Open Source Software или «несвободный» свободный исходный код

20 августа 2015 года

Председатель совета директоров минского офиса юридической фирмы Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati **Сергей Макарчук** и старший юрист фирмы **Никита Толканица** пишут о подводных камнях использования открытого программного обеспечения, предупреждая: первые судебные процессы в Беларуси, возможно, не за горами.

Иллюстрация: raconteur.net.

Обладатель имущественных прав есть всегда

Когда речь заходит об открытом ПО, в частности, о том, что это такое с точки зрения бизнеса, то можно услышать следующее: «Open source software — это общественное достояние; свободное программное обеспечение; нечто, чем каждый может пользоваться так, как хочет, независимо от кого-то ещё». Но это совсем не так. Открытое программное обеспечение (или ПО с открытым исходным кодом, как его называет белорусский законодатель) не является и никогда не являлось общественным достоянием, никогда им нельзя было пользоваться как вздумается, а свободным оно если и бывает, то далеко не всегда.

ПО с открытым исходником, как и прочее программное обеспечение, — результат творческого труда какого-то лица (или группы лиц). А раз так, то это лицо становится автором объекта

интеллектуальной собственности и обладателем имущественных прав в отношении такого ПО. Если, конечно, это не результат работы по заказу компании-нанимателя. В таком случае обладателем имущественных прав будет наниматель, хотя автором всё равно будет считаться конкретный работник.

В любом случае, кто бы ни был обладателем имущественных прав в отношении открытого ПО, он становится в буквальном смысле монополистом. Он вправе разрешать другим лицам продавать экземпляры программы, раскрывать её исходный код кому-то ещё, а также создавать на основании такого исходника производные продукты. Однако, являясь монополистом с одной стороны, разработчик вправе распорядиться продуктом только теми способами, которые не противоречат закону.

ПО нельзя сделать собственностью всех

И тут возникает первая проблема — ни в Беларуси, ни в России, ни в странах ЕС, ни в США нельзя передать программу (как и любое иное произведение: книгу, фильм, музыкальную композицию и т.д.) в общественное достояние. Другими словами, его нельзя сделать собственностью всех, ничейной вещью или иным образом разрешить всем её использовать без необходимости получения согласия правообладателя. Единственный случай, когда это возможно — истечение определённого срока после смерти автора. В Беларуси он составляет 50 лет, в России и США — 70. Только по его истечении программу и её исходный код можно признать общественным достоянием и использовать кому угодно и как угодно.

Именно как ответ этому явлению и зародилось open source software. Когда американские программисты (тот же Ричард Столлман при создании GNU и Линус Торвальдс при создании Linux) столкнулись с этой проблемой, они решили её довольно элегантно «обойти». Суть подхода была в том, что если нельзя сделать программу и её исходный код общественным достоянием, то почему бы разработчику автоматически не выдавать каждому новому пользователю бесплатную лицензию. В результате каждый новый пользователь, скачав или купив программу, к которой прилагался исходный код и текст соглашения с разработчиком, тем самым заключал бы с ним лицензионный договор.

Такой договор обычно предусматривал то, что пользователь получал с согласия владельца бесплатно и бессрочно право как распространять программу в изначальном виде, так и изменять её и распространять уже новый продукт, созданный на её основе. Именно такие программы, распространяемые с приложением исходного кода и на основе таких соглашений, и стали называться open source software.

«Бесплатное право на программу — это не бесплатное пиво»

Однако, как шутят некоторые юристы: «Бесплатное право на программу — это не бесплатное пиво». Разработчик «отдаёт» лишь права на программу и раскрывает её исходный код, но не всегда отказывается от иных способов заработка. Например, от предоставления платных услуг одновременно с «бесплатным» open source software, от платного права использовать товарный знак какого-то open source-продукта в производных программах, от использования модели «ПО как услуга», от рекламно-ориентированного open source software, заносящего в «белый лист» рекламу коммерческих партнёров разработчиков и т.д. Однако при всём этом сама программа и её исходный код обычно распространяется бесплатно.

Простое и взаимно обязывающее open source ПО

Здесь встает уже вопрос бизнеса. Если я получил ПО с открытым исходником и изначальный разработчик предоставил мне все права в его отношении, значит я могу создать производную программу. И, возможно, я даже могу её продать, а не только зарабатывать способами, которыми зарабатывает изначальный разработчик. Однако это далеко не всегда так.

В целом всё open source software можно разделить на две группы: простое и взаимно обязывающее. Основное отличие второго вида от первого состоит в том, что лицензия, которую предоставляет разработчик, определённым образом ограничивает использование и продажу производных программ. Это выражается в требовании распространять написанную на основе открытого исходного кода новую программу на тех же условиях, на которых пользователь получил изначальный open source software, то есть, бесплатно и с раскрытием исходного кода для любых лиц.

Такие условия устанавливают, например, лицензии Mozilla и GNU (на основании лицензий GNU распространяется и Linux). Схожие условия предусматривают и лицензии Common Public License от IBM в отношении обязанности пользователя открывать исходный код производной программы. Нарушение этих условий ведёт к прекращению всех прав в отношении исходного open source software и неопределённости прав в отношении производной программы.

Осознав это, многие в ИТ-бизнесе начинают плохо спать ночами, гадая, что же станет с их коммерческими программами, написанными на основе ПО с открытым исходным кодом? Может, взяв за основу открытое ПО, они обязаны раскрыть каждому исходный код своего производного продукта? Вправе ли они его продать или придётся искать новую бизнес-модель из-за ограничений на коммерциализацию прав на программу? Что станет, если разработчик изначального открытого ПО, узнав о нарушении условий его лицензии, отзовёт её, что поставит под сомнение сам факт прав на производный продукт? Или потребует возмещения убытков?

Первые суды по открытому ПО в Беларуси не за горами?

В Беларуси пока не было подобных судебных дел, однако, в США, Германии, Франции и иных европейских странах такие дела рассматривались и заканчивались тем, что лицо, которое коммерциализировало производную программу, выплачивало компенсацию разработчику open source software, открывало исходный код своего продукта для любых лиц и начинало распространять его уже на бесплатной основе.

Не исключено, что по подобному пути в ближайшее время пойдут и суды России. Тем более, что с 1 января 2015 года в Гражданский кодекс страны-соседки внесена ст. 1286.1, согласно которой автор вправе предоставить любым лицам право бесплатно и бессрочно использовать произведение науки, литературы и искусства. А с учётом того, что программное обеспечение в России приравнено к произведению литературы, такую лицензию можно выдать и в отношении любой компьютерной программы, одновременно открыв её исходный код и сделав её открытым ПО.

Принимая же во внимание привычку белорусского законодателя чуть ли не дословно перенимать российский опыт, нельзя исключить того, что в скором времени мы можем столкнуться с такими делами и в судах Беларуси.

В заключение, стоит отметить, что сегодня в мире насчитывается около сотни более-менее распространённых лицензий, по которым разработчики распространяют своё open source software. При этом, текст одной лицензии может противоречить тексту другой. Например, Common Public

License от IBM допускает коммерциализацию производных программ, а лицензия GNU General Public License — нет. Поэтому каждый раз, принимаясь за работу с open source software, необходимо досконально изучить лицензию, на основании которой она распространяется, чтобы не столкнуться с непредвиденными последствиями.

Источник: www.dev.by

Ссылка на статью: https://dev.by/lenta/main/open-source-software-ili-nesvobodnyy-svobodnyy-ishodnyy-kod