

**Sygn. akt: WZ 66/08**

## **POSTANOWIENIE**

Dnia 3 grudnia 2008 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Wiesław Błuś (przewodniczący)

SSN Marek Pietruszyński (sprawozdawca)

SSN Andrzej Tomczyk

Protokolant: Ewa Śliwa

przy udziale prokuratora Naczelnej Prokuratury Wojskowej płk. Jakuba Mytycha w sprawie:

1) kpt. Olgierda C. oskarżonego o popełnienie czynu określonego w art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 123 § 1 pkt 4 k.k. w zb. z art. 123 § 2 k.k. w zb. z art. 122 § 1 k.k., i innych

po rozpoznaniu w Izbie Wojskowej na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2008r. zażalenia prokuratora na postanowienie Wojskowego Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 października 2008r., sygn. akt: So. 50/08 o przekazaniu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa,  
po wysłuchaniu wniosku prokuratora oraz obrońców oskarżonych

### **p o s t a n o w i ł**

**uchylić zaskarżone postanowienie i sprawę przekazać Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w Warszawie do rozpoznania.**

## U Z A S A D N I E N I E

Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie, decydując o przekazaniu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa, uznał w pierwszej kolejności za istotny brak postępowania przygotowawczego niejasność, niespójność i niepełność opinii biegłego z zakresu medycyny sądowej, dotyczącej rodzaju obrażeń ciała oraz mechanizmu ich powstania u pokrzywdzonych, w następstwie ostrzelania z moździerza LM-60 D i karabinu WKM miejscowości Nangar Khel. W przekonaniu Sądu opinia, w której biegły rozróżnia rany odłamkowe, szarpane i amputacje jako następstwa wybuchów granatów moździerzowych oraz rany postrzałowe powstałe w wyniku pocisków wystrzelonych z broni palnej, nie może być rozstrzygająca dla ustalenia charakteru obrażeń doznanych przez pokrzywdzonych. Te zastrzeżenia, zdaniem Sądu, odnoszą się również do mechanizmu powstania ran, skutkujących zgon osób pokrzywdzonych, w następstwie ostrzelania miejscowości Nangar Khel. Według Sądu, materiał dowody sprawy w postaci zeznań świadków, fotografii osób zmarłych, dokumentacji leczenia, wskazuje na uzasadnione podejrzenie, że użycie karabinu WKM spowodowało rany postrzałowe u niektórych pokrzywdzonych. Okoliczności te potęgują wątpliwości w zakresie przyjętej w akcie oskarżenia klasyfikacji przyczyn powstania określonych obrażeń pokrzywdzonych. Zdaniem Sądu, wątpliwości tych nie usuwa uzupełniająca opinia biegłego z zakresu medycyny sądowej, w której wskazał on na jednolity mechanizm powstania obrażeń ciała u pokrzywdzonych. Według Sądu, pogląd biegłego, zawarty w tej opinii, co do przyczyny obrażeń ciał pokrzywdzonych, to jedynie domniemanie, nieznajdujące odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym, gdyż nie przesłuchano lekarzy udzielających pomocy pokrzywdzonym. Ten brak powinien zostać uzupełniony przez prokuratora, co umożliwi wyłonienie kompleksowej opinii lekarskiej co do charakteru obrażeń żyjących pokrzywdzonych. W przekonaniu Sądu, tak scharakteryzowana opinia biegłego, której wadliwość potęguje oparcie jej na

dowodach z zeznań świadków, którzy udzielali pomocy pokrzywdzonym, a którzy nie mieli wykształcenia i doświadczenia medycznego oraz na amatorsko wykonanych fotografiach osób zmarłych, nie daje podstawy do ustalenia przyczyny zgonu zwłaszcza kobiet o imionach M. i B., a co do przyczyn zgonu pozostałych osób jest jedynie teoretyczna. Jako metodę usunięcia tych uchybień Sąd zaproponował podjęcie starań w celu przeprowadzenia ekshumacji zwłok i dokonania stosownych badań przez biegłych lekarzy na okoliczność przyczyn śmierci ekshumowanych osób. W przypadku niemożliwości dokonania ekshumacji, Sąd wskazał na potrzebę przesłuchania osób obecnych na miejscu zdarzenia na okoliczność wyglądu i umiejscowienia obrażeń ciała u zmarłych, co stworzy podstawę do wydania pełnej opinii lekarskiej, również w zakresie przyczyn zgonu określonych osób.

Za istotny błąd postępowania przygotowawczego Sąd uznał przeprowadzenie niedokładnych oględzin miejsca, z którego prowadzono ostrzał Nangar Khel. Zdaniem Sądu, zachodzą uzasadnione wątpliwości co do miejsca ustawienia moździerza, a zwłaszcza widoczności z tego miejsca zabudowań wioski. Według Sądu, pierwsze oględziny miejsca ustawienia moździerza nie wskazują na jakiej podstawie funkcjonariusz żandarmerii ustalił współrzędne geograficzne miejsca jego ustawienia. Trudno jest zweryfikować czynności przeprowadzone w dniu 17 sierpnia, gdyż materiał fotograficzny uległ zniszczeniu na skutek niesprawności aparatu fotograficznego. Z tego powodu Sąd zdyskwalifikował te oględziny uznając, że nie posiadają one żadnej wartości dowodowej. Odnosząc się do powtórnych oględzin miejsca, z którego prowadzono ostrzał wioski, Sąd poza zauważeniem, że geograficzne usytuowanie miejsca ustawienia moździerza dokonane w trakcie tych oględzin z pomocą oskarżonego B., różni się od tego, przyjętego w czasie pierwszych oględzin, podniósł również szereg zastrzeżeń do drugich oględzin. Jego zdaniem w dokumentacji fotograficznej tych czynności nie oznaczono wgłębienia pozostawionego przez podstawę moździerza. Z dokumentacji fotograficznej

wynika co prawda widoczność zabudowań wioski, lecz zdjęcia nie zostały wykonane z miejsca przypuszczalnego usytuowania mózdzierza, ale w pewnej odległości od tego miejsca i przez osobę znajdującą się w chwili wykonywania zdjęć w pozycji stojącej. W przekonaniu Sądu, analiza tych fotografii wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, że w sytuacji wykonania fotografii z miejsca ustawienia mózdzierza, zabudowania Nangar Khel zostaną całkowicie zasłonięte. Sąd stwierdził nadto, że oględziny wioski w zakresie usytuowania śladów wybuchów granatów mózdzierzowych i postrzelin nie zostały wykonane rzetelnie, gdyż zachodzą wątpliwości co do faktycznego rozmieszczenia względem siebie, jak też względem zabudowań śladów wybuchów, a wątpliwości te dotyczą śladów oznaczonych na szkicu numerami 1,2,3,6,7 i 8. Brak jest również określenia współrzędnych geograficznych tych śladów, co nie pozwala na porównanie ich ze spostrzeżeniami zawartymi w protokole pierwszych oględzin. Sąd stwierdził, że wskazane braki oględzin najistotniejszych dowodów prowadzących do odtworzenia rzeczywistego przebiegu zdarzeń, uzasadniają konieczność dokonania wizji lokalnej połączonej z doświadczeniem (bez udziału biegłych), w celu ustalenia - w sposób niebudzący wątpliwości - ustawienia mózdzierza oraz Hummera, z którego prowadzony był ostrzał wioski oraz sprawdzenia możliwości obserwacji wioski z tych miejsc. Czynności te powinny zostać przeprowadzone z udziałem wszystkich osób przebywających we wskazanych miejscach. Niezbędne jest też ponowne dokonanie pomiarów odległości od miejsca ostrzału do wioski i odzwierciedlenie tego w szczegółowym szkicu topograficznym. Zdaniem Sądu, wyniki ponownych czynności procesowych powinny być przedmiotem uzupełniającej opinii balistycznej.

Kolejnym istotnym brakiem postępowania przygotowawczego, podnoszonym w omawianym orzeczeniu, jest niejasna i niepełna opinia z zakresu broni i amunicji. Taka ocena tej opinii jest, według Sądu, następstwem odmiennego poglądu wyrażonego przez jednego z biegłych co do okoliczności

uszkodzenia celownika moździerza, jak i możliwości wpływu wadliwości amunicji moździerzowej na kontrolowany ostrzał wioski. Zdaniem Sądu, dla wyjaśnienia tych sprzeczności konieczne jest sporządzenie opinii uzupełniającej, a w razie potrzeby powołanie nowych biegłych.

Sąd doszedł również do przekonania, że z dokumentacji znajdującej się w aktach wydzielonych, wynika uzasadnione przypuszczenie, że siły zbrojne ISAF prowadziły nasłuch korespondencji radiowej w czasie zdarzeń w Nangar Khel. Z tego powodu prokurator powinien wyjaśnić, czy takie nagrania były prowadzone, a jeżeli tak, uzyskać te materiały, co będzie miało znaczenie dla odtworzenia rzeczywistej treści rozmów prowadzonych między osobami uczestniczącymi i zaangażowanymi w działania prowadzone w rejonie wioski Nangar Khel. Celem całkowitego wyjaśnienia istnienia zagrożenia dla polskich oddziałów w rejonie Nangar Khel ze strony talibów, niezbędne jest również, zdaniem Sądu, uzyskanie materiałów z przesłuchania dwóch talibów zatrzymanych w godzinach rannych w okolicy drogi V., zamieszanych w podłożenie ładunków wybuchowych.

Do istotnych braków śledztwa Sąd zaliczył nadto zaniechanie przesłuchania gubernatora prowincji, w której znajduje się miejscowość Nangar Khel i ludności wiosek położonych się w pobliżu tej miejscowości, na okoliczność rozmów prowadzonych przez władze administracyjne, wspólnie z polskimi żołnierzami, z mieszkańcami wiosek co do konsekwencji udzielania pomocy terrorystom. Zdaniem Sądu, dopuszczenie tych dowodów ma istotne znaczenia dla sprawy, gdyż potwierdzi bądź wykluczy wpływ miejscowych kół politycznych na decyzje podejmowane przez dowództwo polskich grup bojowych.

Za istotny brak postępowania przygotowawczego Sąd uznał też małą czytelność protokołów zeznań określonych świadków i biegłego, wymagając sporządzenia ich odpisów.

W ocenie Sądu, zasadne byłoby również przesłuchanie przez prokuratora psychologa, który rozmawiał z oskarżonymi po zdarzeniu, na okoliczności ich zachowania oraz wypowiedzi, relacjonowanych przez świadka Rafała B. Konieczne jest także przesłuchanie osoby, która szkoliła żołnierzy w zakresie prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych przed wyjazdem na misje.

Zaistnienie tych wszystkich istotnych uchybień postępowania przygotowawczego uzasadniało, zdaniem Sądu pierwszej instancji, zastosowanie instytucji określonej w art. 345§1 i 2 k.p.k.

Na to postanowienie zażalenie wniósł prokurator.

Zarzucił orzeczeniu obrazę przepisów postępowania karnego - art. 345§1 k.p.k.- mającą wpływ na treść orzeczenia, polegającą na mylnym uznaniu, że w zebranych materiałach dowodowych występują istotne braki określone w postanowieniu Sądu pierwszej instancji, wskazujące na potrzebę poszukiwania nowych dowodów i niezbędność przeprowadzenia czynności procesowych, których wykonanie przez Sąd powodowałoby znaczne trudności oraz obrazę przepisów postępowania karnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 345§1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 170§1 pkt 1 i 4 k.p.k. przez wskazanie przez Sąd konieczności wykonania czynności dowodowych, których przeprowadzenie jest niedopuszczalne lub nie da się przeprowadzić, to jest zlecenia dokonania ekshumacji i oględzin zwłok oraz wykonania wizji lokalnej połączonej z doświadczeniem z udziałem wszystkich oskarżonych i świadków i wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w Warszawie celem dalszego prowadzenia.

W uzasadnieniu środka odwoławczego prokurator podniósł, że zebrane dowody nie uzasadniają przekonania Sądu o wadliwości opinii biegłego z zakresu medycyny sądowej. Skarżący wskazał, że uwzględnienie całego materiału dowodowego, zeznań świadków i dowodów rzeczowych na okoliczności mechanizmów powstania obrażeń ciała u pokrzywdzonych i jego

kompleksowa, a nie wrywkowa ocena, powinny doprowadzić Sąd do innych wniosków, niż te przedstawione w postanowieniu, a więc takich, że wszystkie rany powstały na skutek ostrzału mózdzierzowego. Zdaniem prokuratora, Sąd niesłusznie zdyskwalifikował wartość dowodową opinii uzupełniającej wydanej przez biegłego co do charakteru obrażeń ciała pokrzywdzonych, dowolnie uznając, że nie ma ona rzeczywistego oparcia w dowodach. Co do postulowanej przez Sąd ekshumacji i oględzin zwłok obywateli Afganistanu prokurator, powołując się na publikacje dotyczące religii islamu, uznał, że dowodu tego nie da się przeprowadzić, a wręcz jego przeprowadzenie jest niedopuszczalne z uwagi na panujący w tym kraju porządek prawny oparty na prawie szariatu. Skarżący wskazał również na brak umowy między Rzeczypospolitą Polską a Islamską Republiką Afganistanu o pomocy prawnej w sprawach karnych, skutkujący tym, że ewentualna pomoc prawna musiałaby uwzględniać zasady ogólne, które dopuszczają wykonanie czynności procesowej, pod warunkiem zgodności jej z prawem miejscowym. Uwzględnienie charakteru porządku prawnego panującego w Islamskiej Republice Afganistanu wskazuje na to, że postulowane przez Sąd czynności nie zostałyby wykonane.

Prokurator zakwestionował też konieczność przesłuchania świadków pochodzących z wioski Nangar Khel, którzy przebywali w niej w dniu zdarzenia, na okoliczność obrażeń ciała u pokrzywdzonych - z uwagi na to, że osoby te nie posiadają wiedzy specjalistycznej pozwalającej odróżnić mechanizmu powstania ran. Co do konieczności przeprowadzenia wizji lokalnej z udziałem oskarżonych i świadków prokurator podniósł, że z uwagi na zakończenie przez Polski Kontyngent Wojskowy nadzoru nad prowincją, w której znajduje się Nangar Khel, nie istnieją już możliwości logistycznego zabezpieczenia czynności i bezpieczeństwa organów procesowych oraz uczestników wskazanych przez Sąd. Prokurator stwierdził, że za istotny brak nie może być uznane niewykonanie, w toku postępowania przygotowawczego,

czynności zmierzających do przesłuchania bojowników talibańskich, gdyż zostali oni zatrzymani kilka godzin przed zdarzeniem, a o braku zagrożenia bezpieczeństwa pododdziałów polskich, znajdujących się w okolicy Nangar Khel po zdarzeniach mających miejsce w godzinach rannych, przekonują dowody osobowe. Zdaniem prokuratora, istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy nie mają też postulowane dowody z przesłuchania gubernatora prowincji Paktika oraz mieszkańców: Nangar Khel, Konatay i innej pobliskiej miejscowości. Odnośnie do wskazanej przez Sąd potrzeby uzyskania nasłuchu prowadzonego przez Siły Zbrojne ISAF prokurator, powołując się na oświadczenia organów wywiadów polskiego i amerykańskiego, podniósł, że w zasobach monitoringu nie odnaleziono informacji o działaniach z dnia 16 sierpnia 2007 r., obejmujących obszar Nangar Khel. Odnosząc się do nieczytelności określonych dowodów, prokurator wskazał, że żadna ze stron procesowych nie sygnalizowała takiego problemu. Jednak wychodząc naprzeciw żądaniu Sądu, sporządził odpisy tych dowodów, przesyłając je do Sądu.

### **Sąd Najwyższy zważył, co następuje.**

Analiza materiału dowodowego zebranego w tej sprawie nie potwierdza istnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego, wskazanych przez Sąd w zaskarżonym postanowieniu. Oczywiście nie budzi żadnych wątpliwości, że sprawa ze względu na charakter zarzutów, towarzyszące jej okoliczności przedmiotowo-podmiotowe należy do kategorii spraw trudnych i rozstrzygnięcie jej będzie wymagało znacznego wysiłku intelektualnego organu prowadzącego postępowanie rozpoznawcze. Wskazać również trzeba, że możliwość dostępu Sądu do określonych dowodów rzeczowych i osobowych będzie znacznie ograniczona lub nawet wyłączona, a to ze względu na miejsce zdarzenia, sytuację społeczną panującą w Afganistanie i ustrój społeczno-prawny tego kraju. Te okoliczności nie uzasadniają jednak twierdzenia o braku przesłanek do

prowadzenia postępowania sądowego. Zebrane dowody o charakterze osobowym i rzeczowym, przedstawione przez prokuratora prezentują określoną, istotną wartość poznawczą i są na tyle kompletne, że uzasadniają przyjęcie tezy o możliwości rozpoczęcia rozprawy przed Sądem pierwszej instancji. Odnosząc się szczegółowo do wskazanych przez ten Sąd istotnych błędów postępowania przygotowawczego, Sąd Najwyższy stwierdza, że nie podziela poglądu o niepełności, niejasności opinii biegłego z zakresu medycyny sądowej. Analiza wyводу Sądu *a quo*, w zakresie dotyczącym żyjących osób pokrzywdzonych, wskazuje, że został on oparty na wyselekcjonowanych dowodach, a nie kompleksowej analizie wszystkich dostępnych dowodów, dotyczących zagadnienia mechanizmu powstania obrażeń ciała pokrzywdzonych. Sąd pominął ważne dowody osobowe w postaci zeznań żyjących osób pokrzywdzonych, które w swoich relacjach opisały miejsce przebywania wszystkich osób pokrzywdzonych w czasie ostrzału moździerzowego wioski oraz scharakteryzowały w ściśle określony sposób okoliczności bezpośrednio poprzedzające wybuch granatu moździerzowego w granicach zabudowania, znajdującego się w kompleksie miejscowości Nangar Khel, jak i sam moment wybuchu, wyjaśnień oskarżonych i świadków o strefach rażenia ogniem moździerzowym, wyjaśnień oskarżonego L. o kierunkach prowadzenia ostrzału z broni palnej i rzeczowe (ogłędziny zabudowań wioski) i niedostatecznie rozważył zgromadzoną w sprawie dokumentację medyczną. Właściwe rozważenie tych dowodów daje, zdaniem Sądu Najwyższego, podstawę do stwierdzenia, że Sąd pierwszej instancji, wbrew temu co zawarł w postanowieniu, ma płaszczyznę dowodową do prowadzenia postępowania rozpoznawczego w kierunku ustalenia mechanizmu powstania obrażeń ciał tych pokrzywdzonych. Wskazać należy w tym kontekście, że biegły - sporządzając opinię uzupełniającą - odwołał się właśnie do źródeł osobowych i rzeczowych istniejących w tej sprawie. Biegły uwzględnił też wyczerpującą dokumentację medyczną z procesu leczenia osób

pokrzywdzonych, co wskazuje na niecelowość dopuszczenia dowodów z przesłuchań lekarzy prowadzących czynności lecznicze wobec tych osób. Podnieść również trzeba, wbrew pogładowi Wojskowego Sądu Okręgowego, że opinię biegłego wspierają, a nie osłabiają zeznania świadków- żołnierzy, którzy udzielali pomocy osobom pokrzywdzonym. Ich wypowiedzi tworzą obraz obrażeń odniesionych przez określonych pokrzywdzonych, korespondujący z dokumentacją fotograficzną i co więcej, część z nich dysponowała wiedzą medyczną w zakresie udzielania pierwszej pomocy, wynikającą z ukończenia odpowiednich szkoleń. Natomiast trudno uznać, aby materiał dowodowy w tym zakresie mógł zostać poszerzony w drodze przesłuchania mieszkańców wioski, nieposiadających wiedzy przydatnej do oceny obrażeń osób zmarłych i przyczyn tych obrażeń. Uwzględniając zatem treść opinii biegłego, mającą wsparcie dowodowe, nie można zaakceptować poglądu Sądu pierwszej instancji, określającego stwierdzenia zawarte przez biegłego w opinii uzupełniającej jako bezpodstawne domniemanie. Przedstawione dowody (oczywiście z pominięciem tych ściśle odnoszących się do osób rannych) znajdują pełne odniesienie również w zakresie możliwości oceny charakteru obrażeń osób, które poniosły śmierć w Nangar Khel. Uwzględnienie tych dowodów uprawnia Sąd Najwyższy do zakwestionowania poglądu Sądu pierwszej instancji o niejasności, niepełności opinii w części odnoszącej się do rodzaju odniesionych ran, mechanizmu ich powstania oraz przyczyn zgonu osób w następstwie ostrzału wioski. Jak wynika z opinii, ekspert medyczny kierując się uchwytnymi przesłankami medycznymi określił charakter obrażeń i przyczyny zgonu czterech osób pokrzywdzonych.

W przypadku dwóch kolejnych osób biegły, z uwagi na brak tych przesłanek (istotnych i rozległych obrażeń ciała) nie był w stanie wskazać przyczyn zgonu tych osób. Tego rodzaju stwierdzenia biegłego, uwzględniające stan dowodów pozwalających na wysnucie określonych wniosków medycznych, nie czynią jego opinii niejasną. Wnioski podane przez biegłego nie oznaczają

również dla Sądu pierwszej instancji stanu niemożności dowodzenia przyczyn zgonu tych osób. Są bowiem w sprawie dowody o charakterze osobowym i rzeczowym, pominięte w rozważaniach Sądu, a wskazane w tym niniejszym uzasadnieniu, które pozwalają na prowadzenie postępowania dowodowego w tym zakresie, choć oczywiście jego podstawa będzie ograniczona. Zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, właściwe odczytanie wszystkich wypowiedzi biegłego z zakresu medycyny sądowej i uwzględnienie wszystkich dowodów osobowych i rzeczowych, uprawnia do stwierdzenia, że postulowane przez Sąd *a quo* do przeprowadzenia czynności w ramach uzupełnienia postępowania przygotowawczego, o ile są w ogóle wykonalne, nie są czynnościami nieodzownymi, a więc takimi, których nieprzeprowadzenie tamuje możliwość prowadzenia postępowania rozpoznawczego w tej sprawie. Oczywiście tego rodzaju stwierdzenie nie ogranicza inicjatywy dowodowej Sądu. Sąd bowiem po przeprowadzeniu wszystkich istotnych dowodów wskazanych w akcie oskarżenia na okoliczność obrażeń ciała, mechanizmu ich powstania i przyczyn zgonu osób pokrzywdzonych, dostrzegając neodpartą potrzebę poszerzenia podstawy dowodowej dla rozważań, zmierzających do zbudowania podstawy faktycznej wyroku, będzie mógł sam, wykorzystując instrumenty procesowe, przewidziane w procedurze karnej dla etapu postępowania sądowego, podjąć stosowne czynności procesowe, których przeprowadzenia domagał się od prokuratora. Decydując się na takie ukierunkowanie postępowania rozpoznawczego, Sąd pierwszej instancji powinien rozważyć stanowisko Sądu Najwyższego, odnoszące się do niektórych z postulowanych do przeprowadzenia czynności procesowych. W końcowej części tego fragmentu uzasadnienia, Sąd Najwyższy pragnie stwierdzić, że ostatnią wypowiedź Sądu pierwszej instancji, we fragmencie dotyczącym konieczności przeprowadzenia dalszych czynności na okoliczność powstania obrażeń ciał pokrzywdzonych, odbiera jedynie jako zapatrywanie Sądu, że ewentualne nowe ustalenia mogłyby

inaczej określić zakres odpowiedzialności karnej osób, którym postawiono zarzut związany z dokonaniem ostrzału mózdzierzowego Nangar Khel.

Odnosnie do podniesionych przez Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie zastrzeżeń co do dokładności oględzin miejsca, z którego prowadzono ostrzał Nangar Khel, prawidłowości określenia miejsca ustawienia mózdzierza oraz widoczności z miejsca prowadzenia ostrzału zabudowań wioski, Sąd Najwyższy stwierdza, że ich nie podziela. O ile pierwsze oględziny miejsca, z którego prowadzono ostrzał wioski, zostały dokonane przez funkcjonariusza Żandarmerii bez udziału oskarżonych i wobec utraty dokumentacji fotograficznej, ustalenia poczynione w trakcie tej czynności są trudne do zweryfikowania, to podnieść należy, że ponowne oględziny tego miejsca dokonane w dniu 25 sierpnia 2007 r. zostały przeprowadzone z udziałem oskarżonego Roberta B. i sporządzona została stosowna obszerna dokumentacja fotograficzna tej czynności. Z treści protokołu oględzin wynika, że oskarżony Roberta B. wskazał miejsce zagłębienia w gruncie płyty oporowej mózdzierza, po czym zostało ono uwidocznione na fotografii i oznaczone współrzędnymi geograficznymi przez system AFTS. Te okoliczności pozwalają usunąć zastrzeżenia Sądu pierwszej instancji. Kwestia widoczności zabudowań wioski z miejsca prowadzenia ostrzału mózdzierzowego, została również udokumentowana w toku prowadzonych oględzin. Wynika to wyraźnie z treści protokołu oględzin (k. 117), a dokumentacja fotograficzna wspiera te ustalenia. Wywody Sądu, zmierzające do wykazania wysokiego prawdopodobieństwa braku możliwości obserwacji wioski przez oskarżonych w czasie prowadzonego ostrzału, zdają się w ogóle odbiegać od treści protokołu ponownych oględzin i od dowodów osobowych, w tym wyjaśnień oskarżonych (m.in. Ł. B. k. 846-857, A. O. k. 897-906, T. B. k. 868-873, R. B. 914- 920), świadków znajdujących się w niewielkiej odległości od miejsca ustawienia mózdzierza (m.in. S. N. k.128-132, M. W. k. 134-136, E. T. k. 4008-4013), którzy widzieli miejsca upadku granatów mózdzierzowych oraz ignorują fakt

(wypływający z relacji oskarżonych: T. B. k. 868-873, J. J. k. 831-838), że nastawy celownika moździerza były w trakcie prowadzonego ostrzału korygowane, a więc efekty prowadzonego ostrzału były widoczne dla oskarżonych. Ze wskazanych przez Sąd pierwszej instancji dowodów (zeznań świadków), które miałyby, jego zdaniem, potwierdzić trudności w obserwacji wioski, wynika tylko tyle, że albo świadkowie mieli inny rejon obserwacji, bądź nie patrzyli gdzie padają granaty, lub zajmowali pozycję w znacznej odległości od stanowiska moździerza albo nie widzieli wybuchów granatów w wiosce, choć widzieli wybuchy za i przed wioską (por. zeznania na k.79 i k. 88, k. 221, k. 323). Tego typu relacje nie tworzą stanu niepewności co do możliwości obserwowania wioski, który założył Sąd pierwszej instancji. Sąd Najwyższy nie potwierdza też zgłoszonych przez Sąd zastrzeżeń co do jakości drugich oględzin w zakresie zauważonych miejsc po wybuchach granatów moździerzowych. Postulowane pomiary geograficzne miejsc kolejnych upadków granatów i ich odległości od zabudowań zostały już dokonane przez biegłych z zakresu balistyki (k. 6944). Zresztą z wypowiedzi Sądu *a quo* wynika, że ma wątpliwości co do usytuowania wszystkich innych miejsc wybuchu granatów, poza miejscem oznaczonym nr 5, które jest miejscem istotnym dla ustalenia zakresu odpowiedzialności oskarżonych. W takiej sytuacji, tym bardziej nie zachodzi potrzeba ponownych oględzin, czy też wizji lokalnej. Wszystkie przedstawione okoliczności potwierdzają przekonanie Sądu Najwyższego o tym, że postulowane do przeprowadzenia czynności nie są nieodzowne dla prowadzenia postępowania rozpoznawczego.

W kontekście tego stwierdzenia, nawiązując do zarzutu zażalenia, stwierdzić należy, że fakt niemożliwości zabezpieczenia postulowanych czynności przez Polski Kontyngent Wojskowy, nie oznacza automatycznie, że tych czynności nie da się przeprowadzić, choćby w innym układzie organizacyjnym. Z tego względu nie jest trafny zarzut naruszenia przez Sąd

dyspozycji art. 170§1 pkt 4 k.p.k. Nadal pozostaje jednak do rozstrzygnięcia kwestia potrzeby dokonania tych czynności.

Sąd Najwyższy pragnie nadto wskazać, że na tym etapie procesu nie istnieje też potrzeba wywołania uzupełniającej opinii biegłych z zakresu balistyki. Biegli będą przesłuchani w toku rozprawy i wtedy będą mogli odnieść się do kwestii uzupełnienia ich opinii, z uwagi na oparcie jej na parametrach geograficznych przyjętych z pierwszego protokołu oględzin. Sąd Najwyższy z premedytacją sformułował treść poprzedzającego zdania, gdyż inaczej niż Sąd pierwszej instancji, nie ma w stanie aktualnie przeprowadzonych dowodów pewności, czy pomiary geograficzne dokonane w trakcie pierwszych oględzin różnią się od pomiarów geograficznych dokonanych w czasie drugich oględzin. Jedno co jest pewne, że dokonano tych pomiarów przy użyciu różnych urządzeń. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia może mieć wpływ na treść opinii, gdy okaże się, że pomiary dokonane w czasie drugich oględzin odwzorowują inne miejsca w terenie, niż te wskazane w protokole pierwszych oględzin, które było podstawą do sformułowania opinii, choć nie można wykluczyć, że różnice pomiarów mieszczą się w granicach błędu systemu GPS. Dlatego kwestie te powinny być poddane w pierwszej kolejności wyjaśnieniu w drodze przesłuchania biegłych. Wyniki przesłuchania biegłych wskażą kierunek dalszych czynności procesowych sądu.

Co do braku postępowania przygotowawczego w postaci niewykorzystania przez prokuratora możliwości poszerzenia dokumentacji korespondencji prowadzonej przez polskich żołnierzy w czasie przejazdu do miejsca zlokalizowanego obok Nangar Khel, po przyjeździe na to miejsce, w czasie przygotowania do prowadzenia ostrzału i w trakcie samego ostrzału oraz po jego zaprzestaniu, Sąd Najwyższy stwierdza, że zapoznanie się z dowodami istniejącymi w sprawie nie potwierdza przypuszczeń Sądu pierwszej instancji o istnieniu innych nagrań poza tymi znajdującymi się aktach sprawy.

Zdaniem Sądu Najwyższego, w żadnym przypadku nie może być uznane za brak postępowania przygotowawczego zaniechanie przesłuchania dwóch talibów, którzy uczestniczyli w godzinach porannych w akcji zbrojnej przeciwko pojazdom ISAF. Osoby te nie prowadziły przecież działalności zbrojnej w czasie kiedy w okolicy Nangar Khel przybyli oskarżeni. W okresie poprzedzającym przybycie oskarżonych w te okolice, w wiosce nie obserwowano żadnych podejrzanych osób, które mogłyby stanowić zagrożenia dla polskich pododdziałów, co potwierdzają dowody osobowe w postaci zeznań świadków polskich żołnierzy, którzy od godzin południowych przebywali w okolicy Nangar Khel.

Nie jest też istotnym brakiem postępowania wyraźnie zaznaczona w opinii do spraw balistyki polaryzacja stanowisk biegłych w kwestii czasu uszkodzenia celownika moździerzowego, wpływu wadliwości amunicji na kierowanie ogniem moździerzowym. Prokurator podjął próbę wyjaśnienia tych wątpliwości, jednak biegli pozostali przy swoich stanowiskach. Polaryzacja stanowisk biegłych nie kreuje automatycznie potrzeby powołania nowego zespołu biegłych. Biegli ci z pewnością będą przesłuchani w toku rozprawy i w czasie przesłuchania Sąd będzie miał możliwość podjęcia próby zbliżenia lub ujednolicenia stanowisk biegłych, a jeżeli do tego nie dojdzie, to Sąd dokona oceny tych wypowiedzi, stosując zasady obowiązujące w procesie karnym.

Z pewnością nie jest istotnym brakiem postępowania nieprzeprowadzenie przesłuchań gubernatora prowincji Paktika i mieszkańców Nangar Khel i okolicznych wiosek na okoliczności określone w postanowieniu Sądu, gdyż dowody te nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. W sprawie nie odnaleziono ani jednego dowodu, z którego mogłoby wynikać, że władze administracyjne Islamskiej Republiki Afganistanu wpływały na działania bojowe polskich oddziałów.

Nie są również istotnym brakiem, sygnalizowane przez Sąd pierwszej instancji problemy z odczytaniem wskazanych protokołów przesłuchań

świadków, gdyż prokurator wychodząc naprzeciw żądaniu Sądu sporządził i przesłał do Sądu kopie tych zeznań. W tym kontekście podnieść należało, że prokurator, w przypadku zeznania świadka Tomasza S., powinien ograniczyć się do stwierdzenia pomyłki Sądu, a nie prezentować w piśmie procesowym swoje indywidualne emocje.

Nie stanowi braku postępowania przygotowawczego zaniechanie przeprowadzenia dowodów wskazanych w końcowej części uzasadnienia postanowienia Sądu pierwszej instancji. Dowody te nie są istotnymi dowodami w sprawie i Sąd może przeprowadzić je samodzielnie.

Wskazane okoliczności uprawniają, zdaniem Sądu Najwyższego, do wyrażenia przekonania o trafności zarzutu określonego w pkt.1 zażalenia. Odnośnie do nietrafności zarzutu podniesionego w pkt.2 zażalenia w zakresie przeprowadzenia wizji lokalnej, Sąd Najwyższy już się wypowiedział. Natomiast odnoszących się do drugiej czynności dowodowej, wskazanej w tym punkcie zażalenia to, podnieść należało, że ekshumacja zmarłego, według prawa muzułmańskiego jest dopuszczalna, choć w wyjątkowych sytuacjach (por. J. Danecki: Kultura Islamu Słownik, s.105, Podstawowe wiadomości o islamie, s.231, Kuwejska Encyklopedia Prawa tom 40, s.24-34, Michael Klocker, Monika i Udo Tworuschka, Etyka Wielkich Religii, Mały Słownik, Przekład: M. Dziekan, M. Mejor, P. Pachiarek, Verbinum, Wydawnictwo Księży Werbistów, Warszawa 2002 s. 110). Z pewnością również w związku z koniecznością uzyskania zgody na tę czynność od uczonych muzułmańskich, krewnych zmarłego wykonanie tej czynności byłoby znacznie utrudnione i może w końcu niemożliwe do przeprowadzenia. Zatem twierdzenia prokuratora o niedopuszczalności, bądź niewykonalności ekshumacji zmarłej osoby wyznania islamskiego, ocenione w płaszczyźnie teoretycznej, nie mogą być uznane za trafne. Te stwierdzenia nie miały wpływu na rozstrzygnięcia zażalenia w zakresie pierwszego zarzutu.

Mając wskazane okoliczności na uwadze postanowiono jak na wstępie.