili bi se mogao naći neki drugi sličan opis; ali riječ "nečovječno" uključuje potpuno različitu kategoriju koncepta. Opisani događaji, čak i u kombinaciji, ne pripadaju i ne opisuju slučajeve pravog nečovječnog postupanja. Čak i ako bi se ovaj ekstremni termin koristio za nanošenje tjelesnog ili duševnog bola ili napetosti, bez pridavanja neophodne težine onome što se stvarno desilo, on bi jednostavno izgubio svoje značenje i značaj.

Tužilac prihvata da bi u mirnodopskom kontekstu, nekoliko šamara ili prijetnji ubijanjem mogli proći samo kao pretjerano hvalisanje ili glupo ponašanje i da možda opisani udarci ili šamari sami po sebi nisu imali brutalnu fizičku snagu. Tužilac tvrdi, međutim, da nije silina udaraca ta koja određuje da li ponašanje optuženog doseže nivo nečovječnog postupanja, već kontekst mučenja u kom su oni zadati.

Vijeće se ne slaže sa ovim argumentom tužioca. Vijeće primjećuje da zakon ne pravi razliku između mirnodopskog i ratnog okruženja. Obilježja krivičnog djela nečovječnog postupanja su i dalje stroga bez obzira na kontekst, što daje mogućnost da su zarobljenici mogli biti fizički držani, maltretirani ili zastrašivani tokom zarobljeničtva.

Navodi optužnice da se prema ratnim zarobljenicima postupalo nečovječno nisu opravdani izvedenim dokazima. Neugodno ili strogo su epiteta koji bi se mogli koristiti za opis ponašanja optuženog i Tewfika, ali nazvati ga varvarskim ili brutalnim, što je potrebno za institut nečovječnog postupanja, predstavlja zloupotrebu jezika i umanjuje vrijednost onoga što je rezervisano za mnogo gore stvari. Sudeće vijeće zaključuje da bi se koncept "nečovječnog" postupanja trebao ograničiti na vrstu postupanja koje priliči zvjerstvima, ili barem varvarstvu, što za namjeru imaju član 175. tačka a) KZ BiH i zajednički član 3. Ženevskih konvencija.

U svjetlu utvrđenja pretresnog vijeća da maltretiranje ratnih zarobljenika za koje se optuženi tereti ne predstavlja nečovječno postupanje iz člana 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija, pretresno vijeće smatra da nije neophodno da se raspravlja o individualnoj odgovornosti optuženog iz člana 180. stav 1. KZ BiH.

cb) Ubistvo

Optuženi se tereti za podstrekavanje i pomaganje izvršenja ubistva četiri ratna zarobljenika. Zarobljenici su, nesporno je, ubijeni.

Međutim, iako video-snimak pokazuje četiri mrtva vojnika, odbrana je osporavala identitet tih vojnika, način na koji su ubijeni, te ko bi trebao biti kažnjen za ovaj gnusni zločin. Mnogo svjedoka je reklo da je Tewfik počinilac zločina, a što je potkrijepljeno video-snimkom. Tužilac, pak, tvrdi da su konačna ubistva ratnih zarobljenika bila rezultat huškačkog i podrivačkog jezika optuženog koji je ohrabrio i odobrio daljnje nasilje, i činjenice da optuženi nije otklonio opasnost onda kada mu je to bila dužnost.

Podstrekavanje

Tužilac tvrdi da je optuženi podstrekao ubistvo zarobljenika koristeći huškački i podrivački jezik. Pretresno vijeće će sada razmotriti da li te izjave i nepoduzimanje akcije čine značajan doprinos koji zakon zahtijeva.

Pretresno vijeće je ranije navelo da je za podstrekavanje potrebno: 1) uticaj na glavnog počinioaca podstrekavanjem na izvršenje zločina, 2) namjera da se izazove počinjenje krivičnog djela, ili svijest o suštinskoj vjerovatnoći da će zločin biti počinjen izvršenjem tog podstrekavanja, i 3) dokaz da je podstrekavanje optuženog činilo bitan faktor doprinosa u počinjenju zločina. U svjetlu ovih uslova, vijeće je pažljivo razmotrilo sve izjave optuženog da bi utvrdilo da li su one bile huškačke i podrivačke, kako to tvrdi tužilac. Jezik je huškački i podrivački kada su izjave optuženog fizički izvršiocima mogli da protumače samo kao neposredno pozivanje i podstrekavanje na vršenje zločina.¹⁷² Nadalje, kažnjivo podsticanje zahtijeva i huškačke riječi i fizičku realizaciju njihove poruke. Na primjer, pretresno vijeće MKSJ nalazi da su izjave bile podrivačke kada je optuženi rekao da djecu iz miješanih brakova treba baciti u rijeku Vrbas i ona koja isplivaju biće srpska djeca,¹⁷³ ili kada je sistematski predlagao kampanju izravnavanja računa ubijanjem na nacionalnoj osnovi, izjavivši da će za svakog ubijenog Srbina u Sarajevu biti ubijena dva Muslimana u Banja

¹⁷² Presuda u predmetu *Brdanin*, t. 360.

¹⁷³ Presuda u predmetu *Brdanin*, t. 328.

Luci,¹⁷⁴ što je podsticalo bosanske Srbe da vrše sistematske zločine nad bosanskim Muslimanima i bosanskim Hrvatima.

Dokazi koje je pretresno vijeće razmatralo bili su izjava jednog od vojnika da je Tewfik *onaj što samo kolje* i ona u kojoj je nekog zvao *kumom*. U vezi sa nazivanjem nekoga *kumom*, pretresno vijeće nalazi da se takva izjava nije mogla tumačiti kao znak saglasnosti optuženog sa ubistvom zarobljenika. Razmotrivši izjavu kako Tewfik *samo kolje*, pretresno vijeće priznaje da bi ova izjava mogla biti dovoljna (uz dodatne dokaze) da pokaže da je optuženi znao za Tewfikovo nasilničko ponašanje u prošlosti, ali je nedovoljna da bi se zaključilo da je optuženi namjeravao da provocira ili izazove ubijanje zarobljenika. Međutim, pretresno vijeće navodi da tužilac nije uveo ni jedan dokaz kojim bi pokazao da je Tewfik imao nasilničku prošlost ili da su vojnici bataljona Hamza, uključujući i optuženog, znali da je Tewfik sklon nasilju. Većina svjedoka je izjavila ili da su znali Tewfika kao humanitarnog radnika ili da ga nisu vidjeli nikada prije operacije Oluja. Prema tome, pretresno vijeće zaključuje da optuženi nije znao za Tewfikovu namjeru da poćini zloćin ili da je poćinilac shvatio izjave optuženog kao direktni poziv i podstrekaj da izvrši zloćin.

U svjetlu gorepomenute rasprave, ovo vijeće smatra da izjave optuženog nisu ni podrivaćke ni huškaćke, jer nisu direktno pozivale na nasilje, niti su davale znak da optuženi odobrava nasilje, s obzirom na kontekst u kom su izjave date. Nadalje, tužilac nije uveo ni jedan dokaz kojim bi pokazao da je optuženi imao namjeru da pomogne ili podstrekava Tewfika da zarobljenici budu ubijeni ili da je bio svjestan da postoji znatna vjerovatnoća da će njegove izjave doprinijeti zloćinu.

Pomaganje

Nije sasvim jasno na koji oblik odgovornosti tužilac misli kada zastupa teoriju pomaganja. Postoje dvije moguće teorije koje će biti razmotrene niže u tekstu.

Prvo, tužilac je možda namjeravao da u ovom predmetu primijeni teoriju pomaganja prešutnom saglasnošću i ohrabivanjem. Optuženi može biti osuđen za pomaganje zloćina kada se utvrdi da je njegovo ponašanje predstavljalo prešutnu saglasnost i ohrabivanje zloćina i da je to ponašanje znaćajno doprinijelo zloćinu.¹⁷⁷ U predmetima u kojima je primijenjena ova teorija, optuženi je imao položaj koji podrazumijeva ovlaštenja, bio je fizićki prisutan na mjestu zloćina i njegovo neintervenisanje je doživljeno kao prešutna saglasnost i ohrabivanje.¹⁷⁸ Po ovoj formi pomaganja, individualna odgovornost (to je individualna odgovornost prema ćlanu 180. stav 1. KZ BiH) nije zasnovana na dužnosti da se djeluje, već proizlazi iz ohrabrenja i podrške koji se pružaju glavnom poćiniocu zloćina tom neintervencijom. Shodno tome, kombinacija položaja koji uključuje ovlaštenja i fizićke prisutnosti na mjestu zloćina dopušta zaključak da propust optuženog da interveniše predstavlja prešutnu saglasnost i ohrabivanje.¹⁷⁹ Međutim, to ohrabrenje i podrška moraju biti znatni.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Presuda u predmetu *Brđanin*, t. 329.

¹⁷⁷ Presuda u predmetu *Aleksovski*, t. 87.

¹⁷⁸ Presuda u predmetu *Aleksovski*, t. 87.

¹⁷⁹ *Tužilac protiv Ante Furundžije*, predmet br. IT-95-17/1, presuda od 10.12.1998. (presuda u predmetu *Furundžija*), t. 207; Presuda u predmetu *Kayishema i Ruzindana*, t. 200 (MKSR), potvrđena presudom po žalbi u predmetu *Kayishema i Ruzindana*, t. 201-202.

¹⁸⁰ Presuda po žalbi u predmetu *Aleksovski*, t. 162.

Pretno vijeće nalazi da ne postoji niti jedan dokaz koji pokazuje da je optuženi bio prisutan ili bio blizu mjesta gdje su se ubistva odigrala. Čak i da je optuženi bio prisutan ili blizu mjesta zločina, pretno vijeće bi, svejedno, moralo uzeti u razmatranje i ostale činjenične okolnosti prije donošenja zaključka. Položaj koji podrazumijeva ovlaštenja a koji pojedinac ima nije dovoljan da dovede do zaključka da samo njegovo prisustvo predstavlja znak ohrabrenja koji ima značajan uticaj na počinjenje zločina. Ovlaštenja pojedinca mogu biti važan faktor za utvrđivanje namjernog učešća. Bez obzira na to, odgovornost nije automatska i zahtijeva razmatranje u odnosu na ostale činjenične okolnosti.

Pored toga, dokazi takođe ne dozvoljavaju da se izvede zaključak da su Tewfik i drugi vojnici bataljona Hamza vjerovali da optuženi pomagao ubistvo zarobljenika. Shodno tome, pretno vijeće odbija donijeti zaključak koji tužilac toliko ohrabruje, a to je da postoji dovoljno dokaza kojima se dokazuje van razumne sumnje da je ponašanje optuženog (tj. njegove izjave i fizički kontakt sa zarobljenicima) predstavljalo ohrabrenje ili moralnu podršku Tewfiku i drugim vojnicima bataljona Hamza da počine zločine, što je kasnije u značajnoj mjeri doprinijelo izvršenju ubistava.

Druga mogućnost je da je tužilac možda namjeravao da primijeni teoriju pomaganja nečinjenjem. Iako sudska praksa MKSJ priznaje da nečinjenje može činiti *actus reus* pomaganja tamo gdje postoji zakonska dužnost da se djeluje¹⁸⁴, MKSJ nije nikada detaljno propisao uslove koji se moraju ispuniti za osudu za nečinjenje i do sada nije analizirao da li nečinjenje može dovesti do individualne krivične odgovornosti za pomaganje. Na primjer, žalbeno vijeće u predmetu Blaškić bilo je mišljenja da se *actus reus* pomaganja može počinuti nečinjenjem pod uslovom da je to nečinjenje imalo odlučujući uticaj na počinjenje zločina i da je bilo praćeno uslovom *mens rea*.¹⁸⁵ Međutim, najsvieobuhvatnije uslove formulisalo je pretno vijeće u predmetu *Ntagerura* (citirano u presudi po žalbi u predmetu *Ntagerura i drugi*, t. 333).¹⁸⁶ Prema tome, da bi se optuženi smatrao krivično odgovornim za nečinjenje kao glavni počinilac, moraju se utvrditi sljedeći elementi: 1) optuženi je morao biti dužan da djeluje što je bilo propisano važećim krivičnim zakonom; 2) optuženi je morao biti u mogućnosti da djeluje; 3) optuženi nije djelovao jer je želio krivično kažnjive posljedice ili jer je znao i slagao se da će doći do tih posljedica; i 4) nečinjenje je dovelo do počinjenja zločina.

Tužilac tvrdi da je optuženi ohrabrio počinjenje zločina svojim nečinjenjem. On poziva vijeće da razmotri, mimo hijerarhijskih tabela ili paralelnog lanca komandovanja, činjenice koje su pratile djela samog optuženog kada je zarobljenike izlagao opasnosti i kada nije umanjio opasnost bez obzira na to šta su drugi učinili ili nisu učinili. On svoje tvrdnje potkrepljuje činjenicom da nema dokaza da je optuženi poduzeo ijednu odlučnu radnju (iako je, kao pomoćnik komandanta za bezbjednost, imao dužnost da djeluje), tj. optuženi nije prijavio Tewfikove prijetnje svom nadređenom Nanić Zijadu; nije se obratio Bajraktarević Asimu i zahtijevao odlučnu radnju; nije prijavio loše ponašanje Bajraktarević Asima; nije uticao na Bajraktarević Asima i druge tako što bi im zaprijetio da će ih prijaviti, itd. Uprkos tužiočevim slikovitim primjerima šta je optuženi mogao uraditi da izbjegne

¹⁸⁴ Presuda po žalbi u predmetu *Galić*, t. 175, koja se poziva na presudu po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 663 i presudu po žalbi u predmetu *Tadić*, t. 334.

¹⁸⁵ Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 47.

¹⁸⁶ *Tužilac protiv Andre Ntagerura*, MKSR, predmet br. ICTR-99-46-T, t. 659.

krivičnu odgovornost, tužilac se dotakao samo jednog od mogućih uslova za počinjenje nečinjenjem, tj. dužnosti da djeluje. Tužilac nije pokušao da pokaže i nije izveden nijedan dokaz koji bi dokazao da je optuženi imao namjeru da prouzroči smrt zarobljenika ili svijest da će njegovo nečinjenje znatno doprinijeti ubistvu četiri zatvorenika ali da se, ipak, složio sa ovom posljedicom. Nadalje, pretresno vijeće nalazi da nije dokazano van razumne sumnje da je propust optuženog da spriječi Tewfika uzročno povezan sa smrću zarobljenika koja je uslijedila (o čemu će se detaljnije raspravljati niže u presudi).

U svjetlu gorepomenute rasprave, pretresno vijeće smatra da nema dovoljno dokaza da potkrijepe zaključak ili dovedu do zaključka da je neintervenisanje optuženog, zajedno sa njegovim položajem koji je uključivao ovlaštenja, ohrabrilo počinioce i značajno doprinijelo počinjenju zločina. Pretresno vijeće je takođe zaključilo da nije dokazano van razumne sumnje da je optuženi imao namjeru da zarobljenici budu ubijeni ili da je znao da će smrt zarobljenika biti vjerovatna posljedica njegovog nečinjenja.

cc) Odgovornost optuženog prema članu 180. stav 2. KZ BiH

Nečovječno postupanje

Pretresno vijeće se poziva na svoje ranije utvrđenje da radnje koje su počinili optuženi Šefik Alić i počinilac Tewfik Al Harbi, a za koje se optuženi tereti, ne dosežu nivo krivičnog djela nečovječnog postupanja predviđen u članu 175. tačka a) KZ BiH i zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija. Stoga, pretresno vijeće smatra da nije potrebno razmatrati odgovornost optuženog za nečovječno postupanje ni po doktrini komandne odgovornosti. Prema tome, pretresno vijeće će odmah preći na ocjenu dokaza i na određenje o komandnoj odgovornosti optuženog za ubistvo četiri ratna zarobljenika.

Ubistvo

Prije utvrđenja krivične odgovornosti proizašle iz komandne uloge koja se optuženom stavlja na teret, Sud prvo mora utvrditi da li je optuženi uopće imao ovlaštenja nadređenog.

Mora postojati veza nadređeni-podređeni

U procjeni postojanja komandnog položaja optuženog na kojem je, prema navodima optužbe, bio tokom operacija Oluja i perioda na koji se odnosi optužnica, Sud se oslonio na izjave svjedoka koje su dali u SIPA-i i Tužilaštvu BiH, kao i na njihove iskaze date tokom glavnog pretresa. Takođe su razmatrani i relevantni materijalne dokaze, kao i video snimak.

Pretresno vijeće ističe da je svjedok Nanić Zijad, pomoćnik komandanta 505. brigade za bezbjednost, svjedočio da je optuženog postavio Nanić Izet, komandant brigade, kao pomoćnika oficira za bezbjednost dan prije operacija Oluja. Ovo svjedočenje je potkrijepljeno izjavom svjedoka W1 koji je tokom pretresa rekao da je komandant brigade postavio optuženog kao oficira za bezbjednost u bataljonu na dan kada je bataljon oformljen. Ovo je bilo u skladu sa izjavom koju je dao SIPA-i u kojoj je rekao: "Mislim da je Alić bio jedan od oficira za bezbjednost".

Nadalje, pretresno vijeće naročito ističe iskaz svjedoka Nanić Zijada, pomoćnika komandanta za bezbjednost u brigadi. U izjavi koju je dao službenicima SIPA-e, rekao je da je optuženi bio oficir za bezbjednost-pomoćnik. On je to i potvrdio tokom ispitivanja u Tužilaštvu BiH kada je rekao da je optuženi bio oficir za bezbjednost u bataljonu. Prilikom davanja iskaza na pretresu, on je rekao da je optuženi bio pomoćnik komandanta za bezbjednost. Tokom unakrsnog ispitivanja, ostao je pri tome da je optuženi sigurno bio na tom položaju od 4. do 20.08.1995.godine.

Svjedok Jusić Sead je tokom ispitivanja u Tužilaštvu rekao: "Kada je bataljon oformljen, komandant Nanić je postavio optuženog na mjesto pomoćnika komandanta za bezbjednost i on je bio na tom položaju tokom operacije Oluja". Tokom glavnog pretresa, on je potvrdio svoju izjavu da je na osnovu ličnog zapažanja mislio da je optuženi komandant, ali nije stvarno znao na kom položaju je bio optuženi.

Svjedok optužbe W-1 je rekao, da je, koliko se on sjeća, optuženi postavljen kao oficir za bezbjednost, da je postavljen na dan kada je bataljon oformljen po naređenju komandanta brigade i da je to bilo usmeno naređenje izdato baš tog dana. Ovo je u skladu sa njegovom izjavom datoj istražiocima SIPA-e kada je rekao da je optuženi bio pripadnik komande bataljona i da je bio zadužen za pitanja bezbjednosti u bataljonu Hamza. Tokom ispitivanja u Tužilaštvu, on je dalje rekao da je uloga i odgovornost oficira za bezbjednost, između ostalog, bila i odgovornost za ratne zarobljenike. Ovaj svjedok posebno ističe da su svi pomoćnici komandanta bataljona postavljeni usmenom naredbom komandanta i to na dan pred akciju.

Svjedok W-3 je rekao da je optuženi bio zadužen za bezbjednost bataljona. Tokom davanja izjave istražiocima SIPA-e, on je rekao da je optuženi bio jedan od starješina i oficir za bezbjednost u bataljonu "Hamza" tokom operacije Oluja.

Nadalje, svjedok W-4 je rekao da je saznao da je optuženi bio u komandi bataljona i da je bio najviše rangirani oficir kada su zarobili ratne zarobljenike. Kasnije, možda i istog mjeseca, saznao je da je optuženi bio postavljen kao oficir za bezbjednost u bataljonu dan prije operacije Oluja.

Svjedok Mustafić Mevlid je tokom ispitivanja u SIPA-i rekao da mu je komandant bataljona, Asim Bajraktarević rekao da je optuženi njegov zamjenik za bezbjednost. Tokom svjedočenja na pretresu, on je tvrdio da se ne može sjetiti da li mu je Bajraktarević to rekao, ali ipak, ostao pri ubjeđenju da je optuženi bio na ovoj poziciji tokom kritične akcije.

Svjedok, koji je bio pomoćnik komandanta za logistiku u bataljonu i na pretresu je rekao da je optuženi bio pomoćnik komandanta za bezbjednost. Tokom ispitivanja u SIPA-i, on je naveo imena svih pomoćnika komandanta bataljona i naveo ime optuženog kao pomoćnika komandanta za bezbjednost.

Nadalje, svjedok Elkasović Agan, koji je bio zamjenik komandanta bataljona, tokom ispitivanja u SIPA-i je rekao da misli da je ili Isaković Safet ili optuženi bio pomoćnik komandanta za bezbjednost. Tokom svjedočenja, potvrdio je da je optuženi navodno bio pomoćnik komandanta za bezbjednost.

Svjedok Catić Hasan je rekao da je učestvovao u operaciji Oluja i da je optuženi bio komandir čete. Istražiocima SIPA-e je dalje rekao da misli da je optuženi bio osoba odgovorna za odvođenje jednog od ratnih zarobljenika naprijed prema liniji.

Jasno je, dakle, da je optuženi na ovoj poziciji bio po *ad hoc* osnovi.

Sud je, nadalje, posebno cijenio materijalne dokaze iz kojih proizilaze različite, po tada važećim pravilima postavljene, pozicije optuženog Šefika Alića u periodu od 1992. do 1995.godine.

Iz personalnog kartona optuženog broj: 492011000216, proizlazi da je optuženi već od početka angažmana u Teritorijalnoj odbrani, a potom u Armiji R BiH bio komandir odjeljenja, komandir voda pa i vojni policajac, ali i da je u periodu od 1.01.1995. do 5.10.1995.godine bio na poziciji komandira baterije Bofors, i to po naredbi komandanta 505. brigade od 31.12.1994.godine; te da je od 5.10.1995. do 20.02.1996.godine bio na poziciji zamjenika komandanta bataljona, i to po naredbi komandanta V korpusa Armije RBiH od 26.11.1995.

Posebnu pažnju i ocjenu zahtijevao je dokaz optužbe broj: 38 – Privremena ratna formacija, br. 05/53 -1813 od 26.11.1995.godine kojom se optuženi postavlja za zamjenika komandanata bataljona, a ukida se naredba komandanta V korpusa br.05/53 – 1178 od 4.06.1995.godine kojom je optuženi postavljen na poziciju vršioca dužnosti pomoćnika komandanata bataljona za bezbjednost, III brdskog bataljona 505.brigade. Novu dužnost bi optuženi trebao preuzeti 5.10.1995.godine. Ovdje je potrebno istaći da je Sud prilikom ocjene ovog dokaza imao u vidu i iskaz svjedoka Odbrane- vojnog analitičara, Dževada Jusića, koji je u objašnjavju načina postavljenja nekoga na poziciju pomoćnika komandanta za bezbjednost i njegove ingerencije, istakao da komandni kadar u Armiji ne poznaje institut v.d. pomoćnika komandanta za bezbjednost.

Nadalje, polazeći od datuma izdavanja ove privremene ratne formacije – 26.11.1995.godine te preuzimanja nove dužnosti – 5.10.1995.godine, Sud posebno ističe da bataljon „Hamza“ nije ni bio oformljen kada je izdata navodna naredba komandanta V korpusa Armije BiH tj. dana 4.06.1995.godine, odnosno, da je bataljon „Hamza“ oformljen dan pred kritičnu akciju – 4.08.1995.godine.

S druge strane, optuženi je u vremenu u kojem je navodno izdata naredba o VD „bezbjednjaka“, bio na poziciji komandira baterije „Bofors“, a što proizlazi iz personalnog kartona optuženog, čiji sadržaj je ovjeren od Ministarstva odbrane BiH.

Na kraju, imajući u vidu mogućnost tužioca da izvrši uvid u kompletan arhiv ARBiH, odnosno pribavi sve dokaze neophodne za Optužbu, pa tako i spornu naredbu od 4.06.1995.godine, logičnim se ukazuje zaključak o sumnji u postojanje ove naredbe.

Činjenica je, međutim, da bataljon „Hamza“ nije postojao 4.06.1995.godine ali i da tužilac nije ponudio dokaz kojim bi potkrijepio navode privremene ratne formacije.

Do formiranja bataljona „Hamza“, postojala je samo četa za specijalne namjene „Hamza“.

Imajući u vidu ove nelogičnosti, te iz njih proizašle nejasnoće, ovaj dokaz Sud nije prihvatio.

Sud je takođe cijenio i dokaz optužbe broj 37 – Prijedlog za unapređenje optuženog Šefika Alića, u kom se navodi da je optuženi obavljao dužnosti pomoćnika komandanta za bezbjednost. Ovaj prijedlog je postpisao Jusić Sead, svjedok u ovom postupku. Međutim, iz Prijedloga ne proizlazi period niti osnov navodnog obavljanja ove funkcije.

Također, sudeće vijeće je razmatralo da su svjedoci i Optužbe i Odbrane rekli da je optuženi bio veliki borac i da su mu se svi njegovi saborci divili. Na sličan način su svjedoci obje strane u postupku svjedočili da je optuženi bio komandir čete za specijalne namjene Hamza prije formiranja bataljona Hamza. Razmotrivši iskaz svjedoka Jusić Seada i svjedoka odbrane Abdić Besima, sud prihvata da se četa u Armiji BiH sastojala od između 50 i 100 vojnika. Uzimajući ovo u obzir, sud ne vidi logiku u onome što su naveli svjedoci odbrane, odnosno da je vojnik i komandir čete koji je bio veoma cijenjen, degradiran u običnog vojnika nakon što je formiran bataljon Hamza. Sud stoga ne prihvata izjave svjedoka odbrane u vezi sa položajem optuženog.

Sudeće vijeće je svjesno brojnih neslaganja u nekima od izjava svjedoka, pa čak i u službenim vojnim dokumentima u vezi sa položajem optuženog. Na primjer, u izjavi datoj SIPA-i, svjedok Isaković Safet je prepoznao optuženog na video snimku kao pomoćnika komandanta za bezbjednost. Međutim, na pitanje postavljeno tokom glavnog pretresa, svjedok je rekao da se ne sjeća da je rekao Tužilaštvu da je optuženi bio na položaju tokom perioda navedenog u optužnici. Da bi riješilo problem takvog neslaganja, sudeće vijeće je uzelo u obzir različite iskaze u vezi sa pritiskom pod kojim je funkcionisala Armija BiH i način na koji je vodila svoje administrativne poslove, a koji je nastupio kao posljedica toga. Sud je čuo iskaz svjedoka Emrić Hamdije koji je rekao da su se ljudi na postavljenjima mijenjali svakodnevno. Svjedok Kekić Šerif je rekao da je bilo uobičajeno da se postavljenja daju usmeno, a Nanić Zijad je svjedočio da ponekad usmena postavljenja nisu bila potvrđena napismeno jer nije bilo vremena za to. On je takođe rekao da bez obzira na pismena naređenja, svi su slušali komandanta Nanića. Svjedok Jusić Sead je rekao da je postupak postavljenja bio veoma neformalan tako da je komandant Nanić mogao postaviti nekoga, a zatim sljedeći dan promijeniti mišljenje.

Iz ovih razloga, a nakon razmatranja svih gorenavedenih dokaza, posebno materijalnih dokaza, Sud nalazi da je optuženi bio postavljen na poziciju pomoćnika komandanta bataljona za bezbjednost, ali samo za opreaciju Oluja, te da naknadno nije, u okviru stroge zakonske procedure koja je predviđala saglasnost Generalštaba ARHiH, zvanično raspoređen na tu poziciju.

Ubjeđenju Suda u *ad hoc* obavljanje ove dužnosti, posebno doprinosi svjedočenje Jusić Dževada, svjedoka odbrane, čiji iskaz je ocijenjen kao jasan, stručan i ubjedljiv, pogotovo što je svjedok u inkriminisano vrijeme bio profesionalno vojno lice u službi vojne bezbjednosti, danas penzionisani brigadir.

Ističući kako služba vojne bezbjednosti zauzima posebno mjesto u svakoj armiji, svjedok pojašnjava strogu proceduru postavljenja određenog vojnika na poziciju u službi vojne bezbjednosti (SVB), koja počinje od prijedloga jedinice kojoj vojnik pripada, a nakon mnogih provjera na svim nivoima, pa do komandanta Generalštaba Armije ili Ministra odbrane, završava saglasnošću da se predloženi vojnik primi u SVB, nakon čega se izdaje naredba o vršenju konkretne dužnosti u SVB. Pripadnost SVB potvrđuje legitimacija, kakvu, primjećuje Sud, optuženi Šefik Alić, nije imao.

U ovom organu Armije, tvrdi svjedok, nije moguće postavljanje za vršica dužnosti nego samo privremeno raspoređivanje na poslove iz SVB, ali vojnika koji već pripada SVB. Ovo u potpunosti opravdava zaključak Suda o neprihvatanju dokaza optužbe br. 37, obzirom da je navodnom naredbom od 4.06.1995.godine optuženi postavljen za VD pomoćnika komandanta za bezbjednost.

Takođe, a u prilog prihvatanja podataka iz personalnog kartona optuženog, kao jedino vjerodostojnih o angažmanu optuženog, su i navodi ovog svjedoka o obavezi evidentiranja svake promjene vojnog angažmana u personalnom kartonu, Personalni karton optuženog ne sadrži podatke o angažmanu u SVB.

S druge strane, iako je ovaj svjedok, insistirao na poštivanju opisane procedure u svakom momentu, pa čak i u borbenim dejstvima, obrazlažući to prirodom uloge “bezbjednjaka”, pa time i osporavao mogućnost da je komandant brigade, i to, usmenom naredbom mogao postaviti “bezbjednjaka”, Sud nema dvojbi o *ad hoc* ulozi bezbjednjaka koju je optuženi imao u kritičnoj akciji.

Naime, iz iskaza svih svjedoka, kako optužbe tako i odbrane, proizlazi neprikosnoveni autoritet i iskonsko poštivanje koje je uživao komandant 505. bužimske brigade – Izet Nanić, komandant koga su svi vojnici slijepo pratili.

Upravo njegov autoritet i dokazana sposobnost vođenja doveli su i do mogućnosti vlastitog odabira ljudi koji će u akciji planiranoj za 5.08.1995.godine biti njegovi pomoćnici za bezbjednost, operativu i dr.

Proizlazi ovo i iz iskaza svjedoka Zijada Nanića – pomoćnika komandanta brigade za bezbjednost, koji se, znajući stroga pravila SVB, protivio komandantovoj odluci da optuženog imenuje na poziciju “bezbjednjaka” bataljona. Protivljenje je bilo neuspješno.

Uloga bezbjednjaka je, siguran je Sud, pripala optuženom Alić Šefiku, vojniku koji je, kako to ističu svi svjedoci, važio za izuzetno sposobnog i hrabrog borca.

Optuženi je ovu ulogu i izvršio tokom kritične akcije, sprovodeći zarobljenike do komandanta bataljona – Asima Bajraktarevića, svog nadređenog.

Legalizacija ovog postavljenja, odnosno njegovo produženje u skladu sa pravilima opisanim od svjedoka Jusić Dževada, mogla se, ubijeden je Sud, uraditi i nakon kritične akcije, ali to se, nedvojbeno proizlazi iz svih dokaza, nije dogodilo. Ovo posebno proizlazi i iz iskaza svjedoka Nanić Zijada koji ističe kako je optuženi bio “bezbjednjak” samo dvadesetak dana, tokom kojih je vođena samo jedna, i to kritična akcija. Optuženi, po mišljenju ovog svjedoka, nije imao odlike potrebne za SVB.

Optuženi Šefik Alić bio je bezbjednjak samo u akciji vođenoj dana 5.08.1995.godine. Akciji koja je zaustavljena nakon pogibije komandanta brigade - Izeta Nanića.

Pogibije, koja je dovela do mnogih pomjeranja u strukturi, posebno komandovanja, 505. bužimskom brigadom.

Međutim, sama činjenica da je neko bio na određenoj poziciji, ne povlači automatski i njegovu komandnu odgovornost. Ovo je pitanje koje se utvrđuje prema vrsti pozicije, odnosno da li je komandna ili pozicija pomoćnika za određene poslove.

Optuženi je, ubijeden je Sud, u kritičnim danima trajanje akcije “Oluja” bio pomoćnik komandanta bataljona za bezbjednost. Dakle, uopće nije imao naredbodavnu, nego savjjetodavnu ulogu.

Apsolutnu naredbodavnu ulogu, posebno u kritičnoj akciji, imao je komandanat bataljona koji je učestvovao u akciji.

I drugi su učesnici akcije imali naredbodavnu ulogu i to komandiri vodova i četa, ali među njima nije bio optuženi Šefik Alić.

Nema sumnje u to da je optuženi imao dovoljno uticaja među vojnicima. Iskazi svjedoka ukazuju na to da je o optuženom vladalo visoko mišljenje među saborcima i da je bio hrabar vojnik. Međutim, značajan uticaj nije element u tumačenju komandne odgovornosti osobe.²¹² Priroda i koncept komandne odgovornosti se tiču odnosa nadređenog i njegovih podređenih, te su obilježeni hijerarhijom komandovanja i kontrole, a ne uticajem. Prema tome, da bi se opravdala odgovornost komandanta, mora postojati demonstracija vlasti i potčinjenosti.

Mnogo svjedoka je reklo da misle, ali nisu sigurni, da je optuženi bio zadužen za bezbjednost bataljona ali nisu konkretno naveli šta to znači u praksi. Svjedok Kekić Šerif je rekao da je optuženi, kao oficir za bezbjednost, radio na obavještajnim poslovima i da njegove dužnosti nisu uključivale odgovornost za ratne zarobljenike. Ipak, svjedok W1 je rekao da je optuženi bio zadužen za bezbjednost bataljona, ratne zarobljenike i dezertere. Uprkos kontradiktornim iskazima, i svjedoci Tužilaštva i odbrane su bili saglasni u vezi sa dužnosti optuženog da preda ratne zarobljenike Bajraktarević Asimu, komandantu bataljona.

Nakon što je pažljivo pregledalo i ispitalo iskaze svjedoka, sudeće vijeće je zaključilo da optuženi nije imao naredbodavnu ulogu, on je samo bio *ad hoc* pomoćnik komandanta bataljona za pitanja bezbjednosti. Ni svjedoci Tužilaštva ni odbrane nisu svjedočili da je optuženi bio u stanju da izdaje naređenja niti da je on zaista izdao kakvo naređenje nekom od suboraca. Naprotiv, svjedoci su rekli da optuženi nije imao komandnu odgovornost a da su oni primali naređenja direktno od Bajraktarević Asima, komandanta bataljona, koji je imao potpunu kontrolu nad svojim saborcima i ratnim zarobljenicima.

Tužilac takođe nije uspio da dokaže direktnu vezu *vis-a-vis* odnosa između optuženog i počinioca Tewfika Al Harbija (Teufik). Skoro svi svjedoci Tužilaštva i odbrane su rekli da je počilac bio poznat kao humanitarni radnik i da nije bio pripadnik formacije brigade. Takođe su svjedočili da nisu vidjeli počinioca u bataljonu Hamza bilo prije ili poslije događaja u Oluji. Shodno tome, Tužilaštvo nije dokazalo van razumne sumnje da je optuženi imao ikakvu, a posebno ne stvarnu kontrolu nad Tewfikom.

U nedostatku naredbodavne uloge, sudeće vijeće zaključuje da se optuženi ne može smatrati odgovornim po doktrini komandne odgovornosti.

Došavši do ovog zaključka, opšta sudska etiketa ne nalaže ovom sudu dalju analizu komandne odgovornosti optuženog. Međutim, imajući u vidu koliko je važna sudska efikasnost u budućim žalbenim postupcima, kao i značaj utvrđivanja činjenica u ovom predmetu, sud će analizirati preostala obilježja i dati dodatne osnove za oslobađanje optuženog od optužbi po doktrini o komandnoj odgovornosti.

²¹² Presuda po žalbi u predmetu *Čelebići*, t. 265.

Mora postojati svijest o počinjenom zločinu

Sud je pažljivo razmotrio iskaze svih svjedoka koji se odnose na postojanje svijesti optuženog, kako stvarne tako i one koja mu se pripisuje, koju je mogao imati o relevantnim zločinima. Niti jedan od svjedoka u svom iskazu nije spomenuo činjenicu da je optuženi bio obaviješten, odnosno da je imao lična saznanja da se Tewfik sprema da poćini gnusne zloćine. Upravo suprotno, iskazi većeg broja svjedoka ukazuju na to da su znali za strogi protokol o postupanju sa ratnim zarobljenicima i da su ga poštivali štiteći ratne zarobljenike od Tewfika. Sudeće vijeće je poklonilo posebnu pažnju iskazu svjedoka W5 koji je tokom direktnog ispitivanja izjavio da je optuženi zajedno sa Tewfikom i drugim vojnicima bataljona Hamza odveo zarobljenike i da je nekoliko minuta nakon njihovog odlaska ćuo pucjavu iz vatrenog oružja. Također je posvjedoćio da se grupa, uključujući i optuženog, vratila bez zarobljenika nedugo nakon toga. Svjedok W5 je međutim dao suprotan iskaz tokom unakrsnog ispitivanja kada je izjavio da se ne sjećā da li je Alić bio prisutan na koti Hleb, što je potkrijepljeno njegovom ranijom izjavom koju je dao u Tužilaštvu. Zapravo, svjedok je izjavio da se ne sjećā da li je optuženog uopšte vidio predmetnog dana. Vijeće je ovaj iskaz razmotrilo u svjetlu drugih dokaza. Obzirom da iskaz svjedoka W5 nije potkrijepljen iskazom bilo kojeg drugog svjedoka, da je svjedok bio zbunjen i da je mijenjao iskaz ovisno o tome koja ga strana ispituje, te da nije bilo dodatnih iskaza koji bi potkrijepili navod da je Alić bio prisutan na koti Hleb kada su se desila ubistva, sudeće vijeće je nakon detaljne analize odlučilo da zanemari ovaj iskaz.

Osim toga, Tužilaštvo nije uspjelo dokazati da se optuženi nalazio na koti Hleb u vrijeme kada su se desila ubistva. Sudeće vijeće je pažljivo pregledalo video snimak i konstatovalo da nema nikakvih naznaka da je optuženi bio prisutan na koti nakon što su ratni zarobljenici sprovedeni do komandnog mjesta bataljona na koti i predati komandantu bataljona Bajraktarević Asimu. Na video zapisu je prikazano da su ratni zarobljenici bili u prisustvu Bajraktarević Asima, komandanta bataljona, i drugih vojnika bataljona Hamza, međutim video snimak ne prikazuje optuženog na koti Hleb prije, tokom ili nakon poćinjenih ubistava.

Sudeće vijeće je takođe razmotrilo dokaze kako bi utvrdilo da li je optuženi imao razloga da zna da se poćinilac sprema da poćini zloćin. Optuženi je bio raspoređen kao pomoćnik komandanta za bezbjednost uoći događaja koji su desili tokom operacije “Oluja”. Prema iskazu svjedoka, Tewfik se pridružio bataljonu Hamza dan prije početka operacije “Oluja”. Bio je poznat kao humanitarni radnik i nije pokazivao sklonost ka nasilju.

Tužilaštvo tvrdi da se iz činjenice da je optuženi bio prisutan u vrijeme kada je poćinilac šamarao ratne zarobljenike po licu i po kapama može izvući razuman zaključak da je on znao ili imao razloga da zna da će doći do poćinjenja zloćina. Naravno, tužilac pritom misli na optuženog kao pomoćnika za bezbjednost koji je imao komandnu ulogu. Sud se ne slaže sa tom argumentacijom, pa iako je već obrazložen stav da pomoćnik za bezbjednost nema ovu ulogu, Sud će se na ovom mjestu, a radi boljeg razumijevanja kompletnog događaja, osvrnuti i na tvrdnje tužilaštva.

Pitanje je zapravo: koja je kolićina i kakvo je znanje koje komandant treba imati da bi odgovarao samo zbog činjenice da je komandant

Naime, nije dovoljno pokazati da je komandant bio svjestan postojanja rizika da će njegovi podređeni počiniti zločine jer opasnost od počinjenja takvih zločina *uvijek* postoji.²¹⁷ Potrebno je pokazati da je komandant imao saznanja da će doći do počinjenja zločina *slične* težine ili prirode kao onih za koja se tereti.²¹⁸ Čak i da je komandant imao neke opšte informacije da je počinitelj bio uključen u kriminalne aktivnosti (kao što je šamaranje zarobljenika po licu i po kapama), svijest o tome ne može se izjednačiti sa svijesću da se počinitelj sprema da počinu ubistva.

Sud je razmotrio iskaz zaštićenog svjedoka W3, na koji se Tužilaštvo takođe oslanjalo, a koji je izjavio da je preuzeo kontrolu nad situacijom i zaštitio prvog ratnog zarobljenika jer je prepoznao prijetnju koju je Tawfik predstavljao u sceni sa nožem i da je kontrolu prepustio starješinama po njihovom dolasku. Sud primjećuje da uprkos tome da je uvidio prijetnju, svjedok nije prijavio svojim starješinama ovaj ozbiljni incident, tj. Tewfikove prijetnje da će zaklati prvog ratnog zarobljenika. Svjedok je izjavio da je tu bilo mnogo vojnika i da je smatrao da bi bilo nepotrebno to prijaviti. Takođe, svjedok W4 koji je bio komandir voda, u svom iskazu je rekao da je da komandantu bataljona – Asimu Bajraktareviću prijavio zlostavljanje, ali nije intervenisao jer je to smatrao nepotrebnim obzirom da su ostali pripadnici bataljona Hamza bili prisutni. Ukoliko su svjedoci bili toliko zabrinuti za dobrobit ratnih zarobljenika zbog postojeće prijetnje, nameće se pitanje zašto nisu podnijeli izvještaj, odnosno poduzeli neke radnje da osiguraju uredan prolaz ratnih zarobljenika do komandnog mjesta.

Sudeće vijeće je uzelo u obzir i detaljno razmotrilo dio video snimka na kojem Tewfik jednom od ratnih zarobljenika govori da je on mudžahedin koji je došao da ubija i na kojem je optuženi prisutan u momentu kada on izgovara ove riječi. Pitanje na koje je vijeće trebalo da odgovori jeste da li je ova prijetnja bila dovoljno ozbiljna da upozori komandanta (optuženog) o namjerama počinioca. Nakon sveobuhvatne analize svih dokaza, sudeće vijeće je zaključilo da unatoč prijetećem tonu izjave, ista nije bila dovoljno konkretna da potakne komandanta (optuženog) da poduzme bilo kakve odlučne mjere.

Čak i ako se pretpostavi da je optuženi, u svjetlu argumentacije, doživio Tewfikovu prijetnju kao ozbiljnu, vijeće smatra da je optuženi preduzeo sve neophodne korake kako bi izvršio svoju dužnost pomoćnika komandanta za bezbjednost, tj. uredno sprovede i preda ratne zarobljenike komandantu Bajraktarević Asimu, što je detaljno analizirano u sljedećem dijelu presude.

Iz tih razloga, pretresno vijeće zaključuje da optuženi, čak i da je imao komandnu ulogu, što u konkretnom nije dokazano, nije imao potrebna saznanja niti bio upozoren o tome da se počinitelj sprema da počinu krivična djela kako je to navedeno u optužnici.

²¹⁷ Presuda po žalbi u predmetu *Blaškić*, t. 41.

²¹⁸ Presuda po žalbi u predmetu *Krnojelac*, t. 155, 178-179. Ne može se tvrditi za komandanta da je znao ili imao razloga da zna da je određeni zločin počinjen ili da se sprema njegovo počinjenje na osnovu toga da je mogao znati ili imao razloga da zna da je lakše krivično djelo ili krivično djelo koje ne sadrži sve elemente "prvog krivičnog djela" počinjeno ili se sprema njegovo počinjenje.

Mora postojati propust da spriječi ili kazni

Nadređena osoba ima dužnost sprječavanja krivičnog djela u bilo kojoj fazi prije nego što podređeni počini krivično djelo ukoliko sazna da se sprema ili planira počinjenje takvog krivičnog djela, ili kada postoji osnovana sumnja da će doći do počinjenja takvog krivičnog djela.²²³ Sud neće razmatrati ovu varijantu odgovornosti jer je već utvrđeno da optuženi nije imao komandnu ulogu, ali ni ranijih saznanja ili razumnih osnova za sumnju da se planira počinjenje zločina od strane njegovih podređenih.

Umjesto toga, Sud se osvrnuo direktno na dužnost komandanta da kazni svoje podređene za počinjene zločine.

Tužilaštvo tvrdi da se optuženog treba smatrati odgovornim za ubistvo četiri zarobljenika od strane Tewfika jer je propustio da podnese izvještaj o ubistvu ratnih zarobljenika, obzirom da je bio dovoljno obaviješten o njihovom pogubljenju. Tužilaštvo se u ovoj tvrdnji oslanja na iskaz Nanić Zijada koji je izjavio da je optuženi propustio da podnese bilo kakav izvještaj u vezi sa počinjenim zločinima, te na iskaze svjedoka Jusić Seada, Elkasović Agana, W3 i W4, koji su posvjedočili da u to vrijeme nije bila pokrenuta istraga o mogućem pogubljenju srpskih vojnika.

Sudeće vijeće je ranije konstatovalo da komandant ima dužnost da kazni počinioc zločina kada zna ili ima razloga da zna da su njegovi podređeni počinili zločine.

Dakle, komandant.

Optuženi je, kako je to već obrazloženo, bio pomoćnik komandanta za bezbjednost i osoba koja nije imala naredbodavnu ulogu, pa time niti odnos nadređenosti prema izvršiocu – u ovom slučaju Tewfiku Al Harbiju.

Međutim, Sud će se i na ovom mjestu odmaći od svog zaključka, kao bi se kroz sveobuhvatnu ocjenu dokaza, što potpunije prikazala kritična situacija.

Ovo posebno, imajući u vidu vrstu odgovornosti optuženog kao pomoćnika za bezbjednost.

Prilikom utvrđivanja da li je optuženi znao ili imao razloga da zna za ubistva, sudeće vijeće je pažljivo razmotrilo dokaze u vezi sa ovim pitanjem. Na osnovu iskaza svjedoka, vijeće zaključuje da optuženi nije bio prisutan na koti Hleb u vrijeme kada su ubistva počinjena te da nije bio obaviješten o ubistvima nakon operacije “Oluja”. Svjedok Catić Hasan se prisjetio u svom iskazu da je optuženi izvršavao naredbu Bajraktarević Asima o formiranju linije odbrane oko kote Hleb, što potvrđuje odsustvo optuženog sa kote. Na kraju, video snimak potvrđuje odlazak optuženog sa kote nakon što je komandantu bataljona predao zarobljenike.

Tužilac tvrdi da je optuženi morao znati za počinjene zločine jer su drugi svjedoci saznali za počinjena ubistva tog dana ili narednih dana. Sudeće vijeće odbija ovu tvrdnju i smatra da se svijest o ubistvima ne može pretpostaviti ili indirektno pripisati optuženom i da tužilac mora dokazati, van razumne sumnje, da je optuženi znao ili imao razloga da zna da su zarobljenici pogubljeni. Tužilac nije izveo niti jedan dokaz koji bi pokazao da je optuženi bio obaviješten o ubistvima. Tužilac takođe nije izveo niti jedan dokaz koji bi pomogao vijeću da utvrdi da li je optuženi saznao za počinjene zločine i kada. Shodno tome, u

²²³ Presuda u predmetu *Kordić i Čerkez*, t. 445.

nedostatku bilo kakvog dokaza o svijesti optuženog, sudeće vijeće odbija da izvede zaključak o tome da li je optuženi znao ili imao razloga da zna za ubistva i da o tome dalje nagađa.

Moć kažnjavanja, što uključuje i mogućnost komandanta da istraži navodne zločine i kazni počinioca, takođe zavisi od njegove mogućnosti vršenja efektivne kontrole.²²⁷ Stoga, kada je komandant smijenjen nedugo nakon počinjenja zločina i ne postoji dokaz koji bi ukazao na to da je on znao ili bio svjestan da je zločin počinjen prije njegove smjene, on više nema efektivnu kontrolu nad svojim podređenima i nema ovlaštenja da kazni dotične podređene, pa time, nije krivično odgovoran po doktrini komandne odgovornosti za propust da kazni kada više nije na poziciji komandanta.

Svjedoci Jusić Sead i Isaković Safet posvjedočili su da su se promjene u komandnoj strukturi brzo dešavale, ponekad svakog dana usljed borbenih dejstava. Svjedok Nanić Zijad posvjedočio je da je optuženi postavljen za pomoćnika komandanta za bezbjednost, iako mimo njegove volje, dan prije operacije "Oluja". Takođe je posvjedočio da je optuženog smijenio sa ove funkcije nedugo nakon događaja koji su se desili tokom operacije Oluja.

Nesumnjivo je da zakon podržava da se komandant smatra odgovornim za radnje njegovih podređenih kada njegov propust da kazni *doprinosi* kriminalnim aktivnostima onih pod njegovom komandom i kada se između njegovog propusta da kazni i *narednih* kriminalnih aktivnosti onih koje nije kaznio ili drugih pod njegovom komandom može uspostaviti uzročno-posljedična veza. Međutim, smatrati komandanta odgovornim za zločine njegovih vojnika na osnovu toga da je propustio da podnese izvještaj o zločinima, kada nema efektivnu kontrolu nad počiniocima, odnosno kada nema saznanja o počinjenim zločina strano je principima modernog krivičnog zakonodavstva.

U svjetlu ranijih utvrđenja da optuženi nije imao bilo kakvih saznanja o ubistvima i da nije imao komandu ulogu, odnosno, odnos nadređenosti niti efektivnu kontrolu nad Teufikom i drugim vojnicima bataljona Hamza, Sud zaključuje da cjelokupnost ovih okolnosti efektivno sprečava povlačenje komandne odgovornosti optuženog.

Na kraju, sudeće vijeće takođe smatra da je optuženi izvršio svoju dužnost pomoćnika komandanta za bezbjednost kada je sproveo ratne zarobljenike do komandnog mjesta i predao ih komandantu bataljona. Svjedok Jusić Dževad i Jusić Sead posvjedočili su da je odgovornost optuženog, ako se uzme da je on bio oficir za bezbjednost, prestala onog momenta kada je on sproveo zarobljenike do komandnog mjesta, tj. predao ih Bajraktarević Asimu, obzirom da komandant bataljona ima apsolutna ovlaštenja. Svjedoci W4, W3, Catić Hasan i mnogi drugi posvjedočili su da su prema jasnim uputama ratni zarobljenici sprovedeni i predati Bajraktarević Asimu.

Konačno, i video snimak potkrepljuje iskaz svjedoka u dijelu na kojem je jasno prikazano da se ratni zarobljenici nalaze pod kontrolom komandanta bataljona na koti Hleb.

Dokazi takođe pokazuju da optuženi nije bio prisutan na koti Hleb kada je Bajraktarević Asim naredio da se ratni zarobljenici odvedu. Tužilaštvo tvrdi da radnje Bajraktarević Asima nisu uticale na slijed događaja i da optuženi ostaje krivično odgovoran za ubistvo zarobljenika jer je bio svjestan Tewfikovog neprijateljstva prema zarobljenicima i bio odgovoran za zarobljenike čak i nakon što ih je sproveo do komandnog mjesta. Sudeće

²²⁷ Presuda u predmetu *Hadžihasanović*, t. 197, potvrđena po žalbi dana 22.4.2008. godine.

vijeće se ne slaže sa ovom argumentacijom Tužilaštva. Tewfik je nedvojbeno iskazao svoje neprijateljstvo prema zarobljenicima, ali je na komandantu bataljona bila dužnost i odgovornost da poduzime neophodne mjere u cilju zaštite zarobljenika kada su sprovedeni do kote Hleb. Komandant bataljona je imao apsolutna ovlaštenja na području pod svojom kontrolom, što je uključivalo i kotu Hleb i konačne ovlasti nad zarobljenicima. Sudeće vijeće nema sumnje u to da je smrt Nanić Izeta stvorila mogućnost Tewfik u ubije četiri ratna zarobljenika, ali tu mogućnost mu nije pružio optuženi nego Bajraktarević Asim.

Neophodno je pri tom napomenuti da je Sud prilikom ocjene dokaza imao u vidu i druge dokaze provedene na glavnom pretresu, ali tim dokazima nije pridavao poseban značaj, a niti je našao potrebnim da vrši njihovu detaljnu analizu, jer nisu bitno uticali na konačno utvrđeno činjenično stanje i zaključke do kojih je sud došao temeljem dokaza čiju ocjenu je dao u presudi.

U svjetlu naprijed navedenog razmatranja, Sud nalazi da je optuženi ispunio i izvršio svoju dužnost u pogledu zarobljenika kada ih je uredno sproveo i predao komandantu bataljona.

Optuženi nije znao niti imao razloga da zna za pogubljenje zarobljenika, dakle, vertikalno – u stručnom smislu nadređenog – pomoćnika za bezbjednost komandanta 505. Bužimske brigade – Nanić Zijada, nije imao o čemu obavijestiti.

S druge strane, sve i da je znao za pogubljenja, a o tome nije obavijestio Nanić Zijada, optuženi bi bio odgovoran po principima disciplinske odgovornosti u vojnoj službi - i to zbog nepodnošenja izvještaja stručno nadređenom.

Disciplinska odgovornost, međutim, nije predmet krivičnog postupka.

Zaključak

Tužilac ne traži da se optuženi oglasi krivično odgovornim samo na osnovu radnji koje su poduzeli drugi u njegovom odsustvu, tj. nakon što se optuženi udaljio od zarobljenika na koti Hleb. Tužilac takođe traži od sudećeg vijeća da oslobodi optuženog za ubistvo i neljudsko postupanje ukoliko utvrdi da je optuženi, dok je imao kontrolu nad zarobljenicima, ispunjavao svoje obaveze tako što se pobrinuo da se prema zarobljenicima postupa ispravno i osigurao njihovu zaštitu, zatim predao kontrolu nad zarobljenicima sebi nadređenim oficirima poput Bajraktarević Asima i Mustafić Hamdije imajući razloga da vjeruje u njihovu bezbjednost.

Imajući u vidu zaključak da: navodno maltretiranje zarobljenika ne predstavlja nečovječno postupanje koje povlači individualnu krivičnu odgovornost optuženog; da je optuženi bio pomoćnik komandanta za bezbjednost tokom operacije “Oluja”; da nije imao naredbodavnu ulogu; te da nije znao ili imao razloga da zna za pogubljenja zarobljenika, Vijeće smatra da je optuženi izvršio svoje dužnosti pomoćnika komandanta za bezbjednost, kada je uredno, do kote Hleb sproveo i predao zarobljenike svom nadređenom – komandantu bataljona.

Tužilaštvo, dakle, nije uspjelo dokazati da je optuženi Šefik Alić individualno i komandno odgovoran za zločin počinjen 5.08.1995. godine nad 4 zarobljenika – pripadnika Vojske Srpske Krajine, zarobljena tokom akcije “Oluja”, na širem području kote Hleb.

Dakle, u ovakvoj situaciji, a na osnovu rezultata dokaznog postupka kako odlučna činjenica nije dokazana u pogledu učestvovanja optuženog u inkriminisanim događajima, to Sud po

principu in dubio pro reo nalazi da ona i ne postoji i u nedostatku dokaza optuženog Šefika Alića, uz primjenu člana 284 tačke c) a u vezi sa članom 3. ZKP BiH, oslobodio je od optužbe za navedeno krivično djelo.

7. Odluka o troškovima i imovinsko – pravnom zahtjevu

Na osnovu člana 189. stava 1. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine troškovi krivičnog postupka predviđeni odredbom člana 185. stava 2 tačkama a) do f) ovog zakona, padaju na teret budžetskih sredstava.

Na osnovu člana 198. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, a imajući u vidu da tokom glavnog pretresa nisu identificirani oštećeni sa imovinsko-pravnim zahtjevima, oštećeni se, radi ostvarivanja imovinsko – pravnih zahtjeva, upućuju na parnicu.

**ZAPISNIČAR
PRAVNI SAVJETNIK**

AMELA SKROBO

**PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA**

MINKA KREHO

POUKA O PRAVNOM LIJEKU: Protiv ove presude je dopuštena žalba koja se podnosi Apelacionom odjeljenju ovog Suda u roku od 15 dana od dana prijema pismenog otpravka presude.