

SUD BOSNE I HERCEGOVINE

Broj: X-KRŽ-06/202

Sarajevo, 12.01.2009. godine

U IME BOSNE I HERCEGOVINE!

Sud Bosne i Hercegovine, u vijeću Apelacionog odjeljenja Odjela I za ratne zločine, sastavljenom od sudija Mirze Jusufovića kao predsjednika vijeća, te sudija Dragomira Vukoja i Johna Fieldsa, kao članova vijeća, uz sudjelovanje pravne saradnice Medine Hababeh, u svojstvu zapisničara, u krivičnom predmetu protiv optuženog Lelek Željka, zbog krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. Krivičnog zakona BiH (KZ BiH), odlučujući po žalbama Tužilaštva BiH broj: KT-RZ-89/06 od 20.08.2008. godine i optuženog izjavljenoj putem njegovih branilaca, advokata Fahrije Karkina i Saše Ibrulja od 19.08.2008. godine, izjavljenim protiv presude Suda Bosne i Hercegovine broj: X-KR-06/202 od 23.05.2008. godine, na sjednici održanoj u prisustvu tužitelja Tužilaštva BiH, Božidarke Dodik, optuženog lično i njegovih branilaca, advokata Fahrije Karkina i Saše Ibrulja, advokata iz Sarajeva, dana 12.01.2009. godine, donio je sljedeću

P R E S U D U

Odbija se, kao neosnovana, žalba optuženog izjavljena putem njegovih branilaca, advokata Fahrije Karkina i Saše Ibrulja, dok se žalba Tužilaštva djelimično uvažava i prvostepena presuda Suda BiH broj X-KR-06/202 od 23.05.2008. godine, preinačava u dijelu odluke o kazni na način da se optuženi Lelek Željko za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h) KZ BiH u vezi sa tačkama d), e), I) i g) istog člana, a u vezi sa članom 29. KZ BiH u odnosu na tačke 2. i 4. prvostepene presude, a sve ukupno u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH, za koje je oglašen krivim, osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od 16 (šesnaest) godina, u koju kaznu mu se, na osnovu člana 56. KZ BiH ima uračunati vrijeme provedeno u pritvoru počev od 05.05.2006. godine.

U ostalom dijelu prvostepena presuda se potvrđuje.

O b r a z l o ž e n j e

1. Presudom Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH) broj X-KR-06/202 od 23.05.2008.godine, optuženi Lelek Željko je oglašen krivim da je radnjama opisanim u izreci navedene presude počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h), u vezi sa tačkama d) (tačka 2. izmijenjene optužnice), e) (tačka 4. izmijenjene optužnice), I) (tačke 2. i 3c. Izmijenjene optužnice) i g) (tačke 3c. i 3d. izmijenjene optužnice) KZ BiH, i to u vezi sa članom 29. u odnosu na tačke 2. i 4. prvostepene

presude (iste tačke izmijenjene optužnice), a sve ukupno u vezi sa članom 180. stav 1. KZ BiH.

2. Za navedeno krivično djelo prvostepeni sud je optuženog Lelek Željka osudio na kaznu zatvora u trajanju od trinaest (13) godina, te mu je na osnovu člana 56. KZ BiH u izrečenu kaznu uračunato vrijeme provedeno u pritvoru, počevši od 05.05.2006. godine, pa do upućivanja na izdržavanje kazne. Optuženi je primjenom člana 188. stava 1. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH) dužan da naknadi troškove krivičnog postupka u osuđujućem dijelu presude, dok je u oslobađajućem dijelu, i dijelu presude kojim je optužba odbijena, na osnovu člana 189. stav 1. ZKP BiH oslobođen od nadoknade troškova koji padaju na teret Suda.
3. Oštećeni: Tabaković Mirsada, svjedoci S, A, D i drugi, su primjenom člana 198. stav 2. ZKP BiH sa imovinskopравnim zahtjevima upućeni na parnicu.
4. Istom presudom optuženi je oslobođen daje na način opisan u tačkama 1., 3a. i 3b. izreke prvostepene presude (iste tačke izmijenjene optužnice) počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h) u vezi sa tačkama a) i g) KZ BiH, dok je optužba odbijena u odnosu na radnje opisane pod tačkama 1. i 2. prvobitne optužnice, a uslijed odustanka tužitelja od navedenih tačaka optuženja na glavnom pretresu, čime bi optuženi počinio krivično djelo iz člana 172. stav 1. tačka h) u vezi sa tačkom a) KZ BiH.
5. Protiv navedene presude žalbe su u zakonskom roku izjavili tužilac Tužilaštva BiH, te optuženi putem svojih branilaca.
6. Tužilaštvo žalbom dostavljenom Sudu dana 20.08.2008. godine pobija presudu zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačke h) i k) ZKP BiH i stav 2. istog člana, povrede krivičnog zakona iz člana 298. stav 1. tačka b) ZKP BiH, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana 299. stav 1. ZKP BiH i odluke o krivičnopravnoj sankciji iz člana 300. stav 1. ZKP BiH, s prijedlogom da Apelaciono vijeće Odjela za ratne zločine Suda BiH u cjelosti uvaži ovu žalbu kao osnovanu, pobijanu presudu ukine i na osnovu člana 315. ZKP BiH odredi održavanje pretresa na kojem će se otkloniti počinjene povrede odredaba krivičnog postupka, ponoviti dokazi uslijed kojih je činjenično stanje pogrešno i nepotpuno utvrđeno, nakon čega, da se optuženi oglasi krivim za sve radnje izvršenja krivičnog djela za koje ga tereti optužnica i da mu se izrekne kazna dugotrajnog zatvora u skladu sa zakonom.
7. Žalbu na presudu je dana 19.08.2008. godine izjavio i optuženi putem svojih branilaca, advokata Karkin Fahrije i Ibrulj Saše, i to zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, pogrešne primjene krivičnog zakona i odluke o kazni, predlažući da Apelaciono vijeće suda BiH pobijanu presudu preinači i optuženog oslobodi od optužbe u smislu člana 284. tačka c) ZKP BiH zbog nedostatka dokaza ili pak preinači presudu u

pravnoj kvalifikaciji tako da krivično djelo za koje je oglašen krivim pravno kvalifikuje kao krivično djelo ratnog zločina iz člana 142. KZ SFRJ te sljedstveno tome preinači odluku o kazni i optuženom izrekne kaznu zatvora u znatno kraćem vremenskom trajanju od izrečene ili pak pobijanu presudu ukine, naredi otvaranje pretresa i izvođenje istih i novo predloženih dokaza.

8. Tužilaštvo u odgovoru na predmetnu žalbu odbrane generalno predlaže da Apelaciono vijeće istu odbije kao neosnovanu, a u obrazloženju se detaljno osvrće na pojedine žalbene navode odbrane.
9. Na sjednici Apelacionog vijeća, održanoj dana 12.01.2009. godine, u smislu člana 304. ZKP BiH, tužilaštvo je izložilo žalbu, te dalo odgovor na žalbu odbrane, dok se odbrana zadovoljila time da izjavi kako u cjelosti ostaje kod pismeno iznesenih navoda i prijedloga.
10. Nakon što je ispitalo pobijanu presudu u granicama žalbenih navoda, Apelaciono vijeće je donijelo odluku kao u izreci iz sljedećih razloga:

1. U odnosu na osuđujući dio presude

- 1.1. Opšta razmatranja

11. U ovom dijelu pobijane presude optuženi Lelek Željko oglašen je krivim za počinjenje radnji i djela koje su mu tačkama 2., 3c, 3d. i 4. izmijenjene optužnice stavljeni na teret, odnosno, da je kao pripadnik rezervnog sastava SJB Višegrad u vrijeme širokog i sistematičnog napada srpske vojske, policije i paravojnih srpskih formacija, usmjerenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva na području opštine Višegrad, znajući za takav napad, tokom aprila, maja i juna 1992. godine, vršio progon civilnog bošnjačkog stanovništva na političkoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj osnovi i to: učešćem u teškom oduzimanju fizičke slobode suprotno osnovnim pravilima međunarodnog prava, te protivzakonitom zatvaranju, silovanjem i mučenjem, te čineći i drugi oblik teškog seksualnog nasilja, kao i učestvujući u prisilnom preseljenju stanovništva, u vrijeme, na mjestu i na način opisan u izreci presude.
12. Detaljnom analizom sadržaja presude, kao i svih dokaza ponaosob i u njihovoj međusobnoj vezi, posmatrano kroz prizmu iznesenih žalbenih prigovora (uključujući, na ovom mjestu, i žalbene prigovore zastupnika optužbe u odnosu na oslobađajući i odbijajući dio presude) ovo vijeće nalazi da se radi o neutemeljenim tvrdnjama koje, po ocjeni ovog vijeća, nemaju podlogu u pravilno i potpuno utvrđenom činjeničnom kompleksu pobijane presude. Ta presuda, gledano općenito, posjeduje valjane i prihvatljive razloge o svim odlučnim činjenicama . Ona, naime, najprije imenuje izvedene dokaze, iznosi njihov stvarni sadržaj, otkriva njihova vlastita ili međusobna protivrječja i ocjenjuje ih sa oba moguća gledišta, tj. i po sadržaju i po vjerodostojnosti, a zatim polaže račun o svim tim

ocjenama i, držeći se ovog valjanog metodološko- procesnog pristupa, pokazuje dokazne osnove za svaku činjenicu koju smatra utvrđenom uz ispunjenost standarda izvan razumne sumnje, bez obzira kojoj kategoriji ta činjenica da pripada, što će detaljno biti obrazloženo u nastavku ovog obrazloženja.

1.2. U odnosu na opšti element predmetnog krivičnog djela - postojanje širokog i sistematičnog napada

13. Žalba odbrane, u odnosu na osuđujući dio presude, je usmjerena prevashodno na osporavanje ispunjenosti pod-elemenata opšteg elementa bića predmetnog krivičnog djela koji je predstavljen širokim i sistematičnim napadom usmjerenim na civilno, u ovom slučaju, bošnjačko stanovništvo, kao primarnim objektom napada. Žalba odbrane je fokusirana najprije, na pobijanje znanja optuženog o postojanju napada navedenih atribucija na području Višegrada u inkriminisano vrijeme, kroz argumentaciju da njegov subjektivni odnos kao navodnog izvršioca nije pravilno ni potpuno utvrđen a niti obrazložen u pobijanoj presudi kako sa aspekta objektivnih činjenja tako i objektivnih posljedica.
14. Slijedom žalbenih navoda odbrane, valjalo se prvo osvrnuti na ispunjenost zahtijeva koji se odnose na opšti element bića krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti.
15. Naime, egzistentnost opšteg elementa (chapeau) krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz člana 172. ZKP BiH (postojanje širokog ili sistematičnog napada, usmjerenog protiv civilnog stanovništva), žalbom odbrane nije ni dovedeno u pitanje. Ono što je, međutim, bilo predmet posebne analize žalbenog vijeća, se odnosilo na ispunjenost postojanja pod-elemenata napada navedenih karakteristika. Naime, žalba odbrane je osporila postojanje nexus-a između radnji optuženog i ovog napada, to jest, da su zabranjene radnje počinjene kao dio ovog napada i da je optuženi znao za takav napad. Na ovo pitanje je prvostepena presuda slijedom izvedenih dokaza afirmativno odgovorila. Po njoj je, optuženi Lelek Željko, bio angažovan kao pripadnik MUP-a Republike Srpske u periodu od 4.4.1992. godine do 30.6.1996. godine (Uvjerjenje MUP-a RS, SJB Višegrad, od 15.08.2000. godine), te daje u inkriminisanim periodu tokom mjeseca maj - juni 1992. godine počinio predmetna krivična djela, da su ta djela bila praćena adekvatnim subjektivnim sadržajima na njegovoj strani, kakvim činjeničnim nalazima i pravnim ocjenama se u svemu pridružuje i ovo vijeće.
16. Kada se istražuje mentalno stanje (mens rea) optuženog u vrijeme počinjenja djela ono se treba ograničiti na utvrđivanje (1) namjere da se izvrši dato krivično djelo u kombinaciji sa (2) svijesti o širem kontekstu unutar koga se krivično djelo događa. Daje optuženi Lelek bio svjestan kontekstualne osnove u koju su se uklapala djela koja je počinio u osnovi tog zločina i daje bio svjestan nekusa između svojih djela i tog konteksta, ili da je, u najmanju ruku rizikovao da njegova djela postanu dijelom

napada navedenih svojstava, govori prije svega njegov status policajca, te aktivnosti u okviru svakodnevnog izvršavanja redovnih policijskih zadataka, a koje su mu, nema sumnje, ostavljale širok uvid u ono što se svakodnevno događalo u Višegradu i okolini vezano za progon civilnog bošnjačkog stanovništva. Naime, kako to pravilno zaključuje prvostepena presuda, Željko Lelek je bio lice, koje je, u poređenju sa običnim građaninom zasigurno bio u poziciji da ima potpuniji uvid a time i znanje u ono šta se događa, a sve u situaciji ustaljenog obrasca učestalih zločina koji su se dešavali i velikog prisustva lokalnih srpskih vojno-policijskih formacija, kojima je i sam pripadao, ali i raznih paravojnih jedinica i vojnih formacija iz Srbije. Dodatnu argumentaciju ovome, vijeće nalazi u tome, što je tužioc pravilno primijetio da je i sam optuženi svjedočio o tome kako je štitio i pomagao komšijama Bošnjacima da izađu iz Višegrada, što ukazuje na njegovo znanje o napadu na ovo stanovništvo.

17. Apelaciono vijeće smatra daje prvostepena presuda (str.21-23.) obrazlažući ove, za žalbu odbrane, sporne elemente dala jasan i razložan stav i argumentaciju u prilog ispunjenosti traženih pod-elemenata koji se odnose na napad navedenih karakteristika, a koji stav bezrezervno prihvata i ovo vijeće. Šta više, Vijeće nalazi da optuženi ne samo da je znao za takav napad već da se njegova djela, koje je preduzeo bilo sam ili sa drugim licima, uključuju u višu dimenziju kriminalnog ponašanja, imajući u vidu prirodu tih djela, njihovu notornost, političke okolnosti u kojima se ona događaju i u kojima je objekat tog napada, u prvom redu, bilo civilno bošnjačko stanovništvo. Nije vjerovatno da optuženi, kao pripadnik policijskih snaga u to vrijeme, za koje snage je dokazano da su aktivno učestvovala u odvođenje bošnjačkih civilnih lica iz vlastitih domova na ispitivanja u stanicu policije, gdje su mučena, nije imao znanje da ta nedjela predstavljaju dio jednog šireg konteksta i plana. Ovo pogotovo što je isti evidentno bio prisutan na širem gradskom jezgri i okolini, gdje su mnoga teška djela neosporno počinjena, a sve u cilju prisilnog premještanja Bošnjaka iz Višegrada.
18. Naprotiv, zaključuje ovo vijeće, sve njegove radnje i aktivnosti u inkriminisanom periodu su se uklapale u uhodani kriminalni obrazac i ne mogu se ni po čemu izdvojiti iz konteksta napada. Tim prije, posmatrano kroz pojedinačne inkriminacije za koje je i ovo vijeće, van razumne sumnje našlo, da ih je optuženi počinio sa punom svijesti o težini njihovih posljedica.
19. S tim u vezi, jasan je i subjektivni odnos optuženog prema počinjenom krivičnom djelu, i njegova upućenost u sve elemente objektivnog činjenja istog, i ovaj odnos se ne može podvesti pod izvršenje naredbi ili pojedinačnih službenih radnji. Optuženi je kao policajac morao znati da teško oduzimanje fizičke slobode, mučenje, silovanje, zatvaranje bez pravnog osnova i iseljavanje isključivo Bošnjaka civila iz Višegrada, za čije izvršenje je dokazana njegova krivična odgovornost, nije zakonito. Konačno, ovakva djela su u svim civiliziranim narodima, i u svim pravnim porecima zabranjena i predstavljaju teška kršenja međunarodnog humanitarnog i pozitivnog prava, te ne postoji ekskulpacija za njihovo

izvršenje, jer, u krajnjoj liniji, i da su to bile naredbe nadređenih, kako optuženi tvrdi, on je morao znati za njihovu nezakonitost i mogao je, pri postojećim okolnostima, ako ne već odbiti njihovo izvršenje, a ono, od takvih naredbi se distancirati.

20. Polazeći od izloženih činjeničnih osnova, za ovo vijeće nije bilo upitno postojanje na strani optuženog dolus specialis-a, odnosno diskriminatorne namjere, koja se traži za radnju progona upravljenog protiv civilnog bošnjačkog stanovništva, o čemu je prvostepeno vijeće već dalo dovoljne i za ovaj sud prihvatljive razloge.

1.3. U odnosu na tačku 2. izreke presude

21. Ova tačka presude se odnosi na više odvojenih setova dešavanja u odnosu na koje je optuženi oglašen krivim, pri čemu su žalbama, kako tužilaštva tako i odbrane, osporavani činjenični nalazi prvostepenog suda definisani pod podtačkama a), b) i d) ove tačke presude.

U odnosu na podtačke a) i b)

22. Najprije, prvi set krivičnihopravnih radnji za koje je optuženi oglašen krivim pobijanom presudom se ogleda u teškom oduzimanju fizičke slobode u odnosu na oštećene Ahmetspahić Hasana i Osmanbegović Naila, te u mučenju oštećenih Zejnebe Osmanbegović i njene majke, pri čemu sud nije prihvatio pravnu kvalifikaciju prisilnog nestanka koju je tužilaštvo ponudilo u odnosu na prva dva navedena lica, nalazeći da su se konkretnim radnjama stekla obilježja krivičnog djela Zločina protiv čovječnosti u vezi sa radnjom izvršenja teškog lišenja slobode, pa su iz tih razloga žalbe izjavili i tužilaštvo i odbrana.
23. Esencija dijela žalbe tužilaštva usmjerena na ovu inkriminaciju svodi se na tvrdnju o nepravilnosti zaključka suda o pravnoj kvalifikaciji predmetnih radnji, jer su, po njoj, ispunjeni svi zakonom propisani elementi prisilnog nestanka. Navedeno se konkretizira kroz osporavanje zaključka prvostepenog suda po kome „nema dokaza o tome staje konkretno optuženi znao da će im se nakon odvođenja dogoditi, niti da je optuženi znao za sudbinu koja ih je čekala u vrijeme kada ih je nezakonito lišio slobode i odveo“, pri čemu je, po mišljenju, tužilaštva ovakvim zaključkom o nepostojanju umišljaja na strani optuženog počinjena bitna povreda krivičnog zakona (član 298. tačka b) kao i bitna povreda odredaba krivičnog postupka (član 297. stav 1. tačka k) ZKP BiH).
24. U odnosu na konkretnu inkriminaciju iz predmetne tačke optužnice, žalba odbrane osporava vjerodostojnost iskaza svjedokinje Osmanbegović Zejnebe, ukazujući na kontradiktornosti iskaza datog tokom istrage SIPA-i i izjave koju je dala na glavnom pretresu, čime je po mišljenju odbrane, ostvaren žalbeni osnov koji se tiče pogrešno i nepotpuno utvrđenog

činjeničnog stanja.

25. Nasuprot prednjem, Apelaciono vijeće, nalazi daje prvostepeno vijeće, kad je riječ o ocjeni dokaza u odnosu na ove inkriminacije, dalo sasvim valjane i u svemu iscrpne razloge zbog čega je određene činjenice uzelo kao dokazane, odnosno nedokazane (u pogledu izostavljenog činjeničnog opisa), te je na zadovoljavajući način pojasnilo i obrazložilo na koji način je cijeno iskaze svjedoka, konkretno, svjedokinje Osmanbegović Zejnebe.
26. Prije svega, pobijana presuda je, prije nego je povukla konačan zaključak da postoji krivica optuženog, izvela sve relevantne dokaze, pa su tako u toku prvostepenog postupka na ove okolnosti saslušani: svjedok optužbe Zejneba Osmanbegović, kao i svjedoci odbrane Tešević Božo, Šimšić Željko i Stanimirović Rade, pri čemu je njihove iskaze, kao i prezentiranu objektivnu dokumentaciju, raspravno vijeće cijeno u svemu u skladu sa odredbom člana 281. stav 2. ZKP BiH.
27. Naime, ključni svjedok za ove dvije podtačke optuženja, koja je ujedno i direktna žrtva jedne od predmetnih krivičnihopravnih radnji, Osmanbegović Zejneba, je na jedan konzistentan i pouzdan način opisala dešavanja te kritične večeri. Činjenica da prvostepeno vijeće nije ocijenilo dokaze na način koji je odgovarao odbrani, te da nije posebno analiziralo svaku rečenicu iskaza ove svjedokinje datih, kako u toku istrage, tako i u toku glavnog pretresa, ne čini ovaj dio presude manjkavim i nepotpunim, već jasnim i koncentrisanim na bitne elemente predmetnih inkriminacija.
28. Pitanje „nedosljednosti iskaza“ ove svjedokinje već je adekvatno razmotreno i riješeno pobijanom presudom, gdje je iznesen sasvim korektan zaključak da određene manje nedosljednosti ne dovode u sumnju vijeće u pogledu zaključka da je optuženi kao saizvršilac učestvovao u odvođenju, odnosno teškom lišenju slobode Ahmetpahić Hasana i Osmanbegović Naila i mučenju oštećene Zejnebe Osmanagić i njene majke, starice od 80 godina.
29. Prije svega, svjedokinja Osmanbegović je vrlo jasno opisala dolazak optuženog Leleka sa Oliverom Krsmanovićem i Gordanom Andrić u njenu kuću. Navela je, kako su sa sobom doveli Hasana Ahmetpahića koji je bio sav krvav i toliko preplašen da nije mogao govoriti, te nakon određenih dešavanja detaljno opisanih u prvostepenoj presudi (str. 28-29.) oko 3:30 h nakon ponoći odveli Naila i Hasana sa sobom bez ikakvog objašnjenja. Neposredno nakon odvođenja Hasan je nađen mrtav u Drini a njen muž Nail nikada nije pronađen.
30. Vijeće je, kao i prvostepeno, iskazu ove svjedokinje u svim segmentima svjedočenja u pogledu predmetnih inkriminacija teškog lišenja slobode i mučenja poklonilo punu vjeru i nema dvojbi u pogledu kredibiliteta ovog svjedoka, te stoga sve prigovore odbrane u pogledu vjerodostojnosti njenog iskaza nalazi neosnovanim i bez adekvatne dokazne potkrijepljenosti.

31. Sporni detalji, na koje ukazuje odbrana, ni na koji način ne mogu uticati na stvaranje drukčije slike o odgovornosti i učešću optuženog u predmetnim radnjama u odnosu na ono što je utvrdila prvostepena presuda. Iskaz koji je ova svjedokinja dala na sudu bio je potpuno pouzdan i dosljedan, uz identifikaciju optuženog, pa ni ovo vijeće nema sumnji u pogledu učešća optuženog u ovim događajima na način kako je to našao prvostepeni sud. Potrebno je ponovo ukazati na naročitu težinu počinjenih radnji kada optuženi skupa sa još dvoje naoružanih istomišljenika dolazi u pola noći u kuću nezaštićenih civila, dovodeći Hasana Ahmetspahića koji je bio sav krvav, a stoje, van sumnje, predstavljao za svjedokinju upečatljiv prizor koji se teško može potisnuti ili zaboraviti. Taj prizor je, sam po sebi, pri takvim činjeničnim okolnostima, bio podoban da, kod iste izazovu strah, i bude gotovo siguran nagovještaj onog što će netom doista i uslijediti. Daje ovakvo postupanje optuženog za oštećene imalo posebnu težinu, vidljivo je iz činjenice da su optuženog vidjeli kao svog sugrađanina, i posebno, da su u njemu gledali kao u lice, koje se stara za zaštitu reda i zakona, a time i kao u nekog na kog su se mogli osloniti, zatražiti pomoć i zaštitu.
32. Potrebno je naglasiti daje kod ovakvih krivičnih djela realno očekivati da svjedok-žrtva fokusira svoju pažnju na situaciju, koja je u konkretnom slučaju trajala preko tri sata, što je za lica nad kojima je vršena tortura zasigurno predstavljalo čitavu vječnost, ali je, takođe, za realno očekivati da se visoka razina stresa i straha odražava na sposobnost žrtve da, nezavisno od cjeline i osnovnog toka događaja, tačno zapazi i memoriše detalje u redosljedu događaja.
33. Čak i ako optuženi nije bio prisutan u prostoriji u trenutku kada oštećena Zejneba sjeda Hasanu na stomak, jasan je zaključak da se optuženi saglasio sa svim radnjama koje su proveli te večeri Gordana i Oliver. Sve ovo, iz razloga, što je upravo optuženi te večeri predvodio nasilničku grupu te da je daljnje dešavanje uslijedilo nakon traženja optuženog da se svjedokinja i njena majka skinu. Dakle, presuda vrlo jasno podastire jake i uvjerljive činjenice iz kojih se izvodi postojanje kako intelektualnog tako i volontarističkog elementa na strani optuženog u pogledu njegovog učešća u realizaciji predmetnih krivičnihopravnih radnji, odnosno njegovog odlučujućeg doprinosa radnji mučenja dviju žena, stoje potrebno za saizvršilaštvo u smislu člana 29. KZ BiH.
34. Teza koju zastupa odbrana kroz iskaze svjedoka: Tešević Boža, Šimšić Željka I Stanimirović Radeta da optuženog nikada nisu vidjeli sa Gordanom Andrić i Krsmanović Oliverom nema potreban kvalitet za građenje njegovog alibija te večeri. Sve i da ih nisu nikada prije vidjeli skupa, a za koje tvrdnje ovo vijeće nalazi da nisu realne, smatrajući da se radi samo o tezi odbrane, činjenica je, da obzirom da se sve dešavalo poslije ponoći, ovi svjedoci ne mogu tvrditi da te konkretne večeri, u to vrijeme, optuženi nije bio sa navedenim licima. Jednostavno, oni ne mogu tvrditi nešto što nisu vidjeli i čega nisu bili očevici, ili o čemu nemaju ni neka, makar, posredna saznanja.

35. Na ovakav stav suda, dodatno ukazuje i svjedočenje svjedokinje M.H., koja je prilikom svjedočenja na glavnom pretresu, kao osobe koje su je silovale označila, između ostalih, optuženog i Krsmanović Olivera, što sve upućuje na zaključak da su optuženi i Krsmanović, kao i ostali pripadnici vojnih formacija u inkriminisano vrijeme imali zajedničkih prilika da se viđaju.
36. Dakle, tvrdnje ovih svjedoka, Vijeće ne nalazi relevantnim za osporavanje nalaza i argumentacije prvostepenog vijeća u pogledu ovog događaja.
37. U pogledu žalbenih navoda tužilaštva usmjerenih na pravnu kvalifikaciju nesporno utvrđenih radnji optuženog, Vijeće nalazi da su isti neosnovani i u potpunosti podržava ovakav zaključak pretresnog vijeća.
38. Potrebno je podsjetiti da „sud nije vezan za prijedloge u pogledu pravne ocjene djela" (član 280. stav 3. ZKP BiH), što znači da sud, ni u kojem slučaju, nije vezan za prijedloge tužioca i daje samostalan u pogledu utvrđivanja činjenica u skladu sa materijalnim krivičnim zakonom, te da, u svakom slučaju, može imati drugačiji stav u pogledu pravne ocjene djela u odnosu na stav tužioca, iznesen u optužnici uz davanje adekvatnog obrazloženja za svoj stav.
39. Po mišljenju ovog vijeća, prvostepena presuda je dala iscrpne razloge zašto nije prihvatila pravnu ocjenu inkriminisane radnje od strane optuženog na način kako ih je kvalifikovala optužnica. Ista presuda je nakon izlaganja elemenata oba djela u osnovi zločina iz tačke i) stav 1. član 172. KZ BiH i iz tačke e) istog člana, dala pouzdanu analizu staje potrebno da se ispune elementi za egzistentnost i jednog i drugog, a zatim i svoj zaključak, zašto smatra da su u konkretnom slučaju, ispunjeni elementi teškog lišenja slobode iz tačke e) navedenog člana, a ne prisilnog nestanka osoba iz tačke i) istog člana.
40. Žalba tužioca, konkretno osporava navedeni zaključak suda, odnosno, ona iznosi protivtezu da je optuženi imao saznanje šta će se licima lišenim slobode nakon odvođenja dogoditi, odnosno, da je znao za sudbinu koja ih je čekala – njihovu nasilnu smrt.
41. Apelaciono vijeće primjećuje da kod postojanja nesporne činjenice da su na prostoru Višegrada u inkriminisano vrijeme odvođeni iz svojih domova civili nesrpske nacionalnosti, da im se nakon toga najčešće gubio svaki trag, ne znači automatizmom takvog poimanja stvari, da je kod optuženog u tom konkretnom slučaju postojala, ne samo svijest, već i namjera da se oštećeni uklone od zaštite zakona na duže vrijeme. Ovo pogotovo u smislu onog stepena dokazanosti koje podrazumijeva ispunjenost standarda van razumne sumnje.
42. I ovo vijeće apostrofira da, iako dva lica nakon predmetnog odvođenja više nisu viđena živa, tužilac nije ponudio dokaze o tome da je optuženi konkretno znao da će im se nakon odvođenja dogoditi, niti da je znao za sudbinu koja ih je čekala u vrijeme kada ih je nezakonito lišio slobode i

odveo.

43. Apelaciono vijeće primjećuje da predmetne pravne kvalifikacije, kako ona koju je ponudilo tužilaštvo, tako i ona koju je aplicirao prvostepeni sud, imaju istu krivičnopravnu težinu i sankcionisane su istom vrstom i mjerom kazne, uz razliku stoje po mišljenju i ovog vijeća, a na osnovu utvrđenog činjeničnog osnova, kriterij postojanja bitnih elemenata bića krivičnog djela, ispunjen samo u pogledu krivičnog djela teškog lišenja slobode iz člana 172. stav 1. tačka e) KZ BiH.

U odnosu na podtačku d)

44. Sa osnova povrede krivičnog postupka, kao i pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, žalba tužilaštva takođe napada dio osuđujućeg dijela presude u odnosu na ovu podtačku, u kojem ista na strani 36-39 izostavlja činjenični opis koji se odnosi na događaj koji se tiče odvođenja i nestanka: Tabaković Fehima, Tabaković Ferida, Tabaković Izeta, Cocalić Fahrudina i Memišević Ismeta iz njihovih kuća u naselju Dušće.
45. Uopšteno govoreći, razlog za izvođenje ovakvog činjeničnog zaključka, prvostepeno vijeće nalazi sa jedne strane, u činjenici da niti jedan od svjedoka kao vinovnika događaja, koji se realno zbio, nije mogao pouzdano, sa potrebnom sigurnošću identifikovati optuženog, te sa druge strane, da ni ono što su naveli u pogledu njegovih konkretnih radnji nije dovoljno da bi se na pozdan način utvrdila njegova odgovornost.
46. Apelaciono vijeće sve iznesene razloge u pogledu nedokazanosti predmetnih činjeničnih utvrđenja nalazi konkretnim i logičnim, obzirom da niti jedan od svjedoka koji su svjedočili na ovu okolnost nije uspio uvjeriti sud da u okviru standarda van razumne sumnje zaključi da je predmetnu inkriminaciju počinio upravo optuženi. Ovo vijeće nema nikakvih sumnji u pogledu izvršenja ove radnje, međutim, na ključno pitanje - da li se krivična odgovornost za počinjenje iste može pripisati optuženom, ne može sa potrebnom i zahtijevanom pouzdanošću odgovoriti afirmativno, a na temelju iznesenih subjektivnih dokaza.
47. Naime, na ovu okolnost su svjedočile Mirsada Tabaković, Vezira Tabaković, Memišević Mujesira, i svjedok C. Komparacijom njihovih iskaza , u zavisnosti od faze postupka, evidentna je određena nedosljednost i nesigurnost, pa bi se reklo da se radi ili o iskazima „po čuvenju“, dakle, posrednom svjedočenju, ili da su svjedokinje davale „serijske iskaze“, a na takvom kvalitetu njihovog svjedočenja se, imajući u vidu standard van razumne sumnje, ne može donijeti osuđujuća odluka.
48. Ono što je bilo sporno kod iskaza Mirsade Tabaković, i što je bilo razlogom da prvostepeno vijeće ne prihvati za dovoljnim detalje navedene u pogledu identifikacije optuženog od strane ove svjedokinje, jeste činjenica, daje ista priznala da su u vrijeme počinjenja krivičnog djela i

odvođenja njenog supruga i djevera, bila prisutna dva vojnika, te da, iako joj je lik jednog od vojnika bio poznat, nije bila sigurna kako se on zvao.

49. Žalba tužioca pojašnjava iskaz svjedokinje Tabaković Vezire kada navodi da ona ne tvrdi da je optuženi ubio oštećene već da ih je odveo. A o pouzdanosti njenog svjedočenja se da zaključiti iz njene identifikacije optuženog u sudnici, na koju se ova žalba poziva, kada navodi „fve su prilike da je bio. Samo što je imao uniformu...Ovajje bio, sigurno ti kažem.”
50. Očito da se, po ocjeni i ovog vijeća, radi prije o hipotetičkoj tvrdnji, dakle, o probabilitetu, a ne o pouzdanom iskazu. To, ako se uzme u obzir da je svjedokinja tek nakon rata čula od Mirsade da joj je supruga i sinove odveo Lelek, dakle ona svoje saznanje izvodi iz iskaza svjedokinje čije tvrdnje u pogledu identiteta jednog od vinovnika te večeri ni ovo vijeće nije našlo apsolutno pouzdanim.
51. U pogledu prigovora usmjerenih na „visoko postavljene standarde dokazivanja identiteta počinitelaca”, Vijeće naglašava da ti standardi, visoko postavljeni ili ne, moraju obezbijediti temeljito poštivanje načela zakonitosti iz člana 2. ZKP BiH, čija pravila, uz garantivnu funkciju tog zakona, trebaju osigurati da niko nevin ne bude osuđen, koje načelo je u konkretnom slučaju dopunjeno i pravilom in dubio pro reo. Upravo se prvostepeni sud, po mišljenju ovog vijeća, u svom zaključivanju jedino vodio takvim zahtijevima.
52. Nije tačna ni žalbena tvrdnja po kojoj je prvostepeni sud za svjedočenje svjedoka C samo naveo daje njen iskaz konfuzan. Prethodno, pobijana presuda (str. 38. pasus 3. i 4.) navodi daje svjedokinja na okolnost odvođenja Tabaković Ferida i njegova dva sina, Faruka Cocalića, Džeme Zukića i njegovog sina izjavila daje o ovome čula od Cocalić Kadire i da nije bila očevdac odvođenja, premda tokom istrage nije pominjala optuženog Leleka u vezi sa tim odvođenjem. Evidentno je da se radi o posrednom svjedoku, što bi predstavljalo već po sebi dovoljan razlog da se ovakvom svjedočenju pristupa sa potrebnim oprezom da bi se primjenjujući standard izvan razumne sumnje mogla donijeti osuđujuća presuda.
53. Takođe, nakon što detaljno elaborira iskaz ove svjedokinje u dijelu koji se odnosi na odvođenje muškaraca, među kojima Ismeta Memiševića, kojeg su, prema njenim navodima, mnogi tukli, među kojima i optuženi Lelek, pobijana presuda zaključuje da je njen iskaz u pogledu identiteta osoba koje su ga odvele konfuzan, koji zaključak podržava i ovo vijeće.
54. U prilog ovakvog stava suda ide i činjenica daje ova svjedokinja bila jedini svjedok koji je pominjao odvođenje Ismeta Memiševića, te da ne postoje drugi dokazi koji bi potkrijepili njene tvrdnje i na taj način doveli do drugačijeg zaključivanja od strane suda.

55. Na drugačijem viđenju stvari od onog kakvog je utvrdio prvostepeni sud ništa ne pomažu žalbeni navodi po kojim se svjedokinja C ispravila, pojašnjavajući da Memiševića nije tukao optuženi nego Leka, kako je navela u svom iskazu u istrazi. Po mišljenju ovog vijeća, svjedokinja, valjda kako bi optuženog na kakav-takav način ostavila u kriminogenoj zoni i kako bi njen iskaz dobio na uvjerljivosti, dodaje, kako je sigurna daje optuženog sa drugim vojnicima istog dana vidjela kako odvođe njihove muškarce, među kojim i pomenutog Memiševića.
56. Iz iznijetog, se pokazuju neosnovani žalbeni navodi optužbe da u ovom dijelu pobijana presuda nije riješila potpuno predmet optužbe, da postoji kontradiktornost u razlozima presude, odnosno da nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama, a time, daje ta presuda ostvarila defektnost i na planu činjeničnog stanja.
57. Prvostepeni sud je u svemu ponuđenu dokaznu građu cijenio u skladu sa imeperativnom odredbom iz člana 290. stav 7. ZKP BiH, iznoseći određeno i potpuno razloge temeljem kojih je bitna činjenična utvrđenja našao dokazanim (ili nedokazanim), dajući naročito ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih dokaza, te iznoseći razloge kojima se rukovodio pri utvrđivanju postojanja konkretnog krivičnog djela i krivične odgovornosti, uz pravilnu primjenu relevantnih odredaba krivičnog zakona na optuženog i njegovo djelo.

1.4. U odnosu na tačku 3c. izreke presude

58. Ovom tačkom činjeničnog utvrđenja prvostepene presude optuženi Lelek Željko oглаšen je krivim za krivično djelo Zločini protiv čovječnosti počinjen radnjom silovanja i mučenja u odnosu na oštećenu M.H., u vrijeme, na mjestu i na način opisan u izreci te presude.
59. Žalba odbrane nalazi kontradiktornim svjedočenje svjedoka M.H., uz rekapitulaciju navodnih kontradiktornosti, odnosno komparacijom iskaza datog u istrazi i svjedočenja na glavnom pretresu. Takođe, napominje se da u izjavi datoj SIPA-i identitet ovog svjedoka nije bio zaštićen, dok je na glavnom pretresu to bio slučaj, pa je posljedično tome znatno umanjen efekat unakrsnog ispitivanja.
60. Apelaciono vijeće nalazi u potpunosti utemeljenom i razložnom ocjenu prvostepenog vijeća u pogledu odgovornosti optuženog za ovu inkriminaciju, smatrajući da su navodi ove svjedokinje, prevashodno u pogledu identiteta optuženog, logički utemeljeni, pa su suprotni žalbeni navodi neupotrebljivi za svaku dalju polemiku.
61. Naime, suština žalbe je usmjerena na rušenje kredibiliteta ovog svjedoka, kroz evaluaciju određenih navodnih nedosljednosti, koje ista vadi iz konteksta, dajući im, po mišljenju ovog vijeća neosnovano, krucijalni značaj u formiranju sveobuhvatne slike izvršenja predmetne inkriminacije.

Ovo vijeće, kao ni prvostepeno, nema sumnje u vjerodostojnost iskaza ovog svjedoka, prevashodno jer za nespornim nalazi tvrdnje svjedokinja M.H. u pogledu identifikacije optuženog. Ona ga je dobro poznavala još iz prijeratnog perioda i nema dvojbi u pogledu njegovog identiteta.

62. Na ovom mjestu, Vijeće će se osvrnuti na prigovore usmjerene upravo na identifikaciju optuženog od strane svjedokinje. Naime, kao jedan od detalja svjedokinja je pomenula i daje prilikom napuštanja Višegrada u pratnji tog konvoja bio i optuženi. Žalba ukazuje na nepotkrijepljenost njenih navoda, jer svjedok D, za koju je tvrdila da je takođe bila u konvoju, nije pomenula istu, niti okolnost da je optuženi bio u pratnji autobusa.
63. Vijeće naglašava kako iz razloga konfuzije i izostanka precizne identifikacije optuženog od strane svjedoka D, prvostepeni sud nije mogao pokloniti vjeru ovom svjedoku u ključnim dijelovima njenog iskaza, a što prihvata i ovo vijeće. Upravo iz tog razloga vjerovatnim se čini da svjedok D nije pomenula optuženog da je bio prisutan u autobusu jer ga očigledno u to vrijeme nije ni poznavala, dok svjedok M.H. precizno navodi daje isti sjedio naprijed sa vozačem.
64. Slijedom žalbenih navoda, ovo vijeće smatra irelevantnom činjenicu koju potencira odbrana, da je svjedokinja u prvoj izjavi rekla da je krenula u Sase kod sestre, a u drugoj da je šetala kad je naišao Lukić i ubacio je u auto, jer je jedina bitna činjenica, zaključuje Vijeće, koja je ujedno i nesporna, da je oštećenu u banju „Vilina vlas“ doveo, a zatim i svakodnevno nastavio dovoditi Milan Lukić.
65. Vezano za datum silovanja, odbrana netačno navodi da se po svjedokinji M.H. silovanje dogodilo 5. ili 6. juna 1992. godine, nudeći alibi optuženom za te dane kroz iskaze svjedoka odbrane Mikavica Vidoja i Šimšić Dejana. Vijeće ne želi dovoditi u pitanje vjerodostojnost i tačnost iskaza ovih svjedoka, jer isti nisu relevantni u smislu dokazne bitnosti za utvrđenje predmetne inkriminacije, obzirom da svjedokinja navodi da je u banju dovedena početkom juna, bez preciziranja datuma. Zatim, da su se tu iz dana u dan dešavala maltretiranja i silovanja, te daje jednog od tih dana, uz nemogućnost preciziranja kojeg, došao optuženi. Ona kaže: „...drugi, treći ili eventualno četvrti možda, ja se izvinjavam možda se tačno ne mogu sjetiti, Lelek Željko je došao u tu sobu“. Dakle, svjedokinja nije sigurna kojeg dana je isti došao, stoje i logično, obzirom na preživljene traume, protok vremena i životnu dezorijentisanost u tom periodu. Stoga je cijela konstrukcija gradnje alibija optuženog u navedena dva dana neutemeljena i irelevantna za vrijeme izvršenja predmetne inkriminacije.
66. U kontekstu određenih razlika u izjavi ovog svjedoka, koje potencira žalba, Vijeće ističe da je uslijed protoka vremena, te interpolacije mnoštva drugih događaja u životu žrtve, ili pokušaja da se u svijesti potisne preživljeno stradanje, razumno da dolazi do gubljenja ili iskrivljenja informacija. Međutim, kada dođe do ponovne evokacije traumatičnog događaja, a kako je to i dosadašnja praksa pokazala, žrtva iz svog sjećanja najčešće vrlo jasno može da istragne lik počinioca i sami događaj vlastitog

stradanja, dok redosljed ostalih dešavanja, prije ili poslije, često nije u stanju da detaljno opiše, što samo upućuje na zaključak da se ne radi o naknadno naučenom događaju.

67. Svjedočenje svjedoka odbrane Ivanović Dragoljuba, nije poljuljalo konačnu odluku ovog vijeća, obzirom da samo jedan navod ovog svjedoka da je oštećena polupismena osoba, govori o svrsi njegovog svjedočenja. Naime, ova opaska svjedoka Ivanovića upućuje na dvije mogućnosti: ili da takve osobe nisu u stanju da govore o svom stradanju ili, da one, ma kakve golgote preživjele, ne mogu o tome pouzdano svjedočiti - sa jednakim učinkom, da se takvim osobama ne može pokloniti vjera. Naravno, daje ovakvo logiciranje koje svjedok Dragoljub implicite podastire, za ovo vijeće neprihvatljivo i isto je sračunato da bude in favorem po optuženog.
68. Ovaj svjedok navodi kako je na njegov upit svjedokinji M.H. da li je doživjela nekad neko siledžijstvo, ona rekla da jeste samo jednom, koje navode ovo vijeće cijeni upravo u kontekstu svega naprijed navedenog. Naime, ovakvim odgovorom jasno je, da svjedokinja nije htjela da iznosi detalje ovoj osobi, iz samo njoj poznatih razloga, da li stida i srama ili nepovjerenja, dajući odgovor čisto da bi zadovoljila njegovo interesovanje za nešto o čemu ona nije željela govoriti. Na ovakav zaključak upućuje i činjenica, da sve i da nije silovana od Leleka, evidentno je da je od Lukića silovana više puta, pa bi i u tom slučaju ovakav njen odgovor bio neprecizan, što samo upućuje na naprijed iznesenu konkluziju.
69. Da je svjedokinja boravila u banji „Vilina vlas" i bila silovana, između ostalih i od optuženog, govore i njeni navodi o prisutnim ženama muslimankama koje su takođe bile izložene istim torturama. Prije svega tu je svjedokinja D, kao i izvjesna Jasmina, za koju svjedokinja kaže „...Jasmina je bila sva nikakva, bila u jednom ćošku...i on je (misli na optuženog) prišao Jasmini", kasnije je čula daje Jasmina iskočila kroz prozor. I svjedok odbrane Mitrović Petar potvrđuje ove navode, kada kaže daje zajedno sa optuženim išao do banje gdje su saznali da su njihove komšije bošnjaci ubijani, a daje Jasmina Ahmetspahić iskočila kroz prozor. Ovaj svjedok je svojim svjedočenjem upravo povezo optuženog sa vremenom i mjestom krivičnih radnji iz ove tačke optužnice.
70. Prvostepena presuda je (str.40-43.), a na temelju iskaza svjedokinje M.H., vrlo jasno i konkretno obrazložila svoj zaključak da su se radnjama optuženog stekli elementi radnje silovanja iz tačke g) člana 172. stav 1. KZ BiH, kao i da predmetno silovanje predstavlja i njeno mučenje. Ovo, imajući u vidu da je svjedokinja dovedena u banju „Vilina vlas" u cilju izivljavanja počinitelja isključivo zbog njene pripadnosti određenoj nacionalnosti i u nedozvoljene diskriminatorne svrhe. Prije predmetnog silovanja, ista je višestruko seksualno zlostavljana, i u takvom stanju fizičkih i psihičkih boli, optuženi ju je silovao unatoč njenoj očiglednoj patnji, sve to, u cilju teškog ponižavanja i rušenja ljudskog dostojanstva.
71. Ovo vijeće na temelju svega iznesenog nema sumnji u pogledu krivične odgovornosti optuženog za predmetne inkriminacije. Optuženi je bio

upoznat sa svim nedozvoljenim ciljevima zbog kojih će svjedokinja biti silovana i htio je takav ishod, te njegov umišljaj obuhvata pored silovanja i mučenje oštećene, kao njegovu implikaciju.

1.5. U odnosu na tačku 3d. izreke presude

72. Prvostepenom presudom je optuženi oglašen krivim i po ovoj tački optužnice, odnosno da je počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti radnjom teškog seksualnog nasilja nad oštećenom C.
73. Žalbeni navodi odbrane se u najkraćem svode na drugačiju interpretaciju sadržaja iskaza ove svjedokinje od one koju je izvršilo prvostepeno vijeće, te na njihove navodne kontradikcije. Međutim, ukoliko se oba iskaza, odnosno izjava data SIPA-i tokom istrage i svjedočenje tokom glavnog pretresa, analiziraju u svojoj cjelokupnosti i u vezi sa ostalim iskazima, te stavljeni u opšti kontekst zbivanja i radnji optuženog u inkriminisanom periodu, sasvim se jasnim ukazuje da u komparaciji ovih izjava nema nedosljednosti u odnosu na bitna činjenična utvrđenja.
74. Prije svega, pravilno je prvostepeni sud zaključio da optuženi nije bio pripadnik jedinice Momira Savića, što svjedokinja nije ni tvrdila, već samo da gaje te prilike vidjela sa licima koje je ona prepoznala kao osobe koje zna od ranije.
75. Evidentno je, po ocjeni ovog vijeća, da je u inkriminisanom periodu, u vrijeme trajanja širokog i sistematičnog napada na području opštine Višegrad, bilo prisutno mnoštvo različitih vojnih i paravojnih formacija, čije se djelovanje u tom periodu nije moglo razgraničiti, te je sasvim realno daje optuženi bio u prisustvu Ljubiše Savića, Zorana Teševića i drugih, koji su bili pripadnici jedinice Momira Savića.
76. Dakle, žalbeni navodi u ovom pogledu su neosnovani, a tvrdnje koje su iznijeli u svom svjedočenju svjedoci odbrane: Stefanović Nenad, Savić Nikola, Savić Goran, Tešević Brane, Vučićević Srđan, da optuženi nikada nije bio s njima su neubjedljive ako se ima u vidu serijski karakter njihovih iskaza u odnosu na ovu činjeničnu okolnost.
77. Vijeće ukazuje odbrani daje za slučaj svih primijećenih nekonzistentnosti u izjavi svjedokinje, naročito onih u pogledu identifikacije optuženog, postojala mogućnost da se iste razjasne u toku unakrsnog ispitivanja, što odbrana nije učinila. Očigledno je da odbrana to svoje pravo nije iskoristila, iz njoj samo poznatih razloga, i nije tražila od svjedoka detaljan opis optuženog kako bi potvrdila svoje tvrdnje, odnosno dokazala navodno nepoznavanje optuženog od strane svjedokinje C.
78. Za ovo vijeće je nesporno da je svjedok C poznavala optuženog, te da je kritične prilike isti došao do njene kuće i tražio novac i zlato. Tražio je takođe njenu kćerku, sina i muža, te kada ništa nije našao, kako to svjedokinja navodi „nastavio da se na njoj izživljava". Tukao je i natjerao

da kako ona navodi „da miluje njegov spolni organ“, kojom prilikom joj je psovao „tursku majku“ i pitao da li joj se „gadi jer je Srbin“.

79. Iz iskaza koji je svjedok dala SIPA-i (broj 17-04/2-04-2-132/06 od 20.03.2006. godine, str. 6) jasno proizilazi da svjedokinja ni u jednom dijelu ne precizira tačan datum dolaska Željka Leleka i predmetne inkriminacije, jer kaže tu smo ostale nekoliko dana. Za to vrijeme svakog dana, po dva ili tri puta, kod nas su dolazili..., Željko Lelek i mnogi drugi. Lelek Željko je jedne prilike skinuo pantalone i tražio od mene da ga milujem...Zaprijetio mi je i natjerao me da njegov polni organ uzmem u ruke...". Iz ovog je takođe jasno je da su i navodi odbrane da svjedokinja u prvoj izjavi nije pominjala daje uzimala polni organ, a drugoj jeste, u potpunosti netačni.
80. Odbrana ponovo bezuspješno pokušava graditi alibi optuženom kroz prisustvo na sahrani Vlatku Trifkoviću za 14.06.1992. godine, jer je evidentno da svjedokinja nije sigurna u pogledu datuma predmetne inkriminacije, niti u pogledu datuma, niti u pogledu mjeseca, što iz već navedenih razloga(kod tačke 3c.) ne utiče na pouzdanost iskaza u pogledu bitnih dijelova.
81. Na pitanje branioca zastoje u istrazi govorila o poznatom datumu 13.6.1992. godine i je li to tačan datum predmetnih dešavanja (ovdje se misli i na okolnosti radnji iz tačke 2. podtačka d) prvostepene presude), svjedokinja odgovara: „...paja ne znam , možda sam tu pobrkala u datumima, jer ja se ne sjećam, ja sam žena nepismena... ”.
82. Nema hitnijih odstupanja u svjedočenju ovog svjedoka u odnosu na iskaz dat u istrazi. A i odstupanja koja postoje produkt su po ocjeni ovog vijeća razlike u načinu ispitivanja u istrazi, kada to čini policija ili tužilaštvo, i na glavnom pretresu, kada je izjava predmetom direktnog i vrlo često iscrpnog unakrsnog ispitivanja u toku postupka koji ima obilježja adversarnog. Logično je očekivati da se iskaz konkretno ovog svjedoka razlikuje u detaljima u odnosu na ono stoje ranije izjavljivala ili što nije izjavila pa se toga na glavnom pretresu dosjetila.
83. Iskaz ove svjedokinje Vijeće nalazi pouzdanim i konzistentnim u bitnim dijelovima, te naročito opaža činjenicu da svjedokinja opisujući svoje stradanje, odnosno izvršeno teško seksualno nasilje, iznosi ono što je uistinu vidjela i doživjela. Da se ne radi o „serijskom iskazu“ evidentno je iz specifičnosti sadržaja same radnje i načina njenog izvršenja. Naime, svjedokinja prije svega navodi da je optuženi u prijeratnom periodu bio fin mladić, solidan, da nije nikome ništa uradio. Znači nema razloga da ga neosnovano inkriminira.
84. Svjedokinja C je bila izložena sili i prijetnjama po njen život i fizičku sigurnost kada je optuženi došao naoružan u njenu kuću sa još jednim licem, traživši joj novac, a zatim iskoristivši situaciju svoje dominantnosti i moći i njene bespomoćnosti, istu psovao, fizički je napao i općenito se nasilnički ponašao.

85. Apelaciono vijeće u potpunosti podržava zaključak prvostepenog vijeća da su se radnjama optuženog Lelek Željke, detaljno opisanim u pobijanoj presudi (str.42-43.) stekla obilježja krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti učinjen radnjom "teškog seksualnog nasilja", stoje i po mišljenju ovog vijeća dokazano van razumne sumnje.

1.6. U odnosu na tačku 4. izreke presude

86. Ova tačka činjeničnog utvrđenja prvostepene presude se odnosi na dvije radnje počinjene u maju 1992. godine: pomaganje u zatočenju muslimana u policijskoj stanici i mučenje mladića po imenu Salko. Pretresno vijeće je utvrdilo odgovornost optuženog samo za učešće u prvoj radnji tj. učešće u protivzakonitom zatvaranju više lica bošnjačke nacionalnosti.

87. Žalbe kojom osporavaju ovu tačku optuženja, su izjavili i tužilaštvo i odbrana.

88. Žalba odbrane analizira svjedočenja svjedoka-žrtava ove inkriminacije: Dolovac Suada, Subašić Suada i Džaferović Envera, pokušavajući da ospori kredibilitet ovih svjedoka kroz tezu opravdanosti njihovog pritvaranja iz razloga, u najkraćem, subverzivnih aktivnosti i počinjenja krivičnih djela (detaljno precizirano žalbom, na str. 14.). Takođe, žalbom se pokušava kroz iskaze svjedoka odbrane dokazati da optuženi, prema opisu materijalno-tehničkih poslova koje je u to vrijeme radio (MTS poslovi), nije bio prisutan u policiji, odnosno, da nije imao ingerencije nad pritvorom i zatvaranjem lica u isti.

89. Žalba tužilaštva osporava utvrđenje suda u dijelu ove tačke optuženja kojim nije utvrđena odgovornost optuženog za radnju mučenja mladića po imenu Salko, ističući kako je svjedok Džaferović Enver u svom iskazu potpuno siguran u ono što je vidio u pogledu izvršioca i načina mučenja ovog mladića. Nejasno je, po žalbi, da ukoliko je prvostepeno vijeće utvrdilo kao nespornu činjenicu daje optuženi tjerao Salku, koji je bio polumrtav, da sam sebe šamara, zbog čega nije prihvaćeno da se ovakav postupak optuženog kvalifikuje kao drugo nečovječno djelo.

90. Apelaciono vijeće je detaljnom analizom pobijanog dijela presude u okvirima predmetnih žalbenih navoda, a nakon savjesne i potpune ocjene svih dokaza izvedenih na okolnost predmetnih činjenična utvrđenja, našlo žalbene navode i tužilaštva i odbrane u cjelosti neosnovanim, cijeneći odluku prvostepenog suda pravilnom i osnovanom.

91. Naime, u odnosu na ovu tačku optuženja svjedočili su svjedoci - žrtve: Dolovac Suad, Subašić Suad i Džaferović Enver, opisujući detaljno svoj boravak u stanici policije, gdje su bili zatvoreni u prostoriji koja je imala rešetke na vratima. Vijeće nema sumnji u navode svjedoka Subašića i Dolovca o prisustvu i aktivnostima optuženog u policijskoj stanici, odnosno da je povremeno vršio dužnost dežurnog policajca, te daje imao

ključ i kontrolisao ulaz u njihovu ćeliju. Svjedok Džaferović je naveo da poznaje optuženog Leleka od ranije, kao i njegovog oca Čedu.

92. U razvijanju žalbene argumentacije odbrane kojom je sud jednostrano cijenio i prihvatio samo one dokaze koji su potvrdili odogovornost optuženog, ista potencira iskaze većeg broja svjedoka odbrane, koji grade tezu o navodnoj nemogućnosti optuženog da ima pristup pritvoru ili bilo kakvu vezu sa istim. Pa tako većinom se svi saglašavaju da je optuženi u inkriminisano vrijeme obavljao poslove vođenja materijalno-tehničkih sredstava, stoje po njima bilo vrlo zahtjevno radno mjesto što je podrazumijevalo stalno prisustvo optuženog.
93. Vijeće predmetne navode nalazi neuvjerljivim, i očigledno usmjerenim na gradnju alibija optuženom. Prvostepena presuda se prema njima odredila na pravilan i potpun način ne poklanjajući im vjeru, što podržava i ovo vijeće. Da su ovi zaključci ispravni, govori i činjenica da u listi svjedoka čija svjedočenja potencira, odbrana ne pominje svjedoke Miličević Milana, Pecikoza Mirka i Nikolić Miladina, čiji iskazi joj očigledno ne odgovaraju, jer potvrđuju navode oštećenih da je optuženi vršio funkciju dežurnog u stanici, odnosno, da su ga viđali u prostoriji za dežuru i daje imao pristup ključevima pritvora.
94. Konačno, svi svjedoci optužbe prije svega potvrđuju da su bili nezakonito zatvoreni kao civili, da protiv njih nije vođen nikakav krivični postupak niti su lišeni slobode kao pripadnici neprijateljske vojske, već su u stanicu policije dovedeni iz svojih kuća, u civilu, bez ikakvog naoružanja i bez obavještenja o razlozima zatvaranja.
95. Pravilno zaključuje prvostepena presuda da je optuženi, kao policajac koji je bio prisutan u stanici policije, što je nesporno utvrđeno, morao znati da su ovi ljudi zatvoreni proizvoljno i bez ikakve zakonske procedure.
96. Naprotiv žalbenoj tezi odbrane, optuženi je svojim radnjama pokazao htijenje da na odlučujući način doprinese izvršenje predmetnog krivičnog djela, dakle, postupao je kao saizvršilac u granicama direktnog umišljaja. On je imao „ključ slobode“ žrtava protivpravnog zatvaranja i zatočenja, odnosno imao je ključ od ćelije gdje su bili smješteni i odlučivao je kada će neko biti izveden ili uveden.
97. Sve navedeno ukazuje da su se radnjama optuženog, a kako je to pravilno utvrdio prvostepeni sud, stekla obilježja krivičnog djela nezakonitog zatvaranja u suprotnosti sa pravilima međunarodnog prava, pa su sva, za žalbu odbrane otvorena pitanja, riješena na uvjerljiv i argumentovan način a pitanje krivične odgovornosti dokazano uz ispunjenje dokaznog standarda „van razumne sumnje“.
98. U pogledu izostavljanja iz činjeničnog opisa radnje mučenja mladića zvanog Salko od strane optuženog, i ovo vijeće je, kao i prvostepeno, zauzelo stanovište, da jedino što se dalo za nespornim utvrditi jeste da je neko brutalno pretukao ovog mladića, daje Lelek bio prisutan u policijskoj

stanici kad je ovaj došao i da mu se rugao, te mu naredio da sam sebe šamara.

99. Međutim, a protivno žalbenim prigovorima tužilaštva, iskazi naprijed navedenih trojice svjedoka koji su svjedočili i na ovu okolnost, jesu u značajnim dijelovima kontradiktorni, što u smislu načela in dubio pro reo dovodi do zaključka o nedokazanosti predmetne inkriminacije u smislu zahtijevanih imperativnih standarda.
100. Nime, razlike su očigledne kada svjedok Džaferović navodi da je optuženi Lelek izvukao mladića iz ćelije u jednom momentu nakon što je on doveden u stanicu, izveo ga u hodnik i počeo tući, stoje svjedok iz ćelije vidio, dok druga dva svjedoka Subašić i Dolovac tvrde da je mladić bio pretučen od lica koja oni nisu mogli vidjeti iz ćelije, u hodniku odmah nakon što je doveden. Nadalje, ova dva svjedoka navode daje, nakon stoje ovaj mladić vraćen u prostoriju, isti dan došao i Milan Lukić koji je prišao rešetkama na vratima uhvativši mladića za glavu kojom je udario o rešetke nakon čega je isti izgubio svijest, dok svjedok Džaferović ovaj svakako upečatljiv događaj ne pominje, niti prisustvo Lukića uopšte.
101. Dakle, na temelju svega iznesenog, a u mnoštvu pomenutih zbivanja, nije se moglo sa sigurnošću utvrditi kao prvo da je Lelek zaista pretukao navedenog mladića, te kao drugo, da su radnje koje je on preduzeo zaista dovele do nanošenja ozbiljnih tjelesnih patnji, a što je neophodno za ispunjenje bića krivičnog djela mučenja, bilo u svojstvu saizvršioca ili pomagača.

2. U odnosu na oslobađajući dio presude

102. Prvostepenom presudom je u smislu odredbe člana 284. stav 1. tačka 3. ZKP BiH (član 284. tačka c) noveliranog ZKP-a), a uslijed nedokazanosti daje optuženi počinio predmetne inkriminacije, isti oslobođen od optužbe da je radnjama opisanim u tačkama 1., 3a) i 3c) pobijane presude (iste tačke izmijenjene optužnice) počinio krivično djelo Zločin protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h) u vezi sa tačkama a) i g) KZ BiH.

2.1. U odnosu na tačku 1. izreke presude

103. Ova tačka činjeničnog utvrđenja prvostepene presude se odnosi na događaj likvidacije najmanje četvorice civila bošnjačke nacionalnosti u mjestu Sase, na obali rijeke Drine u periodu proljeće 1992. godine, kojom prilikom je optuženi u grupi sa drugim licima, ova lica prisilio da zagaze u rijeku do pojasa, pa ih pucanjem iz automatskih pušaka u leđa usmrtili.
104. Žalbom tužilaštva se osporava pobijana presuda u predmetnom dijelu iz razloga pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana 299. stav 1. ZKP BiH, što je, po mišljenu žalbe dovelo do izvođenja pogrešnog zaključka o odlučnim činjenicama, te je vidljivo daje sud, na osnovu svjedočenja

svjedoka K.B. mogao i trebao osuditi optuženog Leleka i za krivičnopravne radnje opisane ovom tačkom optužnice. Žalba polemisiše s zaključkom suda po kom isti ne može zasnovati presudu isključivo ili u odlučujućoj mjeri na dokazima pribavljenim u skladu s članom 11. ili 14.-22. Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka (u daljem tekstu Zakon o zaštiti svjedoka).

105. Prilikom ocjene ovog dokaza, sud je u građenju svog stava o insuficijentnosti dokaza tužilaštva po ovoj tački, pošao od činjenica da se radi o jedinom očevicu ovog događaja, i da je njegov identitet u potpunosti ostao nepoznat odbrani, dakle, da se za odbranu, radi o anonimnom svjedočenju.
106. Žalbena teza po kojoj činjenica anonimnosti identiteta svjedoka za odbranu istu ne sprječava da ga unakrsno ispita ili da opovrgne vjerodostojnost njegovog iskaza kroz unakrsno ispitivanje, sračunata da se ospori validnost zaključka prvostepenog suda da se na takvom iskazu ne može zasnovati osuđujuća presuda, jednostavno ne stoji! Kod činjenice da odbrani nije bio poznat identitet svjedoka irelevantno je pitanje da li su se prema tome svjedoku trebale primijeniti mjere zaštite iz člana 14.-22. Zakona o zaštiti svjedoka.
107. Da se ne radi isključivo o mjerama zaštite predviđenim odredbama člana 5.- 13. (izuzev člana 11.) ovog zakona jasno je i iz neispunjenosti imperativne norme člana 12. stav 8. istog zakona, koja nalaže otkrivanje podataka u pogledu identiteta svjedoka pod mjerama zaštite najkasnije u vrijeme davanja iskaza svjedoka na glavnom pretresu, a sve kako bi se odbrana pripremila za ispitivanje istog. Dakle, evidentno je, da bez obzira na različite primjenjene moduse zaštite svjedoka K.B. u konkretnom slučaju, neosporna posljedica istih je anonimnost, odnosno nepoznatost odbrane sa identitetom ovog svjedoka, što u konačnici ima isti procesnopravni učinak kao i primjena mjera zaštite iz člana 14.-22. Zakona o zaštiti svjedoka, a to je nemogućnost zasnivanja osuđujuće presude isključivo ili u odlučujućoj mjeri na dokazima pribavljenim u skladu sa citiranim članovima.
108. Oспорavanje kredibilitnosti svjedočenja svjedoka K.B. se ne može fokusirati samo na njegov iskaz sa glavnog pretresa, jer bi to značilo značajno ograničenje prava njegove odbrane ako optuženom ne bi bio poznat identitet tog svjedoka. Zato, uostalom, odbrana nije ni iskoristila svoje pravo na unakrsno ispitivanje tog svjedoka. O ovom pitanju je napadana presuda, po mišljenju ovog vijeća, dala dovoljne i u svemu argumentovane razloge, pored ostalog, iscrpno analizirajući i pozivajući se na: relevantne odredbe ZKP BiH (član 91); Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka (članovi 4.,13.2., 14-22.,23.); EKLJP (član 6.1.-pravičnosuđenje,i član 6.3.d.); član 14.MPGPP; Tumačenje Komiteta UN za ljudska prava u dokumentu UN CCPR/C/79Add.75, od 09.4.1997.,§21 i 40.; presude ESLJP u predmetima Kostovski (presuda od 20.11.1989), Doorson protiv Holandije (presuda od 26.3.1996.) i Van Mecheleni dr. protiv Holandije (presuda od 23.4.1997); sve to u kontekstu

garancije minimalnog prava odbrane da ispituje svjedoke protiv sebe propisane u odredbi člana 6.3.(d) EKLJP.

109. U sadržaj tog prava svakako da spadaju neophodne informacije koje se odnose na identitet svjedoka. U potkrepljivani u takvog stava osporavana presuda citira presudu ESLJP, koju žalba tužilaštva zanemaruje, u predmetu Windisch (presuda od 27.9.1990.) u kojoj se navodi kako je odbrana kojoj su bile uskraćene neophodne informacije koje se odnose na svjedoka bila suočena sa nepremostivom teškoćom kako bi provjerila njegovu pouzdanost ili kredibilitet.
110. Osim toga, u traženju balansa između učinka anonimnosti i prava na unakrsno ispitivanje, prvostepeni sud je imao u vidu da bi lišavanje odbrane mogućnosti da posmatra držanje svjedoka tokom direktnog ili unakrsnog ispitivanja (Van Mechelen idr.) i nemogućnost suočavanja, predstavljalo kršenje prava optuženog na pravično suđenje. Sve to, pod pretpostavkom, ukoliko bi se presuda zasnovala na takvom dokazu u „odlučujućoj mjeri“.
111. Upravo iz izloženih razloga, prvostepeni sud je, kako je to naveo u drugom paragrafu na str. 25. pobijane presude, saglasno odredbi člana 23. Zakona o zaštiti svjedoka, ispravno ograničio ulogu iskaza anonimnog svjedoka na način što mu je dao značaj potkrepljujućeg dokaza. Kod takve ocjene, prvostepeni sud je pravilno našao da u situaciji kada ne postoje drugi, odlučujući dokazi tužilaštva, koji bi bili potkrijepljeni iskazom anonimnog svjedoka, ostaje da se zaključi kako tužilaštvo izvan razumne sumnje nije dokazalo opstojnost navoda iz tačke 1 .optužbe, temeljem čega je optuženog valjalo osloboditi po ovoj tački.

2.2. U odnosu na tačku 3a. izreke presude

112. Predmetnom tačkom pobijane presude optuženi je oslobođen od optužbe daje u mjesecu aprilu 1992. godine, u banji Vilina vlas, silovao, grubo vrijeđao, psovao i udarao oštećenu A, čime bi počinio krivično djelo silovanja iz člana 172. stav 1. tačka g) KZ BiH.
113. Žalba tužilaštva ne osporava daje bilo određene nedosljednosti u iskazu ove svjedokinje, ali je sud pogrešno interpretirao momenat identifikacije svjedokinje u odnosu na optuženog, budući da se ne radi o tome da ga ona nije mogla identifikovati na traženje tužioca, već se radi o tome da ga nije ni pogledala, a to je učinila tek na insistiranje branioca. Žalba dakle smatra da je sud pogrešno interpretirajući svjedočenje svjedokinje A u korist optuženog, na ovaj način postigao da činjenično stanje bude pogrešno i nepotpuno utvrđeno, a presuda je time počinila i bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) i člana 299. stav 1. ZKP BiH.
114. Apelaciono vijeće, kao i prvostepeno, nalazi da je nesporno da je oštećena svjedokinja A za vrijeme boravka u banji Vilina vlas bila silovana

u više navrata i od različitih osoba, međutim ono stoje bilo sporno i stoje valjalo razriješiti u ovom predmetu jeste da lije predmetno silovanje počinio optuženi Željko Lelek.

115. Ono što za tužioca predstavljaju određene nedosljednosti u svjedočenju ove svjedokinje, po shvatanju ovog vijeća, iste predstavljaju krupne i značajne nedosljednosti, koje napadana presuda pedantno izlaže na stranici 46. svojih razloga, pa nakon ocjene uočenih nekonzistentnosti, presuda na korektan način finalizuje svoju analizu zaključkom zašto smatra dokaze o identifikaciji optuženog nedovoljnim da se zadovolji standard izvan razumne sumnje u pogledu krivice optuženog u odnosu na ovu tačku optužnice.
116. U predmetnoj svestranoj analizi iskaza ove svjedokinje, kako onog datog u istrazi, tako i izjave date na glavnom pretresu, ovo vijeće zaključuje da je identifikacija u sudnici optuženog od strane oštećene samo jedna od činjeničnih okolnosti kojoj ova žalba pokušava dati kapitalan značaj, potpuno zanemarujući značaj sumnjive dokazne vrijednosti identifikacije optuženog u sudnici u smislu dokazne radnje, o čemu postoje brojni stavovi sudske prakse kako MKSJ tako i Suda BiH.
117. Naime, komparacijom predmetnih iskaza, stiče se opšti dojam da svjedokinja nije sigurna u pogledu identiteta optuženog, što prvostepena presuda vrlo jasno izlaže. Pa tako je u izjavi datoj tužilaštvu u istrazi izjavila da je jednog od silovatelja Milan Lukić, koji je takođe silovao, zvao po prezimenu Lelek, dok na pretresu govori da se radilo o Željku Šušnjaru i da ga je Lukić zvao samo Žele ili Željko. Svjedokinja u prvoj izjavi uopšte ne pominje Šušnjara kao učesnika predmetnih zlodjela. Mnoštvo je nedosljednosti u iskazu svjedokinje A, jer se ono stoje izjavila u direktnom ispitivanju razlikuje od onog što je izjavila u unakrsnom, a obe izjave se razlikuju od prethodnih izjava, što sve prvostepena presuda pravilno primjećuje.
118. I pored iskazanog posebnog senzibiliteta u pogledu golgota kroz koje je ova svjedokinja prošla i koje su ostavile nesagledive posljedice na njeno zdravlje i život, kao i razumno iskazani strah uslijed kojeg nije mogla gledati u svoje silovatelje, ovo vijeće nije moglo steći potrebnu dokaznu uvjerljivost da se upravo radilo o optuženom kao licu koje je izvršilo predmetno silovanje.
119. Stoga, cijeneći sve okolnosti u njihovoj ukupnosti, ovo vijeće, a kako je to pravilno utvrđeno i prvostepenom presudom, nije moglo van svake razumne sumnje utvrditi daje predmetno silovanje, za koje nema sumnje da se desilo, učinio upravo optuženi, te je stoga rukovodeći se temeljnim načelom ZKP BiH „in dubio pro reo" po kome u slučaju „sumnje u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog", ovo vijeće našlo da nije dokazano da je optuženi Željko Lelek izvršio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.

2.3. U odnosu na tačku 3b. izreke presude

120. Optuženi je oslobođen od optužbi daje u junu 1992. godine došao u banju Vilina vlas, u kojoj su nezakonito bile zatvorene žene Bošnjakinje, među kojima i svjedokinja D, koju je, između ostalih, silovao i optuženi Željko Lelek.
121. Žalba tužioca ukazuje da presuda na str. 47. tvrdi daje iskaz svjedokinje „D“ „problematičan“ obzirom da ista različito iskazuje tokom istrage i na glavnom pretresu, daje njena identifikacija optuženog nepouzdana, daje djelovala zbunjeno i konfuzno, zbog čega je optuženog valjalo osloboditi i u pogledu ove tačke optužbe. Predmetno obrazloženje žalba nalazi neispravnim u smislu izostavljanja bitnih dijelova iskaza ovog svjedoka i pogrešne interpretacije nekih drugih navoda. Žalba tvrdi da se prvostepeni sud služio igrama riječi i izvlačenjem iz konteksta smisla svjedočenja ove svjedokinje, a da je sud istom drukčije prišao i pravilno cijenio, našao bi da se radi o iskrenom svjedoku koja se trudila „da svojim šturim rječnikom“ objasni kako je utvrdila i zbog čega je sigurna da je upravo optuženi jedan od silovatelja.
122. Opstajući na ovakvoj argumentaciji žalba sasvim neprincipijelno čini ono čemu prigovara prvostepenoj presudi. Naime, žalba, valjda, zbog manjkavosti svjedokinjinog vokabulara pokušava pojasniti metodom papa in boca (stavljanje riječi u usta) ono što je ona htjela reći, a što zapravo, oštećena nije ni rekla. Tako žalba polemíše s zaključcima presude u kojim se navodi zašto se, pored ostalog, sumnja u iskaz ove svjedokinje, kada presuda navodi činjenicu da je svjedokinja rekla kako joj je sin ubijen prije nego što je dovedena u banju, a da je kasnije izjavila daje poslije bijega iz banje (banja Vilina vlas, op.suda) otišla kući da traži sina. Žalba tom prilikom upozorava da su ovakvi navodi prvostepenog vijeća izvučeni iz konteksta, jer je iz njenog svjedočenja potpuno jasno da je ista tražila tijelo svog sina, što proizilazi iz njenih riječi: "...Kad sam došla sina nisam našla. Samo sam našla onde mu kose." To je, po tužiocu, osnova za tvrdnju da je svjedokinja pojašnjavala da nije našla sinovljevo tijelo, već samo ostatke kose na mjestu gdje je on prethodno ubijen(!) Očito da žalba poseže za interpretacijom svjedočenja ove svjedokinje na način da istom da smisao kakav joj odgovara, a ne, kako je oštećena ad litem svjedočila i kako je to prvostepeni sud korektno iznio u razlozima svoje presude.
123. Nadalje, žalba u izlaganju svoje argumentacije slijedi takođe svoj interpretativni pristup iskazu svjedokinje „D“ pojašnjavajući na šta je ta svjedokinja mislila u odnosu na činjeničnu okolnost koja se odnosi na poznavanje identiteta optuženog, na način što pojašnjava njeno svjedočenje na glavnom pretresu kako Leleka nije poznavala likom nego imenom. Uz ovo, žalba navodi da je prvostepeni sud propustio da iskaz svjedokinje „D“ cijeni skupa sa ostalim dokazima, prvensteno s iskazom svjedokinje M.H. sa kojom je razgovarala i koja joj je potvrdila da je silovana od strane optuženog, što je sve skupa imalo za posledicu da je napadana presuda ostvarila bitne povrede iz člana 297/1, i člana 299/1. ZKP BiH.

124. Imajući u vidu sve navedeno, Apelaciono vijeće zaključuje da žalba ničim nije dovela u pitanje tačnost navoda pobijane presude kojim je svjedokinja „D“ u izjavi datoj tužilaštvu najprije izjavila da optuženog Leleka poznaje, što je ponovila i na glavnom pretresu, ali odmah potom dodala, da tada, u vrijeme dešavanja nije znala koje on, daje to saznala od druge žene, bez navođenja detalja koji bi se odnosili na ovu identifikaciju optuženog iz druge ruke, a time ni ispravnost ni tačnost konačnog zaključka suda po kom ovakvo -u biti konfuzno -svjedočenje zaštićene svjedokinje „D“, ne može biti osnova za osuđujuću presudu po ovoj tački optužbe, jer, kako to presuda navodi "u ključnim segmentima (konfuzni iskazi svjedokinje,op.ovog vijeća) ne ukazuju na pouzdano prepoznavanje i identifikaciju optuženog kao počinioca."
125. Ako se stvar posmatra sa još jednog aspekta, po kom i sama žalba ima potrebu da interpretira iskaz svjedokinje „D“ na način kako to istoj odgovara, onda se već samom tom činjenicom afirmiše naprijed iznijeti stav suda, odnosno, u najmanju ruku, afirmiše načelo in dubio pro reo u korist optuženog.
126. Stoga i ovo vijeće zaključuje da se detaljnom analizom iskaza ove svjedokinje ne može iznaći osnova za osudu, jer u ključnim segmentima ne ukazuju na pouzdano prepoznavanje i identifikaciju optuženog kao počinioca.

3. U odnosu na odbijajući dio presude

127. Predmetnim dijelom prvostepene presude, a na osnovu člana 283. stav 3. ZKP BiH (član 283. tačka b) noveliranog ZKP BiH), sud je, uslijed odustanka tužitelja od tačaka optuženja na glavnom pretresu, odbio optužbu u odnosu na tačke 1. i 2. prvobitne optužnice, a kojim radnjama bi optuženi počinio krivično djelo iz člana 172. stav 1. tačka h) u vezi sa tačkom a) KZ BiH.
128. Tužilaštvo žalbom ukazuje daje sud donoseći presudu u odbijajućem dijelu u odnosu na predmetne tačke optužnice, nepravilno primijenio odredbe člana 283. stav 1. tačka c) ZKP BiH (misleći sigurno na tačku b) iste zakonske odredbe), u vezi sa članovima 38. i 275. istog zakona. Navedeno se obrazlaže činjenicom da se u konkretnom slučaju ne radi o odustanku od gonjenja, već o izmjeni optužnice, te se zaključuje da je sud nepravilno postupio kada je u odbijajućem dijelu pobijane presude odlučivao o tačkama optužnice koje više ne postoje.
129. Analizirajući predmetne žalbene navode Apelaciono vijeće nalazi daje tužilac dana 31.3.2008. godine podnio izmijenjenu optužnicu, iz čijeg činjeničnog opisa su izostavljene krivičnopravne radnje iz tačke 1. i 2. prethodne optužnice (broj KT-RZ-89/06 od 16.11.2006. godine), tako da su dotadašnje tačke 3.,4., 5. i 6. postale tačke], 2., 3. i 4. izmijenjene optužnice, pri čemu je tužilac na ročištu održanom dana 18.04.2008. godine izričito usmeno odustao od krivičnog gonjenja za predmetne

ispuštene inkriminacije.

130. Dakle, u konkretnom, a suprotno žalbenim navodima, podnošenje izmjenjene optužnice, na način kako je to tužilac uradio, se nikako ne može tretirati samo kao izmjena optužnice u smislu odredbe člana 275. ZKP BiH, već i kao odustanak od krivičnog gonjenja u odnosu na tačke 1. i 2. optuženja. Navedeno iz razloga što citirana odredba predviđa mogućnost izmjene optužnice u toku glavnog pretresa od strane tužilaštva za slučaj da dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmjenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, što u konkretnom jeste bio slučaj, ali samo u odnosu na ostale tačke optuženja (3.,4.,5. i 6.), dok se u pogledu predmetne dvije tačke, obzirom da su u pitanju samostalne krivičnopravne radnje, radilo o odustanku od krivičnog gonjenja u smislu odredbe člana 38. ZKP BiH.
131. Shodno navedenom, a imajući u vidu daje tužitelj izričito usmeno odustao od krivičnog gonjenja u pogledu predmetnih samostalnih inkriminacija, a kako to nalaže i odredba člana 283. tačka b) ZKP BiH, valjalo je donijeti presudu kojom se optužba odbija u ovom dijelu, kako je to pravilno učinio i prvostepeni sud.
132. Stoga je, po ocjeni ovog vijeća prvostepeni sud u potpunosti pravilno postupio u donošenju predmetne odluke, primjenjujući citirani zakonsku odredbu u vezi sa članom 38. i 275. ZKP BiH.

4. U odnosu na primjenu materijalnog zakona

133. Slijedeći osnov na koji žalba odbrane ukazuje, jeste pogrešna primjena materijalnog zakona, s obzirom da je sud, ukoliko bi našao dovoljno dokaza da je optuženi počinio krivično djelo, to mogao pravno kvalifikovati kao krivično djelo iz člana 142. KZ SFRJ koji je važio i bio na pravnoj snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela.
134. Neosporno je po ocjeni ovog vijeća, daje prvostepeni sud prilikom primjene materijalnog zakona i pravne kvalifikacije djela pravilno primjenio odredbe važećeg Krivičnog zakona BiH, koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine, odnosno da, protivno žalbenim navodima, nije učinjena povreda principa legaliteta i vremenskog važenja zakona propisanih članovima 3. i 4. istog zakona.
135. Naime, načelo zakonitosti je propisano kako našim krivičnim zakonom (član 3. KZ BiH), tako i članom 7. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP), koja ima prioritet nad svim ostalim zakonima u BiH (član 2.2 Ustava BiH), te članom 15. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP).
136. Član 7. stav 1. EKLJP propisuje „Niko ne može biti oglašen krivim za krivično djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po domaćem ili međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao krivično djelo.

Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kada je krivično djelo počinjeno."

137. S druge strane član 15. stav 1. MPGPP propisuje „Niko se neće smatrati krivim za krivično djelo počinjeno činom ili propustom, koji, u vrijeme počinjenja, nisu predstavljali krivično djelo prema domaćem ili međunarodnom pravu. Isto tako, neće se izreći teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kada je krivično djelo bilo izvršeno. Ako se, nakon što je djelo počinjeno, zakonskom odredbom predvidi izricanje blaže kazne, to će ići na korist počinioca."
138. Kako se vidi iz izloženog, navedene odredbe propisuju zabranu izricanja teže kazne, ne utvrđujući time obaveznu primjenu (naj)blažeg zakona (ukoliko je isti više puta mijenjan) za učinioca, u odnosu na kaznu koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.
139. Međutim, stav 2. člana 7. EKLJP propisuje „Ovaj član ne sprječava suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenjapredstavljao krivično djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda". Isto tako stav 2. člana 15. MPGPP propisuje „ništa u ovom slučaju ne sprječava suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u vrijeme počinjenja predstavljao krivično djelo prema općim načelima koja priznaje međunarodna zajednica".
140. Citirane odredbe, dakle, predstavljaju izuzetke u odnosu na pravilo utvrđeno u stavu 1. člana 7. EKLJP i članom 15. stav 1. MPGPP.
141. Isti ovakav izuzetak predviđen je i članom 4a) KZ BiH kojim je propisano 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. Na ovaj način su faktički preuzete odredbe člana 7. stav 2. EKLJP i člana 15. stav 2. MPGPP i na taj način omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima za krivična djela prema međunarodnom pravu. To je upravo slučaj u ovom postupku, jer je, a kako to i prvostepena presuda obrazlaže, postupanje optuženog u inkriminisanom periodu predstavljalo zločin protivan odredbama međunarodnog prava, kao i povredu najviših vrijednosti zaštićenih u svakom egzistirajućem pravnom poretku.
142. U kontekstu iznesenog bitno je pomenuti da je država BiH, kao nasljednica (pravni sukcesor) bivše Jugoslavije, ratifikovala EKLJP i MPGPP, pa su ovi sporazumi za državu obavezujući i sudovi Bosne i Hercegovine ih moraju primjenjivati. Stoga je član 4a) samo domaći pravni podsjetnik, jer on nije neophodan da bi se primjenjivali ovi sporazumi, te se ima primjenjivati kod procesuiranja svih krivičnih djela iz oblasti ratnih zločina, a koja su propisana u glavi XVII Krivičnog zakona BiH pod naslovom „Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti

zaštićenih međunarodnim pravom".

143. Običajni status kažnjivosti ratnih zločina i propisivanje individualne krivične odgovornosti za njihovo počinjenje u periodu 1992. godine, potvrđeno je od strane Generalnog sekretara UN-a , zbog čega je nesumnjivo da su 1992. godine zločini protiv čovječnosti bili sastavni dio međunarodnog običajnog prava.
144. Obzirom na sve navedeno ovo krivično djelo se u svakom slučaju može podvesti pod „opća načela međunarodnog prava" iz člana 4a) KZ BiH. Dakle bez obzira da li posmatramo sa stanovišta međunarodnog običajnog prava ili stanovišta „principa međunarodnog prava", nedvojbeno je da su zločini protiv čovječnosti predstavljali krivično djelo u inkriminisanom periodu, odnosno da je zadovoljen princip legaliteta. Konačno, u vezi sa članom 7. stav 1. EKLJP, ovo vijeće primjećuje da primjenu člana 4a) dodatno opravdava činjenica da je izrečena kazna u svakom slučaju blaža od smrtne kazne, koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja djela, čime je zadovoljena i primjena principa vremenskog važenja krivičnog zakona, a protivno neosnovanim tvrdnjama žalbe da se radi o povredi ovog načela (retroaktivnoj primjeni vežećeg zakona).
145. Na kraju u prilog svemu navedenom sud upućuje na odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu Abdulhadima Maktoufa , kojom je zaključeno da u konkretnom slučaju pitanje primjene KZ BiH u postupku pred Sudom BiH ne predstavlja kršenje člana 7. stav 1. EKLJP.

5. U odnosu na odluku o krivičnopravnoj sankciji

146. Ispitujući odluku o kazni u vezi s prigovorima izjavljenim u žalbama kako tužilaštva tako i odbrane, ovo vijeće je imalo u vidu da je prvostepeni sud cijenio okolnosti koje su od uticaja da kazna bude manja ili veća, kako to nalaže odredba člana 48. KZ BiH (opšta pravila o odmjeravanju kazne). Naime, prvostepena presuda je imala u vidu zakonske okvire za izricanje kazne za predmetno krivično djelo, te opća pravila o izboru vrste i mjere kazne, i to svrhu kažnjavanja, a osobito stepen krivične odgovornosti optuženog, okolnosti pod kojima je djelo počinjeno, jačinu ugrožavanja, odnosno povrede zaštićenog dobra, te raniji život učinitelja, njegove osobne prilike, držanje nakon učinjenog djela i motiv za počinjenje istog.
147. Kod razmatranja ovog žalbenog razloga, Apelaciono vijeće je imalo u vidu daje prvostepeni sud optuženom izrekao krivičnu sankciju u granicama zakona, ali da nije pravilno, onako kako to odgovara konkretnom slučaju, iskoristio slobodu koju mu zakon ostavlja u pogledu izbora visine krivične sankcije. Drugim riječima kazano, ovo vijeće, povodom žalbe u odnosu na kaznu, ispituje da li je niži sud našao pravu mjeru u izricanju sankcije u granicama zakona. Nakon analiziranja razloga i jedne i druge žalbe, apelaciono vijeće smatra da je izrečena kazna u trajanju od 13 (trinaest) godina preblaga u odnosu optuženog, pa je stoga valjalo uvažiti žalbu tužioca a odbiti žalbu odbrane u predmetnom dijelu

presude.

148. Prvostepena presuda je, istina, prilikom sagledavanja otežavajućih okolnosti na strani optuženog imala u vidu stepen njegove krivične odgovornosti. Međutim, na mjesto da isti razradi, prvostepena presuda se zadovoljava pukim citiranjem ove okolnosti iz zakona dajući joj otežavajući značaj, tako da se u stvari ne vidi njen pravi doseg koji bi bio od uticaja na izrečenu kaznu. Prije svega, prvostepena presuda u dovoljnoj mjeri ne sagledava da je optuženi, kad je riječ o subjektivnoj strani počinjenih krivičnih radnji za koje je oglašen krivim, postupio sa direktnim umišljajem, dakle, najtežim oblikom vinosti u našem krivičnom pravu i to u svojstvu izvršioca ili saizvršioca, što svakako povlači sa sobom i potrebu oštrijeg sanke ion i sanja.
149. Analizom pojedinačnih inkriminacija u osnovi zločina, evidentno je da je optuženi postupao sa očitom bezobzirnošću pokazujući sa emocionalne tačke posebnu neosjetljivost prilikom nanošenja teških fizičkih i psihičkih patnji prema svojim žrtvama. Optuženi je, koristeći svoju dominaciju i moć, sa jedne strane, i bespomoćnost žrtava sa druge strane, počinio djela čiji zaštitni objekat čine univerzalne ljudske vrijednosti i kao takve uživaju apsolutnu zaštitu. Radi se, dakle, o dobrima koja su ne samo uslov i osnova, već i pozitivna obaveza koja nalaže humano postupanje.
150. Takođe, Apelaciono vijeće je među otežavajućim okolnostima imalo u vidu upornost koju je iskazao optuženi prilikom izvršenja krivičnog djela, a što se ogleda u brojnosti preduzetih krivičnih radnji, posebno kad je riječ o ponavljanju krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i mučenja, ne poštujući ni minimum ljudskog dostojanstva. Ovaj sud je pri valorizovanju ovih okolnosti pokazao poseban senzibilitet s obzirom na činjenicu da su među oštećenim bile žene, među kojima i jedna starica, dakle, lica koja sa djecom čine najvulnerabilniju populaciju među civilima.
151. Jačina ugrožavanja i povreda zaštićenog dobra, predstavljaju, takođe, okolnosti koje se u ovom slučaju imaju svrstati u krug onih otežavajućih. Sigurno je da će oštećeni sa preživljenim patnjama osjećati trajne i duboke posledice tokom njihovog života u smislu njihove traumatizacije, osjećajući psihički bol, poniženje i prazninu. Dodatno, oni su se, pored svih stradanja, osjećali iznevjerenim i prevarenim, jer su od optuženog, kojeg su doživljavali kao zaštitnika reda i zakona, ako ne, i kao svog sugrađanina, očekivali zaštitu, koja ne samo daje izostala, nego je upravo optuženi bio vinovnik njihovog stradanja. Ova okolnost- daje optuženi kao policajac, imao svojstvo službenog lica, a time i punu svijest o nezakonitosti počinjenih radnji, zasigurno predstavlja faktor koji pokazuje veći stepen opasnosti optuženog kao počinioca zabranjenih radnji koje je on realno preduzeo.
152. Kad je riječ o ličnosti optuženog, prvostepeni sud je suprotno ovom, dao preveliki značaj okolnostima koji se odnose na ponašanje optuženog prije i nakon izvršenja krivičnog djela, kao i njegovim ličnim prilikama, dajući im značaj olakšavajućih okolnosti. Zaista, kada presuda navodi da

optuženi potiče iz ugledne porodice i da je oženjen ženom iz iste takve porodice, kao i da je u poslijeratnom periodu časno vršio svoju dužnost kao policajac, te doprinio održavanju svoje supruge i dvoje djece, teško je te navode dovesti u vezu sa kontekstualnom osnovom iz koje bi se dalo zaključiti od kakvog su vrijednosnog značaja te činjenice za izricanje veće ili manje kazne.

153. To, pogotovu, kako s razlogom primjećuje tužilac, što optuženi ničim nije pokazao žaljenje za ono što su žrtve pretrpjele, a što, psihološki gledano, pruža važan uvid u strukturu njegove ličnosti u mjeri potrebnoj za svrhu ove presude.
154. Dakle, iako je prvostepeno vijeće pored olakšavajućih cijeno i otežavajuće okolnosti, ovo vijeće zaključuje da posljednjim-otežavajućim okolnostima nije u konkretnom slučaju dat adekvatan značaj.
155. Shodno navedenom ovo apelaciono vijeće je djelomično uvažilo žalbu tužilaštva, te preinačilo prvostepenu presudu u dijelu odluke o kazni, tako što je optuženog za počinjeno krivično djelo osudilo na kaznu zatvora u trajanju od 16 (šesnaest) godina, u koju mu se, u skladu sa članom 56. stav 1. KZ BiH, ima uračunati vrijeme provedeno u pritvoru počev od 05.05.2006. godine, pa do upućivanja na izdržavanje kazne, sa uvjerenjem da je ovakva kazna u srazmjeri sa svim okolnostima konkretnog slučaja, koje su od uticaja na visinu izrečene kazne i da se istom postiže svrha kažnjavanja predviđena u članu 39. KZ BiH.
156. Imajući u vidu razloge koji su izneseni u pogledu odluke o kazni, postali su bespredmetni žalbeni prigovori odbrane, a koji se odnose na kaznu koja je izrečena optuženom.
157. U skladu sa navedenim, a na osnovu člana 310. stav 1. u vezi sa članom 314. ZKP BiH, odlučeno je kao u izreci presude.
158. Kako iz već navedenih razloga ne stoje razlozi zbog kojih je prvostepena presuda pobijana žalbama, sem razloga koji su se odnosili na izrečenu kaznu, u ostalom dijelu prvostepena presuda se potvrđuje, a na osnovu člana 310. stav 1. u vezi sa članom 313. ZKP BiH.

ZAPISNIČAR:

Medina Hababeh

PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA:

Mina Jusufović

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