

Мировой суд г. Находка
Судебный участок № 49
г. Находка, ул. Портовая 1 А
Мировому судье Шевченко М. В.
от Серпокрылова Олега Игоревича
проживающего по адресу:
г. Находка, ул. Арсеньева 1 кв. 80

Ходатайство.

В Вашем производстве, находится уголовное дело № 1-1-15, возбужденное в отношении меня, 26 сентября 2013 года, по признакам состава преступления, предусмотренного ч.2 ст.146 УК РФ.

По данному делу, я являюсь обвиняемым. 06 декабря 2013 г., и. о. Находкинского транспортного прокурора младшим советником юстиции Лосевым Д. С. по уголовному делу было утверждено обвинительное заключение. Данное обвинительное заключение считаю незаконным по следующим обоснованиям:

В обвинительном заключении указано что в ходе расследования была проведена экспертиза изъятых у меня компакт-дисков, а также НЖМД персональных компьютеров, согласно которой установлено что на компакт-дисках и НЖМД находятся контрафактные экземпляры программного обеспечения.

Согласно п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 года "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации", **Материальный носитель может быть признан контрафактным только судом.**

Таким образом, до вступления в законную силу решения суда, должностные лица Находкинского ЛО МВД РФ на транспорте а также эксперт неправомочны давать свою оценку, контрафактным либо лицензионным является носитель и установленное с него программное обеспечение. Вопрос может ставиться лишь о наличии либо отсутствии некоторых визуальных признаков контрафактности программного обеспечения.

Ещё ранее, в п. 15 вышеуказанного Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. N 15 было указано, что: *«Понятие контрафактности экземпляров произведений и (или) фонограмм является юридическим.*

*Поэтому вопрос о контрафактности экземпляров произведений или фонограмм **не может ставиться перед экспертом.** Иными словами, эксперт и иные компетентные лица вправе устанавливать только признаки контрафактности, свидетельствующие о нарушении интеллектуальных прав. Юридическую оценку данных признаков в совокупности с другими доказательствами **даёт суд**».*

Однако, материалах уголовного дела – **отсутствуют**, и **НЕЗАКОННО не представлены** так называемыми «представителями правообладателей» от «Аутодеск» Андрощуком Андреем Вадимовичем, и от «Майкрософт» Федореевым Алексеем Геннадьевичем **лицензионные образцы** программного обеспечения «Autodesk Autocad 2012», «Autodesk Architecture 2012», «Microsoft Office 2007», Windows 7 Ultimate, в заявляемой ими же комплектности, в гофрированной картонной упаковке, с многостраничной документацией, лицензионными ключами для их проверки, сертификатами предоставленными на их исследование от компаний «Аутодеск» и «Майкрософт», на основании которых специалист, а затем эксперт должны были на стадии исследования при доследственной проверке, а затем компьютерной экспертизы во время следствия – произвести **сравнительный анализ** инкриминируемого мне, заявляемого контрафактным экземпляров программного обеспечения с **лицензионными образцами**.

Кроме того, в соответствии с положениями ст. 19 Федерального закона от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации":

«Орган или лицо, назначившие судебную экспертизу, **получают образцы** для сравнительного исследования и **приобщают их к делу** в порядке, установленном процессуальным законодательством Российской Федерации».

В нарушение этого закона, лицензионные образцы программных продуктов «Autodesk Autocad 2012», «Autodesk Architecture 2012», «Microsoft Office 2007», Windows 7 Ultimate следствием Находкинского ЛОВДТ к материалам дела **не приобщались**, какие-либо упоминания о них в деле полностью **отсутствуют**, никаких сведений о них **не представлено**, в связи с чем абсолютно непонятно **на каком именно законном основании** специалистом Лахтиковым В. Ю. и экспертом Тупиковым М. Б. в нарушение Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 года "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" было **НЕЗАКОННО** произведено **юридическое действие**, и выдано заключение о контрафактности.

Статья 57 п.4 ч.2 УПК РФ «Эксперт», гласит:

4. Эксперт не вправе:

2) самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования;

Также п. 17 ч. 1 Статьи 13 ФЗ «О полиции» гласит:

1. Полиции для выполнения возложенных на нее обязанностей предоставляются следующие права:

17) истребовать для проведения экспертиз по письменному запросу уполномоченных должностных лиц полиции от организаций независимо от форм собственности предоставление образцов и каталогов своей продукции, техническую и технологическую документацию и другие информационные материалы, необходимые для производства экспертиз...».

В связи с этим, также совершенно непонятно **на каком законном основании** и каким образом экспертом Тупиковым М. Б. (равно как и специалистом Лахтиковым В. Ю.) **при отсутствии лицензионных образцов** было произведено сравнительное исследование с ними, а затем **юридическое действие**, в виде выданного заключения о контрафактности

предоставленного им для сравнительного исследования программного обеспечения, установку которого инкриминируют мне.

Отсутствие приобщенных к делу лицензионных образцов лишает самой физической возможности эксперта провести сравнительное исследование лицензионных образцов с инкриминируемым мне программным обеспечением, **НЕЗАКОННО, в превышение должностных полномочий** заявляемым следствием, специалистом, компьютерным экспертом – нелицензионным.

Исследование и экспертиза таким образом проведена с **неизвестными образцами**, полученными в нарушение п.4 ч.2 ст.57 УПК РФ **самостоятельно, из неизвестного и непроверенного источника, т.е. НЕЗАКОННО.**

Органами дознания и предварительного следствия Находкинского ЛОВДТ, а также лицами заявляющими себя «представителями правообладателей» Андрощуком А. В. и гр. Федореевым А. Г., **лицензионных образцов программного обеспечения** на основании которых специалист и эксперт **обязаны провести сравнительное исследование**, в комплекте с их серийными номерами, лицензионными ключами для проверки их валидности, сертификатами на их исследования выданными правообладателями, в материалы дела между тем **незаконно не предоставлено, ПРИ МАТЕРИАЛАХ ДЕЛА ОНИ НЕЗАКОННО НЕ ХРАНЯТСЯ, сравнительное исследование с ними не проводилось**, что указывает на неполноту представления материалов дела, невозможности какого-либо **законного** судебного разбирательства по неполно представленному делу.

Согласно ч.2 ст.24 КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, я имею полное Конституционное право ознакомиться с **представленными в материалы дела лицензионными образцами программного обеспечения**, так как **заявляемое следствием контрафактным** данное программное обеспечение непосредственно затрагивает мои права и свободы как гражданина.

На основании их визуального сравнительного осмотра, исследования в судебном заседании – суд, который в отличие от следствия Находкинского ЛО МВД РФ на транспорте – имеет право заявлять его **контрафактным либо лицензионным,**

- мог бы делать какие-либо выводы, соглашаться с моими доводами, либо опровергать их. В настоящее время, **в связи с отсутствием лицензионных образцов** для их исследования суд также полностью лишен данной возможности, а результаты проведенной компьютерной экспертизы **без сравнительного исследования** с предоставленными в материалы дела для этой цели **лицензионными образцами – являются незаконными.**

Согласно решению АРБИТРАЖНОГО СУДА РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ от 23 сентября 2014 г. по делу № А53-37035/12:

...«Эксперту на разрешение был поставлен вопрос № 2 «Имеются ли признаки отличия обнаруженных экземпляров программ от оригинальных экземпляров программ, если да то какие?» (стр. 1 заключения).

Для ответа на данный вопрос экспертом должны были быть исследованы оригинальные экземпляры программ.

Однако в перечне программных продуктов на стр. 3 отсутствуют оригиналы таких программных продуктов как Microsoft Office 2007 Enterprise; «1С: предприятие 7.7 комплексная сетевая версия».

На странице 5 заключения «в таблицах приведены признаки отличия программных продуктов от оригинала».

«При этом, не имея в наличии оригиналов программных продуктов и специализированных компьютерных программ, невозможно выполнить сравнительную характеристику.»...

.....Компенсация подлежит взысканию при наличии и доказанности факта правонарушения, как достаточного основания в силу указанной нормы.

В условиях наличия вышеописанных необъяснимых противоречий в представленных доказательствах, отсутствия данных об их устранении относимыми и допустимыми доказательствами, факт нарушения интеллектуальных прав истца нельзя признать установленным.

Изложенное является основанием для отказа в удовлетворении исковых требований.»

Статья 90. УПК РФ Преюдиция, гласит:

Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки.

Между тем, данные обстоятельства **были умышленно проигнорированы** при проведении доследственной проверки, до возбуждения уголовного дела и принятия его к производству.

Вышеуказанные требования **были также умышленно проигнорированы** следователем Маковецким С. С., в производстве которого находилось уголовное дело по ст.146 ч.2 УК РФ, руководством Находкинского ЛО МВД РФ на транспорте, а также надзирающим прокурором Лосевым Д. С. при утверждении обвинительного заключения по ст.146 ч.2 УК РФ.

Таким образом, для каких-либо выводов и заключений о контрафактности - **лицензионные образцы** инкриминируемого мне программного обеспечения **должны быть истребованы** от лиц заявляющих себя «представителем правообладателя» компании «Аутодеск» Андрощука Андрея Вадимовича, и «представителя правообладателя» компании «Майкрософт» Федореева Алексея Геннадьевича. При этом, для разрешения конкретного спора в данной ситуации,

– не имеет никакого объективного значения, каким именно образом лица заявляющие себя «представителями правообладателя» будут предоставлять в материалы дела данное, официально снятое в 2012 г. (то есть задолго до его установки мной) с продаж правообладателями лицензионное программное обеспечение.

Согласно нормам действующего законодательства – предоставить его в материалы инициированного ими уголовного дела они тем или иным образом **ОБЯЗАНЫ**, причем **вполне могут сделать это за счет собственных средств.**

При официальности же их статуса «представителей правообладателей», предоставить в материалы дела полученные от правообладателей лицензионные образцы инкриминируемого мне программного обеспечения, в заявляемой ими же упаковке из гофрированного картона, в комплекте с лицензионными ключами для их проверки, многостраничной документацией, сертификатами на их исследование предоставленными правообладателями «Аутодеск» и «Майкрософт»,

– опять же не составит гр. Андрощуку А. В. и гр. Федорееву А. Г. никакого объективного затруднения, и каких-либо дополнительных материальных расходов на их приобретение.

Лицензионных образцов, на основании сравнительного исследования с которыми можно было бы делать какие-либо выводы о контрафактности либо неконтрафактности – в настоящее время не получено, что лишает законного обоснования результаты проведенной компьютерной экспертизы, лишает меня и суд возможности их непосредственного визуального осмотра, исследования в судебном заседании, в связи с чем давать какие-либо законные оценки, являющимися **юридическими действиями** и **относящимися к компетенции суда** – в настоящее время **не представляется возможным**.

Кроме того, **отсутствие в материалах дела**, и **непредоставление** мне и моему защитнику лицензионных образцов приобщенных к материалам дела, для их визуального сравнительного осмотра, исследования,
– **является грубым нарушением моих Конституционных прав на защиту**.

Таким образом, обвинительное заключение является – **НЕЗАКОННЫМ**, результаты компьютерной экспертизы – **НЕЗАКОННЫМИ**, и должны подлежать исключению из материалов рассматриваемого дела.

В заключении компьютерной экспертизы выданной экспертом Тупиковым М. Б. таким образом имеются все признаки **уголовного деяния** по ст.307 УК РФ.

На основании изложенного, руководствуясь положениями:

Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5,
Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 года "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации",
РЕШЕНИЯ АРБИТРАЖНОГО СУДА РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ от 23 сентября 2014 г. по делу № А53-37035/12,
ст. 19 Федерального закона от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации",
ст.57 п.4 ч.2 УПК РФ,
ч.2 ст.24 КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ,
ст. 90. УПК РФ,

ПРОШУ:

1. Признать что компьютерная экспертиза была проведена с нарушениями: Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 года "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации", ст. 19 Федерального закона от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации", ст.57 п.4 ч.2 УПК РФ, ч.2 ст.24 КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, Решения АРБИТРАЖНОГО СУДА РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ от 23 сентября 2014 г. по делу № А53-37035/12, ст. 90. УПК РФ.

2. Признать НЕЗАКОННОСТЬ отсутствия в материалах дела лицензионных образцов инкриминируемого мне программного обеспечения.

3. Признать утвержденное и. о. Находкинского транспортного прокурора младшим советником юстиции Лосевым Д. С. по данному делу обвинительное заключение – НЕЗАКОННЫМ.

4. Признать результаты компьютерной экспертизы НЕЗАКОННЫМИ, и исключить их из материалов рассматриваемого дела.

5. Истребовать от лиц заявляющих себя «представителями правообладателя» Андрощука Андрея Вадимовича и Федореева Алексея Геннадьевича лицензионные образцы инкриминируемого мне программного обеспечения, в заявляемой ими гофрированной картонной упаковке, с многостраничной документацией, в комплекте с лицензионными ключами для их проверки, сертификатами на их исследование предоставленными правообладателями «Аутодеск» и «Майкрософт».

6. Обеспечить хранение при материалах дела лицензионных образцов инкриминируемого мне программного обеспечения, а именно: «Autodesk Autocad 2012», «Autodesk Architecture 2012», «Microsoft Office 2007», Windows 7 Ultimate.

7. Признать недопустимой ситуацию предоставления особых привилегий «представителям правообладателей» Андрощуку А. В. и Федорееву А. Г. – за счет нарушения моих Конституционных прав на защиту.

8. Отразить данное ходатайство в полном объеме в протоколе судебного заседания.

ПРИЛОЖЕНИЕ:

РЕШЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ от 23 сентября 2014 г. по делу № А53-37035/12

На копии данного ходатайства прошу поставить отметку о его принятии и регистрации.

_____ мая _____ г.

Серпокрылов О. И. _____