

ЛИСТ АДВОКАТСКОГО ОПРОСА

г. Москва

« 27 » марта 2007 г.

Место составления

Опрос начат «27» марта 2007 г. В 16 час. 30 минут
Опрос окончен «27» марта 2007 г. В 18 час. 00 минут

Опрос проведен адвокатом Алешней Валерием Валентиновичем, удостоверение № 7049
(Фамилия, имя, отчество адвоката (защитника), номер удостоверения,

Адвокатское бюро «Алешня и партнеры», г. Москва, Адвокатская палата г. Москвы
(Наименование образования, в составе какой адвокатской палаты)

в помещении Адвокатского Бюро «Алешня и партнеры», 109542, г. Москва, Рязанский проспект, д. 80, корп. 3, кв. 17

На основании ч. 2 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ адвокат провел опрос специалиста Середы С.А.

_____ с его согласия _____
_____ в присутствии _____

1. Фамилия, имя, отчество: Серета Сергей Александрович

2. Дата рождения _____

3. Место рождения _____

4. Место жительства и (или) регистрации: _____

Телефон _____

5. Гражданство РФ _____

6. Образование высшее, кандидат экономических наук _____

7. Место работы или учебы ООО «Тэдвайзер», заместитель генерального директора
Телефон _____

8. Наличие судимости не имеет
(когда и каким судом был осужден, по какой статье УПК РФ)

9. Отношение к воинской обязанности _____
(где состоит на учете)

10. Паспорт или иной документ, удостоверяющий личность опрашиваемого: _____

Подпись опрашиваемого лица, подтверждающий выше указанные сведения, и что опрос
Проводился с его согласия ✓ _____

Участвующим лицам объявлено о применении технических средств _____
_____ технические средства не применялись _____
(каких именно, кем именно)

Перед началом опроса опрашиваемое лицо ознакомлено со следующими нормами
Законодательства Российской Федерации:

«Адвокат вправе опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь» - п. 2 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 26.04.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ».

«Защитник вправе собирать доказательства путем:
2) опроса лиц с их согласия» - п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

«Никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников» - ч. 1 ст. 51 Конституции РФ.

Ответственность за заведомо ложный донос о совершении преступления предусмотрена ст. 306 УК РФ, которая устанавливает санкции от наложения штрафа до лишения свободы на срок до шести лет.

Ответственность за заведомо ложные показания свидетеля, потерпевшего, специалиста либо заключение эксперта предусмотрена ст. 307 УК РФ, которая устанавливает санкции

или внесение изменений в существующие программы, заведомо приводящих к несанкционированному уничтожению, блокированию, модификации либо копированию информации, нарушению работы ЭВМ, систем ЭВМ или их сети, а равно использование либо распространение таких программ или машинных носителей с такими программами.

Вопрос: Имеются ли, по Вашему мнению, в действиях подсудимого, совершенных им 29.08.2006 г. в помещении кабинета № 15 ГУП «Московский западный порт» (далее – ГУП), расположенного по адресу: Москва, ул. Заречная, д. 2/1, деяния, попадающие под ч. 1 ст. 272 УК РФ?

Ответ: Считаю, доступ Л [REDACTED] к компьютерной информации в ЭВМ ГУП правомерным, так как на это ему была дана санкция г-ном Тормозовым М.Ю., представившимся сотрудником фирмы «Нерудсервис» (далее – фирма). Как следует из федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» № 149-ФЗ от 27 июля 2006 г., разрешать или ограничивать доступ к информации, определять порядок и условия такого доступа вправе обладатель информации или оператор информационной системы.

Подсудимый установил на предоставленную ему ЭВМ купленный им и принесенный с собой новый жесткий диск Samsung SPO842N, не содержащий вначале никакой информации, инициализировал его и записал на него с принесенных с собой CD-дисков 3 программы: Microsoft Windows XP, Microsoft office и 1С Предприятие 7.7. Торговля и склад (версия 7.7 ПРОФ). Никакой другой информации на жестком диске не было.

Обладателем информации, записанной на компакт-дисках, является Л [REDACTED], который приобрел его у неустановленных следствием лиц. Эта информация не относится к информации ограниченного доступа, соответственно нет причин, чтобы не считать Л [REDACTED], обладателем информации, записанной на указанных компакт-дисках. Следовательно, доступ Л [REDACTED] к информации на компакт-дисках, являющихся его собственностью, является правомерным.

Обладателем информации, записанной в ЭВМ, и оператором информационной системы является фирма, санкция на доступ к ней была дана г-ном Тормозовым М.Ю., представившимся сотрудником фирмы. Таким образом, Л [REDACTED] совершил доступ к компьютерной информации в ЭВМ с разрешения представителя фирмы, то есть правомерно.

Вопрос: Привели ли действия подсудимого к уничтожению, блокированию, модификации либо копированию информации ЭВМ и к нарушению работы ЭВМ?

Ответ: При любой работе с ЭВМ происходит уничтожение, блокирование, модификация либо копирование информации, так как они являются стандартными операциями, выполняемыми ЭВМ, без выполнения которых невозможна ее работа. Таким образом, хотя бы одно из перечисленных действий было совершено и во время доступа Л [REDACTED] к ЭВМ. Однако эти операции происходят в основном в оперативной памяти ЭВМ, и частично, возможно, на жестком диске. Но поскольку кроме установленных подсудимым программ, на жестком диске другой информации не было, то это не могло испортить информацию фирмы и нанести ей вред.

Вопрос: Имеются ли в действиях подсудимого деяния, попадаемые под ч. 1 ст. 273 УК РФ?

Ответ: Обвинение строится на факте использования Л [REDACTED] программы «Patch77.exe».

Программа «Patch77.exe» объявляется стороной обвинения вредоносной, а ее использование, как полагает обвинение, соответствует составу ч. 1 ст. 273 УК РФ.

В то же время, это же действие обвиняемого (использование программы «Patch77.exe») трактуется обвинением и как деяние, подпадающее под действие ч. 1 ст. 272 УК РФ. В «Рапорте об обнаружении признаков преступления», поданном г-ном Найден В.М. на имя Журавлева В.Н. говорится «При этом в программный продукт «1С:Предприятие 7.7.» при помощи вредоносной программы «Patch77.exe», модуль «1cv7.exe» указанной программы был модифицирован, что позволило работать с указанным программным обеспечением

без аппаратного ключа без ведома правообладателя, блокировать обращения программы к аппаратному ключу защиты, привело к отключению защитных механизмов системы, приводящих к свободному неконтролируемому копированию программы и информации, то есть нарушению нормальной работы ЭВМ и неправомерному доступу к компьютерной информации».

Следует отметить, что квалификация использования программы «Patch77.exe» сразу по ч. 1 ст. 272 и ч. 1 ст. 273 УК РФ приводит к логическому противоречию:

- Если верно обвинение в деянии, соответствующем составу ч. 1 ст. 272, то тогда нельзя признать программу «Patch77.exe» вредоносной, так как отсутствует заведомость несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации либо копирования информации, нарушения работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети, заложенная в программу для ЭВМ. Ведь в этом случае неправомерный доступ к компьютерной информации происходит по вине того, кто этой программой пользуется, а не по вине автора используемой программы.

- Если же верно обвинение в деянии, соответствующем составу ч. 1 ст. 273, то несанкционированное уничтожение, блокирование, модификация либо копирование информации, нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети происходит в силу их заведомости, то есть эти последствия заложены в программу для ЭВМ ее автором и не зависят от воли пользователя. В таком случае, лицо, использующее вредоносную программу не виновно в неправомерном доступе к компьютерной информации, а виновно лишь в использовании вредоносного программного обеспечения.

В материалах дела отсутствуют доказательства вредоносности программы «Patch77.exe». Ни в свидетельских показаниях, ни в экспертном заключении ничего не говорится о вредоносности программы «Patch77.exe». О том, что программа «Patch77.exe» является вредоносной, говорится лишь в материалах обвинения по делу № 1 [REDACTED] «Рапорт об обнаружении признаков преступления», зарегистрированный под номером 54 [REDACTED] первого октября 2006 года и «Постановление о привлечении в качестве обвиняемого» от 16 ноября 2006 г.

Более того, из открытых источников (журнал «Компьютерные решения», № 84, за 2006 год, интервью с экспертом Национального информационно-аналитического центра по мониторингу приоритетных направлений развития науки, технологий и техники в области информационно-телекоммуникационных систем (НИАЦ) при Федеральном агентстве по науке и инновациям, членом методического совета Российского федерального центра судебной экспертизы при Министерстве юстиции РФ, доцентом кафедры теории и практики судебной экспертизы Саратовского юридического института МВД России, полковником милиции Алексеем Николаевичем Яковлевым) известно, что «... на специализированных семинарах юристы фирмы «1С»® доводят до сведения заинтересованных лиц, что фирма разрешает пользователям, легально приобретающим программы «1С»®, использовать программу «Sable» (другое название программы «Patch77.exe»). Эта программа позволяет работать с программой «1С»® без электронного ключа аппаратной защиты, используется всеми нелегальными пользователями программы «1С»...».

В то же время, программа для ЭВМ может либо быть вредоносной во всех без исключения случаях, либо не быть вредоносной никогда. Это следует из заведомости несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации либо копирования информации, нарушению работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети, к которым она ведет.

Выводы.

В материалах дела отсутствуют доказательства как вредоносности программы «Patch77.exe», так и неправомерности доступа Л [REDACTED] к компьютерной информации в ЭВМ ГУП «Московский западный порт».

Вопрос: Стала ли программа «1С: Предприятие. Торговля и склад», установленная Л [REDACTED] на ЭВМ ГУП с помощью программы «Patch77.exe», вредоносной?

Ответ: В заключении эксперта № Э06/10-417 от 09 октября 2006 г. года говорится, что

программный продукт семейства «1С:Предприятие 7.7» работает без ключа аппаратной защиты. О том, что указанный продукт стал заведомо приводить к несанкционированному уничтожению, блокированию, модификации либо копированию информации, нарушению работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети, в этом документе ничего не говорится. Следовательно, нет причин говорить о том, что установленная программа «1С:Предприятие. Торговля и Склад» стала вредоносной.

Вопрос: Что Вы можете сказать о Заключении эксперта от 09.10.2006 г. № Э06/10-417?

Ответ: В тексте экспертного заключения делается вывод о контрафактности записанных на носителях экземпляров указанных программных продуктов. Но вопрос о контрафактности экземпляров перед экспертом не ставился, так как в соответствии с п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах», **понятие контрафактности экземпляров является юридическим и разрешается судами.** Этот вывод эксперт сделал на основании трех фактов:

- несоответствия оформления оптических дисков и их упаковки тому оформлению, которое обычно им придается фирмой-изготовителем;
- отсутствия упаковочных компонентов, которыми сопровождаются записанные на носителях оригинальные программные продукты, а также
- несоответствия главного исполняемого модуля 1cv7.exe оригиналу файла, входящему в комплект «1С:Предприятие 7.7. Торговля и склад».

Следует отметить, что ни один из указанных фактов не является достаточным основанием для признания программ для ЭВМ и баз данных, записанных на предоставленных на экспертизу носителях, контрафактными.

В частности, согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 25 Федерального Закона от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах», «лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, вправе без получения разрешения автора или иного обладателя исключительных прав на использование произведения и без выплаты дополнительного вознаграждения ... изготовить копию программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей и для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал программы для ЭВМ или базы данных утерян, уничтожен или стал непригоден для использования».

А согласно пункту 3 статьи 16 этого же закона «если экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот посредством их продажи, то допускается их дальнейшее распространение без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения». Таким образом, в случае, «когда оригинал программы для ЭВМ или базы данных утерян, уничтожен или стал непригоден для использования», изготовление копии программы для ЭВМ или базы данных вполне правомерно, как и её «дальнейшее распространение без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения».

Аналогичная ситуация может возникнуть в силу исполнения пункта 2 статьи 49¹ уже упоминавшегося Федерального закона «Об Авторском праве и смежных правах», когда «конфискованные контрафактные экземпляры произведений или фонограмм» передаются «обладателю авторских прав или смежных прав по его просьбе» и вводятся им в гражданский оборот.

Следовательно, даже при несоответствии оформления оптических дисков и их упаковки тому оформлению, которое обычно им придается фирмой-изготовителем, и отсутствию упаковочных компонентов, которыми сопровождаются записанные на носителях оригинальные программные продукты, участвующие в гражданском обороте экземпляры программ для ЭВМ и баз данных могут быть вполне легальными.

Что касается несоответствия главного исполняемого модуля 1cv7.exe оригинальному файлу, входящему в комплект «1С: Предприятие 7.7», то оно может возникнуть по целому ряду причин. Например, вследствие аппаратного сбоя носителя информации или

использования лицом, правомерно владеющим экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, средств компрессии исполняемых файлов, или же вследствие действий этого лица, направленных на «адаптацию» или «исправление явных ошибок», что подпадает под действие подпункта 1 пункта 1 статьи 25 Федерального Закона от 9 июля 1993 г. №5351-1 «Об авторском праве и смежных правах». Следовательно, и указанное несоответствие не может служить доказательством контрафактности экземпляров программы для ЭВМ или базы данных. Результаты же применения программы patch77.exe к оригинальному модулю 1cv7.exe, входящему в комплект «1С: Предприятие 7.7», и последующего сравнения полученного файла с записанным на носителях, предъявленных для экспертизы, в тексте экспертного заключения отсутствуют.

Ответ на вопрос: «имеются ли на представленных машинных носителях вредоносные программы?» в тексте экспертного заключения отсутствует. Отсутствуют здесь же и критерии, по которым делалось предположение о вредоносности той или программы для ЭВМ, а также протокол проведенных испытаний и выявленные вредоносные механизмы в исследуемых программах, так же как и список этих программ.

Общий вывод:

Проведённая Кремко Алексеем Валерьевичем экспертиза является автороведческой, а не компьютерно-технической, проведение которой необходимо для доказательства деяний, предусмотренных главой 28 Уголовного кодекса Российской Федерации. Экспертное заключение № Э06/10-417 от «09» октября 2006 г. не отвечает на вопрос «Имеются ли на представленных машинных носителях вредоносные программы, следы их применения?» и, соответственно, не может служить доказательством вредоносности любых записанных на представленных машинных носителях программ.

Подпись опрошиваемого

(подпись)

Подпись иных участвующих лиц

(подпись)

Подпись адвоката (защитника)

Лист опроса прочитан

(лично или вслух адвокатом (защитником))

Замечаний к изложенному в листе опроса и к порядку опроса

(содержание замечаний, либо указание на их отсутствие)

Я готов явиться в суд и подтвердить эти свои показания

Подпись опрошиваемого

(подпись)

Подпись опрошиваемого в личном присутствии ЗАВЕРЯЮ

Управляющий партнер Адвокатского бюро «Алешня и партнеры», г. Москва

Адвокат

(фамилия, имя, отчество, должность, наименование организации, учреждение)

М.П.