

**Sygn. akt: II AKa 379/17**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2017 roku

**Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Aleksander Sikora</b>
	<b>SSA Piotr Pośpiech (spr.)</b> <b>SSA Piotr Filipiak</b>
Protokolant:	Magdalena Bauer

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Zabrze del. do Prokuratury Okręgowej w Gliwicach Macieja Świądrycha**

po rozpoznaniu w dniu 16 listopada 2017 roku sprawy

**T. N. s. H. i E.**

ur. (...) w G.

oskarżonego z art. 278 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i inne

na skutek apelacji obrońcy

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 12 czerwca 2017 roku, sygn. akt IV K 129/15

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. zasądza od oskarżonego T. N. na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego oraz opłatę za II instancję w kwocie 100,00 (sto) złotych.

SSA Piotr Filipiak SSA Aleksander Sikora SSA Piotr Pośpiech

Sygn. akt II AKa 379/17

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 12.06.2017 r. (sygn. akt IV K 129/15) na mocy art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k. warunkowo umorzył na okres próby 2 lat postępowanie karne wobec oskarżonego T. N. o przestępstwo z art. 278 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegające na tym, że w okresie od 14.11.2008 r. do 7.09.2010 r. w G., działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, bez zgody osoby uprawnionej, uzyskał w celu osiągnięcia

korzyści majątkowej, cudze programy komputerowe (szczegółowo opisane w wyroku) o łącznej wartości co najmniej 69.418 zł. i na mocy art. 67 § 2 k.k. oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora.

Na mocy art. 67 § 3 k.k. nałożył na oskarżonego obowiązek naprawienia szkody w części poprzez zapłatę w terminie 1 roku od uprawomocnienia się wyroku określonych w nim kwot na rzecz pokrzywdzonych.

Na mocy art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 43a § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego świadczenie pieniężne na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej w kwocie 5.000 zł.

Na mocy art. 45a k.k. w zw. z art. 44 § 1 orzekł wobec oskarżonego przepadek bezprawnie uzyskanych programów komputerowych, zaś na mocy art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił oskarżonemu oraz dyrektorowi Centrum (...) określone dowody rzeczowe.

Na podstawie art. 629 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k. i art. 624 k.p.k. oraz art. 7 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 960 zł. tytułem zwrotu części wydatków, zwalniając go od ponoszenia ich w pozostałej części oraz wymierzył oskarżonemu opłatę w kwocie 100 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca T. N., zaskarżając go w całości na korzyść oskarżonego. Skarżący podniósł zarzuty:

I. obraży przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., art. 5 § 1 k.p.k. w zw. z art. 74 § 1 k.p.k. oraz art. 175 § 1 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 196 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w z. art. 167 k.p.k.,

II. błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, które miały wpływ na treść wyroku.

Z ostrożności procesowej zarzucił również:

III. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 120 § 1 k.p. w zw. z art. 46 k.k., art. 430 k.c., art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 46 § 1 k.k. i w zw. z art. 361 § 2 k.c.

IV. rażąco niewspółmierność zastosowanych przez Sąd środków związanych z poddaniem oskarżonego próbie polegających na warunkowy umorzeniu postępowania karnego na okres próby wynoszący 2 lata, oddanie oskarżonego pod dozór kuratora sądowego, orzeczenie świadczenia pieniężnego w wysokości 5.000 zł.

Podnosząc powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie odmiennie co do istoty sprawy poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzuczanych mu czynów oraz zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów procesu, w tym z tytułu ustanowienie w sprawie jednego pełnomocnika.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Wniesiony środek odwoławczy nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż wszystkie zawarte w nim liczne zarzuty okazały się być bezzasadne. Sąd I instancji nie uchybił przepisom wskazanym w apelacji i nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych, a tym samym brak było podstaw do zmiany wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia przypisanego mu czynu. Okoliczności zaś sprawy, a zwłaszcza stopień społecznej szkodliwości czynu oraz winy T. N. uzasadniały warunkowe umorzenie postępowania na zasadach przyjętych w zaskarżonym wyroku.

Przed przystąpieniem do analizy zarzutów apelacyjnych należy przypomnieć, że przepis art. 278 § 2 k.k. stanowi o uzyskaniu programu komputerowego bez zgody uprawnionej osoby. Przy popełnianiu tego przestępstwa wcale nie musi dojść do zaboru (kradzieży) nośnika z zapisem tego programu (np. płyty CD), gdyż bezprawnym uzyskaniem programu komputerowego jest jego pobieranie poprzez wymianę plików bezpośrednio między komputerami, nieautoryzowane powielanie programu, nielegalne wejście w posiadanie cudzego programu. Program komputerowy jest cudzy, gdy osoba, która go uzyskuje, nie jest ani jego producentem, ani właścicielem i nie posiada innych praw do korzystania z tego programu. Oczywiście sprawca musi działać umyślnie dla osiągnięcia korzyści majątkowej. Przez korzyść

majątkową rozumie się też pożytek odniesiony z unikania opłat licencyjnych związanych z legalnym nabyciem programu. Inaczej mówiąc, sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej poprzez zaoszczędzenie wydatków na legalne oprogramowanie. Korzyść majątkowa rozumiana jest szeroko, może polegać zarówno na uzyskaniu zysku (zwiększenia aktywów), jak i zmniejszeniu pasywów.

Dalsze rozważania należy rozpocząć od stwierdzenia, że Sąd Okręgowy rozpoznając niniejszą sprawę nie dopuścił się obrazy przepisów postępowania wskazanych w zarzutach od I. 1 do I. 7 apelacji. Organ ten przeprowadził wnikliwe i prawidłowe postępowanie, dążąc w jego trakcie do wyjaśnienia istotnych dla prawidłowego wyrokowania okoliczności (art. 366 § 1 k.p.k.), a zebrane dowody poddał ocenom wszechstronnym, mając na względzie okoliczności przemawiające zarówno na niekorzyść, jak i na korzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.), mając na uwadze całokształt okoliczności ujawnionych w trakcie rozprawy głównej (art. 410 k.p.k.), uwzględniając przy tym zasady prawidłowego rozumowania, zasady wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.), co sprawia, iż oceny te pozostają pod ochroną zasady swobodnej oceny dowodów. Efektem trafnych ocen zebranych i ujawnionych dowodów są prawidłowe ustalenia faktyczne, które stały się podstawą do warunkowego umorzenia postępowania w zakresie opisanym w zaskarżonym wyroku.

Ugruntowana linia orzecznicza wymaga od skarżącego, by stawiając wyrokowi zarzut błędnych ustaleń faktycznych wynikający z wadliwej - jego zdaniem - oceny zebranych dowodów wykazał, jakich to konkretnych uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania, zasad wiedzy i doświadczenia życiowego dopuścił się sąd orzekający przy ocenie materiału dowodowego. Nie jest natomiast wystarczającym, by zarzut ten sprowadzał się jedynie do zaprezentowania ocen własnych - odmiennych od zaprezentowanych w wyroku - bądź do polemiki z tymi ocenami. Apelacja wywiedziona w sprawie niniejszej wymogu skutecznego postawienia omawianego zarzutu nie spełnia, bowiem skarżący zaprezentował jedynie własne oceny zebranych dowodów i własne wnioski, a nie wykazał natomiast żadnych konkretnych błędów w tym zakresie.

W tym miejscu trzeba zauważyć, że zdecydowana większość zarzutów apelacyjnych stanowiła powielenie uwag, które skarżący w formie pisemnej kilkakrotnie kierował do Sądu I instancji w toku prowadzonego tam postępowania. Uważna lektura pisemnych motywów zaskarżonego orzeczenia pozwala zaś stwierdzić, że wszystkie one zostały poddane wnikliwej analizie sądu meriti, lecz nie zyskały jego aprobaty. Argumenty w tym zakresie zawarte w obszernym i wyczerpującym uzasadnieniu spotkały się z pełną akceptacją sądu przeprowadzającego kontrolę odwoławczą i to one uczyniły apelację skarżącego w dużej mierze polemiczną.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwoławczych Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności pragnie zwrócić uwagę na bezzasadność zarzutów zawartych w pkt I. 1 i I. 7, w których skarżący poprzez zarzuty naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. kwestionował sprawstwo po stronie oskarżonego, sugerując, że programy komputerowe zostały wgrane na nośniki znajdującego się w jego posiadaniu przez bliżej nieustalone osoby trzecie. W tym zakresie wskazywał na brak odpowiednich zabezpieczeń w miejscu pracy K. N. (1), co umożliwiło osobom postronnym uzyskanie dostępu do jego komputera i innych nośników pamięci. Kwestionował także to, że podczas przeszukania oraz zatrzymania tych przedmiotów przez policję nie zostały zabezpieczone w prawidłowy sposób.

W tym miejscu należy zauważyć, że Sąd I instancji omówił podniesione zagadnienia w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i uczynił to w sposób wielce przekonywujący. Sąd Apelacyjny w całej rozciągłości aprobuję przedstawione tam rozważania, w których skarżący w żaden sposób nie był w stanie podważyć. Niewątpliwie jest prawdą, że nośniki na których ujawnione nielegalne oprogramowanie nie zostały zabezpieczone przed zapisem niezwłocznie po zatrzymaniu ich przez organy ścigania, a uczynił to biegły 9 miesięcy później. Ma rację też skarżący twierdząc, że komputer oskarżonego nie był zabezpieczony hasłem (co błędnie ustalił Sąd I instancji), a dostęp do jego miejsca pracy był możliwy, chociaż w ograniczonym stopniu, dla osób postronnych, co wynika z zeznań przywołanych świadków. Niemniej obrońca sugerując tylko teoretyczną możliwość popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę nie odniósł się do realiów tej sprawy. Nie wskazał także kto inny poza oskarżonym (i z jakiego powodu) miałby zainstalować nielegalne oprogramowanie na dyski, będące na co dzień w jego posiadaniu. Sąd Okręgowy również nad tą zasadniczą kwestią się zastanawiał i nie znalazł odpowiedzi, która mogłaby zwolnić T. N. z odpowiedzialności karnej.

Trudno zresztą prowadzić w tym zakresie abstrakcyjne dywagacje nie odnosząc się dowodów znajdujących się w aktach sprawy, chociażby z wyjaśnień oskarżonego. T. N. jakkolwiek nie przyznawał się do winy to jednak nigdy w swoich wypowiedziach nie wskazał na możliwość popełnienia zarzucanego mu przestępstwa przez osobę trzecią. Podczas pierwszego przesłuchania wyjaśniał jedynie, że nie pamięta w jaki sposób uzyskał nielegalne oprogramowanie komputerowe i nie wie skąd je ściągał. Również przed Sądem wprost nie zasugerował takiej możliwości, a odpowiadając na pytania swojego obrońcy jedynie wskazał pośrednio na okoliczności, które pozwoliły skarżącemu formułować zarzuty w tym zakresie.

Jeżeli żaden dowód przeprowadzony w niniejszej sprawie nie wskazuje na realną możliwość popełnienia przestępstwa z art. 278 § 2 k.k. przez inne osoby, a wina oskarżonego wynika z konkretnych faktów przytoczonych przez Sąd I instancji to nie można stawiać w tym zakresie zarzutu obrazy art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. Nie jest bowiem prawdą, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało kto uzyskał bezprawnie oprogramowanie. Wina oskarżonego w tym zakresie wynika bowiem z treści całokształtu materiału dowodowego, którego ocena prowadzi do jednoznacznego wniosku w tym zakresie. Skoro T. N. nie przyznał się do winy to zaszła potrzeba czynienia ustaleń w oparciu o pozostałe dowody ujawnione w toku przewodu sądowego. Oględziny nośników w zestawieniu z opinią biegłego pozwoliły na wykazanie, że to na przedmiotach zabezpieczonych u oskarżonego ujawniono kilkanaście programów, które zostały tam zainstalowane bez zgody ich właścicieli. Laptop, pamięć przenośna i dwa dyski twarde znajdowały się zazwyczaj w posiadaniu oskarżonego i przez niego co do zasady były użytkowane. Programy te znalazły się na nośnikach w czasie, gdy dysponował nimi oskarżony. T. N. jest zawodu inżynierem informatykiem, posiada tytuł doktora, a więc miał kwalifikacje pozwalające na zainstalowanie i skonfigurowanie tych programów, w taki sposób, aby korzystać z nich nawet pomimo zastosowanych tam zabezpieczeń. Przywołane fakty chociaż wprost nie wskazują na winę oskarżonego przy uzyskaniu cudzych programów komputerowych bez zgody osób uprawnionych to jednak bezspornie w sposób pośredni dowodzą tego faktu. Ani oskarżony, ani skarżący próbując zakwestionować te ustalenia nie wskazali z kolei, kto inny mógłby dopuścić się tego czynu, nie mówiąc też o potencjalnych powodach działania takiej osoby. Jedynym racjonalnym wnioskiem płynącym z przedstawionych faktów jest przyjęcie, że to T. N. dopuścił się przestępstwa z art. 278 § 2 k.k.

Z tego też powodu zarzuty skarżącego należy uznać wyłącznie za zwykłą polemikę z oceną dowodów przeprowadzoną przez Sąd Okręgowy, której autor apelacji nie podważył za pomoc reguł odnoszących się do zasad logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego. W tej sytuacji za bezzasadne należało również zarzut związany z błędnymi ustaleniami faktycznymi w tym zakresie ( pkt II. 1, II. 5 i II. 6).

Kolejna grupa zarzutów I. 2 i I. 3. odnosiła się do problemu tzw. atrybutów legalności programów komputerowych, których brak był jednym z dowodów przesądzających o winie oskarżonego. Dla przypomnienia Sąd Okręgowy uznał fakt nie posiadania owych atrybutów (tj. dowodów zakupów programów, licencji, oryginalnych opakowań, nośników, naklejek licencyjnych) w zestawieniu z danymi wynikającymi z oględzin zabezpieczonego laptopa i nośników za dowody pozwalające stwierdzić, które z ujawnionych tam programów stanowią przedmiot przestępstwa z art. 278 § 2 k.k., a więc cudzy program komputerowy uzyskany bez zgody osoby uprawnionej.

Apelujący podnosząc w tym zakresie zarzuty z art. 5 § 1 k.p.k. w zw. z art. 74 § 1 k.p.k. oraz art. 175 § 1 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. zdawał się jednak nie uwzględniać jednej istotnej kwestii. Podstawą do uznania winy oskarżonego nie stanowił wyłącznie brak owych atrybutów legalności, ale połączenie tej okoliczności z innymi faktami. Sąd I instancji przyjął mianowicie słuszną koncepcję, że o bezprawnym wejściu w posiadanie nielegalnego oprogramowania świadczyło jego zainstalowanie na nośniku przy jednoczesnym braku owych atrybutów legalności oraz ujawnieniu w tym samym folderze tzw. „crack”a lub „keygen”a, a więc programów służących do wyłączenia zabezpieczeń w innych programach przez unieszkodliwienie procedur zabezpieczających. Zestawienie właśnie tych trzech okoliczności w sposób jednoznaczny dowodziło tego, że dany program komputerowy został uzyskany w sposób bezprawny. Sąd odwoławczy z takim wnioskiem w pełni aprobuje, gdyż nie jest bowiem w stanie wytłumaczyć w jakim innym celu miałyby zostać zainstalowane specjalne programy w postaci tzw. „crack”u lub „keygen”a, jeśli nie do przełamania zabezpieczeń posiadanego programu, do którego nie nabyło się uprawnień, a w związku z nie posiada się

wspomnianych atrybutów legalności. Legalnie nabyty program działa bowiem bez potrzeby instalowania tzw. „crack”a lub „keygen”a, a jego nabywca najczęściej jest w stanie przedstawić stosowne faktury, licencje lub inne tego typu atrybuty. Przypomnienie tych założeń przyjętych przez Sad I instancji stanowić musiał punkt wyjścia dla dalszych rozważań odnoszących się do zarzutów zawartych w apelacji.

Niewątpliwie należy przyznać rację skarżącemu, który w ślad za Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu wskazywał, że jedną z podstawowych zasad prawa jest domniemanie niewinności wyrażone nie tylko w art. 5 § 1 k.p.k., ale też art. 42 ust. 3 Konstytucji RP oraz w art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i art. 14 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Konsekwencją zaś domniemania niewinności jest brak po stronie oskarżonego obowiązku dowodzenia swej niewinności wyrażony w art. 74 § 1 k.p.k. (wyrok S.A we Wrocławiu z dnia 27.09.2012 r. sygn. akt II AKa 171/12 Legalis Nr 742373)

Ma zatem rację obrońca, iż oczekiwanie od oskarżonego by wykazywał, że nie dopuścił się zarzucanego czynu, w tym wypadku by przedstawił tzw. „atrybuty legalności” nie znajduje podstaw w procedurze karnej. Jednak to nie wyłącznie dlatego, że oskarżony nie dostarczył owych atrybutów uznano jego winę co do części zarzutów zawartych w akcie oskarżenia. Jak wspomniano to wcześniej wina oskarżonego wynikała z ustalenia trzech istotnych okoliczności, a mianowicie ujawnienia określonego oprogramowania na nośnikach, co do którego oskarżony nie potrafił przedstawić dowodów ich nabycia oraz jednoczesne zainstalowanie programów typu „crack” lub „keygen”, pozwalających obejść ich zabezpieczenia. Dopiero łączne zestawienie tych trzech faktów stworzyło łańcuch dowodów świadczących o bezprawnym uzyskaniu programów komputerowych. Zatem wina i sprawstwo oskarżonego zostały prawidłowo wykazane, co przełamuje zasadę domniemania niewinności z art. 5 § 1 k.p.k.

W świetle powyższego podniesiony zarzut rażącej obrazę art. 74 § 1 k.p.k. i art. 175 § 1 k.p.k. należało uznać za całkowicie nietrafny. Stosownie do treści tego przepisu oskarżony nie ma obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Obrońca nie wskazuje tymczasem nawet cienia dowodu na poparcie tezy, że oskarżonego w toku śledztwa bądź rozprawy zmuszano do dostarczenia dowodów przeciwko sobie lub składania wyjaśnień. Dostarczenie owych atrybutów legalności było tylko i wyłącznie uprawnieniem oskarżonego, które przysługiwało mu w ramach prawa do obrony (tak samo zresztą jak prawo do milczenia z którego przecież skorzystał). Jak wynika to z pisemnego uzasadnienia wyroku przedłożenie odpowiednich dokumentów pozwoliło skutecznie obalić część zarzutów z aktu oskarżenia.

Niezależnie od powyższego z urzędu zostały podjęte działania w wyniku których Politechnika Ś. oraz Centrum (...) nadesłało szereg pism, które pozwoliło zweryfikować zasadność zarzutów stawianych oskarżonemu. Dzięki temu zamiast zarzutu pozyskania bezprawnego pozyskania kilkudziesięciu programów o łącznej wartości 446.940,60 zł. ostatecznie przypisano mu ich czternaście wartych 69.418 zł. Na całkowite zwolnienie oskarżonego od odpowiedzialności karnej nie pozwalał zaś zebrany materiał dowody, który w wystarczającym stopniu wskazywał na jego winę w zakresie kilkunastu programów komputerowych.

Wpływu na niekorzystne rozstrzygnięcie nie mogły mieć zeznania przywołanych w apelacji świadków P. S. i K. N. (2). Pierwszy z nich mówił o braku obowiązku archiwizacji licencji na oprogramowanie na Politechnice (...), oraz o tym, że nie ma tam zatrudnionej osoby odpowiedzialnej za takie licencje. Powyższe stwierdzenie w żaden jednak sposób nie świadczy o tym, aby Politechnika (...) nie przekazała wszystkich informacji co do posiadanych licencji. Wyraźne stanowisko odpowiednich władz uczelni w tym zakresie rozwiewa, wbrew twierdzeniom skarżącego, wszystkie wątpliwości w tym zakresie.

Mając na uwadze to stanowisko należy stwierdzić z kolei, że odwoływanie się do zeznań K. N. (2), jako dowodu na korzyść oskarżonego, jest pełnym nieporozumieniem. Sąd w uzasadnieniu zawarł sformułowanie, iż „nie sposób twierdzić, że pracownicy uczelni technicznej nie są w stanie w sposób uporządkowany i wyczerpujący odtworzyć ówczesnego zakresu uprawnień w zakresie dostępnego tam oprogramowania”. Obrońca w sposób zupełnie dowolny odniósł ten zwrot do wiedzy oskarżonego o przekazywanych mu przez pracodawcę oprogramowaniu. Świadek ten w intencji skarżącego miał temu zaprzeczyć. Rzecz jednak w tym, że cytowany akapit ze str. 17 uzasadnienia w wersji od

13 do 16 dotyczył pracowników uczelni odpowiedzialnych za przesłanie dla potrzeb Sądu pełnej informacji o licencjach dotyczących dostępnego oprogramowania. Zaisntniałe nieporozumienie w oczywisty sposób nie mogło stanowić o naruszeniu przez Sąd art. 7 k.p.k., a w konsekwencji stanowić błędnych ustaleń faktycznych w tym przedmiocie.

Poza tym należy zwrócić uwagę apelującemu, iż odwołując się do powołanego wyżej orzeczenia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu dopuścił się swoistej manipulacji sugerując, że w analogicznej jak u oskarżonego sytuacji zapadło w tamtym postępowaniu korzystne rozstrzygnięcie. Tymczasem w przywołanym wyroku sąd rzeczywiście częściowo zwolnił sprawcę od odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 278 § 2 k.k. uznając, że brak atrybutów legalności nie może stanowić wyłącznego dowodu winy sprawcy. Nie można było bowiem wykluczyć, że programy komputerowe na dyskach twardych komputera, co do których nie ujawniono atrybutów legalności uzyskano od osób uprawnionych, a tylko w czasie procesu nie dysponowano już np. z powodu ich zagubienia dowodami legalnego ich uzyskania. Z takim poglądem niewątpliwie należy się zgodzić, gdyż skazanie w takiej sytuacji procesowej naruszyłoby zasadę domniemania niewinności z art. 5 § 1 k.p.k., o czym była już mowa wcześniej.

Skarżący nie wspomniał jednak, że ostatecznie osoba odpowiadająca w tamtym procesie została również skazana za inne czyny, gdyż znalazła się w takiej samej sytuacji procesowej jak T. N.. „Inaczej rzecz ma się z drugą grupą programów znajdujących się na dysku tego komputera tymi mianowicie, których kopie zostały uzyskanie przy wykorzystaniu programów łamiących zabezpieczenia programów komercyjnych. Obecność tych programów oznaczonych jako „crack”, „keygen” (generuje nielegalne klucze do instalacji oprogramowania) i serial (klucze do programów komercyjnych zapisywane w wersji elektronicznej w plikach tekstowych czego nie czynią producenci) stwierdził biegły ... i wskazał .... których programów komercyjnych one dotyczą. W tych wypadkach nie budzi wątpliwości, że wersja zainstalowanych programów nie została .... uzyskana od podmiotów uprawnionych. W takim bowiem razie nie zachodziłaby potrzeba posługiwania się kodami pokonującymi zabezpieczenia przed nielegalnym użyciem programów.” Zatem analogicznie jak w niniejszym postępowaniu ta sama grupa dowodów stanowiła o winie sprawcy.

Kolejna grupa zarzutów zawarta w pkt I. 4, I. 5, I. 6 i I. 7 odnosiła się do opinii biegłego z zakresu informatyki D. P..

Sąd Apelacyjny w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 196 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. i art. 7 k.p.k. nie podzielił stanowiska skarżącego, aby istniała wątpliwość co do wiedzy i bezstronności biegłego nakazująca jego wyłączenie od opiniowania. W zasadzie całość argumentacji w tym zakresie wyczerpuje uzasadnienie Sądu I instancji, który na str. 17 - 18 uzasadnienia odniósł się do zgłaszanych już wcześniej zastrzeżeń w tym przedmiocie.

Warto nadmienić, że w charakterze biegłego może być powołana każda osoba, także spoza listy biegłych, jeżeli ma odpowiednie kwalifikacje zawodowo-specjalistyczne. D. P. jest wpisany na listę biegłych sądowych. obrońca nie przekonał swoimi argumentami, aby ujawniły się okoliczności wskazujące na to, że brakuje mu stosownych kwalifikacji zawodowych. Z kolei sam fakt, iż biegły jest poprzez kontakt na szkoleniach powiązany zawodowy z osobami reprezentującymi pokrzywdzonych nie może być sam w sobie powodem uznania braku bezstronności.

Podnosząc z kolei zarzut obrazy art. 201 k.p.k. skarżący musiał wykazać, że zachodzi którakolwiek z przesłanek wskazanych w tym przepisie, a mianowicie, że sporządzone przez niego opinie są niepełne, niejasne lub wewnętrznie sprzeczne (sprzeczność między opiniami wydanymi w tej samej sprawie nie ma zastosowania wobec tego, że opiniował w sprawie jeden biegły). Nie można podzielić poglądu o niepełności opinii z uwagi na fakt, że biegły nie ustalił kto, kiedy i w jakich okolicznościach uzyskał bezprawnie programy komputerowe. Oceny biegłego tych informacji nie zawierały, gdyż wychodziły poza jej zakres określony postanowieniami prokuratury i sądu. Z tego też powodu ma podstaw do twierdzenia, że opinie nie są pełne. Brak także jakichkolwiek podstaw do uznania, że opinie te są niejasne czy też wewnętrznie sprzeczne. Przeciwnie, jak słusznie zauważył Sąd I instancji, są one logiczne, zawierają tok rozumowania biegłego, z którym w pełnej zgodności pozostają wnioski. To, że skarżący nie podzielił tychże wniosków, nie może oznaczać, iż są one wadliwe, a próby podważenia ich oceny należy uznać za chybione. Sąd wskazał z jakich powodów podzielił przyjętą przez biegłego metodologię ustalenia wartości poszczególnych oprogramowań. O ich

wartości decyduje cena producenta lub w przypadku jej braku aktualna cena rynkowa, a nie potencjalna możliwość nabycia jej w niższej cenie z uwagi na określonego rodzaju zniżki.

Skarżący zarzuca przy tej okazji Sądowi I instancji obrazę art. 167 k.p.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodów zezwalających na ustalenie tejże wartości, przy czym nie wskazuje jakiego rodzaju dowody miałyby zostać na tę okoliczność przeprowadzone. Zarzucając obrazę art. 167 k.p.k. sam skarżący nie określa, jakiego innego dowodu na tę okoliczność nie przeprowadzono - z jednej strony zatem nie zgadza się z metodą przyjętą w I instancji (nie uzasadniając przy tym należyście, z jakich powodów ją kwestionuje), z drugiej nie podejmuje nawet próby wskazania, jego zdaniem, właściwej metody prowadzącej do ustaleń w tym względzie. Ustalenie wartości programów w toku postępowania może zostać dokonane różnymi dowodami. Niejednokrotnie są to zeznania pokrzywdzonego, czasem opinia biegłego określonej specjalności, czasem stosowna dokumentacja (np. faktura, paragon, umowa sprzedaży itp.). W niniejszej sprawie biegły przekonywująco uzasadnił metodologię przyjętą dla określenia wartości oprogramowania przyjmując w pierwszej kolejności ceny producentów, a w przypadku ich braku ceny rynkowe. Sąd Apelacyjny nie widzi powodów, aby kwestionować rzetelność wartości podawane przez autorów oprogramowania. Jasnym jest też, że brak takich cen zachodzi w sytuacji, gdy oprogramowanie nie jest już produkowane, więc jego wartość kształtuje rynek w sytuacji, gdy określony towar znajduje się jeszcze w sprzedaży. Znamienne jest to, że Sąd Okręgowy nie podchodził do opinii biegłego zupełnie bezkrytycznie, gdyż odmiennie ocenił sytuacji, gdy dany program nie jest już przedmiotem obrotu. Uznał mianowicie, że w tej sytuacji nie podstaw do szacowania jego wartości, co z pewnością finalnie było korzystne dla oskarżonego.

W tej sytuacji nie sposób było przyznać rację skarżącemu, który podnosił w tym zakresie zarzut błędnych ustaleń faktycznych. Wnioski wynikające z przeprowadzonych dowodów wskazują, że wysokość szkody wynika z realnej wartości tych programów oszacowanej przez biegłego. Nie sposób zaakceptować poglądu, że w tym zakresie należałoby uwzględnić zniżki przysługujące oskarżonemu jako doktorantowi na uczelni wyższej przy legalnym zakupie oprogramowania, skoro skarżący nie wykazał, aby takie zniżki i w jakiej wysokości na konkretne programy w zarzucanym okresie czasu przysługiwały. Ma też rację Sąd I instancji uznając, że przy wycenianiu wartości szkód wynikłych z popełnienia przestępstwem nie można uwzględniać różnego rodzaju ulg przysługujących uprawnionym klientom.

Brak zatem powodów do zakwestionowania ocen poczynionych w I instancji w tym względzie, jak też ustaleń faktycznych tego dotyczących.

Nie ma racji skarżący zarzucając sądowi obrazę przepisu art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. W tym wypadku zważyć należy, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem sądowym w tym przedmiocie zaakceptowanym powszechnie w piśmiennictwie kwestie związane z opiniami biegłych należy rozważać na tle art. 201 k.p.k. i w związku z tym zasadniczo nie mają w tym wypadku zastosowania reguły wyrażone w art. 170 k.p.k., gdyż mogłoby to prowadzić do sytuacji, że strona niezadowolona z opinii biegłego mogłaby, raz po raz, żądać powołania kolejnych biegłych, aż któryś z nich złożyłby opinię wykazującą to, co strona zamierza udowodnić. Stosownie do art. 201 k.p.k. jeżeli zachodzi sprzeczność pomiędzy różnymi opiniami w tej samej sprawie, można wezwać ponownie tych samych biegłych lub powołać innych. Wymieniony przepis określa więc dyrektywę postępowania, gdy opinie biegłych wydane w tej samej sprawie są sprzeczne, nakazując alternatywne postępowanie polegające na wezwaniu ponownym tych samych biegłych lub powołaniu innych. Jak powszechnie się przyjmuje opinia biegłego jest niepełna, jeżeli nie udziela odpowiedzi na wszystkie postawione mu pytania, na które zgodnie z zakresem posiadanych wiadomości specjalnych i udostępnionych mu materiałów dowodowych może oraz powinna udzielić odpowiedzi lub jeżeli nie uwzględnia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia konkretnej kwestii okoliczności albo też nie zawiera uzasadnienia wyrażonych w niej ocen oraz poglądów. Opinia jest zaś niejasna, jeżeli jej sformułowanie nie pozwala na zrozumienie wyrażonych w niej ocen i poglądów, a także sposobu dochodzenia do nich albo jeżeli zawiera wewnętrzne sprzeczności, posługuje się nielogicznymi argumentami. Natomiast, sprzeczność w samej opinii (sprzeczność wewnętrzna) lub między dwiema albo większą liczbą opinii (sprzeczność zewnętrzna) zachodzi wówczas, gdy w jednej opinii, w dwóch albo większej ich

liczbie, co do tych samych, istotnych okoliczności, dokonane zostały odmienne ustalenia, odmienne oceny albo też z przeprowadzonych takich samych czynności w opiniach tych sformułowane zostały odmienne wnioski.

Sytuacja taka w niniejszej sprawie nie miała miejsca. Sąd Apelacyjny nie doszukał się w opinii zasadniczej oraz w opiniach uzupełniających biegłego D. P. wewnętrznych sprzeczności i takowych nie ma również pomiędzy poszczególnymi opiniami. Nie sposób także przyjąć, że opinie te są nielogiczne i niepełne. Biegły bowiem w sposób logiczny uzasadnił swoje stanowisko i wykazał jakie elementy legły u podstaw takich a nie innych sformułowanych przez niego wniosków i to zarówno ustalania wartości poszczególnych programów, jak i przyjętej metodologii określania tzw. atrybutów legalności, o czym była już mowa wcześniej. Te elementy zostały prawidłowo dostrzeżone również przez Sąd I instancji i ocenione zgodnie z zasadami swobodnej oceny dowodów. W tym miejscu należy zauważyć, że ocena ta nie była zupełnie bezkrytyczna, gdyż wnioski biegłego były prawidłowo weryfikowane. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przytoczono przy tym obszernie rozważania w tym zakresie, które w pełni zyskały aprobatę sądu odwoławczego. W judykaturze utrwalony jest przy tym pogląd, że jeżeli dowód z opinii jest przekonujący i zrozumiały dla sądu, który to obiektywnie i trafnie uzasadnił, to fakt, że dowód ten nie jest przekonujący lub zrozumiały dla strony procesowej, nie może stworzyć podstawy do stosowania przepisu art. 201 k.p.k. (post. S.N. z 12.02.2016 r., III KK 29/16, Legalis nr 1405133)

Kwestionując prawidłowość dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny opinii biegłego poprzez postawienie zarzut obrazy art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. obrońca podniósł problem programów komputerowych „w tzw. wersji „trial” – darmowej udostępnianej przez producentów oprogramowania do pobrania na stronach internetowych producentów, umożliwiające zwykle korzystanie z w pełni funkcjonalnego programu, jednak z ograniczeniem czasu tego korzystania (np. do 30 dni od jego instalacji). Zdaniem skarżącego możliwe jest, że oskarżony uzyskał określone programy w wersji „trial”, a następnie po przełamaniu zabezpieczeń za pomocą programów typu „crack” lub „keygen”, po upływie licencji, użytkował je w dalszym ciągu, ale już w pełnej wersji. Odwołując się do literatury oraz orzecznictwa wywodził, iż takie zachowanie nie stanowi już przestępstwa z art. 278 § 2 k.k., gdyż dany program został już raz legalnie uzyskany, co uniemożliwia jego ponowne uzyskanie.

Sąd I instancji rzeczywiście takiej możliwości nie przewidział i w związku z tym nie prowadził w tym zakresie żadnych rozważań. Jednakże to uchybienie nie mogło mieć wpływu na treść wyroku, gdyż zdaniem Sądu Apelacyjnego przyjęte przez skarżącego założenie jest błędne. Jak powszechnie się przyjmuje „trial” jest to specjalnie zmodyfikowana wersja danego programu umożliwiająca korzystanie z niego w ograniczonym czasowo zakresie. Po upływie ustalonego czasu, zgodnie z licencją wymagane jest uzyskanie wersji pełnej programu albo usunięcie go z określonego nośnika. Używany w tym przypadku wyraz wersja należy rozumieć jako jedną z kilku odmian jakiegoś produktu. To z kolei przesądza, że w przypadku różnych wersji programu komputerowego nie ma do czynienia cały czas z tym samym oprogramowaniem, ale z różnymi produktami. Z tego też powodu należy uznać, że przełamanie zabezpieczeń programu w wersji „trial”, pozwalające na jego korzystanie przez nieokreślony czas, stanowi de facto i de iure uzyskanie nowego programu komputerowego, co pozwala na kryminalizację tego typu zachowań z art. 278 § 2 k.k.

Bezzasadne i to w stopniu oczywistym okazały się zarzuty odnoszące się do obrazy praw materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.), które miały na celu uchylenie nałożonego na T. N. obowiązku częściowego naprawienia szkody z art. 67 § 3 k.k.

W pierwszej kolejności należało odrzucić możliwość stosowania przy orzekaniu w niniejszej sprawie zasad wynikających z treści art. 120 Kodeksu pracy. Zgodnie z jego brzmieniem „w razie wyrządzenia przez pracownika przy wykonywaniu przez niego obowiązków pracowniczych szkody osobie trzeciej, zobowiązany do naprawienia szkody jest wyłącznie pracodawca”. Wbrew jednak twierdzeniom skarżącego przepis ten nie ma zastosowania do szkód wyrządzonych z winy umyślnej, a odmienne poglądy są generalnie nieakceptowane (W. Pardeus, Kodeks pracy. Komentarz, K. W. Baran). Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy, a za nią chroniąca sprawcę regresowa odpowiedzialność pracownika wchodzi w rachubę jedynie w razie szkody z winy nieumyślnej. Umyślność zachowania będącego przyczyną szkody implikuje (...) odpowiedzialność pracownika bez ograniczeń przewidzianych w art. 120 k.p. Tym samym, stopień winy determinuje podmiot legitymowany biernie w procesie odszkodowawczym, wyłączając niejednokrotnie, wbrew literalnemu brzmieniu postanowień KP, odpowiedzialność pracodawcy (E. Poślajko, Wina

pracownika a odpowiedzialność pracodawcy za szkodę osoby trzeciej na podstawie art. 120 k.p., St.Pr.PiPSp. 2011/1/119). Tak też kwestię tę rozstrzygnął Sąd Najwyższy, stwierdzając, że w razie wyrządzenia przez pracownika szkody z winy umyślnej art. 120 k.p. nie znajduje zastosowania i w takiej sytuacji pracownik odpowiada wobec poszkodowanego za naprawienie szkody na zasadach ogólnych (wyrok SN z dnia 2 lutego 2011 r., II PK 189/10). Oskarżony został zaś uznany za winnego popełnienia przestępstwa z art. 278 § 2 k.k., którego dopuścił się na szkodę producentów programów komputerowych umyślnie, co jednoznacznie wyklucza możliwość stosowania regulacji z art. 120 k.p.

Nie ma również racji obrońca odwołując się do treści art. 430 k.c., zgodnie z którym „kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności”. Powołany przepis nie znajduje bowiem zastosowania do przypadków wyrządzenia szkody przez pracownika, a to ze względu na szczególne uregulowanie tego przypadku przez art. 120 k.p. (wyrok SN z 30.05.1980 r., I CR 139/80). W sytuacji osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę art. 120 k.p. stanowi *lex specialis* wobec art. 430 k.c. i wyłącza jego stosowanie.

Niezależnie jednak od przedstawionych powyżej uwag kwestią o zasadniczym znaczeniu, która legła u podstaw odrzucenia tych zarzutów jest stwierdzenie, że art. 120 k.p. ma zastosowanie tylko wówczas, gdy pracownik wyrządza szkodę „przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych”. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że pracownik wyrządza szkodę przy wykonywaniu swych obowiązków pracowniczych wówczas, gdy ta pozostaje w normalnym, wewnątrzorganizacyjnym, funkcjonalnym związku przyczynowym z powierzonymi mu czynnościami, które podjął na podstawie stosunku pracy w celu wykonania zadań związanych z przedmiotem działalności pracodawcy. Taka sytuacja nie zachodzi zaś, gdy pracownik, działający na własną rękę, uzyskuje cudze programy komputerowe bez zgody osób uprawnionych, po to aby ewentualnie wykorzystywać je dla potrzeb zawodowych, gdyż takie działanie nie należy do jego obowiązków pracowniczych.

Z kolei za kompletne nieporozumienie uznać należało odwołanie się przez skarżącego do art. 122 k.p., który to przepis określa wyłącznie odpowiedzialność pracownika za szkodę wyrządzoną pracodawcy z powodu umyślnego niewykonania obowiązków pracowniczych lub niewłaściwego wykonania tych obowiązków. Wynika to chociażby z faktu, że art. 122 k.p. zamieszczony został w rozdziale zatytułowanym "Odpowiedzialność pracownika za szkodę wyrządzoną zakładowi pracy". Oczywistym jest, że w przedmiotowym postępowaniu przepis ten nie może mieć w ogóle zastosowania skoro szkoda została wyrządzona innym podmiotom niż pracodawca zatrudniający oskarżonego.

Wreszcie na akceptację nie zasługiwała ostateczna grupa zarzutów z art. 438 pkt 4 k.p.k. Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się, aby w orzeczeniu o warunkowym umorzeniu postępowania zawarto takie rozstrzygnięcia, które mogłyby mieć charakter rażąco surowych.

Zgodnie z treścią art. 67 § 1 k.k. warunkowe umorzenie postępowania następuje na okres próby, który wynosi od roku do 3 lat i ma do spełnienia dwie zasadnicze funkcje: ma służyć oddziaływaniu wychowawczemu na sprawcę oraz weryfikować postawioną prognozę kryminologiczną. Jest to bowiem okres kontrolowanej wolności, w którym sprawca powinien wywiązać się z nałożonych na niego obowiązków lub środków karnych.

Ustalając długość okresu próby w konkretnej sprawie, sąd powinien kierować się stosowanymi odpowiednio na podstawie art. 56 k.k. dyrektywami sądowego wymiaru kary, a przede wszystkim dyrektywą prewencji szczególnej. Trafnie podkreśla się w literaturze, że im pewniejsza jest prognoza kryminologiczna, tym krótszy powinien być okres próby.

Niewątpliwie oskarżony nie jest osobą w szczególny sposób zdemoralizowaną, co miał zresztą na uwadze Sąd I instancji nie decydując się na wydanie wyroku skazującego. T. N. jest osobą stosunkowo młodą, prowadząca stabilny tryb życia, wcześniej nie karana, posiadającą dorobek naukowy i zatrudnioną w Centrum Informatycznym Politechniki (...) w G.. Nie mniej na ocenę osoby oskarżonego w dużym stopniu rzutuje charakter zarzucanego mu przestępstwa, które z całą pewnością nie można określić jako błahe. Wręcz przeciwnie jako wykształcony informatyk dopuścił się

czynu polegającego na zaborze wielu programów komputerowych na szkodę kilkunastu podmiotów wyrządzając tym samym szkodę o sporej wartości tj. 69.418 zł. Taki charakter przestępstwo wymaga poddania oskarżonego dłuższemu oddziaływaniu poprzez stosowanie odpowiednich środków probacyjnych. Z tego też powodu umorzenie postępowanie na okres 2 lat należy uznać za odpowiedni do potrzeb związanych z potrzebą oddziaływania na oskarżonego, a jednocześnie pozwalający spełnić nałożone na niego obowiązki m.in. naprawienia szkody. W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę na okoliczność, którą akcentował Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu, że dłuższy okres próby pozwolił wydłużyć czas w jakim sprawca winien zrealizować obowiązek naprawienia szkody, co w samo w sobie jest dla niego rozstrzygnięciem korzystnym.

Ponieważ wyrok warunkowo umarzający postępowanie nie wywołuje realnych negatywnych konsekwencji zasadne było skorzystanie z przewidzianej w art. 67 § 3 k.k. możliwości orzeczenia wobec oskarżonego świadczenia pieniężnego. Takie obciążenie pozwoli oskarżonemu przede wszystkim zrozumieć naganność swojego zachowania, wynikająca z faktu popełnienia przestępstwa. Zasądzona od niego suma 5.000 zł. z tego tytułu w pełni odpowiada wszystkim okolicznościom sprawy i jednocześnie nie będzie stanowiła takiej dolegliwości, która nie będzie możliwa do spełnienia. Odpowiadając na argument skarżącego, że kwota taka stanowi  $\frac{1}{4}$  sumy zasądzonej w ramach obowiązku naprawienia szkody to zwrócić należy uwagę, że z drugiej strony jest to zaledwie  $\frac{1}{10}$  wartości szkody wyrządzonej przestępstwem. Przypomnieć w tym miejscu wypada, że zgodnie z treścią art. 43a k.k. wysokość takiego świadczenia może wynieść maksymalnie 60.000 zł.

Obecność kuratora w związku z nałożonymi obowiązkami nie może być traktowana jako zbędna represja, gdyż jego udział w postępowaniu wykonawczym pozwoli sprawować na nadzór nad tym jak przebiega okres próby. Istotą dozoru nie sprowadza się wyłącznie do kontroli przestrzegania przez oskarżonego porządku prawnego w okresie próby, ale w wykonywaniu przez poddanego dozorowi nałożonych na niego obowiązków. W związku ze zgłaszanymi przez skarżącego obawami należy wyrazić też przekonanie, że oskarżony wraz z kuratorem ustalą warunki sprawowania dozoru na warunkach akceptowalnych przez obie strony.

Niezależnie od bezzasadności zarzutów apelacyjnych przeprowadzona kontrola odwoławcza zaskarżonego wyroku nie ujawniła innych uchybień, które należałoby brać pod uwagę z urzędu (art. 439 k.p.k. i art. 440 k.p.k.) i dlatego też Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

W oparciu o treść art. 627 k.p.k. w zw. z art. 629 k.p.k. i z art. 634 k.p.k. zasądzono na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonego kwotę 100 zł. tytułem opłaty za postępowanie odwoławcze oraz zwrot poniesionych w tym postępowaniu wydatków. Zdaniem Sądu Apelacyjnego sytuacja materialna i rodzinna oskarżonego w żadnym razie nie uzasadnia zwolnienia ich od tych opłat.

Mając na względzie wszystkie omówione okoliczności - Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku.

SSA Piotr Filipiak SSA Aleksander Sikora SSA Piotr Pośpiech