



Sygn. akt: WA 39/11

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 14 marca 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Wiesław Błuś (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marian Buliński (współsprawozdawca)

SWSO del. do SN płk Krzysztof Mastalerz (współsprawozdawca)

Protokolant: Anna Krawiec

przy udziale prokuratorów Naczelnej Prokuratury Wojskowej płk. Jana Żaka i
płk. Jakuba Mytycha w sprawie :

1. kpt. O. C. oskarżonego z 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.;
2. ppor. Ł. B. oskarżonego z 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. w zw. z art.31 § 2 k.k.;
3. chor. A. O. oskarżonego z 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.;
4. plut. rez. T. B. oskarżonego z 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. w zw. z art.31 § 2 k.k.;
5. st. szer. R. B. oskarżonego z art.123 § 1 pkt 4 k.k. w zb. z art.123 § 2 k.k. w zb. z art.122 § 1 k.k. w zw. z art.31 § 2 k.k.;
6. st. szer. J. J. oskarżonego z art.123 § 1 pkt 4 k.k. w zb. z art.123 § 2 k.k. w zb. z art.122 § 1 k.k. w zw. z art.31 § 2 k.k.;
7. st. szer. rez. D. F. L. oskarżonego z art.122 § 1 k.k.,

po rozpoznaniu w Izbie Wojskowej na rozprawie w dniach 6 i 7 marca 2012 r., apelacji na niekorzyść wszystkich oskarżonych, wniesionej przez prokuratora Wojskowej Prokuratury Okręgowej w P. oraz apelacji obrońcy oskarżonego chor. A. O., od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W. z dnia 1 czerwca 2011 r.,

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonych st. szer. R. B. i st. szer. J. J. w ten sposób, że za podstawę uniewinnienia tych oskarżonych przyjmuje art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 318 k.k. uznając, iż nie popełnili oni przestępstwa;**
- 2. uchyla zaskarżony wyrok wobec ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. rez. T. B. i st. szer. rez. D. F. L. i sprawę w tym zakresie przekazuje Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania;**
- 3. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.**
- 4. kosztami sądowymi postępowania odwoławczego w części dotyczącej oskarżonych kpt. O. C., st. szer. R. B. i st. szer. J. J. obciąża Skarb Państwa;**

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

Prokurator Wydziału II Oddziału do Spraw Przestępczości Zorganizowanej Naczelnej Prokuratury Wojskowej [...] oskarżył:

1. kpt. O. C. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku, około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...] w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w miejscowości N. [...], naruszył prawo międzynarodowe chroniące ludność cywilną i miejscowości niebronione w trakcie działań zbrojnych w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej”, stanowiącego integralną część Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 3 pkt. 1 lit. „a” Czwartej Konwencji

Genewskiej z 12 sierpnia 1949 roku „O ochronie osób cywilnych podczas wojny” (Dz.U. z 1956 roku, nr 38, poz. 171); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 175), w ten sposób, że polecił ppor. Ł. B. dowódcy 1 plutonu szturmowego i chor. A. O. zastępcy dowódcy 1 plutonu szturmowego, zaatakowanie i ostrzelanie granatami moździerzowymi, zabudowań gospodarskich należących do B. S., położonych w miejscowości niebronionej N., w wyniku czego dopuścił się w zamiarze ewentualnym, zabójstwa ludności cywilnej obszaru, na którym toczą się działania zbrojne oraz spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu u osób cywilnych - obywateli Islamskiej Republiki Afganistanu, którzy na skutek wybuchu granatu moździerzowego doznali:

- A. R. obrażeń ciała w postaci rozległej rany odłamkowej podudzia prawego, będącej przyczyną wstrząsu urazowego lub krwotocznego, które doprowadziły do jego zgonu,
- F. obrażeń ciała w postaci rozległej rany odłamkowej lub postrzałowej odcinka lędźwiowego kręgosłupa i brzucha z wytrzewieniem jelit, które były przyczyną wstrząsu urazowego lub krwotocznego i doprowadziły do jego zgonu,
- R. obrażeń ciała w postaci amputacji podudzia lewego powodującego wstrząs, który doprowadził do jego zgonu,
- A. obrażeń ciała w postaci licznych ran klatki piersiowej, rany uda lewego i śródstopia lewego, które doprowadziły do jej zgonu,
- M. obrażeń ciała w postaci rany twarzy w okolicy skrzydełka lewego nosa, które doprowadziły do jej zgonu,

- B. obrażeń ciała w postaci dwóch ran odłamkowych twarzy w okolicy kąta bocznego oka prawego i okolicy podoczodołowej prawej, które doprowadziły do jej zgonu,

- B. ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci rany klatki piersiowej z następową odmą prawostronną głębokiej rany powłok brzucha z uszkodzeniem jelita cienkiego i grubego, rany biodra lewego, licznych ran wieloodłamowych kończyn dolnych z wieloodłamowym złamaniem w obrębie kości stopy lewej z amputacją tej stopy, które spowodowały długotrwałą chorobę realnie zagrażającą życiu w rozumieniu art. 156 § 1 pkt. 2 kk,

- G. M., będącą w 38 tygodniu ciąży, zakończonej martwym porodem przez cięcie cesarskie, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci rany drążącej pleców po stronie prawej i ran postrzałowych (odłamkowych) goleni prawej i stopy prawej, które spowodowały ciężkie kalectwo, długotrwałą chorobę realnie zagrażającą życiu w rozumieniu art. 156 § 1 pkt. 2 kk,

- S. ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci licznych ran brzucha z uszkodzeniem jelit oraz ran odłamkowych kończyn dolnych w postaci postrzałowego złamania trzonu kości piszczelowej lewej, rozległego ubytku tkanek miękkich pięty lewej z ubytkiem w obrębie kości piętowej, amputacji urazowej palca I i II stopy lewej, amputacji palucha prawego z miejscową martwicą skóry oraz porażenia prawego nerwu strzałkowego, które spowodowały ciężkie kalectwo, długotrwałą chorobę realnie zagrażającą życiu w rozumieniu art. 156 § 1 pkt. 2 kk,

tj. o czyn z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 123 § 1 pkt. 4 kk w zb. z art. 123 § 2 kk w zb. z art. 122 § 1 kk”;

2. ppor. Ł. B. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku. około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...]w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w miejscowości N. [...], naruszył prawo międzynarodowe chroniące ludność cywilną i miejscowości niebronione w trakcie działań zbrojnych w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej”, stanowiącego integralną część Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 3 pkt. 1 lit. „a” Czwartej Konwencji Genewskiej z 12 sierpnia 1949 roku „O ochronie osób cywilnych podczas wojny” (Dz.U. z 1956 roku, nr 38, poz. 171); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 175), w ten sposób, że wykonując polecenie otrzymane od kpt. O. C., działając w zamiarze bezpośrednim, polecił podwładnemu żołnierzowi - chor. A. O., zaatakowanie i ostrzelanie granatami moździerzowymi kal. 60 mm zabudowań gospodarskich należących do B. S., położonych w miejscowości niebronionej N., w wyniku czego dopuścił się zabójstwa ludności cywilnej obszaru, na którym toczą się działania zbrojne oraz spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu u osób cywilnych - obywateli Islamskiej Republiki Afganistanu, którzy na skutek wybuchu granatu moździerzowego doznali:[...], które spowodowały ciężkie kalectwo, długotrwałą chorobę realnie zagrażającą życiu w rozumieniu art. 156 § 1 pkt. 2 kk, przy czym w czasie popełnienia zarzuczonego czynu miał w znacznym stopniu ograniczoną zdolność do pokierowania swoim postępowaniem,

tj. o czyn z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 123 § 1 pkt. 4 kk w zb. z art. 123 § 2 kk w zb. z art. 122 § 1 kk w zw. z art. 31 § 2 kk”;

3. chor. A. O. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku, około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...]w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w miejscowości N. [...], naruszył prawo międzynarodowe chroniące ludność cywilną i miejscowości niebronione w trakcie działań zbrojnych w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej”, stanowiącego integralną część Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 3 pkt. 1 lit. „a” Czwartej Konwencji Genewskiej z 12 sierpnia 1949 roku „O ochronie osób cywilnych podczas wojny” (Dz.U. z 1956 roku, nr 38, poz. 171); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 175), w ten sposób, że wykonując polecenie otrzymane od ppor. Ł. B., działając w zamiarze bezpośrednim, polecił podwładnemu plut. T. B. zaatakowanie i ostrzelanie granatami moździerzowymi kal. 60 mm zabudowań gospodarskich należących do B. S., położonych w miejscowości niebronionej N., w wyniku czego dopuścił się zabójstwa ludności cywilnej obszaru, na którym toczą się działania zbrojne oraz spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu u osób cywilnych - obywateli Islamskiej Republiki Afganistanu, którzy na skutek wybuchu granatu moździerzowego doznali: [...],

tj. o czyn z 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 kk”;

4. plut. T. B. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku, około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...]w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w miejscowości N., naruszył prawo międzynarodowe chroniące ludność cywilną i miejscowości niebronione w trakcie działań zbrojnych w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej”, stanowiącego integralną część Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 3 pkt. 1 lit. „a” Czwartej Konwencji Genewskiej z 12 sierpnia 1949 roku „O ochronie osób cywilnych podczas wojny” (Dz.U. z 1956 roku, nr 38, poz. 171); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 175), w ten sposób, że wykonując polecenie otrzymane od ppor. Ł. B. i chor. A.O., działając w zamiarze bezpośrednim, polecił podwładnym żołnierzom stanowiącym obsługę moździerza LM-60 D: st. kpr. R. B. i st. szer. J. J. zaatakowanie oraz ostrzelanie granatami moździerzowymi kal. 60 mm zabudowań gospodarskich należących do B.S., położonych w miejscowości niebronionej N., zaś st. szer. D.L. zaatakowanie i ostrzelanie wymienionych zabudowań z wielkokalibrowego karabinu maszynowego, a następnie kierował ogniem moździerzowym w kierunku ludności cywilnej Islamskiej Republiki Afganistanu, w wyniku czego dopuścił się zabójstwa ludności cywilnej obszaru, na którym toczą się działania zbrojne oraz spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu u osób cywilnych, którzy na skutek wybuchu granatu moździerzowego doznali: [...], ,

tj. o czyn z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 123 § 1 pkt. 4 kk w zb. z art. 123 § 2 kk w zb. z art. 122 § 1 kk w zw. z art. 31 § 2 kk”;

5. st. szer. R. B. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku, około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...]w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w miejscowości N. [...], naruszył prawo międzynarodowe w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej” dołączonego do Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 176) poprzez wykonanie polecenia otrzymanego od plut. T. B. zaatakował miejscowość niebronioną N. i dokonał ostrzelania granatami moździerzowymi zabudowań gospodarskich należących do B., i działając w zamiarze bezpośrednim dopuścił się zabójstwa ludności cywilnej obszaru, na którym toczą się działania zbrojne oraz spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu u osób cywilnych, w ten sposób, że ładował moździerz i strzelał granatami w kierunku ludności cywilnej, którzy na skutek wybuchu granatu moździerzowego doznali: [...],

t.j. czyn z art. 123 § 1 pkt. 4 kk w zb. z art. 123 § 2 kk w zb. z art. 122 § 1 kk w zw. z art. 31 § 2 kk”;

6. st. szer. J. J. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku, około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...]w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w miejscowości N. [...], naruszył prawo międzynarodowe chroniące ludność

cywilną i miejscowości niebronione w trakcie działań zbrojnych w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej”, stanowiącego integralną część Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 3 pkt. 1 lit. „a” Czwartej Konwencji Genewskiej z 12 sierpnia 1949 roku „O ochronie osób cywilnych podczas wojny” (Dz.U. z 1956 roku, nr 38, poz. 171); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 175), poprzez wykonanie polecenia otrzymanego od plut. T. B., działając w zamiarze bezpośrednim, zaatakował miejscowość niebronioną N. K. i dokonał ostrzelania granatami moździerzowymi zabudowań gospodarskich należących do B. S., w ten sposób, że celował moździerzem w kierunku ludności cywilnej Islamskiej Republiki Afganistanu, w wyniku czego dopuścił się zabójstwa ludności cywilnej obszaru, na którym toczą się działania zbrojne oraz spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu u osób cywilnych, którzy na skutek wybuchu granatu moździerzowego doznali: [...],

przy czym w czasie popełnienia zarzuczonego czynu miał w znacznym stopniu ograniczoną zdolność do pokierowania swoim postępowaniem,

tj. o czyn z art. 123 § 1 pkt. 4 kk w zb. z art. 123 § 2 kk w zb. z art. 122 § 1 kk w zw. z art. 31 § 2 kk”;

7. st. szer. rez. D.F. L. o to, że:

„w dniu 16 sierpnia 2007 roku, około godz. 16.00 czasu lokalnego, pełniąc służbę w składzie 1 plutonu szturmowego [...]w ramach Misji Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa ISAF w Afganistanie, w

miejsowości N. [...], naruszył prawo międzynarodowe chroniące ludność cywilną i miejscowości niebronione w trakcie działań zbrojnych w postaci: art. 23 pkt. b) i art. 25 „Regulaminu dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej”, stanowiącego integralną część Konwencji Haskiej podpisanej w dniu 18 października 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 roku, nr 21, poz. 161); art. 3 pkt. 1 lit. „a” Czwartej Konwencji Genewskiej z 12 sierpnia 1949 roku „O ochronie osób cywilnych podczas wojny” (Dz.U. z 1956 roku, nr 38, poz. 171); art. 4 ust. 2 pkt. a) i art. 13 ust. 1 i 2 II Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 roku dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 roku, nr 41, poz. 175), poprzez wykonanie polecenia otrzymanego od plut. T. B. zaatakował miejscowość niebronioną N. w ten sposób, że ostrzelał z wielkokalibrowego karabinu maszynowego zabudowania gospodarskie należące do B. S., w których przebywali obywatele Islamskiej Republiki Afganistanu,

tj. o czyn z art. 122 § 1 kk”.

Wojskowy Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 1 czerwca 2011 r., na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt. 1 k.p.k., uniewinnił kpt. O. C., ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B. od popełnienia zarzucanych im w akcie oskarżenia czynów uznając, że w sprawie brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie ich popełnienia. Uniewinnieni zostali również oskarżeni st. szer. R. B., st. szer. J. J. i st. szer. rez. D. L. z tym, że za podstawę tego rozstrzygnięcia Sąd pierwszej instancji przyjął art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k. uznając, że zarzucane im czyny nie zawierają znamion czynu zabronionego.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli prokurator i obrońca oskarżonego chor. A. O.

Prokurator wniósł apelację na niekorzyść wszystkich oskarżonych, zarzucając zaskarżonemu wyrokowi:

„I. na podstawie art. 438 pkt 3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia poprzez:

1/ błędne uznanie, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uniemożliwia przyjęcie, że kpt. O. C. wydał ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B. rozkaz ostrzelania wiosek, podczas gdy prawidłowa ocena całości zgromadzonych dowodów z uwzględnieniem ich wzajemnych powiązań, a w szczególności wyjaśnień ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B., jak również zeznań świadków obecnych w TOC podczas stawiania zadania i zbiorce 1 plsz przed wyjazdem w okolice N., a także zeznań świadków [...] uzasadnia uznanie, iż kpt. O. C. wydał rozkaz ostrzelania wiosek;

2/ błędne uznanie, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uniemożliwia przyjęcie, że ppor. Ł. B. i chor. A. O. wydali plut. T. B. rozkaz zaatakowania niebronionych obiektów, podczas gdy prawidłowa ocena całości zgromadzonych w sprawie dowodów z uwzględnieniem ich wzajemnych powiązań, a w szczególności wyjaśnień oskarżonych, zeznań świadków [...], „Zasad użycia siły” uzasadnia uznanie, iż rozkaz taki wydali;

3/ błędne uznanie, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że plut. T. B., st. szer. R. B. i st. szer. J. J. co najmniej godzili się, że prowadzą ogień do pojedynczych zabudowań, a uzasadnia przyjęcie, że ich czyny stanowią nieszczęśliwy wypadek z uwagi na brak możliwości przypisania nieumyślnych postaci przestępstw przewidzianych w

kodeksie karnym, oraz zarzucenia im lekkomyślności i niedbalstwa, jakkolwiek prawidłowa ocena całości zgromadzonych w sprawie dowodów z uwzględnieniem ich wzajemnych powiązań, a w szczególności wyjaśnień oskarżonych oraz zeznań świadków por. M. J., mł. chor. G. K., ppor. A. P., st. kpr. S. N. oraz opinii biegłych z dziedziny balistyki i „Zasad użycia siły”, uzasadnia uznanie, że wymienieni oskarżeni przewidywali i co najmniej godzili się na ostrzelanie niebronionych obiektów oraz swoją świadomością i wolą obejmowali wystąpienie skutków w postaci uszkodzenia ciała i pozbawienia życia ludności cywilnej;

4/ błędne uznanie, iż strzały oddane przez st. szer. rez. D. L. z karabinu WKM stanowiły strzały ostrzegawcze kierowane we wzgórze, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego w postaci „Zasad użycia siły”, wyjaśnień st. szer. rez. D. L. oraz zeznań świadków [...] wskazuje na fakt, iż strzały oddane przez st. szer. rez. D. L. nie stanowiły strzałów ostrzegawczych i kierowane były w stronę zabudowań;

II. na podstawie art. 438 pkt 2 kpk obrazę przepisów postępowania karnego mającą wpływ na treść orzeczenia, a to :

1/ art. 410 kpk w zw. z art. 7 kpk w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez nieuwzględnienie ujawnionych w toku rozprawy okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonych wynikających z naruszenia obowiązujących żołnierzy uczestniczących w misji Polskiego Kontyngentu Wojskowego w Afganistanie „Zasad użycia siły”, które Sąd I instancji wydając wyrok w części dotyczącej odpowiedzialności karnej ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B., st. szer. R. B., st. szer. J. J. oraz st. szer. rez. D. L. pominął, oraz brak w uzasadnieniu wskazania dlaczego wymienionych dowodów w tym zakresie nie uznał;

2/ art. 410 kpk w zw. z art. 7 kpk, poprzez stwierdzenie, iż z okoliczności, że oskarżeni nie widzieli ludzi na terenie ostrzelanych zabudowań wynika, że były zamieszkane, co uniemożliwia przypisanie oskarżonym sprawstwa przestępstwa określonego w art. 122 § 1 kk, podczas gdy ze stwierdzenia wymienionej okoliczności wynika jedynie okoliczność, iż oskarżeni nie widzieli, aby ostrzelane zabudowania były bronione oraz, że widzieli zabudowania cywilne, w których mogą być ludzie, a zatem prowadząc ogień, w szczególności z wykorzystaniem wadliwej amunicji i nieprecyzyjnej broni, godzili się z możliwością ich ostrzału i spowodowania uszkodzeń ciała, których to ujawnionych okoliczności, Sąd wskutek naruszenia zasad prawidłowego rozumowania i dowolnej oceny dowodów nie uwzględnił;

3/ art. 410 kpk w zw. z art. 7 kpk w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez nieuwzględnienie całokształtu okoliczności stanowiących podstawę wydania wyroku, wynikające z niezapoznania się składu Sądu orzekającego z niejawnymi dokumentami i zeznaniami świadka kpt. R. N. znajdującymi się w niejawnych aktach wydzielonych, których Sąd wydając wyrok, nie uznał za podstawę rozstrzygnięcia, a w konsekwencji także nie poddał prawidłowej ocenie postępując w sposób sprzeczny z zasadą swobodnej oceny dowodów;

4/ art. 410 kpk w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez nieuwzględnienie ujawnionych w toku rozprawy okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonych wynikających z zeznań [...], wskazujących na zamiar oskarżonych ostrzelania wiosek oraz brak w uzasadnieniu wskazania dlaczego wymienionych dowodów w tym zakresie nie uznał;

5/ art. 410 kpk w zw. z art. 7 kpk w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez nieuwzględnienie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej i dowolną ocenę przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień st. szer. rez.

D. L., poprzez pominięcie przemawiającej na niekorzyść oskarżonego okoliczności, iż oddane przez niego strzały z WKM trafiły w zabudowania oraz brak w uzasadnieniu wskazania dlaczego wymienionego dowodu w zakresie tym nie uznał;

6/ art. 5 § 2 kpk w zw. z art. 397 § 4 kpk poprzez uznanie, iż w sprawie zachodzą niedające się usunąć wątpliwości w zakresie dotyczącym rodzaju i charakteru ran G. M., S. i B., wynikające rzekomo z nieprzeprowadzonych przez oskarżyciela publicznego, a zleconych przez Sąd w trybie art. 397 § 1 kpk przesłuchań świadków lekarzy oraz uzyskania brakującej dokumentacji medycznej leczenia pokrzywdzonych w szpitalu w B. i nieprzeprowadzenia wymienionych dowodów z urzędu, mimo braku podstaw uzasadniających wezwanie oskarżyciela do przedstawienia brakujących dowodów, wynikających z okoliczności, iż wskazane przez Sąd braki, nie zostały ujawnione w toku rozprawy, nie były istotne, a ich usunięcie przez Sąd było możliwe w rozsądnym terminie;

7/ art. 167 kpk w zw. z art. 366 § 1 kpk poprzez nieprzeprowadzenie z urzędu dowodu z zeznań świadków lekarzy zaopatrujących rany w szpitalu B. oraz dokumentacji medycznej leczenia pokrzywdzonych G. M., S. i B. w szpitalu w B., na okoliczności dotyczące rodzaju i charakteru ran G. M., S. i B.;

8/ art. 167 kpk w zw. z art. 366 § 1 kpk poprzez nieprzeprowadzenie z urzędu dowodu z zeznań świadka, który jako tłumacz, wskazany przez Sąd, korzystając z lornetki wspólnie ze st. szer. M. W., st. szer. J. G. i st. szer. A. P. obserwował jego przebieg;

9/ art. 5 § 2 kpk poprzez uznanie, iż w sprawie zachodzą niedające się usunąć wątpliwości w zakresie ustalenia zadania postawionego przez ppor. Ł.

B. i chor. A. O. podczas zbiórki 1 plsz przed wyjazdem w okolice N. pomimo nieprzeprowadzenia konfrontacji w celu usunięcia sprzeczności w zeznaniach obecnych na zbiórce żołnierzy, która to czynność umożliwiłaby Sądowi ich usunięcie;

III. na podstawie art. 438 pkt 1 kpk obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

1/ art. 122 § 1 kk poprzez nieuprawnione przyjęcie, że do znamion niezbędnych do przypisania sprawstwa czynu zabronionego stypizowanego w art. 122 § 1 kk należą występujące w koniunkcji znamiona w postaci atakowania obiektu, który nie jest broniony przez nieprzyjaciela i jest zamieszkały przez ludność cywilną nieprzejawiającą agresji zbrojnej oraz używania pomimo tego środków walki do jego zniszczenia bądź pozbawienia życia lub zdrowia znajdujących się tam osób, podczas gdy z treści art. 122 § 1 kk [także w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawą z dnia 20 maja 2010r. - Dz.U. Nr 98, poz. 626] jednoznacznie wynika, iż stronę przedmiotową przestępstwa określają wyłącznie znamiona w postaci atakowania miejscowości lub obiektu niebronionego, strefy sanitarnej lub zneutralizowanej bądź stosowania innego sposobu walki zakazanego przez prawo międzynarodowe, a w związku z tym nie ma wśród znamion - błędnie przyjętych przez Sąd - atakowania obiektu zamieszkanego przez ludność cywilną i użycia środków walki w celu jego zniszczenia bądź pozbawienia życia lub zdrowia znajdujących się tam osób;

2/ art. 11 § 1 kk poprzez nieodniesienie się do możliwości zakwalifikowania czynu kpt. O. C. z art. 231 § 1 kk, polegającego na niedopełnieniu obowiązków służbowych poprzez niewłaściwe wydanie rozkazu bojowego dowódcy 1 plsz. ppor. Ł. B., w następstwie którego

ostrzelano zabudowania w miejscowości N. powodując śmierć i ciężkie uszkodzenia ciała obywateli Islamskiej Republiki Afganistanu;

3/ art. 11 § 1 kk poprzez nieodniesienie się do możliwości zakwalifikowania czynu ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B., st. szer. R. B. i st. szer. J. J. z art. 354 § 2 kk, polegającego na nieostrożnym użyciu broni w postaci moździerza LM 60 D i nieumyślnego spowodowania śmierci i ciężkich uszkodzeń ciała obywateli Islamskiej Republiki Afganistanu”.

W konkluzji prokurator Wydziału do Spraw Przestępczości Zorganizowanej Wojskowej Prokuratury Okręgowej w P. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego chor. A. O. zaskarżył wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W. wyłącznie w części dotyczącej podstawy uniewinnienia oskarżonego chor. A. O., zarzucając:

„obrazę przepisów postępowania - mającą bezpośredni wpływ na treść wydanego orzeczenia - a mianowicie przepisu art. 17 § 1 k. p. k. poprzez przyjęcie jakoby w sprawie oskarżonego Pana chorążego A. O. „(...) brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie (...) popełnienia (...) czynu zarzucanego (...) w akcie oskarżenia (...)” (patrz pkt 3 części dyspozytywnej wyroku) podczas gdy w rzeczywistości „(...) nie udowodniono faktu bezprawnego rozkazu ostrzelania wiosek afgańskich, w tym N. (...)” (patrz strona 117 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia) i dlatego też należało oskarżonego Pana A. O. uniewinnić z uwagi na fakt, iż zarzucanego aktem oskarżenia czynu (...) nie popełnił („czynu nie popełniono - art. 17 § 1 pkt 1 k. p. k.”),

i w związku z tym wniósł o zmianę podstawy uniewinnienia oskarżonego, chor. A. O. poprzez przyjęcie, iż zarzucanego aktem oskarżenia czynu tenże oskarżony oczywiście nie popełnił (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.).

W toku rozprawy apelacyjnej prokurator podtrzymał zarzuty i wnioski pisemnej apelacji, wniósł o nieuwzględnienie apelacji obrońcy. Obrońca oskarżonego O. wniósł o uwzględnienie jego apelacji, zaś pozostali obrońcy i oskarżeni zgodnie wnieśli o utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku Sądu pierwszej instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Rozpoznawana przed Sądem Najwyższym (art.655 § 1 ust.1 k.p.k.) sprawa należy do wyjątkowych. Oto bowiem przed sądem stanęli żołnierze wykonujący misję poza granicami Polski, oskarżono ich o atakowanie w czasie działań zbrojnych obiektów niebronionych i dopuszczenie się zabójstwa oraz spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ludności cywilnej. W pełni zrozumiałe są wielkie emocje wynikające ze zdarzeń jakie miały miejsce 16 sierpnia 2007 r. w okolicach afgańskiej wioski N. Tego dnia śmierć poniosło 6 osób a 3 doznały ciężkich obrażeń ciała, o czym wydaje się nie wszyscy wypowiadający się w tej sprawie pamiętają, stało się to na skutek działań polskich żołnierzy, zawinionych bądź nie, ale to ma rozstrzygnąć postępowanie prowadzone przed polskimi organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też przy tym pamiętać, że proces ten nie jest procesem polskiej armii, nie przesadza też, wbrew temu co podnoszono w wystąpieniach przed Sądem Najwyższym, o jej honorze, bowiem działania kilku żołnierzy nie mogą, co jest oczywiste, rzutować na ocenę wszystkich polskich żołnierzy pełniących służbę w kraju i w misjach zagranicznych. Prowadzony proces dotyczy działań bądź zaniechań konkretnych, wskazanych w akcie oskarżenia osób. Dopiero

gdyby doszło do sytuacji, w której armia czy też jej organy, zmierzałyby do ukrycia prawdziwego przebiegu zdarzeń jakie wydarzyły się pod N., można by mówić o uszczerbku na honorze polskich Sił Zbrojnych. Takich działań instytucjonalnych nie stwierdzono. Oceny tej nie zmieniają wypowiedzi kilku, wysokiej rangi oficerów pozostających w czynnej służbie bądź będących już w rezerwie, ponieważ za tymi wypowiedziami nie następowały działania mogące w jakikolwiek sposób utrudnić postępowanie w sprawie, a nadto wypowiedzi te oparte były na materiałach medialnych, nie zaś na dowodach znajdujących się w aktach sprawy. Jak wynika z akt sprawy nie zostały one udostępnione nikomu spoza osób uprawnionych przepisami procedury karnej. Istotne pozostaje, że w sprawie będącej przedmiotem apelacji polskie organy ścigania wszczęły przewidziane polskim prawem postępowanie, a o winie bądź jej braku rozstrzygają niezależne sądy a w nich niezawisli sędziowie. W tym kontekście chybione są pojawiające się w różnych wypowiedziach argumenty mówiące o tym, że w innych armiach świata, tu najczęściej przywołuje się armię amerykańską, w tego typu sprawach nie prowadzi się w ogóle postępowania karnego.

Przechodząc do rozważań związanych z apelacją prokuratora od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W. należy stwierdzić, że okazała się ona w części zasadna. Odniesienie się do poszczególnych jej zarzutów wymaga jednak przedstawienia kilku uwag natury ogólnej. Otóż postawienie w środku odwoławczym jednocześnie zarzutów błędu w ustaleniach faktycznych, obrazy przepisów postępowania i obrazy przepisów prawa materialnego jest błędne. Należy przypomnieć, że zarzut obrazy prawa materialnego jest możliwy, co do zasady, jedynie wówczas, gdy skarżący nie kwestionuje ustaleń faktycznych, bowiem obraza ta może polegać na błędnej wykładni zastosowanego przepisu, zastosowaniu nieodpowiedniego przepisu, a także na niezastosowaniu

określonego przepisu prawa materialnego w sytuacji, gdy jego zastosowanie jest obowiązkowe. W związku z tym, że obraza prawa materialnego może być przyczyną zaskarżenia jedynie wtedy, gdy ma ona charakter samoistny, nie można mówić o jej zaistnieniu, gdy wadliwości orzeczenia upatruje się w błędnych ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę lub na naruszeniu przepisów postępowania. Skoro tak to postawienie trzech zarzutów obrazy prawa materialnego w pkt. III apelacji prokuratora pozostaje w rażącej sprzeczności z pozostałymi zarzutami tej skargi. Nie oznacza to jednak braku możliwości rozpoznania tej apelacji z tym, że w pierwszej kolejności należy rozważyć zarzuty podniesione w pkt. I i II, a dopiero gdyby okazały się one bezzasadne, przystąpić do zbadania zarzutów obrazy prawa materialnego. Gdyby jednak okazało się, że zarzuty obrazy przepisów postępowania czy też błędu w ustaleniach faktycznych są zasadne, to odnoszenie się do kwestii związanych z zarzutami obrazy przepisów prawa materialnego byłoby przedwczesne.

Należy też pamiętać, że nie wystarczy wskazać w środku odwoławczym obrazy przepisów postępowania jakiej miałby dopuścić się sąd pierwszej instancji, bowiem zgodnie z treścią art.438 § 2 k.p.k. orzeczenie ulega uchyleniu lub zmianie w razie stwierdzenia obrazy przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia. Oznacza to, że samo stwierdzenie podnoszonego w apelacji uchybienia w zakresie przepisów postępowania jest niewystarczające dla zmiany bądź uchylenia zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Najwyższy, procedujący na tym etapie postępowania karnego jako sąd odwoławczy, uznał za konieczne rozważenie poszczególnych zarzutów apelacji prokuratora w taki sposób aby każdy z oskarżonych, ich obrońcy a

także prokurator mogli uzyskać z treści uzasadnienia wyroku informacje o powodach zapadłego rozstrzygnięcia.

Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych opisany w pkt. I, odnoszący się do oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd orzekający, w odniesieniu do czynu zarzucanego oskarżonemu kpt. O. C. nie jest zasadny.

Jedyne co można Sądowi pierwszej instancji wytknąć to to, że przy ocenie materiału dowodowego w tym zakresie zbędnie powoływał się na art. 5 § 2 k.p.k. Słusznie jednak prokurator nie sformułował zarzutu obrazy art. 5 § 2 k.p.k., gdyż z nad wyraz obszernego uzasadnienia Sądu orzekającego odnoszącego się do czynu zarzucanego oskarżonemu kpt. O. C. (k. 94-117 uzasadnienia wyroku) wynika, że ocenę dowodów oparł ten Sąd o wskazania art. 7 k.p.k.

Sąd pierwszej instancji jednoznacznie określił jakim dowodom dał wiarę, jakim dowodom jej odmówił i drobiazgowo swoje decyzje uzasadnił. Swoje rozważania Sąd orzekający podzielił na odnoszące się do przebiegu zdarzeń w sztabie (k. 95-98), na odprawie, którą przed wyjazdem z bazy zwołał oskarżony ppor. Ł. B., a prowadził ją oskarżony chor. A. O. (k. 99-102), w okresie od opuszczenia bazy do chwili użycia przez drużynę oskarżonego plut. T. B. moździerza LM 60D (k. 102-106), związanych z prowadzeniem ognia z WKM i z moździerza LM 60D (k. 106-108), zaistniałych wieczorem 16 sierpnia 2007 r. po przybyciu oskarżonego kpt. O. C. na miejsce zdarzenia (k. 108-110).

Prokurator co do przebiegu zdarzeń w sztabie, zarzucił Sądowi orzekającemu błąd w ocenie zeznań świadków, sprowadzający się do tego, że z okoliczności, iż świadkowie nie słyszeli aby kpt. O. C. wydał rozkaz ostrzelania wiosek nie można uznać, że oskarżony C. takiego rozkazu nie

wydał, lecz jedynie to, że ci świadkowie takiego rozkazu nie słyszeli. Zdaniem oskarżenia świadkowie takiego rozkazu nie słyszeli, bowiem żaden ze świadków przebywających w sztabie w czasie odprawy i stawiania zadania przez oskarżonego C. nie był obecny przez cały okres jej trwania. Zauważyć należy, że ten argument skarżącego stoi w sprzeczności nie tylko z ustaleniami Sądu pierwszej instancji (który podzielił świadków na tych, którzy przebywali w sztabie cały czas i na tych, którzy to pomieszczenie opuścili, czy też wchodzili tam w różnym czasie, na różnych etapach stawiania przez oskarżonego C. zadania dowództwu 1. plsz), ale też z uzasadnieniem aktu oskarżenia, z którego wynika, że „w tym czasie w obu, odgrodzonych od siebie niewysoką ścianką działową pomieszczeniach sztabu, oprócz kpt. A. B. i mjr. O. C. byli: chor. S. B., por. M. M., por. D. L., st. szer. R.K. Momentami wchodzili do pomieszczeń sztabu lub z nich wychodzili: por. K. S., chor. J. W., plut. K. D. oraz plut. W. A”.

Bezsporne jest, że kpt A. B. cały czas był obecny, gdy oskarżony C. stawiał zadania dowództwu 1. plsz. To on dał na kartce ppor. Ł. B. współrzędne pięciu celów stanowiących punkty obserwacyjne przeciwnika, aby przekazał je ppor. A. P., gdyż były one przeznaczone dla moździerza M 98. Współrzędne tych celów kpt B. pokazał w sztabie ppor. B. na mapie, mapa ta była określona jako plan strzelań dla moździerza M 98. To kpt B. oznaczył na niej położenie trzech wiosek i otoczył czerwonymi elipsami jako strefy wolne od prowadzenia ognia i taką mapę pokazał oskarżonemu B., w tym czasie nie zdążył jedynie nanieść na niej, w tych obwiedzionych czerwonym kolorem miejscach, napisów NFA, uczynił to później.

Argument oskarżyciela, że określenie „zostaną użyte mośki” - przytoczone w zeznaniach świadków J. W. i M. M. – wskazuje na to, że ogień miał być prowadzony przez oba moździerze, nie znalazło potwierdzenia w

zeznaniach wymienionych świadków. Świadek J. W. zeznał, że słowem „moški” określano moździerz M 98, ale słyszał też, że w ten sposób żołnierze mówili także na moździerz LM 60 D. Zatem słowem „moški” nie określano liczby mnogiej moździerzy, lecz każdy z osobna pojedynczy moździerz.

Dodać trzeba i to, że nie tylko nikt ze świadków nie słyszał by oskarżony C. wydał rozkaz ostrzelania wiosek, lecz cały szereg świadków jednoznacznie określił, że strzelać miał moździerz M 98, a wszyscy, że celami miały być punkty obserwacyjne usytuowane na wzgórzach. Rację ma prokurator w tym, że „specyfikacja taktyczna moździerza LM 60 D” wskazuje, że tym moździerzem nie można było dokonać ostrzału punktów obserwacyjnych znajdujących się na wzgórzach, dlatego też nikt ze świadków nie miał wątpliwości, że to zadanie miał wykonać moździerz M 98. Podkreślić należy, że z miejsca wyznaczonego na dyslokację moździerza LM 60 D nie można było nie tylko ostrzelać wzgórz, lecz także wioski N. Rzecz jednak w tym, że dowództwo 1. plsz zmieniło miejsce dyslokacji tego moździerza w pobliżu wioski N. W tej części rozważań Sąd orzekający odniósł się także do zeznań st. szer. B. L. i uzasadnił dlaczego nie dał im wiary. To stanowisko Sądu pierwszej instancji pozostaje pod ochroną art.7 k.p.k.

W części dotyczącej przebiegu zbiórki (odprawy), którą zwołał przed wyjazdem z bazy oskarżony B., a prowadził ją oskarżony O., Sąd pierwszej instancji dokonał analizy tego zdarzenia. Odprawę prowadzoną przez chor. O. zgromadzeni żołnierze odczytali rozbieżnie.

Jedni, że jadą przetrzepać, przeszukać kilka wiosek, inni że chodzi o rozpoznanie wiosek a nie ich zniszczenie, kolejni, że jadą w miejsce wybuchów IED i uszkodzonego Rosomaka, mają do wykonania zadanie ogólne i mają zachowywać się jak na patrolu. Nie było mowy na tej odprawie

o zniszczeniu wiosek przy użyciu moździerzy, a st. sierż. P. O. zeznał, że ich zadaniem było ostrzelanie trzech wiosek z moździerza ale M 98, a 1. plsz ma ich osłaniać. Niektórzy żołnierze zeznali, że chor. O. mówiąc o ostrzeleniu wiosek zaznaczył, że to rozkaz dowództwa.

Również po opuszczeniu bazy, w czasie drogi na miejsce zdarzenia oskarżeni B., O. i B. mówili napotykanym osobom (mł. chor. G. K., por. M. J.), że jadą ostrzelać trzy wioski w okolicy drogi V., przez co wymienieni rozumieli obserwację tych wiosek i ich przeszukanie oraz demonstrację siły przez ostrzelanie z moździerzy okolicznych wzgórz. Niektórzy świadkowie potwierdzają, że wymienieni oskarżeni wskazywali, że takie zadanie otrzymali od kpt. O. C., jednakże trafnie Sąd pierwszej instancji zauważył, że ci świadkowie nie byli obecni na odprawie w sztabie, zaś swoją wiedzę czerpali z relacji i zachowań dowództwa 1. plsz. W tej części Sąd orzekający omówił problemy łączności dowództwa tego plutonu ze sztabem. Bezsporne jest, że tej łączności nie było za pośrednictwem radiostacji, gdyż na miejscu pod wioską N. nie rozłożono anteny radiostacji, a w pojeździe nie działała łączność przy pomocy AFTS. Świadkowie potwierdzają także, że były problemy z łącznością przy pomocy telefonu satelitarnego, z uwagi na ukształtowanie terenu. O próbach nawiązania łączności ze sztabem za pomocą telefonu satelitarnego mówili jedynie świadkowie st. szer. L. i st. szer. M. H., których zeznaniom Sąd orzekający nie dał wiary z uwagi na ich szczególne (omówione w uzasadnieniu wyroku) powiązanie z dowództwem 1. plsz. W tej sytuacji za trafną należy uznać ocenę Sądu pierwszej instancji, że ostatnią była łączność sztabu z ppor. B. w chwili, gdy opuszczał on bazę, co znalazło potwierdzenie nie tylko w wyjaśnieniach oskarżonego C., lecz także w zeznaniach świadków kpt. A. B. i por. M. M. Sąd pierwszej instancji dokonał również szczegółowej analizy i oceny wizyty oskarżonych B. i O. u ppor. A. P. (dowódcy obsługi moździerza

M-98). Z analizy tej jednoznacznie wynika, że ci oskarżeni nic nie wspominali, iż mają jakieś dodatkowe zadania do wykonania przez obsługę moździerza M-98. To dopiero pytanie zadane im przez ppor. P. spowodowało, że oskarżony O. wyjął mapę i patrząc na nią podał mu współrzędne dwóch obiektów, przy czym te współrzędne składały się tylko z sześciu cyfr (podane w sztabie współrzędne poprzednich celów składały się z 10 cyfr). Zadania w zakresie tych dwóch dodatkowych celów ppor. P. postanowił nie realizować, z uwagi na to, że wskazywały jako miejsce trafienia wioskę oraz miejsce w jej bezpośredniej bliskości.

W następnej części swego uzasadnienia Sąd orzekający dokonał analizy zachowania oskarżonego C. po otrzymaniu wiadomości, że granaty upadły w rejonie m. N., w świetle jego wyjaśnień i zeznań świadków znajdujących się wówczas w sztabie. Z analizy tej jednoznacznie wynika, że zgromadzeni w sztabie żołnierze, w tym oskarżony C., tą wiadomością byli zaskoczeni i przyjmowali, że to strzela moździerz M-98 tak niecelnie i przedwcześnie, gdyż przestrzeń powietrzna była jeszcze nie zamknięta. Kiedy ustalono, że strzela moździerz LM 60 D oskarżony C. po wielu próbach dodzwonił się do oskarżonego B. i mimo, iż ten oskarżony twierdził, że drużyna plut. B. prowadzi ogień w bezpiecznej odległości od wioski, polecił mu natychmiastowe przerwanie ognia oraz ustalenie skutków tego ostrzału. W kolejnej części uzasadnienia Sąd pierwszej instancji odniósł się do zdarzeń zaistniałych wieczorem 16 sierpnia 2007 r. po przybyciu oskarżonego C. pod N. Wynika jednoznacznie z tej analizy, że wersję o ataku bojowników talibańskich stworzyło dowództwo 1 plsz zanim do nich przybył oskarżony C. Przemawiają za tym zeznania świadków [...], a także analiza zapisów AFTS-u oraz to, że oskarżony C. w czasie drogi w rejon N. nie dysponował telefonem, z którego taką wersję zdarzeń mógłby dowództwu 1 plsz zasugerować. Zaś ze

spotkania oskarżonego C. z dowództwem 1 plsz w rejonie N. wynika, że w przedstawioną przez nich wersję o ataku bojowników talibańskich oskarżony C. nie wierzył, powiedział, iż przedstawi tę wersję na spotkaniu z lokalną społecznością, a dowództwu 1 plsz polecił wszystko przemyśleć, gdyż ppłk A. S. musi złożyć meldunek jak do tego zdarzenia (ostrzelania wioski) doszło naprawdę.

W każdej wymienionej części Sąd orzekający odniósł się do wszystkich dowodów i prawidłowo je ocenił.

Sąd – poza wskazaniem, że nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B. z uwagi, że stoją one w sprzeczności z szeregiem dowodów, którym Sąd dał wiarę - na k. 110-116 analizował wyjaśnienia tych oskarżonych wskazując na szereg sprzeczności w ich wyjaśnieniach, przy czym sprzeczności te dotyczyły wyjaśnień wymienionych oskarżonych jak i ich własnych wyjaśnień złożonych uprzednio.

Z tych pełnych sprzeczności wyjaśnień wskazanych oskarżonych wyłania się ich wersja zdarzeń taka, że oskarżony C. na odprawie w sztabie wydał im rozkaz ostrzelania wiosek, oni postanowili zaraz po opuszczeniu sztabu, że tego rozkazu oskarżonego C. nie wykonają. Mimo takiej swojej decyzji (że rozkazu oskarżonego C. nie wykonają) w czasie drogi w rejon wioski N. wielu napotkanym osobom mówili o tym, że jadą ostrzelać wioski.

Na miejscu zdarzenia przystępują do wykonania rozkazu, którego wcześniej postanowili nie wykonywać, co więcej próbują przerzucić wykonanie tego zadania bojowego na obsługę moździerza M-98, następnie po zdarzeniu tworzą wersję ataku bojowników talibańskich i przekazują ją osobie, która według ich wersji wydała im rozkaz ostrzelania wiosek, a w końcowym stadium postępowania przedstawili wersję o niesprawności

amunicji, która doprowadziła do przypadkowego trafienia pociskami w rejon wioski.

Reasumując, analizując całokształt przedstawionych dowodów w odniesieniu do czynu zarzuconego kpt. O. C. sąd pierwszej instancji uznał, że miał do czynienia z jednej strony z konsekwentnymi i logicznymi wyjaśnieniami tegoż oskarżonego, popartymi zeznaniami szeregu świadków oraz dokumentami wzajemnie się uzupełniającymi, z drugiej strony z odosobnionymi i zawierającymi wiele istotnych sprzeczności wyjaśnieniami ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B., popartymi jedynie nielicznymi pośrednimi dowodami w postaci zeznań świadków i wyjaśnień pozostałych współoskarżonych, których relacje mają swoje źródło w wiedzy przekazanej im przez wspomnianych wyżej oskarżonych. Taka ocena dowodów dokonana w tym zakresie przez Sąd pierwszej instancji, zdaniem Sądu Najwyższego, spełnia wymagania art. 7 k.p.k.

Sąd orzekający trafnie zatem uznał, że oskarżony kpt. O. C. na odprawie w sztabie nie wydał oskarżonym ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B. rozkazu ostrzelania wiosek. Wydane rozkazy dotyczyły ostrzelania przez moździerz M 98 dowodzony przez ppor. A. P. pięciu celów na wzgórzach określonych jako punkty obserwacyjne przeciwnika. Współrzędne tych pięciu celów przekazał ppor. Ł. B. kpt. A. B. Oskarżony B. miał te współrzędne przekazać ppor. A. P. W miejscu gdzie stanowisko bojowe zajmował moździerz M 98 na pytanie ppor. A. P. w czasie rozmowy z dowódcą 1 plsz szturmowego i jego zastępcą (oskarżeni B. i O.) czy mają jakieś dodatkowe obiekty, do których wymagane było prowadzenie ognia, oskarżony O. wyjął mapę i podał mu współrzędne dwóch obiektów, czytając je po kolei z tej mapy. Po wprowadzeniu tych celów do programu elektronicznego okazało się, że jeden z nich to środek wioski, a

drugi lokalizowany jest na jej skraju, z tego powodu ppor. A. P. poinformował sztab, że te cele ignoruje.

Podkreślić trzeba i to, że Sąd pierwszej instancji w oparciu o zeznania świadków kpr. G. K., szer. P. W. i por. M. J. oraz dokumentów w postaci wydruku zapisów AFTS ustalił, że pomysłodawcą wersji o ataku talibów było dowództwo 1 plsz szturmowego (oskarżeni B. i O.), a nie oskarżony C.

Skoro zatem Sąd orzekający prawidłowo nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonych B., O. i B., że oskarżony C. wydał im rozkaz ostrzelania wiosek, a dał wiarę wyjaśnieniom oskarżonego C., że takiego rozkazu nie wydał, to tym samym słusznie Sąd uniewinnił oskarżonego kpt. O. C. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Zarzut obrazy prawa materialnego tj. art. 11 § 1 k.k. poprzez nieodniesienie się do możliwości zakwalifikowania czynu oskarżonego kpt. O. C. z art. 231 § 1 k.k. polegającego na niedopełnieniu obowiązków służbowych przez niewłaściwe wydanie rozkazu bojowego dowódcy 1 plsz ppor. Ł. B. nie jest zasadny.

Zarzut obrazy prawa materialnego dotyczy tego, że z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego wynika inna subsumcja prawna niż przyjęta przez Sąd.

Konsekwencją tego jest to, że podstawą rozważań jest stan faktyczny ustalony w zaskarżonym wyroku. Skoro zatem z ustalonego stanu faktycznego wynika, że oskarżony ten nie wydał zarzucanego mu w akcie oskarżenia rozkazu, to przedmiotem rozważań w tym zarzucie może być jedynie to czy rozkaz wydany na odprawie w sztabie (TOC) był wydany w sposób zrozumiały dla jego adresatów. Z treści wyjaśnień oskarżonych jak i zeznań świadków wynika, że rozkaz był jasny i zrozumiały. Różnią się oskarżenia tym,

że B., O. i B. inaczej niż oskarżony C. przedstawili treść rozkazu. Nikt z oskarżonych nie twierdził, że rozkazu nie zrozumiał. Sąd pierwszej instancji dał wiarę wyjaśnieniom oskarżonego C. i na k. 94 i 95 uzasadnienia wyroku ustalił, że zadanie postawione plutonowi dowodzonemu przez ppor. Ł. B. polegało na wzmocnieniu komponentu ogniowego plutonu szturmowego w postaci moździerza M-98, pod dowództwem ppor. A. P., wsparcie polskich i amerykańskich żołnierzy przebywających w okolicy N., którzy zostali wcześniej zaatakowani przez rebeliantów talibańskich przy użyciu ładunku wybuchowego, przeszukaniu terenu górskiego na zachód od drogi w kierunku miejscowości K., gdzie prowadziły ślady ucieczki napastników, ewentualnie nawiązanie z nimi walki oraz wykonanie demonstracji siły przy użyciu moździerza M-98 za pomocą amunicji kasetowej, poprzez ostrzał z tej broni szczególnie określonych, wcześniej rozpoznanych pięciu punktów obserwacyjnych stanowiących wierzchołki wzgórz o ściśle określonych współrzędnych. Przy czym powyższe zadanie zostało postawione przy udziale oficera operacyjnego kpt. A. B., w obecności innych pracujących wówczas w sztabie osób lub tam czasowo przebywających, w sposób jasny i precyzyjny oraz przyjęte do wiadomości przez ppłk. A. S. Wobec tak ustalonego stanu faktycznego nie sposób uznać za mający podstawy zarzut obrazy prawa materialnego polegający na nierozważeniu możliwości zakwalifikowania takiego zachowania oskarżonego jako naruszającego art. 231 § 1 k.k.

Zasadna jest apelacja prokuratora w części dotyczącej oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B. Uniewinnienie wymienionych oskarżonych, z powodu braku danych dostatecznie uzasadniających popełnienie przestępstw, nie zostało poprzedzone oceną dowodów spełniającą wymagania art. 7 k.p.k.

Konsekwencją naruszenia powołanego przepisu był błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść

wyroku. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd pierwszej instancji przyjął, że w rozpoznawanej sprawie pojawiły się tego rodzaju wątpliwości, które zgodnie z treścią art. 5 § 2 k.p.k. nie mogą być tłumaczone na niekorzyść oskarżonych, a zatem muszą skutkować ich uniewinnieniem.

W związku z tym należy przypomnieć, że stosowanie art. 5 § 2 k.p.k. jest możliwe jedynie wówczas, gdy w postępowaniu ujawniły się wątpliwości, których nie da się usunąć. Podkreślić trzeba, że wymienione wątpliwości muszą rzeczywiście się pojawić i pomimo podjętych działań procesowych niemożliwe jest ich wyeliminowanie.

Opisywane wątpliwości zaistnieją tylko wtedy, gdy pomimo przeprowadzenia wszystkich możliwych dowodów i prawidłowej ich oceny spełniających łącznie wymogi wskazane w art. 7 k.p.k., określonych kwestii nie można jednoznacznie rozstrzygnąć.

Niedopuszczalne jest zatem korzystanie z przepisu art. 5 § 2 k.p.k., gdy ocena dowodów przeprowadzona jest niezgodnie z regułami określonymi w art. 7 k.p.k., co w ocenie Sądu skutkuje pojawiającymi się wątpliwościami (por. J.Grajewski, L.K. Paprzycki, Kodeks Postępowania Karnego z Komentarzem, Sopot 2000, s. 22, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2011 r., III KK 29/11, R-OSNwSK 2011, Lex nr 1044029).

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd pierwszej instancji słusznie stwierdza, że wyjaśnienia oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B. odnośnie sposobu określenia ich zadania i wydania rzekomego rozkazu ostrzelania wiosek nie tylko różnią się od siebie, ale także są ze sobą sprzeczne i nielogiczne (s. 113 uzasadnienia). Jednocześnie pomimo takiej oceny wyjaśnień oskarżonych przyjęto w zaskarżonym wyroku, że przyczyną ostrzelania wioski było niewłaściwe zrozumienie przez ppor. Ł. B., chor. A.

O. i plut. T. B. zadania postawionego w TOC, co wynikało z wyjaśnień tychże oskarżonych w różny sposób interpretujących omawiane zadanie, wyjaśnień kpt. O. C. i innych dowodów opisanych przy ocenie „wyjaśnień ostatniego z wymienionych oskarżonych”. Dla potrzeb postępowania odwoławczego niezbędne jest odwołanie się do wyjaśnień wymienionych oskarżonych przytaczanych w uzasadnieniu.

I tak ppor. Ł. B. wyjaśnił, że już rano w dniu 16 sierpnia 2007 r. powziął wiadomość o planowaniu przez kpt. O. C. ostrzelania wioszek afgańskich. W czasie odprawy w TOC kpt. O. C. wskazał do ostrzelania dwie wioski. Ppor. Ł. B. wyjaśnił także, że kpt. A. B. pokazał na zdjęciu satelitarnym wioski, które miały być ostrzelane. Stawiający rozkaz kpt. O. C. miał odnieść się do „gniewu bożego, który miał spaść na wymienione wioski”. Nikt z uczestniczących w odprawie nie zgłaszał żadnych wątpliwości co do zadania będącego realizacją przestępstwa. Ppor. Ł. B. wyjaśnił także, że przed odprawą z plutonem wyjeżdżającym na akcję, wspólnie z chor. A. O. i plut. T. B. uzgodnili, że nie będą ostrzeliwali wioszek, a prowadzący odprawę chor. A. O. miał przekazać podwładnym wszystko co na temat zadania powiedział kpt. O. C., łącznie z rozkazem ostrzelania wioszek. Po przybyciu na miejsce chor. A. O. ręką wskazał plut. T. B. sektor prowadzenia ognia. Ppor. Ł. B. zaprzeczył by on, czy też chor. A. O. wydali plut. T. B. rozkaz ostrzelania wioszek. Po opuszczeniu stanowiska moździerza LM 60 D ppor. Ł. B. razem z chor. A. O. udali się do miejsca stacjonowania por. M. J., którego poinformowali o zadaniu ostrzelania punktów obserwacyjnych oraz trzech wioszek. Ppor. Ł. B. wyjaśnił także, że skontaktował się telefonicznie z kpt. O. C. celem potwierdzenia rozkazu ostrzelania wioszek, co uzyskał. Powyższa informacja została przekazana chor. A. O., który drogą radiową przesłał ją plut. T. B., po czym rozpoczął się ostrzał. Następnie ppor. Ł. B. i chor. A. O. udali się na

stanowisko ppor. A. P., gdzie chor. A. O. przekazał mu współrzędne celów moździerzy M 98 i nazwy wiosek, które mają być ostrzelane. W czasie drogi powrotnej do stanowiska strzelającego moździerza LM 60 D zadzwonił kpt. O. C., który pytał o przyczyny strzelania w wioski i rozkazał natychmiastowe wstrzymanie ognia. Zgodnie z wyjaśnieniami ppor. Ł. B. odnoszącymi się do przebiegu wydarzeń już po przybyciu w okolice m. N. kpt. O. C., plut. T. B. poinformował go o swojej rozmowie z dowódcą bazy, z której wynikało, że ma on (tzn. T. B.) ułożyć historię, zgodnie z którą otwarcie ognia nastąpiło w wyniku ataku przeciwnika. Kapitan O. C. taką samą sugestią miał także przekazać w rozmowie z ppor. Ł. B. Ppor. Ł. B. wyjaśnił także, że w trakcie stawiania zadania w TOC na mapie nie były naniesione i zaznaczone strefy NFA, a współrzędne cele odpowiadały położeniu trzech wiosek afgańskich. Wymieniony oficer, zgodnie z ustaleniami Sądu pierwszej instancji wyjaśnił, że w chwili zdarzenia przebywał na wzgórzach i widział zabudowania wioski N., ale nie zauważył tam żadnych ludzi (s. 18 uzasadnienia). Natomiast z miejsca prowadzenia ognia wymienione obiekty nie były widoczne, gdyż były zasłonięte przez wzgórze. Ppor. Ł. B. zaprzeczył by wydał rozkaz plut. T. B. prowadzenia ognia.

Oskarżony chor. A.O. wyjaśnił, że w czasie odprawy w TOC kpt. O. C. postawił ppor. Ł. B. zadanie polegające na dotarciu do polskich i amerykańskich sił w okolicach miejscowości N., wsparcie wymienionych sił oraz ostrzelanie trzech miejscowości amunicją kasetową przy użyciu moździerza M 98. Miejscowości przewidziane do ostrzelania na mapie ekranu komputera były zaznaczone czarnymi okręgami i nie zawierały stref NFA. Odnotował w swoim notesie współrzędne celów i nazwy tych miejscowości, które potwierdził kpt. A. B. W swoich wyjaśnieniach chor. A. O. wskazuje na zdenerwowanie kpt. O. C. w czasie odprawy i chęć zemsty. Zgodnie z

wyjaśnieniami tego oskarżonego plut. T. B. zapytał kpt. O. C. o możliwość użycia moździerza LM 60 D. W odpowiedzi kpt. O. C. miał stwierdzić, że nie ma takiej potrzeby, gdyż nikt żywy nie zostanie w wiosce po ostrzale z M 98, choć zezwolił na użycie moździerza LM 60 D. Po wyjściu z TOC ppor. Ł. B. stwierdził w obecności chor. A. O. i plut. T. B., że nie wykonają rozkazu ostrzelania wiosek. Przed wyjazdem w rejon działania chor. A. O. przeprowadził zbiórkę żołnierzy plutonu, w czasie której przedstawił zadania postawione przez kpt. O. C. Oskarżony chor. A. O. zasugerował ppor. Ł. B. skontaktowanie się telefoniczne z kpt. O. C. w celu uzyskania potwierdzenia rozkazu co jednak mu się nie udało. Po dotarciu na miejsce przekazali ppor. A. P. współrzędne i nazwy miejscowości, które miały być ostrzelane z M 98, po czym wrócili na stanowisko swojego moździerza.

Tam ponownie ustalili, że nie będą strzelać do wiosek. Chor. A. O. wyjaśnił, że wskazał plut. T. B. sektor prowadzenia ognia pomiędzy wioską N., a pojedynczymi zabudowaniami, które wyglądały na niezamieszkałe. Wyjaśnił też, że rozkaz otwarcia ognia wydał dowódca 1 plutonu szturmowego (tj. ppor. Ł. B. – przyp. SN).

Po określeniu sektora prowadzenia ognia chor. O. wspólnie z ppor. Ł. B. udał się do por. M. J., któremu przekazali informację o rozkazie ostrzelania wiosek, czym ten nie był zdziwiony. Chor. A. O. wyjaśnił też, że ppor. Ł. B. ponownie zadzwonił do kpt. O. C. celem potwierdzenia rozkazu ostrzału. Kpt. O. C. miał potwierdzić rozkaz, a na pytanie czy mają zniszczyć wioski oświadczył „wiecie co macie robić, niech gniew boży spadnie na te wioski”. Po powrocie do miejsca stacjonowania drużyny plut. T. B. ustalono, że wykonano ostatnią salwę, a pociski trafiły w miejsca wskazane przez chor. A. O. jako cele. Dowódca drużyny zameldował, że miał 2 lub 3 niewybuchy, amunicja jest wadliwa, a pociski wpadły w zabudowania. Po uzyskaniu

informacji o trafieniu w zabudowania, jak wyjaśnił chor. O. ppor. Ł. B. polecił przerwanie ognia. Taki rozkaz wydał też przybyły na stanowisko por. M. J. Oskarżony chor. A. O. wyjaśnił, że od ppor. Ł. B. i plut. T. B. dowiedział się o konieczności ustalenia wersji zdarzenia. Po przybyciu kpt. O. C. na miejsce zdarzenia wezwał on dowództwo 1 plsz i zapytał „chyba do was strzelali” i w ten sposób zdaniem chor. O. narzucił wersję z atakiem bojowników talibańskich. Podkreślić trzeba, że Sąd pierwszej instancji na k. 21 uzasadnienia przytoczył wyjaśnienia oskarżonego chor. A. O., zgodnie z którymi nie słyszał on aby ppor. Ł. B. wydał plut. T. B. rozkaz otwarcia ognia. W jego ocenie plut. T. B. miał zgodę na użycie moździerza bezpośrednio od kpt. O. C.

Plut. T. B. wyjaśnił, że w dniu 16 sierpnia 2007 r. od ppor. Ł. B. dowiedział się o planowanym wyjeździe w celu wsparcia sił, które wpadły w zasadzkę minową. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami, ok. godz. 13⁰⁰ ppor. Ł. B. i chor. A. O. zabrali go do TOC na odprawę, którą prowadził kpt. O. C. Plut. T. B. był zdziwiony zaistniałą sytuacją, gdyż wcześniej nie uczestniczył w stawianiu zadań. Kpt. O. C. miał wskazać, ppor. Ł. B. i chor. A. O. trzy miejscowości, w tym N. i K. Nazwy tych miejscowości chor. A. O. zapisał w notesie. Zgodnie z wyjaśnieniami plut. T. B. kpt. O. C. powiedział wówczas, że na każdą z wiosek należy wystrzelić po 15 pocisków kasetowych z moździerza M 98. Kpt. O. C. powiedział plut. T. B., że może poprawić swoimi 60-tkami. Dowódca drużyny miał odpowiedzieć, że użycie jego moździerza będzie zbędne z uwagi na siłę rażenia M 98, które spowoduje śmierć wielu osób. W czasie instruktażu prowadzonego przez chor. A. O. ten przekazał, że ich głównym celem jest ochrona moździerza M 98, który otworzy ogień do wymienionych trzech miejscowości. W opisywanym instruktażu miał brać udział ppor. A. P. Po przybyciu na miejsce wykonywania zadania plut. T. B.

został poinformowany przez ppor. Ł. B. i chor. A. O., iż kontaktowali się z kpt. O. C. licząc, że „ochłonął”. Ppor. Ł. B., chor. A. O. mieli także powiedzieć „żeby znowu nie było tak, iż nie wykonali rozkazu” wskazując na wzgórze pomiędzy wioską a zabudowaniami położonymi od nich ok. 1200-1500 m. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami plut. T. B. dowódca 1 plsz (ppor. Ł. B. – przyp. SN) i jego pomocnik (chor. A. O. – przyp. SN) powiedzieli, że „jak będzie gotowy to niech otwiera ogień bez meldowania o gotowości do jego prowadzenia”. Plut. T. B. przyznał, że nakazał st. szer. D. L. oddanie kilku dłuższych serii z WKM w kierunku wzgórza w celach ostrzegawczych oraz zorientowania się co do obecności innych osób. O wydanym rozkazie zostali powiadomieni ppor. Ł. B. i chor. A. O. Plut. T. B. widział strzały z WKM układające się na wzgórzach, a nie na ścianach budynków gospodarczych. Po zacięciu WKM plut. T. B. wydał st. szer. R. . i st. szer. J. J. rozkaz otwarcia ognia z moździerza LM 60 D. Zgodnie z wyjaśnieniami plut. T. B. maksymalna tzw. nastawka wynosiła 2200 m. Pierwszy wystrzelony pocisk spadł kilka metrów za szczytem wzgórza. Na polecenie plut. T. B. zmniejszono nastawy o 10-15 m z przesunięciem około 5 stopni w prawo. Po tej korekcie pocisk trafił w szczyt wzgórza, podobnie jak salwy 4 i 5. Plut. T. B. przyznał, że w trakcie ostrzału, w czasie którego wystrzelono łącznie 24 granaty moździerzowe, dokonywał jego korekt. W jego ocenie w miejscu zabudowań spadły pociski 2 salw środkowych. Wymienione granaty spadły: jeden ok. 50 m od zabudowań, drugi ok. 60 m, trzeci daleko za zabudowaniami, a czwarty był niewybuchem. Zgodnie z wyjaśnieniami tego oskarżonego na stanowisko przybył st. kpr. S. N., który o coś pytał. Plut. T. B. stwierdził, że nie słyszał treści pytania st. kpr. S. N. i wydał polecenie otwarcia ognia salwą. Wybuchła ona ok. 600 m przed nimi, a jeden pocisk okazał się niewybuchem. Po tej salwie przybyli ppor. Ł. B. i chor. A. O., którym zameldował o nieprawidłowościach. Wtedy wystrzelono kolejną salwę, z

której pociski były porzucane blisko ich stanowiska. Po tej salwie ppor. Ł. B. przez radio dostał rozkaz przerwania ognia, który przekazał plut. T. B. Na miejsce zdarzenia dotarł także por. M. J., który również wydał komendę zaprzestania prowadzenia ognia. Plut. T. B. wyjaśnił, że otrzymał telefon satelitarny od ppor. Ł. B., gdyż chciał z nim rozmawiać kpt. O.C. Dowódca ZB „C” miał wtedy powiedzieć plut. T. B., że tam jedzie, by się nie przejmował oraz żeby „wymyślili do tego dobrą historię i coś na to poradzą” (s. 23 uzasadnienia). Wersja o uciekających bojownikach talibańskich została przekazana przybyłemu kpt. O. C. i przez niego zaakceptowana. Plut. T. B. zaprzeczył by pytał kpt. O. C. czy mają strzelać do wioski. Przyznał, iż na monitorze komputera widział mapkę terenu bez zaznaczonych na czerwono okręgów wokół nazw miejscowości i nie widział zakreślonych stref NFA.

Przytoczone wyjaśnienia oskarżonych potwierdzają tezę o sprzecznych relacjach o zdarzeniu począwszy od odprawy w TOC a skończywszy na wydaniu rozkazu o przerwaniu ognia. Nie oznacza to jednak, że w sprawie pojawiły się wątpliwości, których nie sposób wyeliminować. Sąd pierwszej instancji nie dążył do zweryfikowania wyjaśnień ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B. za pomocą innych dowodów w szczególności zeznań świadków uczestniczących w odprawie w TOC, a także interweniujących w momencie prowadzenia ostrzału wioski. Występujące sprzeczności w wyjaśnieniach przecenił nie uwzględniając faktu, że w sposób oczywisty oskarżeni dążą do przedstawienia swoich działań w jak najbardziej korzystnym dla siebie świetle, realizując swoje prawo do obrony. Bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień oskarżonych prowadzi do pozbawionych realiów wniosków. Mianowicie oskarżeni mieli otrzymać rozkaz udziału w popełnieniu przestępstwa zbrodni wojennej, a ich rola sprowadzała się do ochrony mózdzierza M 98. Ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T.B. po odprawie w TOC uzgodnili, iż rozkazu nie

wykonają. Na instruktażu przed wyjazdem chor. A. O. poinformował żołnierzy o rzekomym rozkazie kpt. O. C. odnośnie ostrzelania wiosek z użyciem moździerza M 98. Oskarżeni w wyznaczony rejon jechali z zamiarem ostrzelania wiosek o czym informowali napotykanym polskim żołnierzom. Pomimo takiego założenia doszło do oddawania salw, ale już z moździerza LM 60 D, które były korygowane przez plut. T. B. Skorygowane salwy trafiły nie tylko we wzgórze ale i w wioskę. Zauważyć ponadto należy, że Sąd nie dał wiary wyjaśnieniom ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B. w zakresie w jakim pomówili kpt. O. C. o wydanie im bezprawnego rozkazu prowadzenia ognia do trzech miejscowości, albowiem przedstawiona przez nich wersja jest odosobniona i nie znajduje odzwierciedlenia w pozostałym materiale dowodowym (s. 97 uzasadnienia). Przyjmując taką ocenę należało ustalić przyczyny użycia moździerza LM 60 D. Sąd pierwszej instancji podjął taką próbę lecz poczynione ustalenia nie były poprzedzone analizą dokonaną zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k. Niewłaściwe zrozumienie zadania postawionego w TOC wystąpiło jedynie po stronie ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B. Nie mieli takich wątpliwości pozostali obecni przy stawianiu zadań jak np. kpt. A. B. Zauważyć także należy, że w swoich wyjaśnieniach chor. A. O. i plut. T. B. mówili jedynie o użyciu moździerza M 98. Znamienna także jest ewolucja wyjaśnień oskarżonych co do przyczyn otwarcia ognia. W początkowym okresie powodem otwarcia ognia miało być pojawienie się bojowników talibańskich, następnie rozkaz przełożonego kpt. O. C., a na koniec niesprawna broń i amunicja. Zestawienie powyższych okoliczności, czego zdaje się nie dostrzegał Sąd pierwszej instancji, prowadzi do wysnutego już wniosku o postawach oskarżonych minimalizujących swój udział w tragicznym zdarzeniu. Z poczynionych ustaleń jawi się także obraz kolektywnego dowodzenia 1 plsz, w którym funkcjonowały nieformalne struktury dowodzenia. W tym miejscu przypomnieć trzeba, że sytuację prawną

oskarżonych regulowała ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami Państwa (Dz. U. Nr 162 poz. 1117 ze zm.), a w szczególności jej art. 7 ust.1. Zgodnie z przytoczonym przepisem osoby wchodzące w skład jednostki wykonujących zadania poza granicami państwa podlegają na terytorium państwa obcego przepisom dyscyplinarnym, karnym i porządkowym obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej.

Nie ulega zatem żadnej wątpliwości fakt konieczności przestrzegania przez oskarżonych regulacji zawartych w wówczas obowiązującym Regulaminie Ogólnym Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (sygn. Szt. Gen. 1554/2003). Zgodnie z pkt. 1 powołanego Regulaminu organizacja wojska opiera się na hierarchicznym podporządkowaniu. Funkcję dowódcy wobec żołnierzy, zgodnie z pkt. 4 i 8 cyt. Regulaminu, wykonuje przełożony, który jest przede wszystkim uprawniony do wydawania rozkazów. Odstępstwa od tej zasady zawarto w pkt. 27 Regulaminu. Starszy wydaje rozkaz młodszemu w sytuacjach niebezpieczeństwa zagrażającego jednostce (instytucji) wojskowej lub żołnierzom, jeśli nie ma ich przełożonego, zachodzi konieczność jednego kierownictwa podczas wspólnego działania różnych jednostek (oddziałów, pododdziałów) wojskowych – jeśli między ich dowódcami nie ma zależności służbowej, naruszania przez młodszych prawa lub dyscypliny wojskowej lub zakłócania porządku prawnego. W rozpatrywanej sprawie nie zachodziły opisane wypadki, a zatem jedynym adresatem rozkazu wydanego przez kpt. O. C. był ppor. Ł. B. Zasadne będzie także odwołanie się do zapisu pkt. 25 Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych RP, zgodnie z którym w szczególnie uzasadnionych wypadkach podwładny może wystąpić o wydanie rozkazu na piśmie, zwłaszcza gdy dotyczy on zadania do wykonania w specyficznych warunkach lub w sposób odmienny

od ogólnie przyjętych zasad. Rozkazodawca ma wtedy obowiązek uwzględnić ten wniosek, a podwładny rozkaz wykonać. W niniejszym postępowaniu kpt. O. C. miał, zgodnie z wyjaśnieniami oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A.O., plut. T. B., wydać rozkaz ostrzelania wiosek, obiektów niebronionych, a zatem rozkaz udziału w popełnieniu zbrodni wojennej. Pomimo takiej sytuacji żaden z wymienionych oskarżonych nie zareagował, nie wykorzystał regulaminowych uprawnień godząc się na surową odpowiedzialność karną. Immanentną cechą rozkazu jest jego stanowczość, jednoznaczność, zwięzłość i zrozumiałość. Brak tych cech daje wykonawcy uprawnienia z cyt. już pkt. 25 Regulaminu Ogólnego. Rozkaz powinien mieć taką formę, z której w sposób jednoznaczny, nie budzący żadnych wątpliwości wynikało, że nie jest to prośba, sugestia czy też życzenie przełożonego. Stąd wniosek, iż działanie żołnierza, nie wynikające z wyraźnej decyzji, polecenia przełożonego a wynikające z subiektywnej oceny jego roli nie stanowi wykonania rozkazu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 1973 r., Rw 542/73, Lex 21574). Sąd pierwszej instancji nie ustosunkował się do opisanych okoliczności w realiach niniejszej sprawy konsekwencją czego był brak ustalenia przyczyn użycia moździerza LM 60 D. W zaskarżonym wyroku przyjęto, że przyczyną ostrzału było mylne zrozumienie rozkazu kpt. O. C. Nie ustalono natomiast, kto wydał rozkaz użycia moździerza LM 60 D. Przytoczone na wstępie wyjaśnienia oskarżonych ppłk. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B. przybierają formę wzajemnych pomówień czego w uzasadnieniu nie oceniono zgodnie z zasadami art. 7 k.p.k.

Trafny jest zarzut prokuratora odnośnie nieuwzględnienia w toku postępowania regulacji zawartych w „Zasadach Użycia Siły” w misji Polskiego Kontyngentu Wojskowego w Afganistanie. W obszernym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie odniesiono się w żaden sposób do

powoływanego dokumentu. Z tego powodu, gdyż ma to znaczenie w rozpatrywanej sprawie, niezbędne jest przytoczenie podstawowych regulacji. Podkreślić należy, iż „Zasady Użycia Siły” stanowią integralną część Rozkazu Dowódcy PKW w Afganistanie nr Z-57 z dnia 15 kwietnia 2007 r. są zatem rozkazem i wiążą wszystkich żołnierzy. Do głównych „Zasad Użycia Siły” należą:

- Prawo do samoobrony (z zachowaniem zasad konieczności i proporcjonalności). Żołnierze i pododdziały mają prawo użycia uzbrojenia w obronie własnej w przypadku zagrożenia bezpośrednim atakiem.
- Prawo do samoobrony musi być zgodne z prawem narodowym a obrona własna, prowadzona w przypadku konieczności z zastosowaniem zasady proporcjonalnego użycia siły do zagrożenia w celu odparcia bezpośredniego lub nieuchronnego ataku.
- Unikanie niezamierzonych zniszczeń. W czasie prowadzenia działań należy unikać lub, jeśli to możliwe, minimalizować szkody towarzyszące użyciu siły.
- Niedopuszczalność podejmowania działań odwetowych.
- Zatrzymanie, użycie siły (użycie uzbrojenia, wykonanie strzałów ostrzegawczych, użycie środków kontroli tłumów lub powzięcie informacji o popełnionym poważnym przestępstwie musi być meldowane drogą służbową (rozdział IV, pkt. 1,2,3,5,6 Zasad Użycia Siły).

Użycie siły (niezbędnych środków) w sytuacjach, kiedy jest to autoryzowane, ma wynikać z właściwej oceny sytuacji i być zgodne z Prawem Konfliktów Zbrojnych (zob. rozdział Wytyczne w Stosowaniu Siły i Zasad użycia siły pkt 1). Z kolei pkt 1 ppkt 1.4 wymienionych Wytycznych określa zasady oddawania strzałów ostrzegawczych. Mogą one być wykonane na

rozkaz starszego (przełożonego) w celu odstraszenia uzbrojonej, wrogo nastawionej osoby lub grupy osób od zakłócenia wykonywanego zadania lub stwarzania zagrożenia dla bezpieczeństwa uczestników operacji ISAF osób o specjalnym statusie lub też zniszczenia mienia o specjalnym statusie.

Użycie strzałów ostrzegawczych winno:

- odstraszać osoby (grupę osób, tłum) stwarzające zagrożenie dla bezpieczeństwa uczestników operacji ISAF tak, aby osoby te odstąpiły od użycia uzbrojenia i w efekcie nie było konieczne bezpośrednie użycie wobec nich uzbrojenia,
- dostosowane do zaistniałej sytuacji oraz zgodne z zasadami konieczności i proporcjonalności, włączając w to uwzględnienie okoliczności, czy osoby (grupa osób lub tłum) są uzbrojone,
- nastąpić w sposób jednoznacznie wskazujący na cel zastosowania tego środka (nie powinno być odczytane, postrzegane jako przypadkowo oddany strzał).

Dodać także należy, iż atakowanie osób lub grup osób, które prowadzą lub bezpośrednio przyczyniają się do wrogiego aktu (nierealizujących rzeczywistego ataku) przeciw siłom ISAF jest dozwolone po uzyskaniu zgody na poziomie RC (Bdc) – dowódcy regionalnego, dowódcy brygady.

Integralną częścią „Zasad Użycia Siły” jest „Karta Żołnierza Sił ISAF”, przy czym jej narodowa wersja może zawierać instrukcje uszczegółowiające postanowienie wspomnianego załącznika nr 1 do rozkazu Z 57.

Zgodnie z regulacjami dotyczącymi generalnych „Zasad Użycia Siły” należy je stosować w niezbędnym minimum do wykonania postawionego

danemu żołnierzowi zadania. Na każdym żołnierzu ciąży obowiązek poszanowania własności prywatnej. „Karta Żołnierza” określa też szczegółowo zasady otwarcia ognia. Strzały ostrzegawcze mogą być oddane przeciwko każdej osobie stanowiącej zagrożenie podczas wykonywania misji lub w samoobronie. Bezpośrednie strzały, w miarę możliwości powinny być poprzedzone wcześniejszym ostrzeżeniem o użyciu broni i oddaniem strzałów ostrzegawczych, w obronie własnej żołnierzy pododdziału, osób posiadających status specjalny, nieuzbrojonych cywili. Dopuszczalne jest otwarcie ognia w samoobronie przeciwko atakowi lub nieuchronnemu zagrożeniu życia żołnierzy lub życia innych osób. Można otworzyć ogień do osoby, która strzela lub celuje do danego żołnierza lub innych osób pozostających w sąsiedztwie albo osoby podkładającej, rzucającej lub przygotowującej się do rzutu materiałów wybuchowych, zapalających. Strzały bezpośrednie mogą być oddane do osoby, która demonstruje zamiar nieuchronnego zamachu na żołnierza lub osoby pozostające w sąsiedztwie. „Karta żołnierza” dopuszcza także możliwość otwarcia bezpośredniego ognia na rozkaz, ale zgodnie z „Zasadami Użycia Siły”, gdy inne środki nie pozwalają na wykonanie zadania. W wypadku otwarcia ognia oddawane strzały muszą być celowane, a w zależności od okoliczności sposób oddania strzałów powinien wyrządzać najmniejszą szkodę. Na żołnierzy nałożono także obowiązki: nie wystrzeliwania większej ilości pocisków niż jest to konieczne, podjęcia starań, o ile jest to możliwe, nie niszczenia mienia.

Sąd pierwszej instancji w zaskarżonym wyroku nie ocenił zachowania oskarżonych w świetle opisywanego dowodu, pomimo jego ujawnienia co doprowadziło do błędów w ustaleniu stanu faktycznego, mających wpływ na treść orzeczenia. Brak oceny zachowania oskarżonych w świetle „Zasad Użycia Siły”, Karty Żołnierza zastąpiono swoistą nadinterpretacją zasady

wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. Ponownie stwierdzić trzeba, że w toku postępowania sądowego nie wyjaśniono przyczyn ostrzału niebronionego obiektu pomimo obowiązywania jednoznacznych regulacji w tym zakresie, a w szczególności zasad otwarcia i prowadzenia ognia na rozkaz, ale zgodnie z Zasadami Użycia Siły. Podniesione okoliczności uniemożliwiają obecnie kontrolę instancyjną uniewinniającego wyroku w części dotyczącej ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B.

Na obecnym etapie postępowania z uwagi na sprzeczności w wyjaśnieniach oskarżonych, które nie zostały usunięte, brak oceny całokształtu dowodów, przedwczesna byłaby kontrola prawidłowości rozumowania ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T.B. odnośnie statusu ostrzelanych zabudowań. Wnioski, które wysnuli wymienieni oskarżeni, nie mogą jednak pozostawać w oderwaniu od opisywanych „Zasad Użycia Siły” oraz innych dowodów w postaci zeznań świadków: [...].

Trafne są zarzuty prokuratora odnośnie nieuwzględnienia całokształtu okoliczności stanowiących podstawę wyroku i braków w uzasadnieniu orzeczenia poprzez pominięcia dowodów z zeznań świadków ppor. A. P., por. M. J., st. szer. P. B., mł. chor. G. K., którzy mówią o zamiarach oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B..

Z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd pierwszej instancji bezspornie wynika, że rozkaz otwarcia ognia z moździerza LM-60 D oskarżonym B. i J. wydał plut. T. B. Rzecz jednak w tym, iż w postępowaniu pierwszoinstancyjnym nie ustalono kto taki rozkaz wydał oskarżonemu plut. B. Relacje oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A. O. i plut. T. B. są w tej części sprzeczne, a Wojskowy Sąd Okręgowy w W. poza przytoczeniem tych sprzecznych wyjaśnień nie dokonał ich kompleksowej oceny.

W opisywanej sytuacji dowodowej sięgnięcie przez Sąd pierwszej instancji do regulacji zawartej w art. 5 § 2 k.p.k. nastąpiło przedwcześnie, bez uprzedniej prawidłowej oceny całokształtu dowodowego. Opisana zasada dotyczy wątpliwości, co do faktów podlegających ustaleniu a nie wątpliwości co do ocen. Podkreślić należy, że uchylenie zaskarżonego wyroku wobec ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. rez. T. B. wynika z konieczności powtórzenia oceny dowodów zgodnie z zasadami swobodnej ale nie dowolnej oceny wszystkich dowodów, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd pierwszej instancji powinien poddać szczegółowej analizie i ocenie wyjaśnienia wymienionych oskarżonych, w konfrontacji z innymi dowodami, dążąc do ustalenia przebiegu odpraw przed wyjazdem, przyczyn ostrzelania niebronionej wioski, roli poszczególnych oskarżonych, w tym zdarzeniu z uwzględnieniem, ich obowiązków służbowych.

W ocenie Sądu Najwyższego niezbędne będzie także uzyskanie kompletnej Instrukcji Obsługi i Użytkowania 60 mm Lekkiego Moździerza LM -60-D oraz tzw. Karty Klasyfikacyjnej. Znajdująca się w aktach sprawy kserokopia Instrukcji, a co umknęło prokuratorowi i Sądowi pierwszej instancji, zawiera tylko 44 strony z 66. W dołączonej kserokopii brak jest zasad obchodzenia się z amunicją, w tym przeglądu skorup pocisków, zapalników, ładunków, obsługi technicznej, a co może mieć decydujące znaczenie dla dokonania ocen zachowań oskarżonych. W zależności od poczynionych ustaleń faktycznych, zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 k.p.k. sąd rozpoznający ponownie sprawę powinien dokonać subsumcji zachowań oskarżonych, także pod kątem ich ewentualnej odpowiedzialności karnej za przestępstwa nieumyślne.

Z uwagi na niekonsekwencję w wyjaśnieniach oskarżonych, ich sprzeczne interesy, zasadne będzie czuwanie nad realizacją prawa do obrony przez aktualnie ustanowionych obrońców.

W aktualnym stanie dowodowym rozpoznanie apelacji obrońcy oskarżonego chor. A. O. uznać należy za przedwczesne (art. 436 k.p.k.).

Pierwszy z zarzutów apelacji prokuratora, który odnosi się do oskarżonych st. szer. R. B. i st. szer. J. J. to zarzut błędnego uznania przez Sąd pierwszej instancji, że dowody zgromadzone w sprawie nie pozwalają na przyjęcie, że żołnierze ci co najmniej godzili się, iż prowadzą ogień do pojedynczych zabudowań, chociaż dowody zgromadzone w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia samych oskarżonych oraz zeznań świadków: por. J., mł. chor. K., ppor. P., st. kpr. N. oraz opinia biegłych z dziedziny balistyki i „Zasady Użycia Siły” uzasadniają uznanie, że wymienieni oskarżeni przewidywali i co najmniej godzili się na ostrzelanie niebronionych obiektów oraz swoją świadomością i wolą obejmowali wystąpienie skutków w postaci uszkodzenia ciała i pozbawienia życia ludności cywilnej. Na poparcie tego zarzutu prokurator w uzasadnieniu apelacji wskazał, że żołnierze ci od momentu wydania im rozkazu w dniu zdarzenia, wiedzieli, iż mieli za zadanie ostrzelanie wioski, a zatem jak chce prokurator, obiektu niebronionego, i rozkaz ten wykonali. Uczynili tak wbrew obowiązujących ich przepisów określających „Zasady Użycia Siły” (tzw. ROE). Skarżący nie wskazał przy tym, które to fragmenty, czy też całość wyjaśnień wymienionych wyżej oskarżonych lub wskazanych w zarzucie środka zaskarżenia zeznania świadków wskazują na błędne ustalenia Sądu pierwszej instancji. W związku z taką treścią zarzutu jak i jego uzasadnienia należy z całą mocą podkreślić, że zeznania określonych tam świadków w żadnym miejscu nie wskazują na zamiar bezpośredni bądź ewentualny tych żołnierzy dokonania zbrodni, której popełnienie zarzucono im w akcie oskarżenia. I tak por. M. J. nie był

świadkiem wydawania tym oskarżonym jakichkolwiek rozkazów w dniu 16 sierpnia 2007 r., w tym rozkazów wydawanych przez oskarżonych ppor. B., chor. O. czy też plut. B. Z tymi oskarżonymi świadek ten nie rozmawiał i o nic ich nie pytał. Identyczna sytuacja zachodzi w przypadku zeznań świadka mł. chor. G. K. Świadek ppor. A. P. był obecny w czasie prowadzenia przez oskarżonego chor. O. instruktażu, kiedy oskarżony ten poinformował żołnierzy 1 plsz, w tym oskarżonych B. i J., że jadą „przeszukać, przetrzepać kilka wiosek”. Jednocześnie świadek ten nie słyszał aby były stawiane zadania dla moździerza LM 60 D, którego obsługę stanowili tego dnia wymienieni oskarżeni. Z kolei świadek st. kpr. S. N., odnośnie oskarżonego B. zeznał, że widział go w pobliżu stanowiska ogniowego moździerza LM 60D, jak stał na dachu wozu bojowego, obok oskarżonego L., który na pytanie tego świadka „czy wiedzą, że w wiosce biegają kobiety i dzieci” odpowiedział: „właśnie do nich strzelamy”. Świadek ten nie przedstawia jednak reakcji oskarżonego B. na to pytanie. Ponadto świadek ten twierdził początkowo, iż to st. szer. M. K. był tym żołnierzem, który ładował moździerz granatami. W toku konfrontacji z oskarżonym B. świadek st. kpr. N. oświadczył, że wydaje mu się, iż ostatnie granaty wrzucał st. szer. K. W tej sytuacji, kiedy to również prokurator przyjmuje, bo przecież tak zapisał w akcie oskarżenia, że to st. szer. B. był żołnierzem ładującym granaty do moździerza, a świadek N. opisuje zdarzenie w taki sposób, że nie odnosi się do zachowania tego oskarżonego, nie sposób uznać zeznań wymienionego świadka za mogących przesądzić o odpowiedzialności karnej st. szer. B. Podobnie należy ocenić zeznania tego świadka odnoszące się do oskarżonego st. szer. J. J., bowiem świadek N. zeznał jedynie, że widział tego oskarżonego klęczącego przy celowniku moździerza. Jest to okoliczność przez nikogo niekwestionowana. W związku z taką treścią zeznań wymienionych świadków, w częściach odnoszących się do oskarżonych st. szer. B. i st. szer. J., należy stwierdzić, że dowody te, wbrew

temu co podnosi się w apelacji prokuratora, nie wskazują na zamiar bezpośredni bądź też ewentualny tych żołnierzy w takim rozumieniu jak chce skarżący. Z kolei z wyjaśnień oskarżonego plut. rez. T. B. wynika tylko tyle, iż wydał on st. szer. B. i st. szer. J. polecenie rozłożenia moździerza LM 60D, a następnie rozkaz otwarcia ognia z tym, że rola oskarżonego J. polegała na ustawieniu celownika tego moździerza, ale według parametrów wskazanych przez uprawnionego do tego przełożonego (plut. B.), korygowaniu tych ustawień, też na rozkaz dowódcy drużyny. Natomiast oskarżony B. łądował pociskami moździerz nie kontrolując kierunku ostrzału. Te wszystkie czynności oskarżeni wykonywali na rozkaz przełożonego wydany w warunkach bojowych, którego wykonania nie mieli powodów kwestionować. Podkreślić w tym miejscu należy, że żołnierze ci mieli prawny obowiązek wykonać ten rozkaz, wszak żołnierzowi za odmowę wykonania rozkazu grozi odpowiedzialność karna (art.343 k.k.). Dla pełniejszego zobrazowania sytuacji, w której znaleźli się ci oskarżeni i powodów powyższej konstatacji Sądu Najwyższego, należy przypomnieć jeszcze raz w niezbędnym zakresie, okoliczności, przez nikogo niekwestionowane, w jakich doszło do rozpoczęcia ostrzału celów wskazanych przez jednego z oskarżonych. Otóż 16 sierpnia 2007r., w godzinach rannych, w czasie wykonywania przez wojska polskie i amerykańskie wspólnego zadania, najpierw amerykański, a chwilę później polski pojazd, został zaatakowany przy użyciu improwizowanych ładunków wybuchowych, doszło do wymiany ognia między żołnierzami ISAF a, najogólniej rzecz ujmując, bojownikami talibańskimi. Polscy żołnierze, po wyeliminowaniu z walki dwóch bojowników (pierwszy z nich został ranny, drugi natomiast ujęty), przeszli do obrony okrężnej, oczekując na posiłki z bazy, przy pomocy których mieli się ewakuować wraz z uszkodzonym sprzętem wojskowym. Oskarżeni B. i J. wiedzą o tych wydarzeniach, pamiętają też, że kilka dni wcześniej polski żołnierz poniósł śmierć w

podobnych okolicznościach. Następnie uczestniczą w zbiórce żołnierzy 1. plsz, w czasie której są informowani o planowanym użyciu moździerz M-98, a więc broni o znacznie większej sile rażenia niż moździerz LM 60D, którego zadaniem jest w takich sytuacjach osłona działań broni o większym kalibrze. Tak więc w tym momencie nie posiadają oni żadnej wiedzy o możliwości ataku na obiekt niebroniony i w konsekwencji dopuszczeniu się zabójstwa ludności cywilnej lub spowodowania u tych osób ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Dla tych oskarżonych żołnierzy, w stopniu starszych szeregowych, informacja jest jasna. Mają jechać na miejsce ataku skierowanego przeciwko polskim żołnierzom i osłaniać działania moździerza M- 98. Nie ma decydującego znaczenia dla oceny prawnej zachowania tych oskarżonych, że określono zadanie dla ostatnio wymienionej broni jako „ostrzeliwanie wiosek”, bowiem z tego sformułowania nie wynika jeszcze, zważywszy na sposób prowadzenia działań zbrojnych w Afganistanie (atakowanie wojsk ISAF przy pomocy rakiet, granatników, ukrytych ładunków wybuchowych przez osoby nie odróżniające się od osób cywilnych), iż obiekty w kierunku których mają być prowadzone działania z użyciem uzbrojenia, są nie bronionymi w rozumieniu art.122 § 1 k.k. Istotne jest w rozpoznawanej sprawie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy oskarżeni, zważywszy na posiadane przez nich stopnie wojskowe i pełnione funkcje, mieli świadomość, że będą wykonywać swoje indywidualne czynności przeciwko tym właśnie niebronionym obiektom, w których przebywa też ludność cywilna. Odpowiedź na to pytanie, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, musi być negatywna. Dowody te przekonują również, że ta świadomość, tych konkretnie oznaczonych oskarżonych nie uległa zmianie, także po dotarciu 1. plsz. w okolice N. Tam właśnie ich przełożeni wydali rozkaz doprowadzenia moździerza LM 60D do gotowości bojowej, a następnie do otwarcia ognia. Z istoty działań zbrojnych wynika, że sytuacja operacyjna jest dynamiczna. Nie

sposób zatem oczekiwać aby dowódcy wyższego szczebla utrzymywali stałą łączność ze wszystkimi żołnierzami i tłumaczyli im jakie zadanie i w jaki sposób mają wykonać na polu walki. Zważywszy na wysoce hierarchiczną strukturę armii dowódca ma mieć kontakt z bezpośrednio podległym mu podwładnym, o ile na skutek działań zbrojnych przeciwnika nie został on zakłócony. Skoro tak to oskarżeni ci mieli pełne prawo przypuszczać, że ich dowódca wydając rozkaz otwarcia ognia z moździerza LM 60D, a więc innego rodzaju uzbrojenia niż była mowa w trakcie stawiania zadania w bazie, wydaje obiektywnie zgodne z prawem polecenie atakowania celów, o których mowa w „Zasadach Użycia Siły”, ponieważ w czasie pokonywania drogi między bazą a okolicami miejscowości N., sytuacja operacyjna mogła ulec zmianie, o czym oni nie musieli wiedzieć. Nie można zarzucić oskarżonym B. i J. działania z zamiarem bezpośrednim czy też ewentualnym również dlatego, że w sprawie nie ma dowodów aby żołnierze ci wiedzieli w momencie ustawiania celownika moździerza i później załadowywania go granatami, iż ten środek walki ma być użyty wobec obiektu niebronionego (art.122 § 1 k.k.) i ludności cywilnej (art.123 k.k.). W momencie kiedy st. szer. B. i st. szer. J. mogli taką informację uzyskać, nie był już prowadzony w tym kierunku ogień. Inni polscy żołnierze, w przeważającej większości, wiedzieli o tym, że w okolicach zabudowań wioski N. nie ma przeciwnika i że z tej strony nie grozi im niebezpieczeństwo. Rzecz jednak w tym, iż byli to żołnierze, którzy przebywali w okolicy już od kilku godzin i obserwowali teren. Wiadomości tych nie mieli jednak oskarżeni B. i J., którzy niezwłocznie po przybyciu na miejsce, jak już wyżej zaznaczono, wykonując rozkaz, rozłożyli moździerz LM 60D i rozpoczęli strzelanie. Oceny tej nie zmieniają unormowania zawarte w „Zasadach Użycia Siły”, których nie można odczytywać wybiórczo. Przecież w „Karcie żołnierza”, stanowiącej integralną część tych Zasad, zapisano, że żołnierz na rozkaz może zostać wezwany, aby przeciwstawić się niebezpieczeństwom

grożącym żołnierzom pododdziału, czy też personelowi ISAF. Skoro tak to oskarżeni mogli przypuszczać, że otrzymując rozkaz od przełożonego działają właśnie w warunkach określonych w „Karcie żołnierza”. Taka ocena nie oznacza jednak bezkarności osób wydających rozkazy żołnierzom wykonującym zadania na polu walki. I dlatego aby również te kwestie wyjaśnić w sposób nie budzący wątpliwości, uchylono orzeczenie wobec przełożonych tych oskarżonych plut. rez. B., chor. O. i por. B.

Skoro Sąd pierwszej instancji dokonał w przedstawionym wyżej zakresie prawidłowych ustaleń faktycznych to podniesione w apelacji prokuratora zarzuty związane z tymi zagadnieniami należało uznać za niezasadne.

Jak wiadomo prokurator zaskarżył wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W. co do winy, a więc apelacja została zwrócona przeciwko całości wyroku. Ponadto oskarżyciel postawił zarzut obrazy przepisu art. 11 § 1 k.k. poprzez nieodniesienie się do możliwości zakwalifikowania czynu ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. T. B., st. szer. Rez. R. B. i st. szer. J. J. z art. 354 § 2 k.k., polegającego na nieostrożnym użyciu broni w postaci moździerza LM 60 D i nieumyślnego spowodowania śmierci i ciężkich uszkodzeń ciała obywateli Islamskiej Republiki Afganistanu. Z uwagi na uchylenie orzeczenia Sądu pierwszej instancji odnośnie oskarżonych B., O. i B. odniesienie się do tego zarzutu w części dotyczącej tych oskarżonych byłoby z oczywistych względów przedwcześnie. Taki zakres zaskarżenia orzeczenia pozwala jednak Sądowi Najwyższemu na korektę przyjętej przez Sąd pierwszej instancji podstawy uniewinnienia oskarżonych st. szer. B. i st. szer. J. Jak już wyżej zaznaczono Wojskowy Sąd Okręgowy prawidłowo wyeliminował działanie tych oskarżonych z zamiarem bezpośrednim i ewentualnym co do zarzucanych im w akcie oskarżenia zbrodni. Prawidłowo ustalił też, że oskarżeni ci działali

na rozkaz uprawnionego podmiotu, tj. dowódcy drużyny i nie był to w ich świadomości rozkaz bezprawny. W tej sytuacji należało rozważyć w realiach rozpoznawanej sprawy czy do zachowania tych oskarżonych ma zastosowanie kontratyp, o którym mowa w art.318 k.k. Zgodnie z treścią tego przepisu nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo. Ustawodawca określił zatem, niezbędne warunki, od spełnienia których uzależnił brak winy po stronie sprawcy czynu. Nie budzi wątpliwości, że art.318 k.k. ma zastosowanie do żołnierzy oraz odpowiednio, na podstawie przepisów szczególnych, do funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Straży Granicznej, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Służby Więziennej oraz do strażaków. Z kolei wykonaniem rozkazu (polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem – art.115 § 18 k.k.) w rozumieniu art.318 k.k. jest tylko takie działanie lub zaniechanie, które zostało przez rozkazodawcę wprost nakazane, albo bez którego wykonanie rozkazu byłoby niemożliwe. Tylko w takich sytuacjach podwładny może uwolnić się od odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwo, nie odpowiada on też za skutki, które były koniecznym następstwem wykonania rozkazu (wyrok Sądu Najwyższego z 4 listopada 2011 r., V KK 164/11, OSNKW 2012, z.2, poz.16). Należy też pamiętać, że z ochrony przewidzianej w art.318 k.k. nie korzysta rozkazobiorca, który w wykonaniu rozkazu umyślnie dopuszcza się przestępstwa. W rozpoznawanej sprawie oskarżeni st. szer. B. i st. szer. J., wykonując obowiązki służbowe w składzie 1. plsz. Polskiego Kontyngentu Wojskowego w Afganistanie, pierwszy z wymienionych żołnierzy – ładując pociskami moździerz LM 60 D, drugi z nich – ustawiając namiary tej broni, działali wykonując wprost, wiążący ich w

opisanej już wyżej sytuacji faktycznej, rozkaz swojego bezpośredniego przełożonego, dowódcy drużyny. Jak wcześniej zaznaczono oskarżeni ci byli przekonani o konieczności wykonania tego rozkazu i nie mieli świadomości przestępnego charakteru czynności wykonawczej. A skoro ustalono, że w zachowaniu tych oskarżonych, wykonujących rozkaz, brak jest przesłanek wskazujących na to, że chcieli lub godzili się na wykonanie polecenia będącego w swej istocie popełnieniem przestępstwa, to należało zmienić kwalifikację prawną podstawy uniewinnienia st. szer. B. i st. szer. J. przez uzupełnienie jej o przepis art. 318 k.k. i stwierdzenie, że nie popełnili przestępstwa.

Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych opisany w pkt. 4 odnoszący się do oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd pierwszej instancji w odniesieniu do czynu zarzucanego oskarżonemu st. szer. rez. D. L. jest zasadny.

Sąd orzekający przytaczając zeznania różnych świadków, słuchanych kilkakrotnie, eksponował rozbieżności w tych zeznaniach, podobnie czynił także z wyjaśnieniami współoskarżonych. Następnie dowolnie sięgając do zasady określonej w art. 5 § 2 k.p.k. wątpliwości te rozstrzygnął na korzyść oskarżonego st. szer. rez. D. L. nie zauważając, że w art. 5 § 2 k.p.k. określono, że jedynie nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego.

Sąd nie może uchylać się od podejmowania decyzji, którym dowodom daje wiarę, a którym jej odmawia. Obowiązkiem sądu jest taką decyzję podjąć i należycie ją uzasadnić zgodnie z wymogami art. 7 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k.

Konsekwencją takiego błędnego rozumowania Sądu pierwszej instancji (że w sprawie występują wątpliwości, których nie da się usunąć) jest to że po drobiazgowym zacytowaniu wyjaśnień oskarżonych i szeregu świadków, Sąd przyjmuje za prawdziwą wersję, iż oskarżony L. strzelał z WKM na wzgórze w celach ostrzegawczych, a także dla sprawdzenia broni (k.154 uzasadnienia wyroku). Sąd orzekający nie zauważył, że ta wersja jest niezgodna z wyjaśnieniami samego oskarżonego L., które Sąd sam cytuje na k. 127 (uzasadnienia wyroku), z których wynika, że oskarżony pierwszą serię wystrzelił w kierunku wzgórz, następnie ogień przeniósł na prawo od wioski, widział zabudowania tj. lepiankę i budynek w kształcie litery „C”, jego zdaniem kilka pocisków z WKM trafiło w tę lepiankę, choć tego nie chciał. To, że strzelano z WKM do budynku wynika z zeznań świadków [...] czy też st. szer. M. W., któremu oskarżony L. mówił, iż z WKM-u wystrzelił 2-3 serie w kierunku budynku, ale nie widział tam żadnych ludzi. Sąd nie rozważał prawdziwości twierdzeń, że oskarżony oddał strzały dla sprawdzenia broni, chociaż ustalił, że w czasie drogi z bazy na miejsce zdarzenia już wcześniej oddawał strzały z broni w celu jej sprawdzenia. Brak również rozważań czy strzelanie ostrzegawcze pozostawało w zgodzie z „Zasadami Użycia Siły”. Mimo obszerności uzasadnienia wyroku nie sposób w nim doszukać się rozważań dotyczących wiarygodności rozkazu ostrzelania wzgórz, przyczyn, które spowodowały, że oskarżony L. przeniósł ogień na prawo od wioski i dlatego trafił w zabudowania wioski.

Powyższe przemawia także za trafnością zarzutów apelacji prokuratora mających postać obrazy przepisów postępowania karnego, mającego wpływ na treść orzeczenia opisanych w pkt. 1 i 5 w odniesieniu do oskarżonego L.

Kolejny z zarzutów apelacji prokuratora wskazywał na błędne procedowanie Sądu pierwszej instancji, które miało polegać na niezapoznaniu

się przez Sąd pierwszej instancji z niejawnymi dokumentami i zeznaniami świadka znajdującymi się w niejawnych aktach wydzielonych (obraza art.410 k.p.k. w zw. z art.7 k.p.k. w zw. z art.424 § 1 pkt 1 k.p.k.). W związku z tym zarzutem należy stwierdzić, że analiza niejawnych akt wydzielonych, będących przecież pełnoprawną częścią materiału dowodowego sprawy, wskazuje na brak podpisów dwóch członków składu orzekającego na karcie zawierającej podpisy osób zapoznających się z tymi aktami. Doszło zatem do oczywistej i rażącej obrazy wskazanych w apelacji przepisów postępowania. Rzecz jednak w tym, że aby doszło do zmiany lub uchylenia orzeczenia z uwagi na naruszenie przepisów postępowania należy ustalić, iż stwierdzone uchybienie mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, co nie tyle zależy od wagi stwierdzonego uchybienia ile od realiów oraz szczególnych okoliczności sprawy (por. S Zabłocki, Postępowanie odwoławcze w nowym Kodeksie Postępowania Karnego, Komentarz praktyczny, Warszawa 1997, s.80). W rozpoznawanej sprawie, pomimo stwierdzonych uchybień, nie można uznać, że mogły mieć one wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Prokurator nie wskazuje też w uzasadnieniu apelacji w jakim zakresie niezapoznanie się przez Sąd pierwszej instancji z tymi dowodami mogło mieć wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia. Analiza tych dowodów wskazuje, że mówią one o faktach nie kwestionowanych przez strony, a zeznania wskazanego świadka dotyczą informacji uzyskanych przez niego od osoby, która słyszała relacje o zdarzeniach w okolicach wioski N. od jednego z będących tam polskich żołnierzy. Były to więc zeznania o wrażeniach osoby, która nie była bezpośrednim świadkiem zdarzenia, relacjonowała jedynie wiadomości od uczestnika zdarzenia. Co więcej żołnierz, który miał tych informacji udzielić był bezpośrednio przesłuchany przez prokuratora, a później przez sąd i jego zeznania, co do zasadniczych kwestii, nie były przez nikogo kontestowane.

Odnosnie zarzutów apelacji prokuratora oznaczonych, jako pkt II 6) i pkt II 7) Sąd Najwyższy, procedujący w tej sprawie, w pełni podziela pogląd wyrażony już wcześniej w tej materii przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 3 grudnia 2008 r., sygn. WZ 66/08, (R-OSNwSK 2008, poz.2508). Sąd pierwszej instancji rozpoznając ponownie sprawę będzie miał na uwadze poczynione tam rozważania oceniając dowody dotyczące obrażeń ciała osób pokrzywdzonych jak również przebiegu procesu ich leczenia. Ponadto Sąd ten przesłuchując ponownie świadków [...] ustali czy wymieniony w zarzucie apelacji w pkt. II 8) tłumacz miał możliwość obserwacji zdarzenia, jakie miało miejsce w dniu 16 sierpnia 2007 r. i w zależności od tych ustaleń podejmie decyzję o przesłuchaniu tej osoby, jeżeli oczywiście jest możliwe ustalenie personaliów tego tłumacza i jego aktualnego miejsca pobytu.

Zważywszy na uchylenie orzeczenia Sądu pierwszej instancji wobec oskarżonych ppor. Ł. B., chor. A. O., plut. rez. T. B. i st. szer. rez. D. L. z powodu rażącej obrazy przepisów postępowania mogącej mieć wpływ na treść orzeczenia, rozważenie zarzutów obrazy przepisów prawa materialnego okazało się przedwczesne.

Z tych wszystkich powodów Sąd Najwyższy orzekł jak na wstępie.