

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПОДАННЯ

**про невідповідність Конституції України,
Кримінальному Кодексу України,
діючим Законам України –**

**окремих положень ряду діючих Законів України,
а також правових актів Міністерства освіти та науки
і Кабінету міністрів України,
що регламентують діяльність у сфері виробництва
програмного забезпечення**

I.

Повне найменування органу або посадової особи які направляють конституційне подання згідно прав, наданих Конституцією України та Законом "Про Конституційний суд"

№ з/п	Народний депутат України	Виборчий округ	Підпис
1	Олександр Борис Іванів	299	
2	Гиндурт Ольга Іванівна	161	
3	Челмоков Сергій Дмитрович	337	
4	Толіт Андрій Анатолійович	329	
5	Солонтин Ірина Петрівна	340	
6	Доманський Анатолій Васильович	532	
7	Мішко Ігор Дмитрович	317	
8			
9			
10	Масенко Олександр Миколайович	326	
11	Бабурін Олександр Васильович	318	
12	Криштук Петро Кирилович	305	
13	Сиренко Василь Федорович	313	
14	Гончаренко Георгій Григорович	319	
15	Петренко Володимир Сергійович	336	
16	Борисівський Віктор Валентинович	330	
17	Акісімов Віталій Валентинович	30	
18	Григоренко Олександр Миколайович	303	
19	Жиденко Євген Валентинович	346	
20	Мороз Анатолій Миколайович	83	
21	Кравченко Леонід Васильович	325	
22	Лобода Михайло Васильович	325	
23	Коваленко Володимир Миколайович	338	
24	Родюков Михайло Рузвич	340	
25	Єщенко Володимир Миколайович	334	
26	Горбенко Іван Іванович	298	
27	Анатолієв Валентин Іванович	335	
28	Цибенко Петро Степанович	309	
29	Миря Сергій Петрович	353	

№ з/п	Народний депутат України	Виборчий округ	Підпис
29	Петренко Володимир Олександрович	322	<i>[Signature]</i>
30	Напівбайко Анатолій Михайлович	304	<i>[Signature]</i>
31	Срещаківський Анатолій Володимирович	342	<i>[Signature]</i>
32	Кухарук Микола Андрійович	348	<i>[Signature]</i>
33	Самойленко Катерина Семеновна	310	<i>[Signature]</i>
34	Мирошник Марія Андріївна	369	<i>[Signature]</i>
35	Мельник Іван Іванович	339	<i>[Signature]</i>
36	Катусьєва Зарема Тарасівна	354	<i>[Signature]</i>
37	Лузаків Володимир Іванович	320	<i>[Signature]</i>
38	Синько Сергій Григорійович	109	<i>[Signature]</i>
39	Сиренко Валерій Дмитрович	351	<i>[Signature]</i>
40	Чокмань Сергій Васильович	323	<i>[Signature]</i>
41	Бучко Георгій Володимирович	314	<i>[Signature]</i>
42	Григорук Дмитро Іванович	352	<i>[Signature]</i>
43	Алексєєв Георгій Вікторович	345	<i>[Signature]</i>
44	Богданчук Олександр Валентинович	331	<i>[Signature]</i>
45	Шульга Лариса Олександрівна	333	<i>[Signature]</i>
46	Петров Віктор Борисович	324	<i>[Signature]</i>
47	Антонук Володимир Васильович	318	<i>[Signature]</i>

Всього сорок шість підписів народних депутатів України



Керівник управління кадрів
Г. Савченко

24.11.03

46 *[Signature]*

II.

Відомості про уповноважених за дорученням

Уповноважені за дорученням:

- 1. Народний депутат України Борис Ілліч Олійник**
- 2. Почесний магістр права, президент Асоціації Євро-Азійського співробітництва,
Михайло Дмитрович Сирота**
- 3. Помічник Народного депутата України Юрій Андрійович Радченко**

III.

Повне найменування, номер, дата прийняття, джерело опублікування правових актів, конституційність яких (або деяких положень яких) оспорується

1. Закон України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних” у чинній редакції від 10.07.2003 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 1098-15), – як в цілому, так і особливо в статтях: розділу I – ст. 3, 4.1, 5, 9, 10, розділу II – ст 4;

2. Закон України “Про авторське право та суміжні права” в чинній редакції від 11.07.2001 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 2627-13) в рамках положень ст. 33, п.2 та п.5.

3. Постанова Кабінету міністрів України від 17 травня 2002 року № 674 “Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності” в чинній редакції від 17.05.2002 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 674-2002-п) – у межах ст.9 пункт 8), 10 пункти 3), 4), 5), 13), ст. 14, ст. 20;

4. Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності в процесі виробництва, експорту, імпорту та розповсюдження дисків для лазерних систем зчитування” від 30.01.2002 (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 85/2002) – в пункті 4, абзац 2;

5. Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД в чинній редакції від 09.10.2001 року (джерело опублікування – Інтернет-сервер Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), документ № 998_170) – як в цілому, так і в пункті 1. г. та 2. а, б, г, д.

Повідомлення про відповідний Меморандум, підписаний Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД 28.10.1003 року на наступні 5 років (джерело опублікування – Інтернет-сервер Державного департаменту інтелектуальної власності (www.sdip.gov.ua), адреса документу <http://www.sdip.gov.ua/news/?id=663>)

6. Наказ Міністерства освіти та науки України № 783 від 3.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” на виконання вищезначеного за п.5 Меморандуму № 998-170 (джерело опублікування – Інтернет-портал melitopol.net провайдера Мелітопольського державного педагогічного університету, адреса документу – <http://icc.melitopol.net/postanova.zip>) – у пункті 5, а також “Пояснення до п. 1 Наказу МОН України № 782 від 03.12.2001 р. “Про заходи щодо локалізації та легалізації програмних продуктів Microsoft”, що є частиною цього Наказу, у пунктах 1.1. та 1.2.

IV.

Правове обґрунтування тверджень щодо неконституційності правових актів (деяких положень правових актів)

1. Загальне обґрунтування

Всі перелічені у розділі III правові акти в наведених положеннях – **протиричать Конституції України в статтях 41, 42, 43, 54, 64, 68, та 15** (в частині гарантій економічної багатоманітності) з тієї причини, що однозначно і на виключних засадах регламентують у межах цілої галузі, або державного сектору, або господарства країни в цілому – виробництво і розповсюдження програмного забезпечення лише за однією з кількох можливих моделей.

Цим, в порушення рівних конкурентних умов, надаються ексклюзивні преференції кільком закордонним монополістичним виробникам програмного забезпечення (а окремими правовими актами – конкретно фірмі Microsoft), їх дилерам та партнерам – і обмежуються конституційні права інших, зокрема і місцевих, виробників програмного забезпечення, які працюють за іншими, більш демократичними, моделями виробництва і розповсюдження програмного забезпечення.

Вказані документи безальтернативно визначають як єдино-можливу модель – модель “пропрієтарного” програмного забезпечення. Тобто – комерційного, на яке зареєстроване приватне право власності, і яке при придбанні не передає кінцевому користувачеві основних майнових прав, і зовсім не передає немайнових авторських прав, на зразок права на дослідження та (або) зміну коду програми. Всі інші моделі, згідно цих правових актів, виявляються поза законом. Також неможливим виявляється використання некомерційного програмного продукту.

Інакше кажучи: вказаними в розділі III цього подання правовими актами можливе розповсюдження і придбання програмного забезпечення (надалі також – “ПЗ”) за ліцензійними умовами, прийнятими не для всіх – а лише для певної частини розробників програмного забезпечення. І що важливо – за найбільш “агресивними” щодо прав кінцевого користувача умовами (обов'язковість придбання ліцензії на кожену копію програми, неможливість вільного копіювання, вивчення та зміни коду, самостійної доробки, використання як частини власної програми, тощо).

Ці умови повністю співпадають із умовами, які прийняли для себе кілька великих закордонних фірм (в першу чергу – корпорація Microsoft зі штаб-квартирою в Редмонді, США) – **і водночас унеможливають будь-які альтернативні моделі виробництва і розповсюдження ПЗ**, наприклад – на основі Вільних ліцензій (так зване “Відкрите”, “З відкритим кодом” або “Вільне” програмне забезпечення, ліцензії на яке передають кінцевому користувачеві всі (або більшість) майнових прав, і значну частину авторських немайнових прав (див. визначення Вільного програмного забезпечення та супровідні документи у розділі V).

Таким чином всі, окрім “жорстко-пропрієтарної”, моделі виробництва та розповсюдження програмного забезпечення, виявляються в Україні або забороненими за формальними показниками, або неможливими – через законодавче створення виключно несприятливих умов. Ці (альтернативні) моделі виробництва та

розповсюдження ПЗ виявляються для українського законодавства в кращому випадку “не існуючими”, а в гіршому – об’єктами силового переслідування (як “незаконні”, такі, що не відповідають ряду визначених наведеними в розділі **III** цього подання правовими актами параметрів).

Під цю формальну заборону підпадає як добрий десяток операційних систем для комп’ютерів (починаючи з таких відомих, як Linux, FreeBSD, OpenVMS тощо), так і десятки тисяч (!) прикладних програм для найрізноманітнішого використання – як місцевого, так і закордонного виробництва.

В результаті дії вказаних законодавчих актів створюється прецедент технологічної залежності України від продукції одного монополістичного закордонного виробника, і знищення національної наукової і виробничої бази оригінального програмного забезпечення. Це в цілому **протиричить** також розділу “Загальні засади” **чинної Конституції України** – а саме статтям **1, 3, 8, 15, 17** (в частині, що регламентує захист інформаційної безпеки), **64 та 68**, а також **ставить під сумнів можливість повного забезпечення** щодо виробників Вільного (та іншого “непропріетарного”) програмного забезпечення **статей 21** (в аспекті рівності у правах), **22**(гарантування конституційних прав, недопущення звуження змісту та обсягів існуючих прав при прийнятті нових законів), **34** (в аспекті права на використання і поширення інформації) **Конституції України**.

Окремі положення вказаних актів **протиричать** також **Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”**, а також **протиричать** (або створюють прецеденти виникнення спірних трактувань) ряду статей **Кримінального Кодексу України**.

Оскільки програмне забезпечення є видом інтелектуального продукту – **даним Поданням висувається вимога враховувати всі моделі створення і розповсюдження інтелектуального продукту взагалі та програмного забезпечення зокрема під час підготовки будь-яких майбутніх правових актів, а також внести відповідні зміни до вже існуючих (зокрема і перелічених вище) правових актів** – з метою додержання і захисту конституційних прав національних виробників і розповсюджувачів продукції високих технологій, а також багатьох закордонних фірм, окрім фірми Microsoft, – які, згідно провідних міжнародних домовленостей, мають намір розповсюджувати в Україні свій програмний продукт на рівних та конкурентних умовах.

Окремі правові акти, як “Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД” та “Наказ Міністерства освіти та науки України № 783 від 3.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” – **повинні бути визнані недійсними в цілому, як такі, що грубо протиричать статтям Конституції та іншим актам чинного законодавства, створюючи режим виняткових преференцій для одного окремого закордонного виробника програмного забезпечення** – на шкоду всім іншим виробникам ПЗ, за якою б економічною моделлю (або моделлю розповсюдження свого продукту) вони не працювали.

2. Детальне обґрунтування за кожним із законодавчих актів

2.1. Закон України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних” в чинній редакції від 10.07.2003 (номер 1098-15) (надалі “Закон”):

2.1.1. – **Стаття 3 Закону** (“Розповсюдження на території України примірників... комп'ютерних програм та баз даних, а також їх прокат дозволяються лише за умови їх маркування контрольними марками) – **протиричить частині 1 статті 41 Конституції України** (в контексті користування і розпорядження власністю, результатами інтелектуальної і творчої діяльності), **статті 42** (в частинах права на підприємницьку діяльність, не заборонену законом; захисту конкуренції в підприємницькій діяльності і заборони неправомірного обмеження конкуренції), **43** (в контексті вільного вибору професії та роду діяльності), **54** (в контексті гарантій захисту відповідного типу інтелектуальної власності, а також авторських прав, матеріальних і моральних інтересів, права на результати інтелектуальної діяльності) – **через те**, що за умовами цього ж Закону для виробників та розповсюджувачів “непропріетарного” (зокрема – Вільного) програмного забезпечення неможливо отримати контрольні марки (див. пункт 2.1.3. даного подання, детальний аналіз Статті 5 Закону).

Додатково слід зауважити, що **Стаття 3 Закону**, сформульована як вичерпна, **протиричить статті 6 та статті 8 пункт 5. цього ж Закону** – в сенсі вимог до маркування лише оптичних носіїв (лазерних дисків) та магнітних носіїв. Це говорить про недбалість авторів Закону, які не лише не узгодили його із Конституцією, але навіть не відредагували сам текст до внутрішньо-несуперечливого стану.

2.1.2. **Пункт 1 статті 4. Закону** (“Право на одержання контрольних марок мають імпортери, експортери та відтворювачі примірників... комп'ютерних програм, баз даних) – **створює можливість юридичних колізій за статтями Конституції України 42** (в аспекті права на підприємницьку діяльність, не заборонену законом; захисту конкуренції в підприємницькій діяльності і заборони неправомірного обмеження конкуренції), **54** (в контексті захисту відповідного типу інтелектуальної власності, а також авторських прав, матеріальних і моральних інтересів, права на результати творчої інтелектуальної діяльності) – **через те**, що в переліку пункту 1 статті 4 Закону відсутні, як прямо вказані й перші за значенням суб'єкти, що мають право на одержання контрольних марок – виробники комп'ютерних програм та баз даних, зокрема – автор (автори) комп'ютерних програм та баз даних. Таким чином, виникає небезпека відмови виробникам програмного забезпечення, зокрема Вільного програмного забезпечення, у наданні контрольних марок через те, що вони не є **спеціалізованими** експортерами, імпортерами або відтворювачами примірників. А без контрольних марок вони не зможуть продати свій продукт згідно статті 3 цього ж Закону.

2.1.3. **Стаття 5 Закону** (порядок одержання контрольних марок) **в пункті 1. е)** (необхідність надати для отримання контрольних марок **“копію договору про передачу (відчуження) майнових прав і (або) суб'єктів суміжних прав,** або договори про передачу прав на використання... комп'ютерних програм, баз даних шляхом їх відтворення та розповсюдження примірників, починаючи з договору, за яким майнові права авторів і (або) суб'єктів суміжних прав або права на використання передаються на територію України, або починаючи з договору, за яким майнові права авторів і (або) суб'єктів суміжних прав або права на використання передаються **від первинних (! - автори подання, далі “а.п.”) суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав...”**; необхідність надати “копії зазначених договорів, а також **оригінал договору,** за яким **безпосередньо заявникові** передаються майнові права авторів...”) – **протиричить ч.1 ст. 41 Конституції України** в контексті порушення права володіння, користування та розпорядження власністю та примусового відчуження об'єктів права власності, та **ст.15 Закону України "Про авторське право та суміжні права** (в контексті майнових прав автора на “виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами”).

Згідно статті 5 п.1 е) заявник, який намагатиметься одержати контрольні марки для продажу Вільного (Відкритого) програмного забезпечення – одержати їх не зможе, оскільки Вільні (Відкриті) ліцензії за своєю суттю є цивільним "договором приєднання" про передачу чітко визначеного переліку (як правило – всіх або більшості) майнових, а також деяких немайнових авторських прав. Таким чином, Вільна (Відкрита) ліцензія адресована невизначеному колу осіб на невизначеній території, і виключає будь-яке безпосереднє адресування, поняття “оригіналу” та “копії” договору, тощо. Такі ліцензії, як правило, існують лише в цифровому вигляді (окремий текстовий файл), і являються невід'ємною частиною програм, які публікуються авторами згідно умов відповідних ліцензій.

Отже, норма статті 5 п.1 е) Закону **фактично забороняє розповсюдження вільного ПЗ.** Також вона порушує конституційні права осіб, що правомірно володіють Вільним ПЗ на основі будь-якої з Вільних (Відкритих) ліцензій, і права авторів Відкритого ПЗ – зокрема, викладені в **ст. 15 закону "Про авторське право та суміжні права"** (виключне право автора на використання твору та виключне право автора на дозвіл... використання твору іншими особами).

Вимога надати “Установі” (Департаменту інтелектуальної власності МОН) такі договори створює обмеження у здійсненні автором свого виключного права на дозвіл іншим особам використовувати твір, а отже **порушує також ч. 1 ст. 41 Конституції України,** яка наголошує, що "Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності." Це протириччя розповсюджується не лише на громадян України: оскільки конституційна норма охоплює суб'єкт "кожен", а не "кожний громадянин" – слід тлумачити цю норму широко, включаючи іноземних громадян та осіб без громадянства, які можуть бути авторами Вільного програмного забезпечення.

Слід зауважити також, що в термінах “авторського договору” (адже Закон вимагає надати весь спектр договорів, “починаючи з договору, яким передаються майнові права авторів”) – для великої кількості програмного

забезпечення *будь-якої форми ліцензування* – виконання вимог цього Закону *фізично неможливо забезпечити*. Адже над великими сучасними програмами працюють фізично розподілені (зокрема, і по різних країнах) авторські колективи, які можуть налічувати десятки і сотні окремих юридичних і фізичних осіб. Таким чином, для задоволення вимог ст.5 п.1 е) цього Закону заявникові доведеться зайнятися збиранням відповідної кількості оригіналів авторських договорів або договорів підряду... Для встановлення єдиних правил використання такого програмного забезпечення – сучасна світова практика вводить поняття “ліцензії” – як вичерпного переліку майнових та немайнових авторських прав (зокрема і авторських), та умов їх передачі, – з яким згоден весь авторський колектив виробника відповідного програмного забезпечення, або його (програмного забезпечення) повноправний власник.

У рамках цього Закону протиріччя не вичерпується навіть, якщо “виробника” і “замовника” намагаться трактувати як одну особу для конкретних випадків. Серед ознак примірників, що не підлягають маркуванню (ст. 8 пункт 5) Закону) – Закон вказує на наявність договору підряду між замовником та виробником, що унеможлиблює ситуацію, коли вони співпадають в одній особі (не існує “одностороннього” договору підряду). Про це також свідчить вимога належності авторських прав лише замовнику, але ніяк не виробнику (одна особа не може в один і той же час і мати, і не мати певне право). Отже спосіб, у який відповідні ознаки викладені в законі, свідчить про обов'язковість наявності усіх, а не лише окремих, ознак – як умови “звільнення” від маркування.

2.2. Закон України “Про авторське право та суміжні права” в чинній редакції від 11.07.2001 року (номер 2627-13):

– в рамках положень **ст. 33, п.2 абзац 2** (“...ставки авторської винагороди не можуть бути нижчими за мінімальні ставки, встановлені Кабінетом Міністрів України”) **та п.5.** (“Умови договору, що погіршують становище автора (його правонаступника) порівняно із становищем, встановленим чинним законодавством, є недійсними) –

– **грубо порушує ч. 1 ст. 41 Конституції України**, оскільки обмежує “право кожного розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності”, зокрема **дарувати (або безоплатно передавати) такі результати та майнові права на них необмеженому колу осіб.**

Зокрема: через те що Вільне (Відкрите) програмне забезпечення, згідно відповідних ліцензій, передається необмеженому колу осіб безкоштовно – цим Законом воно забороняється. Адже безоплатність у будь-якому разі є “нижчим” відшкодуванням за “мінімальну ставку, встановлену Кабінетом Міністрів України”, а також будь-яка безоплатна передача прав на твір, з формальної точки зору, “погіршує становище автора” в порівнянні з “оплатною” передачею твору.

2.3. Постанова Кабінету міністрів України від 17 травня 2002 року № 674 “Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності” (надалі – “Постанова”):

– **В статті 9 пункт 8)** (виконання “інших функцій, що впливають з

покладених на нього (державного інспектора) завдань; **статті 10, пункт 5** (у межах наданого Постановою права “вилучати і затримувати” документи та матеріали, які “на думку державного інспектора (*особисту думку?* - *a.n.*) могли бути (*а могли і не бути?* - *a.n.*) вироблені або відтворені з порушенням вимог законодавства); **статті 14** (в аспекті права проведення позапланових (раптових) перевірок суб'єктів господарювання за ініціативою самого ж інспектора, окремого департаменту Міністерства освіти і науки або самого МОН), – **порушує статтю 19 Конституції України**, згідно якої “Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України”.

– **Стаття 14** (в аспекті права проведення позапланових (раптових) перевірок суб'єктів господарювання за ініціативою самого ж інспектора, окремого департаменту Міністерства освіти і науки або самого МОН), – порушує **статтю 30 Конституції України** (в аспекті недопущення проникнення до володіння особи інакше, як за вмотивованим рішенням суду), а також **діюче законодавство України, що регламентує діяльність силових міністерств** (зокрема, Закони України “Про міліцію” та “Про Службу безпеки України”).

Стаття 14, як і Постанова в цілому, також грубо **порушує статтю 5 Закону України “Про оперативно-розшукові дії”** – оскільки дії державного інспектора з інтелектуальної власності (за Постановою) цілком підпадають під визначення “оперативно-розшукових дій” за статтями 1 та 2 Закону України “Про оперативно-розшукові дії”. Проте ні “державного інспектора з питань інтелектуальної власності”, ні “Департаменту інтелектуальної власності” МОН, ні самого Міністерства освіти та науки – немає в списку “Підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність” в Україні згідно статті 5 цього ж Закону, яка є вичерпною.

Згідно Закону, право на таку діяльність мають лише МВС, СБУ, Державна прикордонна служба, Управління державної охорони, органи державної податкової служби, оперативні підрозділи органів і установ Державного департаменту України з питань виконання покарань, а також розвідувальний орган Міністерства оборони України. Остання частина статті 5 Закону України “Про оперативно-розшукові дії” недвозначно вказує, що “**проведення оперативно-розшукової діяльності... підрозділами інших міністерств, відомств, громадськими, приватними організаціями та особами забороняється**”.

– У межах **статті 10 пункт 3)** (право “вимагати від суб'єкта господарювання документів звітності, в тому числі всієї (*всієї господарської?* - *a.n.*) звітності в будь-якій формі”); **пункт 4)** (право “оглядати і вилучати з метою вивчення (? - *a.n.*) на необхідний (*тобто невизначений!* - *a.n.*) термін, а також досліджувати і копіювати будь-які документи”); **пункт 5)** (право “вилучати і затримувати (*тобто конфісковувати!* - *a.n.*) будь-які диски... що на думку інспектора могли бути відтворені з порушенням вимог законодавства”); **пункт 13)** (право “обмежувати та забороняти діяльність суб'єктів господарювання”), статті 14 (право “проведення позапланових (раптових) перевірок за рішенням Держдепартаменту, МОН або особисто інспектора”) – Постанова **протиричить Статті 30 Конституції України** (“Не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду та

обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду”), а також статті 41 абзац 5 (“Право приватної власності є непорушним), абзац 6 (“Примусове відчуження таких (*приватної власності – а.п.*) об’єктів... допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану) та абзац 7 (“Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду...”), а також **протиричить Кримінального Кодексу України** – в статтях 162 пункт 1 та 2 (“Незаконне вторгнення до... володіння особи, незаконне проведення... огляду чи обшуку,.. вчинене службовою особою”), 206 пункт 1 та 3 (“Протидія законній господарській діяльності”) в аспекті “вимоги припинити займатися господарською діяльністю чи обмежити її.. вчиненої службовою особою з використанням службового становища, 356 (Самоправство), 362 пункт 1 (в аспекті “вимагання комп’ютерної інформації або заволодіння нею методом... зловживання службовим становищем), 364 (Зловживання владою або службовим становищем) та 365 (Перевищення влади або службових повноважень).

– Пункти 4 та 5 статті 10 Постанови, в аспекті вилучення будь-яких документів – порушують і статтю 30 (“Комерційна таємниця підприємства”) Закону України “Про підприємства в Україні”, а також Постанову Кабінету Міністрів України від 9 серпня 1993 року №611 “Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці” – оскільки визначення “будь-які документи” є ширшим, ніж перелік із 9 пунктів, наданий Постановою № 611.

Через те, що Вільне програмне забезпечення, зокрема і на лазерних дисках, може не мати жодних ознак “ліцензійності”, важливих для “пропріетарного” програмного забезпечення (безпосередні авторські угоди, голографічні марки, тощо) – згідно цієї постанови державний інспектор з питань інтелектуальної власності *вимушений буде* порушити чинну Конституцію України під час перевірки будь-якого виробника Вільного програмного забезпечення, і припинити його діяльність – діючи, тим не менше, на “власний розсуд” (що **протиричить статті 19 Конституції України**), і не маючи офіційної інформації щодо специфіки виробництва та виготовлення Вільного програмного забезпечення. Це також **протиричить Статті 41 Конституції України** в аспекті права володіння і користування власністю, та примусового відчуження об’єктів приватної власності без повного попереднього відшкодування їх вартості.

– Додатково – у межах статті 10 пункт 3) (право “вимагати від суб’єкта господарювання документів звітності... в будь-якій формі”) – через нечіткість визначення можливі додаткові колізії. Чи означає це, що суб’єкт господарювання повинен видати інспекторові *будь-які документи, в якій би формі вони не були?* Або що інспектор має право *вимагати надання документів у будь-якій формі* (наприклад, не лише паперовій, а й електронній)? І що в останньому випадку робити суб’єктові, якщо у нього немає документів саме в тій формі, яку вимагає держінспектор? Ці питання Постанова №674 залишає без відповіді.

Також слід зауважити, що **Стаття 20** (заборона створення суб’єктами господарювання будь-яких перешкод для проведення перевірки державним інспектором) – створює **небезпеку порушення статей Конституції України**,

що гарантують права особи. Також стаття 20 створює небезпеку виникнення конфлікту між статтями **Кримінального Кодексу 36** (Необхідна оборона) в контексті частин **1** (“захист охоронюваних законом прав та інтересів особи”) та **5** (в контексті “відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення), **162** (Порушення недоторканості житла) в частині пункту **1** (“незаконне... проведення огляду чи обшуку”), **206** (Протидія законній господарській діяльності), з одного боку – та **статтею 342** (“Опір представникові влади”) – з іншого. Який (конфлікт) *неможливо буде однозначно вирішити у випадках, коли суб'єкт господарювання правомірно володіє примірником Вільного (Відкритого) програмного забезпечення і (або) тиражує такі примірники відповідно до прав, наданих Вільною (Відкритою) ліцензією* – а державний інспектор з інтелектуальної власності або не знає про феномен існування Вільного (Відкритого) програмного забезпечення (що є практикою), або з якихось причин ігнорує його, і керується виключно наявними службовими настановами, які не є (як ми бачимо) ні коректними, ні повними.

** Загальною рекомендацією для даної Постанови, яка зняла б частину проблем – могло б бути звуження повноважень інспектора виключно до перевірки підприємств, які є промисловими виробниками копій програмного забезпечення на компакт-дисках (а навіть не самих компакт-дисків як пустих матриць для запису інформації) – згідно ратифікованих Україною міжнародних договорів з приводу особливого контролю над підприємствами-виробниками лазерних дисків, із внесенням відповідної чіткої дефініції до постанови.*

Це не знімає, однак:

а) необхідності виконувати вимоги Конституції України щодо приєднання до міжнародних угод, які протирічать Конституції, лише після відповідних змін в тексті самої Конституції (стаття 9, абзац 2 Конституції України);

б) необхідності для органу, якому доручена діяльність в області охорони інтелектуальної власності, в нормотворчій та практичній діяльності розрізняти, як принципово різні юридичні об'єкти – поняття “виробник програмного забезпечення”, “промисловий виробник програмного забезпечення”, “промисловий виробник носіїв для програмного забезпечення (комп'ютерних носіїв)”, “промисловий виробник комп'ютерних носіїв з програмним забезпеченням” (або “паблішер ПЗ)”, а також “промисловий рівень виробництва”, “комерційний рівень виробництва”, “рівень кінцевого користувача”, тощо. Поки всі ці поняття складають для Міністерства освіти та науки одне, недефініційоване ціле – годі очікувати коректних версій “норм”, які не протирічили б міжнародній практиці, Конституції, та численним іншим законодавчим актам.

2.4. Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності в процесі виробництва, експорту, імпорту та розповсюдження дисків для лазерних систем зчитування” від 30.01.2002 (номер 85/2002):

– В пункті 4 абзац 2 (вимога, що “всі проекти нормативно-правових актів з питань інтелектуальної власності підлягають обов’язковому погодженню центральними органами виконавчої влади з Міністерством освіти і науки України”) – **протиричить пункту 7) Статті 92 Конституції України** (“Виключно законами України визначаються... правовий режим власності,.. правові засади і гарантії підприємництва...”) – **через те**, що більш загальна законодавча категорія “власності” повністю включає в себе вужчу категорію “інтелектуальної власності”, а питання офіційного визнання і відповідного законодавчого супроводу Вільного програмного забезпечення безпосередньо стосується **підприємництва** з розробки та модифікації програмного забезпечення.

** Додатково – абзац 2 пункту 4, через нечітке формулювання, створює можливість виникнення колізій із статтею 75 Конституції України, згідно якої “єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України” – через те, що Закони України також є “нормативно-правовими актами”, причому – вищого рівня, ніж будь-які нормативно-правові акти, видані урядовими установами.*

*Таким чином вимога абзацу 2 пункту 4 залишає можливість і такої інтерпретації, що органи виконавчої влади у конкретній сфері діяльності повинні узгоджувати з Міністерством науки та освіти також законопроекти Народних депутатів України та Укази Президента України – що **протиричить** не лише ряду статей діючої Конституції України – а й **Закону України “Про статус Народного депутата України”**.*

*Формально ця “додаткова” проблема може бути частково знята чітким звуженням дії пункту 4 абзацу 2 даного Указу лише до тих проектів нормативно-правових актів, які згідно права законодавчої ініціативи (за Статтею 93 Конституції України) готуються у межах Кабінету Міністрів України. Проте в такому випадку виникає **порушення статті 116, пункт 9) Конституції України** – оскільки цим пунктом завдання “спрямування і координації роботи міністерств, інших органів виконавчої влади” покладається не на якесь окреме міністерство чи його підрозділ – а власне на Кабінет Міністрів України.*

** Слід зауважити, що за результатами дворічної діяльності у сфері інтелектуальної власності, через лобювання лише одного з кількох можливих типів інтелектуальної власності в своїй роботі, а також через перелічені вище в цьому поданні причини – Міністерство освіти і науки виявилось абсолютно невідготовленим для такої роботи. За даними авторів подання – кількість вітчизняних підприємств, що виробляють оригінальне (а не лише перепродають закордонне) програмне забезпечення – скоротилась з 1998 року **принаймні на порядок**, і не в останню чергу – через “просування” Міністерством освіти та науки лише однієї із багатьох можливих моделей розробки і розповсюдження програмного забезпечення.*

2.5. Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД (номер 998_170) від 09.10.2001 року (надалі “Меморандум”):

– в пункті 1. г. та 2. а, б, г, д. – **протирічить абзацу 3 статті 42 Конституції України** (в контексті державних гарантій забезпечення конкуренції в підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції) – як укладена між державним міністерством та іноземною приватною фірмою про безальтернативний контроль значної частини ринку (вся сфера освіти).

Через те, що Міністерство освіти і науки наказом (тобто без організації тендеру та вивчення альтернатив, згідно вимог діючого законодавства України) – визначило “програмні продукти Microsoft як освітні стандарти в Україні” – з цього моменту доступ інших виробників до сектору освіти виявився практично закритим: адже всі вони відтепер завчасно (тобто до проведення будь-якого вивчення або тендера) виявляються такими, що “не відповідають освітнім стандартам”.

** Слід зауважити, що в усьому цивілізованому світі в освіті та науці стандартом де-факто є не “майкрософтівські”, а Unix-подібні операційні системи, багато з яких розповсюджується за Вільними ліцензіями безкоштовно, разом із вихідними кодами, що дає величезні переваги саме освітній та науковій сфері.*

Більше того: через те, що згідно **пункту 1.в. Меморандуму МОН** “створює систему контролю використання програмного забезпечення, яке постачається в рамках програм інформатизації середньої освіти” – Міністерством освіти встановлюється дієвий механізм пропуску до освітньої сфери **виключно** програмного забезпечення фірми Microsoft.

Через те, що програмні продукти Microsoft є комерційним пропріетарним програмним забезпеченням, яке розповсюджуються на платній основі (оплачується кожна ліцензія на кожену інсталяцію програмного забезпечення), а **п.4 Меморандуму** говорить лише про намір безкоштовної заміни на локалізовані версії **вже** легально придбаних нелокалізованих версій ПЗ – **пункт 6. Постанови** (“Міністерство освіти та науки... здійснює постачання легального програмного забезпечення”) – означає (з урахуванням пункту а) Меморандуму (в сенсі визначення продуктів Microsoft як стандарту в освітній сфері) – не що інше, як **зобов'язання надалі закуповувати за державні кошти виключно програмні продукти фірми “Microsoft”**.

Таким чином, **пункти б. та в. Статті 2 Меморандуму протирічать Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” в статтях 5 (Недискримінація учасників) та 6 (“Умови захисту вітчизняного ринку”) Розділу I, а також всього Розділу II (Загальні умови здійснення закупівлі) та III (“Процедури відкритих торгів та торгів з обмеженою участю”)– через недодержання жодної з визначених Законом процедур тендерної (конкурентної) закупівлі, обов'язкової для державних установ та організацій.**

** Практично, повністю в обхід Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” – Міністерство освіти і науки призначило фірму “Microsoft” єдиним постачальником базового програмного забезпечення для сфери освіти, незважаючи на присутність як на світовому, так і на місцевому ринку численних альтернативних пропозицій. Гроші з бюджету активно витрачаються на оплату ліцензій фірми “Microsoft” – в той час, коли на ринку були широко представлені альтернативні програмні продукти за Вільною ліцензією, яка взагалі не передбачає плати за ліцензування, і, на відміну від програмних продуктів Microsoft, ніяк не обмежує використання і кількість копій наданого програмного продукту.*

Всі зафіксовані протиріччя стосуються і **нового, вже п'ятирічного, Меморандуму**, що урочисто підписаний Міністерством освіти та науки і Microsoft **28.10.2003** року. Адже в офіційній інформації про подію на сайті Департаменту інтелектуальної власності МОН зафіксовані слова міністра, Василя Кременя, не про звуження, а про розширення співробітництва в порівнянні із першим (2001 року) Меморандумом: *“Міністр освіти і науки Василь Кремень зазначив, що обидві сторони в цілому виконали зобов'язання Меморандуму. Він висловив сподівання, що в результаті виконання наступного Меморандуму співпраця в галузі ІТ набере більшої динаміки і ширшого масштабу”* (<http://www.sdip.gov.ua/news/?id=663>).

Повного тексту нового Меморандуму в пресі або Інтернет на даний момент (друга половина листопаду 1993 року) немає.

2.6. Наказ Міністерства освіти та науки України № 783 від 3.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” (на виконання вищезначеного за п.5 Меморандуму № 998-170) (далі “Наказ”):

– у **пункті 5** (“Ректорам вищих учбових закладів, директорам наукових установ та підприємств, керівникам структурних підрозділів міністерства, що замовляють, розробляють або узгоджують розробку комп'ютерних програм, передбачати у договорах з виконавцями їх сертифікацію на відповідність вимогам технічних завдань, законодавства України, Державних стандартів та інших нормативних документів.), – **протирічить абзацу 3 статті 42 Конституції України** (в контексті державних гарантій забезпечення конкуренції в підприємницькій діяльності, та недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції). Через те, що для перелічених у пункті 5 Наказу суб'єктів даний наказ також є “нормативним документом”, а також нормативним документом є “Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД”, де лише програмне забезпечення Microsoft заявлено “освітніми стандартами” – **пункт 5 Наказу практично означає заборону використання у закладах освіти іншого програмного забезпечення, крім програмного забезпечення “Microsoft”.**

– “Пояснення” до **п. 1 Наказу МОН України № 782** від 03.12.2001 р. “Про заходи щодо локалізації та легалізації програмних продуктів Microsoft”

(яке є частиною згаданого Наказу) у **пунктах 1.1.** (в аспекті “Планується закупівля локалізованого ПЗ компанії Microsoft згідно з Меморандумом”) та **1.2.** – (“Розробити... комплекс заходів щодо дотримання легальності використання ПЗ шляхом офіційного його придбання за рахунок бюджетних коштів,) – **протиричить Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” в статтях 5** (Недискримінація учасників”) та **6** (“Умови захисту вітчизняного ринку”) **Розділу I, а також – всьому Розділу II** (Загальні умови здійснення закупівлі”) та **III** (“Процедури відкритих торгів та торгів з обмеженою участю”) – через недодержання жодної з визначених Законом процедур тендерної (конкурентної) закупівлі, обов'язкової для державних установ та організацій.

2.7. Додаткові загальні порушення і невідповідності нормативних актів в системі Кабінету Міністрів України.

Через те, що нормативно-правові акти за пунктами 3, 5, 6 розділу III даного Подання є нормативно-правовими актами системи Кабінету Міністрів України, – за всіма згаданими нормативно-правовими актами наявне загальне і грубе **порушення статті 116 пункту 5) Конституції України** (“Кабінет міністрів України... забезпечує рівні умови всіх форм власності...”) та **статті 116 пункту 4 Конституції України** (“Кабінет міністрів... розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного і соціального розвитку України) – в частині поняття “розвиток”.

З тих самих причин за всіма переліченими нормативно-правовими актами, які видані в системі Кабінету Міністрів України, наявне порушення **статті 116 пункту 3) Конституції України** (“Кабінет Міністрів України... забезпечує проведення... інвестиційної... політики, політики у сферах праці і зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки і культури...”) – в тому випадку, якщо поняття “проведення політики” необхідно трактувати в позитивному (розвиток), а не в негативному (деградація) сенсі.

V.

Дані щодо інших документів та матеріалів, на які посилаються суб'єкти подання

1. Термінологія, на яку посилаються автори подання в контексті Вільного (Відкритого) програмного забезпечення.

(Джерела опублікування: Internet: www.opensource.org, www.gnu.org В Україні: журнали “Computer World/Київ”, “Комп'ютери + програми”; Законопроект “про використання Відкритих форматів даних та Вільного програмного забезпечення в державних установах і державному секторі господарства” (Сервер Верховної Ради, Інтернет-адреса ресурсу http://oracle2.rada.gov.ua/pls/zweb/webproc4_1?id=&pf3511=12883)

“Вільна” ліцензія – будь-яка ліцензія на програмне забезпечення, що гарантує користувачеві права та можливості використання програми, не менші, ніж такі:

- використання програми для будь-яких цілей;
- доступ до програмного коду;
- будь-які дослідження механізмів функціонування програми;
- можливість використання механізмів (принципів) функціонування і будь-яких довільних частин коду програми для створення інших програм та (або) адаптації до потреб користувача;
- можливість копіювання (тиражування) і публічного поширення копій програми;
- можливість зміни і вільного поширення як оригінальної програми, так і зміненої, за тими ж умовами, під які підпадає і оригінальна програма.

“Вільна” програма (“Вільне програмне забезпечення”) – програма (програмне забезпечення), що підпадає під умови Вільної ліцензії.

“Відкрите програмне забезпечення” – програмне забезпечення, що відповідає Відкритим стандартам.

“Відкрите (Вільне) програмне забезпечення” – узагальнюючий термін, що включає поняття Відкритих стандартів, Відкритих протоколів, Вільного програмного забезпечення, Відкритого програмного забезпечення, та програмного забезпечення, що розповсюджується за всіма типами вільних/відкритих ліцензій, поза залежністю від незначних особливостей кожного конкретного типу ліцензування.

“Закрите програмне забезпечення”, “Закрита програма” (ще – “Пропріетарне програмне забезпечення” від “property” – право власності, володіння) – ПЗ, купуючи яке користувач отримує лише обмежене право користування ним. Як правило – заборонений або закритий доступ до коду, заборонене внесення будь-яких змін, виконання більш ніж на одному комп'ютері, тиражування і розповсюдження, перепродаж, копіювання, тощо.

2. Діючі вимоги до стандартної Вільної ліцензії (переклад Вадима Шкіля).

Визначення концепції "Відкритого вихідного коду" (Open Source)

Версія 1.9

Відкритий вихідний код означає не тільки доступ до вихідного коду. Умови розповсюдження програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом повинні відповідати наступним критеріям:

1. Вільне розповсюдження

Ліцензія не повинна обмежувати будь-яку сторону від продажу чи передачі програмного забезпечення в якості частини збірного програмного продукту, що містить програми з кількох різних джерел. Ліцензія не вимагає отримання авторського гонорару або іншої винагороди при будь-якому продажу.

2. Вихідний код

Програма повинна містити вихідний код та дозволяти розповсюдження у вихідному кодї разом з компільованою формою. Якщо будь-яка форма продукту не розповсюджується з вихідним кодом, повинні існувати належним чином декларовані методи отримання вихідного коду за ціною, що не перевищує обґрунтовану вартість відтворення, але бажано - безкоштовне завантаження через Інтернет. Вихідний код повинен бути переважною формою, в якій програміст може змінювати програму. Навмисна зміна тлумачення "вихідного коду" не дозволяється. Проміжні форми, такі як вихідні дані препроцесора чи транслятора, не дозволені.

3. Похідні продукти

Ліцензія повинна дозволяти модифікації та похідні продукти та повинна дозволяти їх розповсюдження за тими ж умовами, що є в ліцензії оригінального програмного забезпечення.

4. Цілісність авторського вихідного коду

Ліцензія може обмежувати вихідний код від розповсюдження в змінений формі, якщо ліцензія дозволяє розповсюдження файлів-заплаток (patch file) разом з вихідним кодом з метою модифікації програми під час збірки (компіляції). Ліцензія повинна в явному вигляді дозволяти розповсюдження програмного забезпечення, що було зібране з модифікованого вихідного коду. Ліцензія може вимагати від похідних продуктів різних назв чи номерів версій, порівняно з оригінальним програмним забезпеченням.

5. Заборона дискримінації окремих персон чи груп.

Ліцензія не повинна дискримінувати будь-яку персону чи групу.

6. Заборона дискримінації напрямків застосування

Ліцензія не обмежує будь-кого щодо використання програми у визначених напрямках застосування. Наприклад, це не обмежує використання програми в бізнесі або в області генетичних досліджень.

7. Розповсюдження ліцензії.

Права, що закріплені за програмою, повинні бути застосовані до всіх одержувачів програми без потреби складання додаткової ліцензії між сторонами.

8. Ліцензія не повинна залежати від продукту

Права, що закріплені за програмою, не повинні залежати від того, що програма може бути частиною визначеного програмного забезпечення. Якщо програма здобута з цього програмного забезпечення та використовується чи розповсюджується згідно з умовами програмної ліцензії, всі сторони, що отримують програму, повинні мати ті ж самі права, які надаються згідно з оригінальним програмним забезпеченням.

9. Ліцензія не повинна обмежувати інше програмне забезпечення

Ліцензія не повинна обмежувати інше програмне забезпечення, що розповсюджується разом із ліцензованим продуктом. Наприклад, ліцензія не повинна наполягати на тому, щоб всі інші програми, що розповсюджуються з продуктом на спільному носії, повинні бути програмним забезпеченням з відкритим вихідним кодом.

VI.

Перелік матеріалів та документів, що додаються.

1. Закон України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних” в чинній редакції від 10.07.2003 – роздрук;
2. Стаття 33 Закону України “Про авторське право та суміжні права” в чинній редакції від 11.07.2001 року – роздрук;
3. Постанова Кабінету міністрів України від 17 травня 2002 року № 674 “Про затвердження Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності” в чинній редакції від 17.05.2002 – роздрук;
4. Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності в процесі виробництва, експорту, імпорту та розповсюдження дисків для лазерних систем зчитування” від 30.01.2002 – роздрук;
5. Меморандум про співпрацю між Міністерством освіти і науки України та Представництвом Microsoft в країнах СНД в чинній редакції від 09.10.2001 року – роздрук;
6. Наказ Міністерства освіти та науки України № 783 від 3.12.2001 року “Про заходи щодо локалізації програмних продуктів Microsoft” на виконання вищезначеного за п.5 Меморандуму № 998-170 (джерело опублікування – Інтернет-портал melitopol.net провайдера Мелітопольського державного педагогічного університету, адреса документу – <http://icc.melitopol.net/postanova.zip>) – роздрук;
7. Постанова Кабінету Міністрів України від 9 серпня 1993 року № 611 “Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці” – роздрук;
8. Приклад Відкритої ліцензії: GNU General Public License (з сайту www.borland.com/kylix) (роздрук);
9. Приклади похідних від GNU GPL Вільних ліцензій: а) ліцензійна інформація про умови розповсюдження операційної системи Red Hat Linux 9 (сканована копія з оригінальної упаковки); Ліцензійна угода щодо розповсюдження Alt Linux (сканована копія).