

POSTANOWIENIE

Dnia 7 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

w sprawie **M. J.**

oskarżonego z art. 267 § 1 k.k. w zb. z art. 267 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 7 czerwca 2017 r.,

kasacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej subsydiarnej

od wyroku Sądu Okręgowego w R. z dnia 30 sierpnia 2016 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G. z dnia 7 marca 2016 r.,

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. obciążyć oskarżycielkę posiłkową subsydiarną **Ż. J.**

kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

M. J. został oskarżony o to, że w okresie od sierpnia 2012 roku do dnia 17 stycznia 2014 roku w G., działając w warunkach czynu ciągłego, w celu uzyskania informacji do której nie był uprawniony dotyczących prywatnego życia **Ż. J.**, prywatnych rozmów **Ż. J.** ze swoją córką **A. J.** oraz innych prywatnych rozmów **Ż. J.**, używał urządzenia podsłuchowego w mieszkaniu **Ż. J.** w G. w postaci telefonu komórkowego **F.**, poprzez aktywowanie w nim funkcji umożliwiającej podsłuch i

rejestrację rozmów osób pozostających w pobliżu telefonu, to jest o czyn z art. 267 § 1 k.k. w zb. z art. 267 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w G. wyrokiem z dnia 7 marca 2016 roku w sprawie II K ...2/15 uniewinnił oskarżonego M. J. od popełnienia zarzucanego mu czynu, zasądził od oskarżycielki subsydiarnej Ż. J. na rzecz oskarżonego M. J. kwotę 5579,28 złotych tytułem zwrotu kosztów obrony i na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. orzekł, że koszty procesu ponosi Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej subsydiarnej, który zaskarżył orzeczenie w całości na niekorzyść oskarżonego, na podstawie art. 438 pkt 1, 2 i 3 k.p.k. zarzucając mu:

1. „naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 267 § 3 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, iż oskarżony M. J. nie działał w celu uzyskania informacji dla niego nieprzeznaczonych, w sytuacji gdy oskarżony posługiwał się urządzeniem podsłuchowym w postaci telefonu F., w którym została aktywowana aplikacja umożliwiająca podsłuchiwanie osób znajdujących się w otoczeniu telefonu;
2. obrazę przepisów postępowania, mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego z rażącym naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania i logiką polegające na częściowym odmówieniu wiary zeznaniom [...] w sytuacji gdy zeznania te są spójne, logiczne oraz wzajemnie się uzupełniają, a nadto potwierdzone zostały opinią biegłego;
3. obrazę przepisów postępowania, mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego z rażącym naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania i logiką polegające na pominięciu wniosków płynących z opinii biegłego, z których wynika, że telefon marki F., którym posługiwał się M. J. umożliwia zdalne odsłuchiwanie dźwięków z otoczenia telefonu przy pomocy aplikacji "monitor", która to aplikacja była aktywowana;
4. rażące naruszenie prawa procesowego, mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego z rażącym naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania i logiką polegające na pominięciu wniosków płynących z dowodu z dokumentów w postaci bilingów rozmów oraz

dowodu z opinii biegłego, z której wynika, iż telefonem marki „F.” można zdalnie odsłuchiwać dźwięki z otoczenia telefonu;

5. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu, iż oskarżony nie działał w celu uzyskania informacji dla niego nieprzeznaczonych w sytuacji gdy jak wynika z zeznań świadka T. M., o zamiarze i podsłuchiwanie osób znajdujących się w otoczeniu telefonu F. dowiedział się od samego oskarżonego M. J”.

W konkluzji, pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w G. do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w R. wyrokiem z dnia 30 sierpnia 2016 r. w sprawie V Ka .../16 utrzymał w mocy zaskarżony wyrok zasądając od oskarżycielki subsydiarnej Ż. J. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 100 złotych tytułem opłaty za postępowanie odwoławcze.

Wyrok sądu odwoławczego został zaskarżony w całości na niekorzyść oskarżonego kasacją wywiedzioną przez pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej subsydiarnej, który zaskarżonemu orzeczeniu na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. zarzucił:

1. rażące naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 267 § 3 k.k. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, iż oskarżony M. J. nie działał w celu uzyskania informacji dla niego nieprzeznaczonych, w sytuacji gdy oskarżony posługiwał się urządzeniem podsłuchowym w postaci telefonu F., w którym została aktywowana aplikacja umożliwiająca podsłuchiwanie osób znajdujących się w otoczeniu telefonu;
2. rażące naruszenie przepisów postępowania, mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego z rażącym naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania i logiką polegające na błędnym uznaniu iż oskarżony M. J. nie działał w celu uzyskania informacji dla niego nieprzeznaczonych, w sytuacji gdy oskarżony aktywował funkcję „monitor” w telefonie marki F., która to funkcja umożliwiała odsłuchiwanie dźwięków z całego otoczenia telefonu marki F.;
3. rażące naruszenie przepisów postępowania, mianowicie art. 5 § 2 k.p.k. poprzez jego zastosowanie w sytuacji gdy w niniejszej sprawie brak jest niedających się

usunąć wątpliwości, co do zamiaru oskarżonego M.J., bowiem oskarżony M.J. działał w celu uzyskania informacji dla niego nieprzeznaczonych, co zostało jednoznacznie wykazane opinią biegłego z której wynika, iż urządzenie marki „F.” może służyć jako urządzenie podsłuchowe oraz że aktywowana została funkcja „monitor” w telefonie marki F., która to funkcja umożliwiała odsłuchiwanie dźwięków z całego otoczenia telefonu marki F., a nadto okoliczności te wynikają bezpośrednio z zeznań [...];

4. obrazę przepisów postępowania, mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego z rażącym naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania i logiką polegającą na wyciągnięciu nieprawidłowych wniosków płynących z opinii biegłego, wskazując, iż nie można ustalić iż posługiwanie się przez oskarżonego telefonem marki F. miało na celu uzyskanie informacji dotyczących prywatnego życia Ż. J., w sytuacji gdy z konkluzji opinii biegłego wynika, że telefon marki F., którym posługiwał się M.J. umożliwia zdalne odsłuchiwanie dźwięków z otoczenia telefonu przy pomocy aplikacji „monitor”, która to aplikacja była notabene aktywowana.

Podnosząc powyższe zarzuty, Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w R. do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej subsydiarnej okazała się oczywiście bezzasadna.

Na wstępie należy przypomnieć, gdyż najwyraźniej uszło to uwadze skarżącego, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia wnoszonym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego, a nie orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co wprost wynika z treści art. 519 k.p.k. Oznacza to, że w kasacji nie można podnosić zarzutów typowych dla postępowania apelacyjnego, kwestionujących orzeczenie pierwszoinstancyjne. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu *ad quem* uchybień popełnionych przez sąd a

quo. W tym przypadku jednak na autorze nadzwyczajnego środka zaskarżenia spoczywa obowiązek wyraźnego ukierunkowania podniesionych w tymże środku zarzutów na to stadium procedowania sądu drugiej instancji, w którym doszło do "zaabsorbowania" owego uchybienia (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r., V KK 205/06, LEX nr 260693). Brak jakichkolwiek zarzutów godzących w istotę orzeczenia sądu odwoławczego (np. obrazy art. 433 § 2 czy art. 457 § 3 k.p.k.) powoduje bowiem, iż kasację ocenić trzeba jako próbę ponownej weryfikacji orzeczenia sądu pierwszej instancji. Zarzuty podniesione w kasacji pod adresem orzeczenia sądu *meriti* podlegają rozważeniu przez sąd kasacyjny więc tylko w takim zakresie, w jakim jest to nieodzowne dla należytego rozpoznania zarzutów stawianych orzeczeniu sądu odwoławczego (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 lutego 2009 r., III KK 402/08, LEX nr 491256). Z tych też powodów, co wielokrotnie podkreślał Sąd Najwyższy w swoich judykatach, skuteczność kasacyjnego zarzutu naruszenia czy to art. 7 k.p.k., czy też art. 5 § 2 k.p.k. zależy od wykazania, że Sąd odwoławczy poczynił nowe lub odmienne niż sąd *meriti*, ustalenia faktyczne, naruszając przy tym ujęte w tychże przepisach normy. W każdym innym wypadku podnoszenie pod adresem orzeczenia Sądu drugiej instancji zarzutu obrazy art. 7 k.p.k. lub art. 5 § 2 k.p.k. wymaga jednoczesnego sformułowania zarzutu naruszenia art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2007 r., IV KK 362/06, LEX nr 467527 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2016 r., III KK 129/16, LEX nr 2139251).

Lektura wywiedzonego w niniejszej sprawie nadzwyczajnego środka zaskarżenia wskazuje, że autor kasacji opisanym wyżej wymogom w sposób oczywisty nie sprostął. Nie podnosząc zarzutów naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. podniósł bowiem zarzuty naruszenia art. 7 k.p.k. (punkt 2 i 4 kasacji) oraz art. 5 § 2 k.p.k. (punkt 3 kasacji) w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy utrzymując zaskarżony wyrok w mocy nie poczynił własnych, odmiennych od Sądu Rejonowego, ustaleń faktycznych.

W tej sytuacji jedynie na marginesie należy zatem zauważyć, że zarzutów naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. autor kasacji i tak nie mógłby skutecznie podnieść, a to z uwagi na fakt, iż sąd odwoławczy prawidłowo, w sposób

odpowiadający standardom wynikającym z tych regulacji, rozważył każdy z podniesionych w apelacji zarzutów, czemu dał wyraz w uzasadnieniu swego orzeczenia. I tak:

- do zarzutu podniesionego w punkcie 1 apelacji sąd odwoławczy odniósł się na stronie 3 uzasadnienia swojego orzeczenia (k. 244),
- do zarzutu podniesionego w punkcie 2 apelacji sąd odwoławczy odniósł się na stronie 3 i 4 uzasadnienia swojego orzeczenia (k. 244 i 244 v.),
- do zarzutów podniesionych w punktach 3 i 4 apelacji sąd odwoławczy odniósł się na stronie 4 i 5 uzasadnienia swojego orzeczenia (k. 244 v. i 245),
- do zarzutu podniesionego w punkcie 5 apelacji sąd odwoławczy odniósł się na stronie 2, 3 i 4 uzasadnienia swojego orzeczenia (k. 243 v., 244 i 244 v.).

W świetle powyższych wywodów, zarzuty podniesione w punktach 2 - 4 kasacji jawią się zatem jako oczywiście bezzasadne.

Całkowicie chybionym, choć z nieco innych przyczyn, okazał się również zarzut podniesiony w punkcie 1 kasacji. Mimo bowiem tego, że autor kasacji określił go mianem zarzutu rażącego naruszenia prawa materialnego, tj. art. 267 § 3 k.k., z opisu tegoż zarzutu w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że skarżący w istocie zakwestionował ustalenia faktyczne, które stały się podstawą wniosku, że oskarżony swoim zachowaniem nie wypełnił znamion czynu zabronionego określonych w tym przepisie. Treść zarzutu opiera się bowiem na twierdzeniu, że sąd popełnił błąd przyjmując, iż oskarżony M.J. nie działał w celu uzyskania informacji dla niego nieprzeznaczonych, w sytuacji gdy oskarżony posługiwał się urządzeniem podsłuchowym w postaci telefonu F., w którym została aktywowana aplikacja umożliwiająca podsłuchiwanie osób znajdujących się w otoczeniu telefonu. Powyższy opis jednoznacznie wskazuje, że skarżący podważa ustalenia dotyczące realizacji przez oskarżonego znamion strony podmiotowej występku z art. 267 § 3 k.k., które niewątpliwie stanowią element ustaleń faktycznych (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 6 lutego 2007 r., III KK 280/06, LEX nr 231951). Zgodnie zaś z utrwalonym w judykaturze poglądem, obraza prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu w orzeczeniu, które zostało oparte na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych (tak m.in. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 6 lutego 2017 r., V KK 400/16, LEX nr

2255445). Na wspomnianą kwestię zwracał skarżącemu uwagę zresztą już Sąd Okręgowy, kiedy odnosił się do - tożsamego z analizowanym zarzutem - zarzutu podniesionego w punkcie 1 apelacji (s. 3 uzasadnia wyroku sądu *ad quem* – k. 244).

Na gruncie postępowania kasacyjnego ustalenie rzeczywistego charakteru wspomnianego zarzutu ma zaś znaczenie jeszcze donioślejsze, niż na gruncie postępowania apelacyjnego. Dzieje się tak z uwagi na to, że charakter kasacji, jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia wnoszonego od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego z powodu rażącego naruszenia przez ten sąd prawa sprawia, że niedopuszczalne jest kwestionowanie w tymże środku poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., V KK 457/15, LEX nr 1991147). Nietrafne nazwanie przez skarżącego wadliwości polegającej na przyjęciu za podstawę wyroku błędnych ustaleń faktycznych "naruszeniem prawa materialnego" nie może przy tym prowadzić do ignorowania ustawowej regulacji podstaw kasacji. Nie może ono zatem ani zobowiązywać, ani też uprawniać instancji kasacyjnej do badania - pod pozorem rozpoznawania "zarzutu naruszenia prawa" - zasadności ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku (tak trafnie Sąd Najwyższy w powoływanym wyżej postanowieniu z dnia 6 marca 2007 r., IV KK 362/06).

Konkludując należało zatem stwierdzić, że wszystkie z podniesionych w kasacji zarzutów okazały się bezzasadne i to w oczywistym - pozwalającym na oddalenie kasacji w trybie art. 535 § 3 k.p.k. - stopniu.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono zgodnie z art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążając nimi oskarżycielkę posiłkową subsydiarną.