

Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору

Двадцать девятая сессия
Женева, 15-19 февраля 2016 г.

ГЛОССАРИЙ ОСНОВНЫХ ТЕРМИНОВ, ОТНОСЯЩИХСЯ К ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ТРАДИЦИОННЫМ ВЫРАЖЕНИЯМ КУЛЬТУРЫ

Документ подготовлен Секретариатом

ВВЕДЕНИЕ

1. На своих шестнадцатой и семнадцатой сессиях, состоявшихся соответственно 3-7 мая 2010 г. и 6-10 декабря 2010 г., Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору («МКГР») просил Секретариат подготовить в качестве информационных документов три глоссария основных терминов, относящихся к интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры¹, и представить их МКГР.
2. На своей девятнадцатой сессии, состоявшейся 18-22 июля 2011 г., МКГР «просил Секретариат обновить глоссарии, содержащиеся в документах WIPO/GRTKF/IC/19/INF/7 («Глоссарий основных терминов, относящихся к интеллектуальной собственности и традиционным выражениям культуры»), WIPO/GRTKF/IC/19/INF/8 («Глоссарий основных терминов, относящихся к интеллектуальной собственности и традиционным знаниям») и WIPO/GRTKF/IC/19/INF/9 («Глоссарий основных терминов, относящихся к интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам»), свести их в один документ и

¹ Отчет о шестнадцатой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/16/8) и отчет о семнадцатой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/17/12).

опубликовать этот глоссарий в качестве информационного документа к следующей сессии МКГР»².

3. Во исполнение этого решения и с учетом того, что некоторые термины, содержащиеся в глоссариях, относятся ко всем трем темам, Секретариат объединил эти три глоссария в один документ и обновил некоторые из приведенных в нем определений, опираясь при этом на документы и прочие материалы, появившиеся после публикации предыдущих, отдельных вариантов глоссариев. В этой связи были добавлены и определены новые термины, тогда как другие термины были изъяты ради краткости изложения. Некоторые определения были переформулированы

4. Обновленный сводный глоссарий был представлен в качестве информационного документа к двадцатой, двадцать первой и двадцать второй сессиям МКГР, состоявшимся, соответственно, 14-22 февраля 2012 г., 16-20 апреля 2012 г. и 9-13 июля 2012 г., в качестве, соответственно, документов WIPO/GRTKF/IC/20/INF/13, WIPO/GRTKF/IC/21/INF/8 и WIPO/GRTKF/IC/22/INF/8. Пересмотренный вариант глоссария был представлен в качестве информационных документов на двадцать третьей, двадцать четвертой, двадцать пятой, двадцать шестой, двадцать седьмой и двадцать восьмой сессиях МКГР. В пересмотренном варианте глоссария более не содержится никаких ссылок на тексты, обсуждаемые в рамках МКГР, что позволяет избежать утраты глоссарием своей актуальности после проведения очередной сессии МКГР. Тот же вариант глоссария содержится в приложении к настоящему документу

5. В глоссарии использованы, по мере возможности, предыдущие глоссарии МКГР, действующие документы Организации Объединенных Наций и другие международные документы. В этом документе также учтены определения и термины, используемые в национальном и региональном законодательстве и проектах законов, многосторонних договорах, в рамках других организаций и процессов, а также в словарях. Кроме того, определения основаны на рабочих документах МКГР, других документах ВОИС и документах других программ ВОИС. Тем не менее предлагаемые определения не являются исчерпывающими. Другие термины также могут иметь отношение к интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры, а выбранные термины могут также иметь другие определения.

6. Выбор основных терминов базируется на терминологии, наиболее часто употребляемой в проектах документов МКГР и других документах по тому же вопросу. Выбранные термины и предлагаемые определения, содержащиеся в приложении, предлагаются безотносительно к любым другим глоссариям или определениям основных терминов, содержащимся в предыдущих документах МКГР или использованным в любых других международных, региональных или национальных документах или форумах. Выбор и предлагаемые определения основных терминов не означают неперменного согласия участников МКГР с выбранными терминами или их предлагаемыми определениями. Настоящий документ носит информационный характер, и МКГР не предлагается подтверждать или принимать выбранные термины или их предлагаемые определения

7. МКГР предлагается принять к сведению настоящий документ и приложение к нему.

² Отчет о девятнадцатой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/19/12).

[Приложение следует]

ГЛОССАРИЙ ОСНОВНЫХ ТЕРМИНОВ, ОТНОСЯЩИХСЯ К ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ТРАДИЦИОННЫМ ВЫРАЖЕНИЯМ КУЛЬТУРЫ

Доступ и совместное пользование выгодами

Конвенция о биологическом разнообразии (1992 г.) предписывает «справедливое и равноправное распределение благ, возникающих в результате использования генетических ресурсов, включая путем соответствующего доступа к ним и соответствующей передачи связанных с ними технологий, учитывая все права на эти ресурсы и технологии, а также путем соответствующего финансирования» (статья 1).

Нагойский протокол регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии (2010 г.) направлен на «обеспечение совместного использования на справедливой и равной основе выгод от применения генетических ресурсов, в том числе путем обеспечения надлежащего доступа к генетическим ресурсам и надлежащей передачи соответствующих технологий, учитывая все права на данные ресурсы и на технологии, и путем надлежащего финансирования, содействуя таким образом сохранению биологического разнообразия и устойчивому использованию его компонентов». В соответствии со статьей 3 Протокол «применяется также к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, в рамках сферы действия Конвенции и к выгодам от применения таких знаний».

В отношении растительных генетических ресурсов для производства продовольствия и сельского хозяйства *Международный договор о растительных генетических ресурсах для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства* Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО) предусматривает в статье 1 «справедливое и равноправное распределение выгод, связанных с их использованием, в соответствии с Конвенцией о биологическом разнообразии, в целях устойчивого развития сельского хозяйства и надежного обеспечения продовольствия».

В статье 1 *решения № 391 Андского сообщества о режиме доступа к генетическим ресурсам* (1996 г.) термин «доступ» определяется как «получение и использование генетических ресурсов, сохраняемых *in situ* и *ex situ*, их побочных продуктов и, если это применимо, их нематериальных компонентов, среди прочего, для научно-исследовательских целей, биологической разведки, сохранения, промышленного применения и коммерческого использования».

Выгоды могут включать денежные и неденежные выгоды, в том числе, но не исключительно, те, что приведены в приложении к *Нагойскому протоколу*¹. К этапам, связанным с получением доступа к генетическим ресурсам и совместным использованием выгод, могут относиться деятельность, предшествующая получению доступа, научные исследования и разработки, связанные с генетическими ресурсами, а также их коммерческое или иное использование, включая совместное использование выгод².

¹ Нагойский протокол регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии, пункт 4 статьи 5.

² **Боннские руководящие принципы по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения**, пункт 23.

Адаптация

Адаптацией является акт переделки ранее существовавшего произведения (будь то охраняемого или являющегося общественным достоянием) или традиционного выражения культуры с целью, отличной от той, которой оно служило первоначально, ведущий к появлению нового произведения, где соединены элементы ранее существовавшего произведения и новые элементы, привнесенные в результате переделки³. Статья 12 *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) предусматривает, что авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать адаптации, аранжировки и другие переделки своих произведений. Согласно юридическому словарю Блэка⁴, владельцы авторского права обладают исключительным правом осуществлять на основе охраняемого произведения подготовку производных произведений или переделок.

Одобрение и участие

Общепринятого определения этого термина не существует. В одном из контекстов было высказано предложение, что, несмотря на использование в статье 8(j) *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) выражения «с одобрения и при участии», в различных решениях, касающихся статьи 8(j), этот термин истолковывается в значении «предварительное обоснованное согласие»⁵.

Соответствующие традиционные знания

В пункте 2 (а) статьи 1 документа «Вклад стран-единомышленниц в цели и принципы охраны генетических ресурсов и предварительный проект статей по охране генетических ресурсов» (WIPO/GRTKF/IC/19/11) приводится следующее определение «соответствующих традиционных знаний»: «знания, которые носят динамичный и развивающийся характер, возникают в традиционном контексте, коллективно сохраняются и передаются из поколения в поколение, в том числе, но не исключительно, ноу-хау, навыки, инновации, практика и познания, распространяющиеся на генетические ресурсы».

Бенефициары охраны

Общепринятого определения этого термина не существует. Тем не менее многие заинтересованные стороны отмечали, что происхождение и владение традиционными знаниями и традиционными выражениями культуры, как правило, считается коллективным, поэтому любые права и интересы применительно к этому продукту должны принадлежать общинам, а не отдельным лицам. Однако в некоторых случаях отдельные лица, такие как традиционные целители, могут считаться носителями традиционных знаний или традиционных выражений культуры и бенефициарами охраны⁶.

Некоторые национальные и региональные законы об охране традиционных знаний и традиционных выражений культуры наделяют правами непосредственно

³ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», ВОИС, стр. 264.

⁴ В данном документе используется 8-е издание под ред. Брайана А. Гарнера.

⁵ Рекомендации, вынесенные участникам переговоров – представителям стран Африки на Втором подготовительном совещании коренных народов и местных общин Африки, UNEP/CBD/COP/10/INF/37, 14 октября 2010 г.

⁶ Отчет семнадцатой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/17/12).

соответствующие народности и общины. Во многих случаях правами наделяется правительственный орган, причем часто предусматривается, что поступления от предоставления прав на использование традиционных знаний или выражений культуры применяются для реализации программ в областях образования, устойчивого развития, национального наследия, социального обеспечения или культуры.

В ходе обсуждений этого вопроса было отмечено, что данный термин может включать коренные народы, коренные общины, местные общины, традиционные общины, культурные общины, нации, отдельных лиц, группы, семьи и меньшинства.

Биологическое разнообразие

В статье 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) термин «биологическое разнообразие», часто сокращаемый как «биоразнообразие», определяется как «вариабельность живых организмов из всех источников, включая, среди прочего, наземные морские и иные водные экосистемы и экологические комплексы, частью которых они являются; это понятие включает в себя разнообразие в рамках вида, между видами и разнообразие экосистем».

Биологический материал

Этот термин определяется в *Директиве Европейского союза о правовой охране биотехнологических изобретений* как «материал, содержащий генетическую информацию и способный на самопроизводство или воспроизводство в биологической системе»⁷. В соответствии с Кодексом Федеральных правил США это термин включает «материал, способный к прямой или непрямой ауторепликации»⁸. В *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) используются термины «биологические ресурсы», «генетический материал» и «генетические ресурсы».

Биологические ресурсы

Как определяется в статье 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.), этот термин «включает генетические ресурсы, организмы или их части, популяции или любые другие биотические компоненты экосистем, имеющие фактическую или потенциальную полезность или ценность для человечества». Поэтому генетические ресурсы составляют одну категорию биологических ресурсов.

В статье 1 *решения № 391 Андского сообщества о режиме доступа к генетическим ресурсам* (1996 г.) этот термин определяется как «индивидуумы, организмы или их части, популяции или любые биотические компоненты, имеющие ценность или реальную или потенциальную полезность, которые содержат генетические ресурсы или их побочные продукты».

Биотехнологические изобретения

Этот термин определяется в директиве *Европейского союза по правовой охране биотехнологических изобретений* как «изобретения, которые касаются продукта, состоящего из или содержащего биологический материал или процесс, с помощью

⁷ Статья 2.1(а) Директивы 98/44/ЕС Европейского парламента и Совета Европы от 6 июля 1998 г. о правовой охране биотехнологических изобретений

⁸ Раздел 1.801 главы 37 Кодекса Федеральных правил (CFR) и Руководство по процедуре патентной экспертизы ВПТЗ США (МРЕР): 2403.01.

которого биологический материал производится, перерабатывается или используется»⁹. Биотехнологические изобретения делятся на три категории: процессы создания и модификации живых организмов и биологического материала, результаты таких процессов и использование таких результатов¹⁰.

Биотехнология

В статье 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) этот термин определяется как «любой вид технологии, связанный с использованием биологических систем, живых организмов или их производных для изготовления или изменения продуктов или процессов с целью их конкретного использования». В *Нагойском протоколе регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.) используется такое же определение, как в статье 2.

В соответствии с заявлением Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО) по биотехнологии от 2000 г.: «При подобной широкой интерпретации, определение биотехнологии охватит многие методы и технологии, которые обычно используются в сельском хозяйстве и производстве продовольствия. При интерпретации в узком смысле, которая рассматривает только новые методы ДНК, молекулярную биологию и репродуктивные технологии, определение биотехнологии охватывает ряд различных технологий, таких, как генная инженерия и передача генов, расшифровка ДНК и клонирование растений и животных»¹¹.

Термин «современная биотехнология» также определяется в статье 3 *Картахенского протокола о биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии*, который был принят в 2000 г., как «применение: а) методов *in vitro* с использованием нуклеиновых кислот, включая рекомбинантную дезоксирибонуклеиновую кислоту (ДНК) и прямую инъекцию нуклеиновых кислот в клетки или органеллы, или б) методов, основанных на слиянии клеток организмов с разным таксономическим статусом, который позволяет преодолеть естественные физиологические репродуктивные или рекомбинационные барьеры и которые не являются методами, традиционными для выведения и селекции».

Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) использует намеренно широкое определение, охватывающее всю современную биотехнологию, а также многие традиционные или пограничные виды деятельности. К биотехнологии относится «применение науки и техники к живым организмам, а также к их частям, продуктам и моделям, с целью изменения живых или неживых материалов для создания знаний, товаров и услуг» в сочетании с перечнем биотехнологических методов, включающих, среди прочего, термины «генная инженерия», «ферментация с использованием биореактора», «генная терапия», «биоинформатика» и «нанобиотехнология»¹².

Боннские руководящие принципы по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения

⁹ Статья 3.1 Директивы 98/44/ЕС Европейского парламента и Совета Европы от 6 июля 1998 г. о правовой охране биотехнологических изобретений

¹⁰ См. документ WIPO/GRTKF/IC/1/3, пункт 16.

¹¹ Заявление ФАО о биотехнологии, доступное на: <http://www.fao.org/biotech/stat.asp>.

¹² См. определение и полный перечень на: <http://www.oecd.org/sti/biotechnologypolicies/statisticaldefinitionofbiotechnology.htm>.

Боннские руководящие принципы по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения были приняты в 2002 г. Конференцией Сторон Конвенции о биологическом разнообразии для руководства в реализации соответствующих положений статей 8(j), 10(c), 15, 16 и 19 Конвенции, касающихся доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод. Руководящие принципы носят добровольный характер и адресованы широкому кругу заинтересованных сторон¹³. Они охватывают процедурные и регламентирующие аспекты, в частности, предварительное обоснованное согласие, и определяют денежные и неденежные формы выгод¹⁴.

Механизм посредничества

В соответствии с используемым Программой ООН по окружающей среде (ЮНЕП) глоссарием, механизм посредничества – это механизм, который используется для содействия и упрощения обмена информацией или проведения операций среди многочисленных Сторон¹⁵. Механизм посредничества Конвенции о биологическом разнообразии (1992 г.) был создан в соответствии с пунктом 3 статьи 18 Конвенции. Его цель заключается в существенном содействии реализации Конвенции путем поощрения и облегчения научно-технического сотрудничества среди Сторон, других правительств и заинтересованных субъектов¹⁶.

Кодифицированные традиционные знания

«Кодифицированные традиционные знания» относятся к «традиционным знаниям, которые воплощены в систематической и структурированной форме, позволяющей упорядочивать, организовывать, классифицировать знания и распределять их по категориям тем или иным способом»¹⁷.

В частности, в области традиционной медицины Группа специалистов по нетрадиционной медицине Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) проводит разграничение между (а) *кодифицированными* системами традиционной медицины, которые были письменно раскрыты в древних священных текстах и полностью относятся к сфере общественного достояния, как, например, аюрведа, получившая раскрытие в древних санскритских текстах¹⁸, или традиционная китайская медицина (ТКМ), получившая раскрытие в древнекитайских медицинских текстах¹⁹; и (б) *некодифицированными* традиционными медицинскими знаниями, не зафиксированными письменно и во многих случаях не получающими раскрытия со стороны носителей, передаваясь из поколения в поколение в устной традиции. Так, например, в Южной Азии кодифицированные системы знаний включают медицинскую систему аюрведы, кодифицированную в 54 авторитетных

¹³ См. Боннские руководящие принципы, статьи 1, 7(a) и 17-21.

¹⁴ См. Боннские руководящие принципы, статьи 24-50 и приложение II.

¹⁵ UNEP Glossary of Terms for Negotiators of Multilateral Environment Agreements, page 49, имеется на: http://www.unep.org/delc/portals/119/Glossary_terms%20for_Negotiators_MEAs.pdf.

¹⁶ Дополнительная информация доступна на: <http://www.cbd.int/chm/>.

¹⁷ Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), пункт 16 Приложения.

¹⁸ Аюрведа представляет собой кодифицированную систему традиционной медицины, получившую письменное раскрытие в ведический период, во время составления ариями текстов четырех Вед (1500-1800 гг. до н.э.). Наибольшее число упоминаний о ней встречается в *Ригведе* и *Атхарваведе*.

¹⁹ Система традиционной китайской медицины была изначально кодифицирована и письменно раскрыта в *Трактате Желтого императора* – первом фундаментальном, классическом труде, в котором закладываются основы ТКМ. Работа по составлению текстов трактата продолжалась несколько столетий, с 3 по 1 вв. до н.э.

книгах аюрведы, систему сиддхов, кодифицированную в 29 авторитетных книгах, и традицию унани тибб, кодифицированную в 13 авторитетных книгах²⁰.

Проводится еще одно разграничение, а именно между (i) традиционными знаниями, которые кодифицированы, т.е. имеют воплощение в письменной форме, и которые относятся к сфере общественного достояния, и (ii) традиционными знаниями, которые не кодифицированы и являются частью устной традиции коренных общин²¹. В документе «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания» (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) приводится дополнительное обсуждение кодифицированных традиционных знаний и некодифицированных традиционных знаний.

Консультации

Согласно юридическому словарю Блэка, консультацией является акт обращения к какому-либо лицу за советом или с целью узнать мнение этого лица.

В одном из источников указывается, что консультация означает процесс обмена мнениями и информацией. Этот процесс не является односторонним, а предполагает совместное использование знаний и мнений. «Консультация» означает сотрудничество, ознакомление с мнением другой стороны и деятельность в соответствии с этим. Согласно другим источникам, применительно к коренным общинам процессы консультации и получения согласия носят взаимосвязанный характер. Посредством консультаций пользователи – третьи лица могут прийти к пониманию того, что требуется для получения согласия и от кого оно должно исходить, а лица, предоставляющие согласие, могут лучше уяснить, на что именно они предоставляют свое согласие²².

Конвенция № 169 Международной организации труда (МОТ) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни (1989 г.), гласит, что консультации проводятся «добросовестно и в форме, соответствующей обстоятельствам, с целью достижения договоренности или согласия в отношении предлагаемых мер» (пункт 2 статьи 6).

Конвенция о биологическом разнообразии

Конвенция о биологическом разнообразии (КБР) – международная конвенция, принятая в июне 1992 г. в ходе Конференции ООН по окружающей среде и развитию, состоявшейся в Рио-де-Жанейро, Бразилия. В соответствии со статьей 1 целями Конвенции являются «сохранение биологического разнообразия, устойчивое использование его компонентов и совместное получение на справедливой и равной основе выгод, связанных с использованием генетических ресурсов, в том числе путем предоставления необходимого доступа к генетическим ресурсам и путем надлежащей передачи соответствующих технологий с учетом всех прав на такие ресурсы и технологии, а также путем должного финансирования». Она вступила в силу 29 декабря 1993 г.

²⁰ Книги таких традиций, как аюрведа, система сиддхов и унани тибб, упоминаются в качестве авторитетных источников в Первом разделе Закона Индии 1940 г. о лекарственных и косметических средствах № 23 (в ред. Закона о лекарственных и косметических средствах 1986 г. № 71). См. перечень существующих онлайн-баз данных, содержащих информацию по документации в области традиционных знаний (WIPO/GRTKF/IC/3/6), пункт 8. См. также Karin Timmermans и Togi Hutadjulu, Соглашение ТРИПС и фармацевтические препараты: Отчет семинара АСЕАН по вопросам Соглашения ТРИПС и его влияния на фармацевтическую продукцию, стр. 45.

²¹ Выступление делегации Канады. См. Отчет второй сессии (WIPO/GRTKF/IC/2/16), пункт 131.

²² Терри Янке *Пути и правила – руководство кинематографиста по взаимодействию с коренными народами, их культурой и концепциями*, стр. 51.

Страна происхождения генетических ресурсов

В соответствии со статьей 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) «страна происхождения генетических ресурсов» означает «страну, которая обладает этими генетическими ресурсами в условиях in-situ». Другие определения включают генетические ресурсы в условиях ex-situ. Например, страна происхождения определяется в статье 1 *решения № 391 Андского сообщества о режиме доступа к генетическим ресурсам* (1996 г.) как «страна, которая обладает генетическими ресурсами в условиях in-situ, включая те, которые, находясь в условиях in-situ, в настоящее время находятся в условиях ex-situ».

Страна, предоставляющая генетические ресурсы

В соответствии со статьей 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) «страна, предоставляющая генетические ресурсы» означает «страну, предоставляющую генетические ресурсы, собранные из источников in-situ, включая популяции как диких, так и одомашненных видов, либо полученные из источников ex-situ, независимо от того, происходят они из этой страны или нет».

Культурная община

«Социальная община» определяется как крепко сплоченная социальная единица, члены которой испытывают сильное чувство единства и солидарности и которая отличается от других общин наличием собственной культуры или культурного образа либо вариантом родовой культуры²³.

Культурное разнообразие

В соответствии с *Конвенцией об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения* (2005 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), культурное разнообразие означает многообразие форм, с помощью которых культуры групп и обществ находят свое выражение. Эти формы самовыражения передаются внутри групп и обществ и между ними²⁴.

Выражения культуры

В *Конвенции об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения* (2005 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) выражения культуры определяются как «такие формы самовыражения, которые представляют собой результат творчества отдельных лиц, групп или обществ и которые имеют культурное содержание»²⁵.

Культурное наследие

Для целей *Конвенции об охране всемирного культурного и природного наследия* (1972 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры

²³ Проект глоссария, предложенный на совещании группы экспертов из Нидерландов, созванном бюро Национальной комиссии Нидерландов по вопросам ЮНЕСКО, TER/CH/2002/WD/4, ²⁰⁰².

²⁴ Пункт 1 статьи 4 Конвенции ЮНЕСКО об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения, 2005 г.

²⁵ Пункт 3 статьи 4 Конвенции ЮНЕСКО об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения, 2005 г.

(ЮНЕСКО) культурным наследием считаются следующие объекты, перечисленные в статье 1:

(a) памятники: произведения архитектуры, монументальной скульптуры и живописи, элементы или структуры археологического характера, надписи, пещеры и группы элементов, которые имеют выдающуюся универсальную ценность с точки зрения истории, искусства или науки;

(b) ансамбли: группы изолированных или объединенных строений, архитектура, единство или связь с пейзажем которых представляют выдающуюся универсальную ценность с точки зрения истории, искусства или науки;

(c) достопримечательные места: произведения человека или совместные творения человека и природы, а также зоны, включая археологические достопримечательные места, представляющие выдающуюся универсальную ценность с точки зрения истории, эстетики, этнологии или антропологии.

Культурная самобытность

«Культурная самобытность» указывает на наличие соответствия между общиной – национальной, этнической, языковой и т.д. – и ее культурной жизнью, а также на право каждой общины на собственную культуру²⁶. Конвенция № 169 Международной организации труда (МОТ) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах (1989 г.), гласит, что правительства должны оказывать содействие полному осуществлению социальных, экономических и культурных прав этих народов при уважении их социальной и культурной самобытности, их обычаев и традиций и их институтов²⁷.

Культурные ценности

В Конвенции о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности (1970 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) культурными ценностями считаются ценности религиозного или светского характера, которые рассматриваются каждым государством как представляющие значение для археологии, доисторического периода, истории, литературы, искусства и науки и которые относятся к перечисляемым ниже категориям: а) редкие коллекции и образцы флоры и фауны, минералогии, анатомии и предметы, представляющие интерес для палеонтологии; б) ценности, касающиеся истории, включая историю науки и техники, историю войн и обществ, а также связанные с жизнью национальных деятелей, мыслителей, ученых и артистов и с крупными национальными событиями; в) археологические находки (включая обычные и тайные) и археологические открытия; г) составные части расчлененных художественных и исторических памятников и археологических мест; д) старинные предметы более чем 100-летней давности, такие как надписи, чеканные монеты и печати; е) этнологические материалы; ж) художественные ценности, такие как: i) полотна, картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов (за исключением чертежей и промышленных изделий, украшенных от руки); ii) оригинальные произведения скульптурного искусства из любых материалов; iii) оригинальные гравюры, эстампы и литографии; iv) оригинальные художественные подборки и монтажи из любых материалов; з) редкие рукописи и инкунабулы, старинные книги, документы и издания, представляющие особый интерес (исторический, художественный, научный, литературный и т.д.), отдельно или в

²⁶ Тезаурус ЮНЕСКО, имеется на

<http://www.vocabularyserver.com/unesco/en/index.php?setLang=en&tema=2822>.

²⁷ Конвенция МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах 1989 г. (№ 169), пункт 2 б) статьи 2.

коллекциях; i) почтовые марки, налоговые и аналогичные марки, отдельно или в коллекциях; j) архивы, включая фоно-, фото- и киноархивы; k) мебель более чем 100-летней давности и старинные музыкальные инструменты.

Хранитель

Юридический словарь Блэка дает следующее определение хранителя: «лицо или учреждение, которое состоит на попечении или хранении (ребенка, собственности, документов или других ценностей)». Согласно тому же источнику «попечительство» относится к уходу и контролю за вещью или человеком для проверки, сохранения или безопасности. «Хранитель» определяется в Оксфордском словаре английского языка как «некто, имеющий на хранении вещь или человека; опекун, страж». Словарь «Merriam-Webster» содержит такое определение: «некто, кто оберегает и осуществляет охрану или хранение». Термин «хранитель» в контексте традиционных знаний и выражений культуры относится к тем общинам, народностям, отдельным лицам и другим субъектам, которые в соответствии с нормами обычного права и другой практикой сохраняют, используют и развивают традиционные знания и выражения культуры. Он выражает понятие, которое отличается от «права собственности» («владения») как такового, поскольку «хранитель» передает чувство ответственности, гарантирующее, что традиционные знания или выражения культуры используются таким образом, что это использование удовлетворяет ценностям общины и нормам обычного права.

Обычный контекст

«Обычный контекст» означает использование традиционных знаний или выражений культуры в соответствии с такой повседневной практикой общины, как, например, обычная продажа местными ремесленниками копий выражений фольклора в материальной форме²⁸.

Обычное право и процедуры

Юридический словарь Блэка дает следующее определение обычного права: «право, основывающееся на обычаях, которые приняты в качестве законных требований или обязательных правил поведения; практика и верования, которые столь жизненно необходимы и присущи части социально-экономической системы, что к ним относятся так, как если бы они были нормами права». Обычное право также определено как «признанные на местном уровне принципы и более конкретные нормы или правила, которые сохраняются и передаются в устной форме и применяются учреждениями в рамках общины в целях внутренней регламентации или руководства всеми аспектами жизни»²⁹. Формы, в которых воплощены нормы обычного права, отличаются друг от друга. Например, законы могут быть кодифицированными, письменными или устными, четко выраженными или исполняемыми на основе традиционной практики. Еще один важный элемент заключается в том, действительно ли эти законы признаются «официально» национальными системами права страны, в которой находится община, и/или связаны с этими системами. Решающим фактором в определении того, имеют ли некоторые обычаи статус закона, является то, считает ли их община юридически обязательными, или они просто описывают реальную практику.

²⁸ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982 г., пункт 42 части III.

²⁹ Права на охрану традиционных знаний: последствия применения норм и практики обычного права, Семинар-практикум по вопросам планирования научных исследований, Куско, Перу, 20-25 мая 2005 г.

Нормы обычного права касаются многих аспектов жизни общин. Они определяют права и обязанности членов общины в отношении важных аспектов их жизни, культуры и мировоззрения: нормы обычного права могут касаться использования природных ресурсов и доступа к ним; прав и обязанностей в отношении земель, вопросов наследования и имущества; практики духовной жизни; сохранения культурного наследия и систем знаний, а также многих других вопросов³⁰. Высказывалось мнение, что нормы обычного права основаны на обычаях коренных народов, которые практикуются традиционными общинами, а также сопряженными с ними местными санкциями за нарушение этих норм. Большинство правил, составляющих нормы обычного права, письменно не зафиксированы и не являются едиными для различных этнических групп. Различия между нормами обычного права этнических групп можно объяснить такими факторами, как язык, близость мест проживания, происхождение, история, социальная структура и экономика. Обычное право не статично, а динамично, его правила время от времени меняются, отражая изменения в социальных и экономических условиях³¹.

В ряде рабочих документов МКГР упоминаются нормы обычного права и процедуры, а в некоторых говорится о том, что они должны учитываться при разработке новой системы охраны традиционных знаний и традиционных выражений культуры.

Обычная практика

Обычная практика может быть определена как деятельность и виды использования, которые регулируют и направляют различные аспекты жизни общины. Обычная практика укоренена в общине и проявляется в ее жизнедеятельности. Ее нельзя воспринимать как отдельный кодифицированный «закон» как таковой³².

База данных по соглашениям о биоразнообразии, связанным с доступом и совместным пользованием выгодами

База данных ВОИС по Соглашениям о биоразнообразии, связанным с доступом и совместным пользованием выгодами, представляет собой электронную онлайн-коллекцию «руководств по контрактной практике, руководящих принципов и типовых положений в области интеллектуальной собственности для использования в контрактных соглашениях о доступе к генетическим ресурсам и совместном пользовании выгодами, с учетом особого характера и потребностей различных заинтересованных сторон, различных генетических ресурсов и различных форм передачи в различных сферах политики в области генетических ресурсов»³³. В качестве средства создания потенциала она направлена на обеспечение информационных ресурсов для тех, кому требуется помощь в отношении действующей практики в области ИС, доступа и совместного использования выгод и генетических ресурсов, а в качестве эмпирической базы она предназначена содействовать разработке в ВОИС руководящих принципов по доступу к генетическим ресурсам и совместному пользованию выгодами³⁴.

³⁰ Проект документа по вопросам, касающимся обычного права и интеллектуальной собственности – дискуссионный материал версия – 3.0 (декабрь 2006 г.).

www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html.

³¹ Пол Курук, «Африканские нормы обычного права и охрана фольклора», Copyright Bulletin, XXXVI, No.2, 2002, p. 6, quoting, in part, Paris, 15 June 1982, Gazette du Palais, 1982.2, Summary, p. 378, or Paris, 25 April 1978, Gazette du Palais, 1978.2, p. 448.

³² ВОИС, Обычное право и система интеллектуальной собственности применительно к охране традиционных выражений культуры и традиционных знаний – дискуссионный материал – версия 3.0 (декабрь 2006 г.), доступен в онлайн-режиме по адресу:

http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/consultations/customary_law/issues-revised.pdf.

³³ См. документ WIPO/GRTKF/IC/2/3 стр. 4 пункт 2; онлайн-база данных доступна на: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/index.html>.

³⁴ См. документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/11.

Дериват

В пункте (е) статьи 2 *Нагойского протокола регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.) приведено следующее определение: «дериват» означает естественно встречающееся биохимическое соединение, являющееся результатом генетической экспрессии или метаболизма биологических или генетических ресурсов, даже если он не содержит функциональных единиц наследственности».

В пункте 2 (b) статьи 1 документа «Вклад стран-единомышленниц в цели и принципы охраны генетических ресурсов и предварительный проект статей по охране генетических ресурсов» (WIPO/GRTKF/IC/19/11) приведено следующее определение термина «дериват»: «биохимическое соединение, являющееся результатом генетической экспрессии или метаболизма биологических или генетических ресурсов, даже если он не содержит функциональных единиц наследственности».

Производные произведения

В области авторского права термин «производные произведения» относится к переводам, адаптациям, музыкальным аранжировкам и другим переделкам ранее существовавших произведений, которые в соответствии с пунктом 3 статьи 2 *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) охраняются наравне с такими произведениями без ущерба правам авторам ранее существовавших произведений³⁵. Этот термин иногда используется в более широком значении и охватывает компиляции/сборники произведений, охраняемых в соответствии с пунктом 5 статьи 2 Конвенции, (а также пунктом 2 статьи 10 *Соглашения Всемирной торговой организации (ВТО) по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* (1994 г.) (Соглашения ТРИПС) и статьей 5 *Договора ВОИС по авторскому праву* (1996 г.) (ДАП))³⁶.

В этом смысле термин «производное произведение» включает компиляции данных или иных материалов в машиночитаемой или иной форме, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества³⁷. Произведения, представляющие собой компиляцию или сборник, охраняются в соответствии с Бернской Конвенцией наряду с прочими производными произведениями³⁸.

Личное неимущественное право автора может ограничивать право третьих лиц на создание производного произведения. Поэтому даже в случае, если по договору или закону лицо вправе вносить изменения в произведение или использовать его для создания производного произведения, автор может противодействовать всякому извращению произведения, способному нанести ущерб репутации автора.

³⁵ Пункт 3 статьи 2 Бернской Конвенции. «Переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам автора оригинального произведения».

³⁶ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», ВОИС.

³⁷ Пункт 5 статьи 2 Бернской Конвенции, пункт 2 статьи 10 Соглашения ТРИПС, статья 6 Договора по авторскому праву.

³⁸ См. Сэм Рикетсон и Джейн С. Гинзбург, *Международное авторское право и смежные права – в рамках и за рамками Бернской Конвенции*, Oxford, Vol. I, p. 485.

В некоторых юрисдикциях определение производных произведений было переработано применительно к традиционным выражениям культуры. В соответствии с *Тихоокеанским региональным типовым законом об охране традиционных знаний и проявлений культуры* (2002 г.) этот термин обозначает любой результат интеллектуального творчества или инноваций, созданный на основе или за счет традиционных знаний или выражений культуры³⁹.

Посягательство

В соответствии со статьей *6bis Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) термин «посягательство» обозначает ущерб чести или репутации автора. Этот термин относится к действиям, которые не являются фактическим изменением собственно произведения или вмешательством в него. Он обозначает действие «в отношении» произведения. Термин «посягательство» был добавлен в Конвенцию на Брюссельской конференции по пересмотру с целью охватить такое использование произведения, которое наносит ущерб автору. Он относится к ситуациям, когда произведение сообщается таким образом, что это наносит вред автору⁴⁰.

Раскрытые традиционные знания

«Раскрытые традиционные знания» относятся к «[традиционным знаниям, которые доступны лицам, не являющимся членами коренной или местной общины, которая рассматривается как 'носитель' [традиционных знаний]. Такие [традиционные знания] могут быть доступными для широкой публики, доступ к ним возможен посредством материальных документов, Интернета и прочих видов телекоммуникаций и записи. [Традиционные знания] могут быть раскрыты третьим лицам или лицам, не являющимся членами коренных и местных общин, откуда берут начало [традиционные знания], с разрешения коренных и местных общин или без него»⁴¹.

В документе «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания» (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) приводится дополнительное обсуждение раскрытых традиционных знаний и нераскрытых традиционных знаний.

Раскрытие

Согласно юридическому словарю Блэка, «раскрытие» означает выявление фактов или акт или процесс обнародования того, что было неизвестно ранее. В сфере авторского права термин «раскрытие» может означать обеспечение того, чтобы широкая публика впервые получила доступ к произведению. Первая публикация произведения является одной – но не единственной – из форм раскрытия, поскольку раскрытие произведений может также происходить путем действий, не связанных с копированием, например путем публичного исполнения и передачи в эфир по проводам⁴². В соответствии с нормами международного авторского права признание такого права не является обязательным. В *Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) говорится об использовании публично раскрытых произведений в контексте

³⁹ Тихоокеанский региональный типовой закон от 2002 г. об охране традиционных знаний и проявлений культуры, часть I.4.

⁴⁰ Сэм Рикетсон и Джейн С. Гинзбург, *Международное авторское право и смежные права – в рамках и за рамками Бернской Конвенции*, Oxford, Vol. I, p. 603.

⁴¹ Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), пункт 4 Приложения.

⁴² Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав, административное управление которыми осуществляет ВОИС, и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», стр. 282.

исключений, при этом автор имеет право раскрыть общественности свое произведение⁴³. В соответствии с определенными национальными законами «право на раскрытие» является личным неимущественным правом.

Требования о раскрытии

Раскрытие является частью логического обоснования патентного законодательства⁴⁴. В соответствии со статьей 5 *Договора о патентной кооперации* (РСТ) патентное законодательство налагает на патентных заявителей общее обязательство *«раскрывать изобретения достаточно ясно и полно, чтобы изобретение могло быть осуществлено специалистом в данной области»*. Однако «требование о раскрытии» используется в последнее время в качестве общего термина применительно к реформам, которые произошли в патентном законодательстве на региональном или национальном уровне, и предложениям о реформировании международного патентного законодательства, которые будут конкретно налагать на патентных заявителей обязательство раскрывать несколько категорий информации, касающейся традиционных знаний и/или генетических ресурсов, когда они используются в разработке изобретения, притязание на которое содержится в патенте или заявке на патент⁴⁵.

В отношении методов раскрытия, относящихся к генетическим ресурсам и традиционным знаниям, были рассмотрены три широкие функции:

- раскрытие любых генетических ресурсов/традиционных знаний, действительно использованных в ходе создания изобретения (описательная функция или функция прозрачности, относящиеся к самим генетическим ресурсам/традиционным знаниям и к их взаимосвязи с изобретением);
- раскрытие действительного источника генетических ресурсов/традиционных знаний (функция раскрытия происхождения, относящаяся к тому, где получены генетические ресурсы/традиционные знания) – это может касаться страны происхождения (разъяснить, в соответствии с какой юрисдикцией был получен исходный материал), или более конкретного местонахождения (например, для гарантии того, что доступ к генетическим ресурсам возможен, что гарантирует возможность повторения или воспроизведения изобретения); и
- обеспечение обязательства или доказательства предварительного полученного согласия (функция соблюдения, относящаяся к законности доступа к генетическим ресурсам/ традиционным знаниям) – это может повлечь за собой доказывание того, что генетические ресурсы/традиционные знания, использованные в изобретении, были получены и использованы в соответствии с законодательством, применимым в стране происхождения, или в соответствии с условиями любого специального соглашения, в котором отмечено предварительное обоснованное согласие, или доказывание того, что подача заявки на патент была осуществлена в соответствии с предварительным обоснованным согласием⁴⁶.

По предложению Конференции Сторон *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) МКГР подготовил техническое исследование по этому вопросу, а также исследование вопросов в отношении взаимосвязи между доступом к генетическим ресурсам и

⁴³ Статьи ^{10bis} и 11. См. также Сэм Рикетсон и Джейн С. Гинзбург, *Международное авторское право и смежные права – в рамках и за рамками Бернской Конвенции*, Oxford, Vol. I., p. 614.

⁴⁴ См. документ WIPO/GA/32/8, стр. 32 приложения.

⁴⁵ В отношении дополнительной информации см. документ WIPO/GRTKF/IC/16/6, стр. 7-11 Приложения I и базу данных Отдела ТЗ по национальным и региональным законодательным мерам в патентном законодательстве, доступную на: <http://www.wipo.int/tk/en/laws/genetic.html>.

⁴⁶ См. Техническое исследование ВОИС относительно требований по раскрытию информации, относящейся к генетическим ресурсам и традиционным знаниям, публикация ВОИС № 786(E), стр. 65.

требованиями о раскрытии в заявках на получение прав интеллектуальной собственности, которые были предоставлены Конвенции⁴⁷.

МКГР поступил ряд предложений. Предложение Швейцарии направлено на введение требования о раскрытии в *Договор о патентной кооперации* (РСТ), которое будет применяться к международным и национальным заявкам и требовать от патентных заявителей раскрытия источника генетических ресурсов и/или традиционных знаний⁴⁸. Предложение Европейского союза и его государств-членов включает обязательство по выполнению обязательного требования раскрывать страну происхождения или источник генетических ресурсов для международных, региональных и национальных заявок на патенты⁴⁹. Предложение, представленное Африканской группой, основано на предложениях Швейцарии и Европейского союза и включает также введение международно признанного сертификата о соответствии требованиям, предусмотренного *Нагойским протоколом регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.)⁵⁰. Предложение стран-единомышленниц касается обязательного требования о раскрытии в заявке на получение права интеллектуальной собственности информации о задействованных генетических ресурсах, их дериватов и связанных с ними традиционных знаниях. Такая информация должна включать страну происхождения и источник, доказательство получения предварительного обоснованного согласия, доказательство совместного пользования выгодами на основании взаимосогласованных условий, а также письменную или устную информацию, которая позволит осуществить поиск и экспертизу заявки на получение права интеллектуальной собственности⁵¹.

Были предложены альтернативные механизмы в отношении требований о раскрытии⁵². Еще одна международная инициатива в отношении требования о раскрытии – предлагаемая статья *29bis Соглашения Всемирной торговой организации (ВТО) по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* (1994 г.) (Соглашения ТРИПС), предложенная для обсуждения рядом стран⁵³.

Документирование

В Оксфордском словаре английского языка содержится следующее определение документирования: накопление, классификация и распространение информации; собранный в ходе этого материал. Документирование традиционных знаний может включать их запись, регистрацию, фотографирование или воспроизведение на пленке – все то, что содержит в себе элемент фиксирования традиционных знаний таким образом, что они сохраняются и могут быть доступными для других лиц с целью их познания. Документирование отличается от традиционных способов сохранения и передачи знаний и традиционных выражений культуры в рамках общины⁵⁴.

⁴⁷ Техническое исследование ВОИС относительно требований по раскрытию информации, относящейся к генетическим ресурсам и традиционным знаниям публикация ВОИС № 786(E); WIPO/GA/32/8 («Исследование вопроса в отношении взаимосвязи между доступом к генетическим ресурсам и требованиям раскрытия в заявках на получение прав интеллектуальной собственности»), 2005 г.

⁴⁸ См. документ WIPO/GRTKF/IC/11/10 (Предложение Швейцарии) и документ WIPO/GRTKF/IC/16/6, приложение, стр. 13.

⁴⁹ См. документ WIPO/GRTKF/IC/8/11 (Предложение ЕС) и документ WIPO/GRTKF/IC/16/6, приложение, стр. 14.

⁵⁰ Документ WIPO/GRTKF/IC/17/10, стр. 2 приложения

⁵¹ Документ WIPO/GRTKF/IC/19/11, статья 3.

⁵² Документ WIPO/GRTKF/IC/9/13 (альтернативное предложение).

⁵³ Документ *TN/C/W/52*.

⁵⁴ Резюме и введение в инструментарий по управлению механизмами влияния интеллектуальной собственности при документировании традиционных знаний и генетических ресурсов, документ WIPO/GRTKF/IC/5/5.

Документирование имеет особое значение, поскольку нередко оно является средством, с помощью которого люди за пределами традиционного круга получают доступ к традиционным знаниям⁵⁵. В документе «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания» (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) приводится дополнительное обсуждение документированных традиционных знаний и недокументированных традиционных знаний.

⁵⁵ Отчет об инструментарии по управлению механизмами влияния интеллектуальной собственности при документировании традиционных знаний и генетических ресурсов (WIPO/GRTKF/IC/5/5), стр. 4 приложения.

Справедливое вознаграждение

Справедливое вознаграждение означает вознаграждение, выплачиваемое за определенные действия, которые были осуществлены в отношении произведения или объекта смежных прав, в сумме и на условиях, соответствующих тому, что может рассматриваться как обычные коммерческие стандарты в случае, если владелец авторского права или смежных прав предоставил разрешение на осуществление этого действия. Такое вознаграждение обычно выплачивается в случаях, когда имущественные права сведены к праву на вознаграждение (и в целом применяются на основании недобровольной лицензии)⁵⁶. *Договор ВОИС по исполнению и фонограммам* (1996 г.) (ДИФ) в пункте 1 статьи 15 предусматривает, что исполнители и производители фонограмм пользуются правом на одновременное справедливое вознаграждение за прямое или косвенное использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, для эфирного вещания или любого сообщения для всеобщего сведения. Тем не менее согласно пункту 3 статьи 15 любая Договаривающаяся Сторона может ограничить это право или – при условии, что она сделает оговорку к Договору – отказаться от его применения.

Исключения

Термин «исключения» устанавливает ограничения на использование произведения, охраняемого авторским правом. Исключения в первую очередь касаются действий по отношению к охраняемым элементам. Иногда понятие «исключения» охватывает законодательные решения (например, тексты законов или судебных решений), в соответствии с которыми монополия владельца перестает распространяться на определенные оригинальные произведения, однако в целом это относится к определению того, какие виды использования охраняемых элементов не требуют ни выдачи разрешения, ни выплаты вознаграждения⁵⁷. В *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) предусмотрено применение трехступенчатой проверки для определения возможности разрешения исключений: (i) исключение может распространяться лишь на определенные особые случаи; (ii) исключение не должно противоречить нормальному использованию произведения и (iii) оно не должно ущемлять необоснованным образом законные интересы владельцев прав⁵⁸.

Выражение действием

«Выражения действием» означает выражения посредством тела человека⁵⁹. Они могут включать народные танцы, драматургию и художественные формы обрядов и не нуждаются в воплощении в материальной форме, например, в хореографической записи⁶⁰.

⁵⁶ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав, административное управление которыми осуществляет ВОИС, и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам».

⁵⁷ Исследование «Исключения и ограничения в авторском праве и смежных правах», подготовлено Пьером Сириелли, *WCT-WPPT/IMP/1*, 1999 г., стр. 2.

⁵⁸ Пункт 2 статьи 9.

⁵⁹ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий¹⁹⁸² г., пункт 37.

⁶⁰ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий¹⁹⁸² г., пункт 37.

Выражения фольклора

В *Типовых положениях ВОИС-ЮНЕСКО* (1982 г.) «выражения фольклора» означают произведения, состоящие их характерных элементов традиционного культурного наследия, разработанных и сохраненных общиной страны или отдельными ее представителями, отражающих традиционные художественные чаяния такой общины, в частности:

- (i) устные выражения, в частности народные сказания, народная поэзия и загадки;
- (ii) музыкальные выражения, в частности народные песни и инструментальная музыка;
- (iii) выражения действием, в частности народные танцы, драматургия и художественные формы обрядов, независимо от того, воплощены они в материальную форму, или нет; и
- (iv) выражения в материальной форме⁶¹.

В контексте МКГР термины «традиционные выражения культуры» и «выражения фольклора» являются синонимичными и взаимозаменяемыми.

Ex-situ

В отношении определения «сохранение ex situ» в статье 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) «ex situ» может пониматься как «компоненты биологического разнообразия вне их естественных мест обитания».

Добросовестная практика

Выражение «добросовестная практика» используется в определенных положениях *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) в отношении исключений из авторско-правовой охраны (см. пункт 1 статьи 10, касающийся цитирования, а также пункт 2 статьи 10, касающийся свободного использования произведений в объеме, оправданном поставленной целью, в качестве иллюстраций учебного характера). Для определения того, какая практика может считаться «добросовестной», следует принять во внимание критерии трехступенчатой проверки⁶².

Права фермеров

В статье 9.1 *Международного договора Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО) о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства* признается «тот огромный вклад, который вносят и будут впредь вносить в сохранение и развитие генетических ресурсов растений, которые составляют основу для производства продовольствия и сельскохозяйственной продукции во всем мире, местные и коренные общины и фермеры всех регионов мира, особенно центров происхождения и разнообразия культур». Статья 9.2 определяет «права фермеров» следующим образом: «(а) охрана

⁶¹ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, раздел 2.

⁶² Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав, административное управление которыми осуществляет ВОИС, и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», стр. 289.

традиционных знаний, касающихся генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства; (b) право на равноправное участие в распределении выгод, получаемых от использования генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства; и (c) право на участие в принятии решений на национальном уровне по вопросам, связанным с сохранением и устойчивым использованием генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства». В статье 2 *Международного кодекса поведения Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО) при сборе и передаче зародышевой плазмы растений* этот термин определяется следующим образом: «права, вытекающие из прошлого, настоящего и будущего вклада фермеров в сохранение, совершенствование и предоставление генетических ресурсов растений, особенно в центрах происхождения / разнообразия. Эти права принадлежат Международному сообществу, выступающему в качестве доверительного управляющего в интересах нынешних и будущих поколений фермеров, в целях обеспечения полной выгоды для фермеров и поддержки продолжения их взносов, а также достижения общих целей Международного проекта ФАО по генетическим ресурсам растений».

Фиксация

Согласно юридическому словарю Блэка, фиксацией является процесс или результат записи авторского произведения в осязаемой форме. Фиксация произведения или объекта смежных прав в материальной форме (в том числе хранение в памяти электронного устройства (компьютера)), должна производиться в достаточно стабильной форме и таким образом, чтобы на основе этого произведение или объект смежных прав может быть воспринят, воспроизведен или сообщен до всеобщего сведения⁶³. Фиксация в материальной форме не всегда является необходимым условием охраноспособности, однако *Бернская Конвенция об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) предусматривает, что национальным законодательством в области авторского права фиксация может быть предписана в качестве такого условия⁶⁴. Фиксация в материальной форме традиционных выражений культуры может создать новые права интеллектуальной собственности на такую фиксацию, и эти права могут быть непосредственно использованы для охраны самих традиционных выражений культуры – такая стратегия использовалась для охраны древнего наскального искусства⁶⁵. Высказывалось мнение, что из-за использования термина «выражение» может возникнуть впечатление, будто для охраны традиционных выражений культуры существует требование по их фиксации⁶⁶.

Фольклор

В соответствии с определением, содержащимся в *Рекомендации о сохранении традиционной культуры и фольклора* (1989 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), «фольклор (или традиционная и народная культура) – есть совокупность основанных на традициях культурного сообщества творений, выраженных группой или индивидуумами и признанных в качестве отражения чаяний сообщества, его культурной и социальной самобытности; фольклорные образцы и ценности передаются устно, путем имитации или другими

⁶³ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав, административное управление которыми осуществляет ВОИС, и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», стр. 290.

⁶⁴ Пункт 2 статьи 2.

⁶⁵ Терри Янке, «Несанкционированное воспроизведение наскального искусства»: тематические исследования в области интеллектуальной собственности и традиционных выражений культуры, ВОИС, 2003 г.

⁶⁶ Отчет семнадцатой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/17/12), пункт 50.

способами. Его формы включают, в частности, язык, литературу, музыку, танцы, игры, мифологию, обряды, обычаи, ремесла, архитектуру и другие виды художественного творчества».

Первые попытки эксплицитного урегулирования вопросов использования творений фольклора были предприняты в рамках законов об авторском праве нескольких стран (Туниса в 1967 г., Боливии в 1968 г. (лишь в отношении музыкального фольклора), Чили в 1970 г., Марокко в 1970 г., Алжира в 1973 г., Сенегала в 1973 г., Кении в 1975 г., Мали в 1977 г., Бурунди в 1978 г., Кот-д'Ивуаре в 1978 г., Гвинею в 1980 г., а также в Типовом законе Туниса об авторском праве для развивающихся стран в 1976 г.) и международном договоре (разработанный в Банги в 1977 г. текст Конвенции об Африканской региональной организации интеллектуальной собственности, далее «Конвенция АРОИС»). Во всех этих текстах произведения фольклора рассматриваются как часть культурного наследия нации («традиционного наследия», «культурного наследия»; в Чили – «общественного достояния культуры», использование которого требует платы). Тем не менее, можно по-разному понимать значение термина «фольклор», в котором он употребляется в этих текстах. Важным авторско-правовым элементом, общим для приведенных в этих текстах определений в соответствии с указанными законами (кроме *Типового закона Туниса*, в котором не содержится определения), является то, что фольклор должен быть создан авторами, чья личность неизвестна, но которые предположительно являются или являлись гражданами страны. В *Конвенции АРОИС* упоминаются творения «общин», а не авторов, что разграничивает творения фольклора от произведений, охраняемых традиционным авторским правом. В *Типовом законе Туниса* определение фольклора дано с использованием обоих этих альтернативных возможностей и рассматривает фольклор как творения «авторов, которые предположительно являются гражданами соответствующей страны, или этнических общин». В соответствии с Законом Марокко, фольклор охватывает «все неопубликованные произведения такого рода», при этом Законы Алжира и Туниса не ограничивают охват понятия «фольклор» неопубликованными произведениями. В Законе Сенегала присутствует четкое понимание понятия фольклора, куда относятся как литературные, так и художественные произведения. В *Конвенции АРОИС* и *Типовом законе Туниса* предусмотрено, что фольклор включает и научные работы. Большинство из указанных законов признают «произведения по мотивам фольклора» в качестве отдельной категории произведений, для использования которых в коммерческих целях требуется одобрение компетентного органа⁶⁷.

Формальность

Юридический словарь Блэка определяет формальность как мелкое практическое действие, которое, несмотря на его кажущуюся незначительность, обычно необходимо предпринять для достижения определенного правового результата. В контексте авторского права термин «формальность» обозначает процедурное или административное требование, например, требование размещения уведомления об авторском праве, предоставления копий или регистрации, которое должно быть выполнено в качестве условия для приобретения авторского права или смежных прав, пользования ими или их осуществления (включая обеспеченность правовой санкцией)⁶⁸. В соответствии с *Бернской Конвенцией об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.), *Соглашением Всемирной торговой организации (ВТО) по*

⁶⁷ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982 г., часть I, пункты 5-7.

⁶⁸ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав, административное управление которыми осуществляет ВОИС, и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам» стр.²⁹⁰.

торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (1994 г.) (Соглашением ТРИПС), *Договором ВОИС по авторскому праву* и *Договором ВОИС по исполнениям и фонограммам* пользование правами и их осуществление не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей⁶⁹.

Генетический материал

В соответствии со статьей 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) термин «генетический материал» означает «любой материал растительного, животного, микробного и иного происхождения, содержащий функциональные единицы наследственности». Кроме того, высказывалось предложение о том, чтобы термин «генетический материал» понимался «как материал из какого бы то ни было биологического источника, в котором единицы наследственности оказывают влияние или выполняют функции»⁷⁰.

Генетические ресурсы

В соответствии со статьей 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) термин «генетические ресурсы» означает «генетический материал, представляющий фактическую или потенциальную ценность».

В статье 1 *решения № 391 Андского сообщества о режиме доступа к генетическим ресурсам* (1996 г.) дается широкое определение «генетических ресурсов»: «весь биологический материал, который содержит генетическую информацию, имеющую реальную или потенциальную ценность».

В Глоссарии Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО) по рыболовству этот термин определяется как «зародышевая плазма растений, животных или других организмов, содержащая полезные символы, имеющие действительное или потенциальное значение. В одомашненных видах это сумма всех генетических комбинаций, полученных в процессе эволюции».

В других правовых документах при ссылке на генетические ресурсы используются различные термины:

В статье 2 Международного договора ФАО о растительных генетических ресурсах, используемых для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства (2001 г.) «растительные генетические ресурсы» означают «любой материал растительного происхождения, включая репродуктивный и вегетативный посадочный материал, содержащий функциональные единицы наследственности».

В статье 2 Международного кодекса поведения для сбора и передачи зародышевой плазмы растений ФАО (1993 г.) растительные генетические ресурсы определяются как «репродуктивный или вегетативный посадочный материал растений».

⁶⁹ Пункт 2 статьи 5 Бернской Конвенции, пункт 1 статьи 9 Соглашения ТРИПС, пункт 10 статьи 25 Договора ВОИС по авторскому праву и статья 20 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам. См. Руководство ВОИС по договорам по авторскому праву и смежным правам, административное управление которыми осуществляет ВОИС, и Глоссарий терминов, относящихся к авторскому праву и смежным правам, стр. 291.

⁷⁰ Документ UNEP/CBD/WG-ABS/9/INF/1 (Концепция генетических ресурсов в Конвенции о биологическом разнообразии и ее взаимосвязь с функциональным международным режимом доступа и совместного пользования выгодами), стр. 8.

В пункте 1 (а) статьи 2 Международного проекта ФАО по растительным и генетическим ресурсам (1983 г.) этот термин определяется как «репродуктивный или вегетативный посадочный материал следующих категорий растений: i) используемые культивируемые виды (сорта) и вновь разработанные виды; ii) устаревшие сорта; iii) примитивные сорта (местные сорта); iv) дикие и сорняковые виды, имеющие близкое родство с культивируемыми видами; и v) специальные генетические фонды (включая элитные фонды и действующие линии селекционеров и мутанты)». Международный проект не содержит ссылок на «функциональные единицы наследственности».

В других юридических документах в области интеллектуальной собственности этот термин не используется, а имеются ссылки на «биологический материал».

В Директиве Европейского союза о правовой охране биотехнологических изобретений (1998 г.) он определяется как «материал, содержащий генетическую информацию и способный на самовоспроизводство или воспроизводство в биологической системе».

В соответствии с Кодексом Федеральных правил США биологический материал включает «материал, способный на прямое или не прямое самовоспроизведение».

В соответствии со статьей 2 Конвенции о биологическом разнообразии (1992 г.), биологические ресурсы включают «генетические ресурсы, организмы или их части, популяции или любые другие биотические компоненты экосистем, имеющие фактическую или потенциальную полезность или ценность для человечества».

Наследие (коренных народов)

Термин «наследие коренных народов» (и прочих народов) или «культурное наследие коренных народов» в целом относится к тому, что описывается в *Проекте принципов и руководящих указаний по охране наследия коренных народов* (2000 г.), разработанном Председателем-докладчиком Подкомиссии по поощрению и защите прав человека г-жой Эрикой-Ирэн Даэс. В пунктах 12, 13 и 14 Руководящих указаний содержатся определения.

Пункт 12 гласит: «[н]аследие коренных народов носит коллективный характер и состоит из всех объектов, достопримечательных мест и знаний, в том числе языков, основные свойства или использование которых передается из поколения в поколение и которые рассматриваются как неразрывно связанные с определенным народом либо его территорией традиционного природопользования. Наследие коренных народов также включает объекты, достопримечательные места, знания, а также литературные или художественные произведения этих народов, которые могут быть созданы или вновь обнаружены в будущем на основе их наследия». Пункт 13 гласит: «[н]аследие коренных народов включает все движимые культурные ценности, которые определены в соответствующих конвенциях ЮНЕСКО; все виды литературных или художественных произведений, таких как музыка, танцы, песни, церемонии, символы и знаки, повествовательные и поэтические произведения, а также все формы документирования, принадлежащие коренным народам или выполненные ими; все виды научных, сельскохозяйственных, технических, медицинских, экологических знаний и знаний, связанных с биоразнообразием, включая инновации на основе этих знаний, культурные сорта, лекарственные средства и медикаменты и виды использования флоры и фауны; недвижимые культурные ценности, такие как священные места культурного, природного и исторического значения и места захоронений». Пункт 14 гласит: «[к]аждый элемент наследия коренных народов имеет владельцев, которыми могут являться народ в целом, отдельная семья или клан, объединение или община, либо отдельные лица, которые прошли специальное обучение или инициацию для того, чтобы выступать в качестве такого рода хранителей. Владельцы наследия должны определяться в соответствии с

обычаями, законами и практикой самих коренных народов». В целях настоящих Руководящих указаний «культурное наследие коренных народов» означает все объекты, созданные, воплощенные и произведенные как в материальной, так и в нематериальной форме, которые состоят из характерных элементов культуры коренного народа и которые разрабатываются и сохраняются этим народом либо отдельными его представителями, если произведение отражает традиционные выражения этого народа в области литературы, художественного творчества или науки. Такие созданные, воплощенные и произведенные объекты включают практику, воспроизведение, выражение, а также инструменты, объекты, артефакты, достопримечательные места и связанные с ними культурные пространства, которые признаны коренными народами и отдельными их представителями как часть их культурного наследия. Они также включают знания, возникающие в результате интеллектуальной и интуитивной деятельности в традиционном контексте, в том числе ноу-хау, навыки, инновации, практика и познания, составляющие часть систем традиционных знаний, а также знания, воплощенные в традиционных укладах жизни коренного народа или содержащиеся в кодифицированных системах знаний, которые передаются из поколения в поколение. Культурное наследие, передаваемое из поколения в поколение, постоянно воссоздается коренными народами в качестве реакции на изменения, произошедшие в их среде, и взаимосвязи с природой и собственной историей, что формирует у них ощущение самобытности и преемственности⁷¹.

Коренные и местные общины

Термин «коренные и местные общины» является предметом широкого обсуждения и исследования. Универсального, стандартного определения термина «коренные и местные общины» не существует. Этот термин используется в *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.). Например, статья 8(j) определяет, что «Каждая Договаривающаяся Сторона, насколько это возможно и целесообразно:

(j) в соответствии со своим национальным законодательством обеспечивает уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, способствует их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также поощряет совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики; ...». Тот же самый термин используется в *Нагойском протоколе регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.).

В *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) термин «коренные и местные общины» используется при признании общин, которые имеют давнюю связь с землями и водами, на которых они проживают или которыми пользуются⁷². Местные общины могут быть определены как «население отдельного экологического района, чье существование полностью или частично напрямую зависит от биоразнообразия района и товаров и услуг экосистемы и которое в результате этой зависимости разработало или приобрело

⁷¹ «Нормотворчество: приоритетные направления будущей нормотворческой деятельности. Обзор проекта принципов и руководящих указаний по охране наследия коренных народов», рабочий документ, представленный Йозо Йокота и Советом Саами, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/5, 16 июня 2006 г.

⁷² Понятие «местные общины», Справочная публикация, подготовленная Секретариатом Постоянного форума по вопросам коренных народов для Семинара экспертов по разукрупнению данных (PFII/2004/WS.1/3/Add.1). См. также UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.

традиционные знания, включая фермеров, рыболовов, скотоводов, обитателей лесов и др.»⁷³.

Термин «местные общины» используется в документах «Вклад стран-единомышленниц в проект статей по охране традиционных выражений культуры» (WIPO/GRTKF/IC/19/9) и «Вклад стран-единомышленниц в проект статей по охране традиционных знаний» (WIPO/GRTKF/IC/19/1). Пункт 2 статьи 2 обоих документов гласит: «[в] целях настоящей статьи термин «местные общины» включает любую классификацию социальной и культурной самобытности государства-члена, которая определена внутренним законодательством».

Этот термин также используется в *Международном договоре Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО) о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства*. Пункт 1 статьи 5 определяет, что «Каждая Договаривающаяся Сторона ... в частности, в надлежащих случаях: ... (d) содействует сохранению in-situ диких форм культурных растений и диких растений для производства продовольствия, в том числе в охраняемых районах путем поддержки, среди прочего, усилий коренных и местных общин...». Термин «местные и коренные общины» используется в пункте 1 статьи 9: «Договаривающиеся Стороны признают тот огромный вклад, который вносят и будут впредь вносить в сохранение и развитие генетических ресурсов растений, которые составляют основу для производства продовольствия и сельскохозяйственной продукции во всем мире, местные и коренные общины и фермеры всех регионов мира...». Термин «местные общины» используется в пункте 1 статьи 5: «Каждая Договаривающаяся Сторона, в частности, в надлежащих случаях: (с) оказывает содействие или поддержку усилиям фермеров и местных общин, направленным на рациональное использование и сохранение в хозяйствах их растительных генетических ресурсов для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства...».

В других юридических документах используются другие термины: термин «местная или традиционная община» используется в *Свакопмундском протоколе об охране традиционных знаний и выражений фольклора* (2010 г.) Африканской региональной организации интеллектуальной собственности (АРОИС). Пункт 1 статьи 2 определяет, что «*община*», если это позволяет контекст, включает в себя местную или традиционную общину».

В статье 1 *решения № 391 Андского сообщества о режиме доступа к генетическим ресурсам* (1996 г.) термин «коренное, афро-американское или местное сообщество» определяется как «группа людей, чьи социальные, культурные и экономические условия отличают ее от других секторов национальной общины, которая регламентируется полностью или частично ее собственными обычаями или традициями, либо специальным законодательством, и которая независимо от ее правового статуса сохраняет свои собственные социальные, экономические, культурные и политические институты, либо их часть».

В статье 7.III Временного законодательного акта Бразилии, № 2,186-16 от 23 августа 2001 г. «местная община» определяется как «группа людей, включая потомков членов общин Киломбу, отличающаяся своими культурными условиями, которая традиционно организована на протяжении последовательных поколений и имеет свои собственные обычаи, сохраняя свои социально-экономические институты».

Исконные знания

⁷³ См. КБР, Development of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices, UNEP/CBD/WG8J/4/INF/18, p. 5.

Исконными знаниями являются знания, носителями и пользователями которых являются «коренные» общины, народы и нации. В такой трактовке «исконные знания» означают традиционные знания коренных народов. Таким образом, исконные знания входят в категорию традиционных знаний, при этом традиционные знания не обязательно являются исконными. Однако этот термин также используется для обозначения знаний, которые сами по себе являются «исконными». В такой трактовке термины «традиционные знания» и «исконные знания» могут выступать как взаимозаменяемые⁷⁴.

Коренные народы

Термин «коренные народы» является предметом широкого обсуждения и исследования. Универсального, стандартного определения этого термина не существует.

Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов 2007 г. признает равные права человека коренных народов быть свободными от культурной дискриминации и стремиться содействовать взаимному уважению и гармоничным отношениям между коренными народами и государствами. Однако в ней отсутствует определение «коренных народов».

Описание понятия «коренные» в Исследовании проблемы дискриминации в отношении коренного населения, подготовленном специальным докладчиком г-ном Хосе Мартинесом Кобо, рассматривается многими коренными народами и их представительскими организациями в качестве приемлемого рабочего определения. В данном Исследовании коренные общины, народы и нации понимаются как «те, которые, имея историческую преемственность с обществами, которые развивались на их территориях до периода завоевания и колонизации, считают себя отличными от других секторов обществ, которые в настоящее время господствуют в этих странах или их частях. Они составляют в настоящее время не доминирующие секторы общества и полны решимости сохранять, развивать и передавать будущим поколениям свои исконные территории и свою этническую самобытность в качестве основы для продолжения своего существования как народов, в соответствии со своим собственными культурными особенностями, социальными институтами и правовыми системами».

Статья 1 Конвенции МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, гласит, что Конвенция распространяется:

«(а) на народы, ведущие племенной образ жизни в независимых странах, социальные, культурные и экономические условия которых отличают их от других групп национального сообщества и положение которых регулируется полностью или частично их собственными обычаями или традициями, или специальным законодательством;

(b) на народы в независимых странах, которые рассматриваются как коренные ввиду того, что они являются потомками тех, кто населял страну или географическую область, частью которой является данная страна, в период ее завоевания или колонизации или в период установления существующих государственных границ, и которые, независимо от их правового положения,

⁷⁴

См. Отчет ВОИС о миссиях по установлению фактов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний (1998-1999 гг.), озаглавленный «Нужды и чаяния носителей традиционных знаний в области интеллектуальной собственности», стр. 23. См. также Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), пункт 41 приложения.

сохраняют некоторые или все свои социальные, экономические, культурные и политические институты»⁷⁵.

В Списке сокращений и глоссарии терминов Программы ООН по окружающей среде (ЮНЕП) содержится следующее определение «коренного народа/народов»: «Универсального, стандартного определения этого термина не существует. Обычно считается, что этот термин включает членов культурных групп и их потомков, которые имеют историческую преемственность или связь с определенным регионом или частями региона, которые населяют или ранее населяли этот регион до его последующей колонизации или захвата либо наряду с другими культурными группами в ходе формирования национального государства, либо проживали независимо и были по большей части изолированы от влияния утверждаемого национальным государством руководства, и которые в этих условиях сохранили, по меньшей мере частично, свои специфические языковые, культурные и социальные/организационные особенности и за счет этого сохраняют некоторую обособленность от окружающего населения и доминирующей культуры национального государства. Термин также включает народы, которые относят себя к коренным народам, и те, которых другие группы признают таковыми»⁷⁶.

Всемирный банк использует термин «коренные народы» в широком смысле для обозначения отдельных групп, которые в той или иной степени отвечают следующим характеристикам:

- (i) самоидентификация в качестве членов особой коренной культурной группы и признание остальными их принадлежности к этой группе;
- (ii) зависимость группы от ареала обитания с четкими географическими характеристиками или исконной территории в районе осуществления проекта, а также от природных ресурсов, которые связаны с этим ареалом обитания и территорией;
- (iii) наличие культурных, экономических или политических институтов, основанных на обычаях и отличающихся от соответствующих институтов доминирующего общества и культуры; и
- (iv) наличие собственного языка, который нередко отличается от официального языка данной страны или региона⁷⁷.

Политика МФСР в отношении работы с коренными народами, разработанная Международным фондом сельскохозяйственного развития (МФСР), гласит, что «в соответствии с международной практикой⁷⁸ и в целях настоящей политики, МФСР будет

⁷⁵ Статья 1 Конвенции МОТ №169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах.

⁷⁶ UNEP Glossary of Terms for Negotiators of Multilateral Environment Agreements, page 49, имеется на: http://www.unep.org/delc/portals/119/Glossary_terms%20for_Negotiators_MEAs.pdf.

⁷⁷ См. Операционная политика 4.10 «Коренные народы», Всемирный банк, 2005 г.; Джон Хенриксен: Основные принципы реализации Конвенции МОТ № 169, 2008 г.

⁷⁸ [Данная сноска является частью определения] Конвенция Международной организации труда о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, 1989 г. (№ 169), Декларация ООН о правах коренных народов 2007 г., Руководящие принципы ГООНВР, касающиеся вопросов коренных народов, 2008 г., Постоянный форум ООН по вопросам коренных народов (при Экономическом и Социальном Совете), Межучрежденческая группа поддержки по вопросам коренных народов и План действий ООН для второго Международного десятилетия коренных народов мира (см. приложение¹). Те же критерии используются ФАО в ее политике в отношении коренных народов и народов, ведущих племенной образ жизни (имеется на: <http://www.fao.org/docrep/013/i1857e/i1857e00.pdf>).

использовать рабочее определение коренных народов, основанное на следующих критериях:

- более раннее по времени заселение и использование определенной территории;
- добровольное увековечивание культурных особенностей, которые могут включать такие аспекты, как язык, социальная организация, религия и духовные ценности, режимы производства, законы и институты;
- самоидентификация, а также признание другими группами или государственными органами в качестве отдельной общности людей; и
- опыт существования в условиях порабощения, маргинализации, лишения собственности, изоляции или дискриминации»⁷⁹.

В разработанной Программой ООН по окружающей среде (ЮНЕП) Политике в отношении работы с коренными народами⁸⁰ говорится о том, что: «... (a) коренные народы, как правило, проживают на исконной территории с четкими географическими характеристиками (или сохраняют зависимость от нее); (b) на своей территории обычно сохраняют особые культурные, экономические или политические институты; (c) обычно стремятся к сохранению культурных, географических и институциональных особенностей, а не к полной ассимиляции в национальном обществе; и (d) относят себя к коренным народам или народам, ведущим племенной образ жизни».

Несмотря на наличие общих характеристик, не существует единого общепризнанного определения коренных народов, которое отразило бы все разнообразие этих народов. Как правило, в качестве основополагающего критерия для определения того, являются ли те или иные группы коренными или ведущими племенной образ жизни, рассматривается их самоидентификация в качестве коренного народа или народа, ведущего племенной образ жизни, наряду с такими другими характеристиками, как язык и географическое положение и сосредоточение.

В Законе Перу № 27811 «О введении режима охраны коллективных знаний коренных народов, полученных посредством использования биологических ресурсов» от 24 июля 2002 г. «коренные народы» определяются как «аборигены, обладающие правами, которые существовали до образования перуанского государства, сохраняющие свою собственную культуру, занимающие конкретную территорию и признающие себя таковыми. К ним относятся народы в добровольной изоляции или те, с которыми не установлены контакты, а также сельские и коренные общины. Термин «коренные» охватывает и может быть использован в качестве синонима слов «аборигенные», «традиционные», «этнические», «предковые», «исконные» или другой формы подобных слов».

Еще одним термином является термин «аборигенные». Оксфордский словарь определяет термин «аборигенные» как (1) «[...] люди, растения и животные: обитающие или существующие на земле с древнейших времен; строго исконные, коренные»; (2) «[...] населявшие страну или занимавшие ее до прихода европейских колонистов и тех, кого они привели с собой»; и (3) «[...] имеющие отношение к аборигенам Австралии или их языкам, либо характерные для них».

В статье 35 Конституции Канады отмечается, что «[...] Коренные народы Канады включают индейцев, инуитов и метисов Канады». В 1996 г. Канадская Королевская комиссия по коренным народам самостоятельно определила свою целевую группу

⁷⁹ Имеется на: http://www.ifad.org/english/indigenous/documents/ip_policy_e.pdf.

⁸⁰ Имеется на: http://www.hreoc.gov.au/social_justice/conference/engaging_communities/unpan021101.pdf.

следующим образом: «... *органические политические и культурные образования, которые исторически восходят к коренным народам Северной Америки ...*».

Коренными являются те общины, народы и нации, которые, обладая исторической преемственностью с обществами, получившими развитие на их территориях до вторжения или колонизации, считают себя отличными от других секторов обществ, которые в настоящее время господствуют на этих территориях или частях этих территорий. В настоящее время они составляют недоминирующие сектора общества и решительно настроены на сохранение, развитие и передачу будущим поколениям их исконных территорий и этнической самобытности в качестве основы для дальнейшего существования как народов в соответствии с их собственным культурным укладом, социальными институтами и правовыми системами⁸¹.

Нарушение прав

Согласно юридическому словарю Блэка нарушением прав является действие, препятствующее реализации одного из исключительных прав владельца права интеллектуальной собственности. Собственно в сфере авторского права и смежных прав нарушением прав является действие, осуществленное в отношении произведения, охраняемого авторским правом или являющегося объектом смежных прав, без разрешения владельца авторского права или соответствующих смежных прав в случаях, когда требуется получение такого разрешения. Ответственность за нарушение прав может существовать не только на основе прямой ответственности (за собственно совершенное несанкционированное деяние), но и на основе «ответственности за содействие» или «субсидиарной ответственности»⁸².

In-situ

Согласно статье 2 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.), «условия in-situ» означают «условия, в которых существуют генетические ресурсы в рамках экосистем и естественных мест обитания, применительно к одомашненным или культивируемым видам – в той среде, в которой они приобрели свои отличительные признаки».

Нематериальное культурное наследие

Согласно юридическому словарю Блэка «нематериальный» означает «не имеющий физической формы». В противоположность ему слово «материальный» определяется как «имеющий или обладающий физической формой; вещественный; могущий быть осязаемым и видимым; различимый».

«Нематериальное культурное наследие» определено в *Конвенции об охране нематериального культурного наследия* (2003 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) как «обычаи, формы представления и выражения, знания и навыки, – а также связанные с ними инструменты, предметы, артефакты и культурные пространства, – признанные сообществами, группами и, в некоторых случаях, отдельными лицами в качестве части их культурного наследия. Такое нематериальное культурное наследие, передаваемое от поколения к поколению, постоянно воссоздается сообществами и группами в зависимости от окружающей их среды, их взаимодействия с природой и их истории и формирует у них чувство

⁸¹ Подкомиссия ООН по предупреждению дискриминации и защите меньшинств и ее исследование проблемы дискриминации коренного населения, документ ООН E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4., пункт 379 (1986 г.).

⁸² Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», стр. ²⁹³.

самобытности и преемственности, содействуя тем самым уважению культурного разнообразия и творчеству человека. Для целей настоящей Конвенции принимается во внимание только то нематериальное культурное наследие, которое согласуется с существующими международно-правовыми актами по правам человека и требованиями взаимного уважения между сообществами, группами и отдельными лицами, а также устойчивого развития».

Конвенция гласит также, что «нематериальное культурное наследие» проявляется, в частности, в следующих областях: (а) устные традиции и формы выражения, включая язык в качестве носителя нематериального культурного наследия; (b) исполнительские искусства; (с) обычаи, обряды, празднества; (d) знания и обычаи, относящиеся к природе и вселенной; (е) традиционные ремесла.

Целостность

Право на целостность – это право на предотвращение несанкционированных переделок и изменений произведения⁸³. После пересмотра в 1949 г. на конференции в Брюсселе *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) в текст статьи *bis* была добавлена формулировка о запрете прочих посягательств на указанное произведение, которые нанесут ущерб чести или репутации автора.

Руководящие принципы в области интеллектуальной собственности по доступу и совместному пользованию выгодами

Начиная с первой сессии, МКГР поддерживал работу, направленную на разработку руководящих принципов ВОИС в области интеллектуальной собственности по доступу и совместному использованию выгод. Было предложено, чтобы эти руководящие принципы были основаны на систематическом обзоре действующих и типовых контрактных соглашений в форме базы данных ВОИС, содержащей соглашения в области биоразнообразия, связанные с доступом и совместным использованием выгод⁸⁴.

Первый проект⁸⁵ был подготовлен с учетом оперативных принципов, определенных МКГР для разработки таких руководящих принципов⁸⁶. Этот проект был позже обновлен с учетом целей семнадцатой сессии МКГР⁸⁷.

Цель руководящих принципов в области интеллектуальной собственности для доступа и совместного пользования выгодами заключается в оказании помощи провайдерам и получателям генетических ресурсов, в процессе обсуждения, разработки и подготовки проектов элементов взаимосогласованных условий для доступа к генетическим ресурсам и совместного пользования выгодами. Они иллюстрируют практические вопросы ИС, с которыми могут столкнуться провайдеры и получатели при обсуждении соглашения, контракта или лицензии. Разнообразие национального законодательства и практических интересов провайдеров и получателей может привести к широкому диапазону возможностей выбора при обсуждении и подготовке проекта реальных положений. Поэтому руководящие принципы могут оказать поддержку провайдерам и получателям в

⁸³ См. Сэм Рикетсон и Джейн С. Гинзбург, *Международное авторское право и смежные права – в рамках и за рамками Бернской Конвенции*, Oxford, Vol. I, стр. 602.

⁸⁴ См. документ WIPO/GRTKF/IC/2/3, пункт 133.

⁸⁵ См. документ WIPO/GRTKF/IC/7/9 (Генетические ресурсы: Проект руководящих принципов в отношении доступа и справедливого совместного пользования выгодами).

⁸⁶ См. оперативные принципы в документе WIPO/GRTKF/IC/2/3, раздел V.B, стр. 50.

⁸⁷ См. документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12 (Генетические ресурсы: Проект руководящих принципов в области интеллектуальной собственности в отношении доступа и справедливого совместного пользования выгодами: обновленный вариант).

обеспечении равноправного доступа и совместного пользования выгодами на взаимосогласованных условиях, но не предусматривать одну модель или набор вариантов.

Кроме того, ничто в этих руководящих принципах не должно истолковываться как затрагивающее суверенные права государств на их природные ресурсы, включая их право устанавливать условия и положения для доступа и совместного пользования выгодами. Руководящие принципы должны быть только добровольными и иллюстративными. Они не предназначены для замены соответствующего международного, регионального и национального законодательства⁸⁸.

Традиционные знания часто связаны с генетическими ресурсами, и это может дать ценное представление о том, как генетические ресурсы можно сохранить, поддержать и использовать на благо человечества⁸⁹. Руководящие принципы также распространяются на традиционные знания, связанные с генетическими ресурсами⁹⁰.

Международная патентная классификация (МПК)

Международная патентная классификация (МПК) определяется как «иерархическая система, в которой вся техника в целом подразделена на ряд разделов, классов, подклассов и групп. Классификация является независимым от языка инструментом, незаменимым при проведении поиска патентных документов на определение известного уровня техники в конкретной технической области»⁹¹.

МПК была учреждена *Страсбургским соглашением о Международной патентной классификации* (1971 г.) Статья 2(1)(а) предусматривает, что «Классификация включает: (i) текст, разработанный согласно положениям Европейской конвенции по Международной классификации патентов на изобретения от 19 декабря 1954 г. (называемой ниже «Европейская конвенция»), который вступил в силу и был опубликован Генеральным секретарем Европейского Совета 1 сентября 1968 г.; (ii) изменения, которые вступили в силу согласно статье 2(2) Европейской конвенции до вступления в силу настоящего Соглашения; (iii) изменения, внесенные впоследствии в соответствии со статьей 5, которые вступают в силу согласно положениям статьи 6».

Изобретательский уровень

Изобретательский уровень (также определяемый как «неочевидность») является одним из критериев патентоспособности, связанный с вопросом о том, было ли изобретение очевидным для лица, обладающего обычными знаниями в данной области⁹².

В соответствии со статьей 33 PCT заявленное изобретение считается соответствующим изобретательскому уровню «если оно, принимая во внимание предшествующий уровень техники, как он определен Инструкцией, на установленную соответствующую дату не является очевидным для специалистов в данной области».

В статье 56 *Европейской патентной конвенции* и Разделе 35 U.S.C. 103 содержатся аналогичные определения. В Разделе 35 U.S.C. 103 используется эквивалентный термин «неочевидный объект».

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ Там же, стр. 4 приложения.

⁹⁰ См. документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

⁹¹ Глоссарий ВОИС на портале PATENTSCOPE.

⁹² Справочник ВОИС по интеллектуальной собственности, публикация ВОИС № 489 (E), 2008 г., стр. 20.

Лицензионные соглашения

Лицензионные соглашения определяются как соглашения, предусматривающие определенное разрешенное использование материалов или прав, которые уполномочен предоставлять провайдер, например, соглашения о лицензировании использования генетических ресурсов в качестве научно-исследовательских средств, или о лицензировании использования взаимосвязанных традиционных знаний или других прав интеллектуальной собственности⁹³.

⁹³ См. документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

Ограничения

Согласно юридическому словарю Блэка, «ограничение» означает акт установления ограничений, ограниченность, ограничительную меру. Слово «ограничения», используемое наряду со словом «исключения», означает «границы» или «пределы»⁹⁴. Для сохранения надлежащего баланса интересов правообладателей и пользователей охраняемых произведений законы в области авторского права могут предусматривать определенные ограничения имущественных прав – случаи, в которых охраняемые произведения могут использоваться без разрешения правообладателя и при условии выплаты компенсации или без этого условия⁹⁵.

В *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) содержатся условия, в соответствии с которыми права авторов могут быть ограничены, в связи с чем может быть разрешено свободное использование произведений⁹⁶. Для определения условий, в соответствии с которыми может быть введено ограничение, разработана трехступенчатая проверка⁹⁷. Эта проверка также предусмотрена в статье 13 *Соглашения Всемирной торговой организации (ВТО) по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* (1994 г.) (Соглашение ТРИПС), статье 10 *Договора ВОИС по авторскому праву* (ДАП) в качестве проверки для исключений и ограничений всех имущественных прав в рамках авторского права. В статье 16 *Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам* (ДИФ) эта проверка распространяется на права исполнителей и производителей фонограмм, которые охватывает данный договор⁹⁸.

Соглашения о передаче материала

Соглашения о передаче материала представляют собой соглашения, используемые в коммерческих и академических партнерских научных исследованиях, включающих передачу биологических материалов, таких, как зародышевая плазма, микроорганизмы и клеточные культуры с целью обмена материалами между провайдером и получателем и определение условий доступа к государственным коллекциям зародышевой плазмы, семенным фондам или генетическим ресурсам *in situ*⁹⁹. ВОИС разработала базу данных соглашений в области биоразнообразия, имеющих отношение к доступу и совместному использованию выгод, содержащих контрактные положения, касающиеся передачи и использования генетических ресурсов¹⁰⁰. Продовольственная и сельскохозяйственная организация (ФАО) разработала и приняла в 2006 г. Стандартное соглашение о передаче материала (ССПМ), необходимое для реализации Международного договора о растительных генетических ресурсах для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства (2001 г.)¹⁰¹. В приложении I к *Боннским руководящим принципам по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения* содержатся элементы для включения в соглашения о передаче материалов.

⁹⁴ Исследование «Исключения и ограничения в авторском праве и смежных правах», подготовлено Пьером Сиринелли: WCT-WPPT/IMP/1, 1999 г., стр. 2.

⁹⁵ Раздел веб-сайта ВОИС, посвященный авторскому праву и смежным правам: <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/index.html>.

⁹⁶ Пункт 1 статьи 10.

⁹⁷ Пункт 2 статьи 9.

⁹⁸ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам», ВОИС, стр. 313.

⁹⁹ См. документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

¹⁰⁰ Доступно на: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/index.html>.

¹⁰¹ Доступно на: <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/SMTAe.pdf>.

Минимум документации РСТ

В соответствии с Глоссарием терминов РСТ, минимум документации может определяться как «документы, в которых международный поисковый орган должен осуществлять поиск соответствующего предшествующего уровня техники. Это также относится к органам международной предварительной экспертизы для целей проведения экспертизы. Документация включает некоторые опубликованные патентные документы и непатентную литературу, содержащуюся в списке, опубликованном Международным бюро. Минимум документации перечислен в правиле 34 Инструкции к РСТ»¹⁰².

В Руководящих принципах для проведения международного поиска по процедуре РСТ минимум документации для международного поиска определяется как «подборка документов, организованная в систематической форме (или доступная иным систематическим образом) для целей проведения поиска в соответствии с относящимся к объекту содержанием документов, которые представляют собой главным образом патентные документы, дополненные рядом статей из периодических изданий и других видов непатентной литературы»¹⁰³.

В феврале 2003 г. на седьмой сессии Заседания Международных органов в рамках РСТ было достигнуто соглашение в принципе о том, что документация по традиционным знаниям должна быть включена в часть минимума документации РСТ, относящуюся к непатентной литературе¹⁰⁴. Например, в документе «Минимум документации РСТ – Список периодических изданий: периодические издания, используемые для поиска и экспертизы» Индийский журнал традиционных знаний и Корейский журнал традиционных знаний определены как непатентная литература.

Меньшинство

Согласно юридическому словарю Блэка термин «меньшинство» обозначает группу лиц, которые некоторым образом отличаются от большинства, в результате чего с ними иногда обращаются неодинаково.

Меньшинством является группа, в численном отношении уступающая большинству населения государства и находящаяся в недоминирующем положении, члены которой обладают этническими, религиозными или языковыми характеристиками, отличными от характеристик остального населения, и которые испытывают чувство солидарности, даже если оно не проявляется явно, направленное на сохранение их культуры, традиций, религии или языка¹⁰⁵.

В соответствии с *Декларацией о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам* (1992 г.), лица, принадлежащие к меньшинствам, имеют право пользоваться достоинствами своей культуры без

¹⁰² Доступно на: <http://www.wipo.int/pct/en/texts/glossary.html#M>.

¹⁰³ Пункт IX-2.1 Руководящих принципов для проведения международного поиска по процедуре РСТ (действует с 18 сентября 1998 г.).

¹⁰⁴ Минимум документации РСТ, документ РСТ/MIA/9/4.

¹⁰⁵ Франческо Капортори, бывший Специальный докладчик ООН, 1979 г., на которого ссылается Дитер Кугельманн в работе «Охрана лиц, принадлежащих к меньшинствам, и культурного разнообразия коренных народов» под ред. А. фон Богданди и Р. Вольффрум, Юридический ежегодник ООН, Vol. 11, 2007 г., стр. 2³⁷.

вмешательства или дискриминации в какой бы то ни было форме¹⁰⁶. Государства охраняют на их соответствующих территориях существование и самобытность национальных или этнических, культурных, религиозных и языковых меньшинств и поощряют создание условий для развития этой самобытности¹⁰⁷.

В соответствии с *Международным пактом о гражданских и политических правах* (1966 г.) в тех странах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, лицам, принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком¹⁰⁸.

Незаконное присвоение

В области интеллектуальной собственности юридический словарь Блэка определяет «незаконное присвоение» как «основанный на общем праве деликт за использование не охраняемой авторским правом информации или идей, которые организация собирает и распространяет для извлечения прибыли с целью недобросовестной конкуренции с этой организацией, или за копирование произведения, автор которого еще не истребовал или не получил исключительных прав на произведение. [...] Элементами незаконного присвоения являются следующие: (1) истец, должно быть, вложил время, деньги или усилия для сбора информации, (2) ответчик, должно быть, получил информацию без каких-либо аналогичных вложений, и (3) истец, должно быть, понес конкурентный ущерб ввиду подобных действий ответчика».

Деликт в связи с незаконным присвоением является частью законодательства о недобросовестной конкуренции в системе прецедентного права. Таким образом, незаконное присвоение влечет за собой противоправное или нечестное использование или заимствование чужой собственности, и часто используется для обоснования иска в тех случаях, когда не были нарушены права собственности как таковые. Незаконное присвоение может иметь отношение к противоправному заимствованию или мошенническому присвоению средств или имущества, которые вверены одному лицу, но на самом деле принадлежат другому.

Так, статья 3 проекта закона «*Правовая структура охраны традиционных знаний в Шри-Ланке*» (2009 г.) определяет «незаконное присвоение» как «(i) приобретение, присвоение или использование традиционных знаний в нарушение положений этого Закона, (ii) извлечение выгоды из приобретения, присвоения или использования традиционных знаний, когда лицу, которое приобретает, присваивает или использует традиционные знания, известно или неизвестно по причине небрежности, что традиционные знания были приобретены, присвоены или использованы любыми несправедливыми средствами, и (iii) другие виды коммерческой деятельности, противоречащие честной практике, которые позволяют извлекать несправедливую выгоду из традиционных знаний»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Пункт 1 статьи 2 Декларации о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам, принятой резолюцией^{47/135} Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 г.

¹⁰⁷ Пункт 1 статьи 1 Декларации о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам.

¹⁰⁸ Статья 27 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого и открытого для подписания, ратификации и присоединения резолюцией Генеральной Ассамблеи^{2200A (XXI)} от 16 декабря 1966 г., вступившего в силу 23 марта 1976 г.

¹⁰⁹ Рабочий документ, версия от 1 января 2009 г. «Правая структура охраны традиционных знаний в Шри-Ланке».

Неправомерное использование¹¹⁰

В области патентов юридический словарь Блэка определяет «неправомерное использование» как «использование патента или с целью продления действия исключительного права на незапатентованные товары, или с целью нарушения антитрестовского законодательства». Словари определяют неправомерное использование как неправильное, неверное или ненадлежащее использование, либо неправильное применение. Неправомерное использование может также означать ненадлежащее или чрезмерное применение, либо действия, которые изменяют присущую цель или назначение чего-то.

Изменение

Изменением является перемена в чем-либо (юридический словарь Блэка). Этот термин является синонимом переделки. В статье *6bis Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) предусмотрено, помимо прочего, право автора противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению произведения, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

Музыкальное выражение

Музыкальными выражениями являются выражения посредством звуков музыки¹¹¹.

Искажение

Согласно определению Оксфордского словаря английского языка термин «искажение» означает акт отсечения или изъятия части чего-либо, особенно книги или иного документа; изменение или уничтожение части содержания или значения. В соответствии со статьей *6bis Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) охрана от искажения является одним из атрибутов личных неимущественных прав автора.

Взаимное уважение

В преамбуле *Декларации ООН о правах коренных народов* (2007 г.) взаимное уважение рассматривается как залог достижений, к которым следует стремиться в духе сотрудничества. Согласно определению Оксфордского словаря английского языка, слово «взаимный» относится к двум и более людям, испытывающим друг к другу одинаковые чувства, между которыми существуют двусторонние отношения.

¹¹⁰ Некоторые делегации предлагали добавить термин «неправомерное использование» в текст документа «Охрана традиционных знаний: пересмотренные цели и принципы» (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.), например, делегация Индонезии и делегация Мексики. Однако делегация Австралии отметила, что «неправомерное использование» представляет собой термин, используемый в контексте Конвенции о биологическом разнообразии в рамках проекта текста для переговоров международного режима доступа и совместного использования выгод от генетических ресурсов и связанных с ними традиционных знаний. Он был использован применительно к действиям, которые противоречат согласованным на взаимной основе условиям, в то время как термин «незаконное присвоение» имеет отношение именно к приобретению без предварительного обоснованного согласия. Она призвала к дальнейшему обсуждению вопроса о значении этих терминов в рамках этого Комитета и в связи с интеллектуальной собственностью, а не доступом к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами.

¹¹¹ Раздел 2 Типовых положений для национальных законодательств об охране фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982 г.

Взаимосогласованные условия

Кроме признания права национальных правительств определять условия доступа к генетическим ресурсам, пункт 4 статьи 15 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) предусматривает, что «доступ, в случае его предоставления, обеспечивается на взаимно согласованных условиях и регулируется положениями настоящей статьи». Исполнительный секретарь КБР отмечает, что «контракты являются наиболее общей формой регистрации «взаимно согласованных условий»¹¹². В статьях 41-44 Боннских руководящих принципов **по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения** изложены некоторые основные требования в отношении взаимно согласованных условий.

Статья 18 *Нагойского протокола регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.) специально касается соблюдения взаимосогласованных условий, предусматривая, что «1. При выполнении положений, указанных в подпункте (i) пункта 3 (g) статьи 6 и в статье 7, каждая Сторона поощряет поставщиков и пользователей генетических ресурсов и/или традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, включая по мере необходимости во взаимосогласованные условия положения об урегулировании споров, включающие: (a) юрисдикцию, в которую они передадут любой процесс урегулирования споров; (b) применимый закон; и/или (c) варианты альтернативного урегулирования споров, такие как посредничество или арбитраж. 2. Каждая Сторона обеспечивает возможность обращения за помощью в рамках своих правовых систем в соответствии с применимыми юрисдикционными требованиями в случаях возникновения споров, проистекающих из взаимосогласованных условий. 3. Каждая Сторона принимает в соответствующих случаях эффективные меры для: (a) обеспечения доступа к правосудию; и (b) использования механизмов для обеспечения взаимного признания и выполнения решений, вынесенных иностранным судом, и арбитражных решений. 4. Конференция Сторон, выступающая в качестве Совещания Сторон настоящего Протокола, проводит обзор эффективности настоящей статьи в соответствии со статьей 31 настоящего Протокола».

Нагойский протокол регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии (2010 г.)

Протокол был принят в октябре 2010 г. в ходе десятого совещания Конференции Сторон (COP 10), проходившего в городе Нагоя, Япония. В соответствии со статьей 1 целью Протокола является «*обеспечение совместного использования на справедливой и равной основе выгод от применения генетических ресурсов, в том числе путем обеспечения надлежащего доступа к генетическим ресурсам и надлежащей передачи соответствующих технологий, учитывая все права на данные ресурсы и на технологии, и путем надлежащего финансирования, содействуя таким образом сохранению биологического разнообразия и устойчивому использованию его компонентов*». Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций будет Депозитарием Протокола и откроет его для подписания в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке со 2 февраля 2011 г. по 1 февраля 2012 г.

¹¹² См. документ UNEP/CBD/COP/4/22, пункт 32.

Несколько статей конкретно касаются традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, такие как статья 3 (Доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами), статья 12 (Традиционные знания, связанные с генетическими ресурсами) и статья 16 (Выполнение положений национального законодательства или регулятивных требований, регулирующих доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, в отношении традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами).

Нация

В юридическом словаре Блэка термин «нация» определяется как большая группа людей, имеющих общее происхождение, язык, традиции и обычно составляющих политическую единицу. Термин «граждане» обозначает физических или юридических лиц, которые проживают или имеют реальное и действующее промышленное или коммерческое предприятие на той или иной таможенной территории¹¹³. В значение термина «нации» заложено представление о сообществе людей, сформированном благодаря общему происхождению, культуре и истории, а часто и благодаря общему языку¹¹⁴. Термин «культурные общины» призван выступать в качестве достаточно широкого понятия, которое включает граждан всей страны, «нацию», в случаях, когда традиционные выражения культуры рассматриваются как принадлежащие всему народу определенной страны. Это сочетается с практикой в других областях политики и служит дополнением к ней¹¹⁵.

Новизна

Новизна является одним из критериев патентоспособности при проведении любой экспертизы по существу. Изобретение считается новым, если оно не является частью предшествующего уровня техники¹¹⁶.

В соответствии со статьей 33 *Договора о патентной кооперации* (РСТ) новизна определяется следующим образом: «[д]ля целей международной предварительной экспертизы заявленное изобретение считается новым, если его не порочит предшествующий уровень техники, как он определен в Инструкции». Правило 64.1(a) Инструкции к РСТ определяет «предшествующий уровень техники» как «все то, что стало доступным публике где-либо в мире посредством письменного раскрытия (включая чертежи и другие иллюстрации), считается предшествующим уровнем техники при условии, что такое раскрытие имело место до соответствующей даты».

В статье 54 *Европейской патентной конвенции* (ЕПК) содержится следующее определение новизны: «[и]зобретение считается новым, если оно не относится к уровню техники. Уровень техники включает все, что стало общедоступным путем письменного или устного описания, использования или любым другим способом до даты подачи заявки на европейский патент».

¹¹³ Даниэль Жерве, «Соглашение ТРИПС. Проект и анализ». Изд. 3-е, Sweet & Maxwell, с.тр. 161.

¹¹⁴ Дитер Кугельманн, «Охрана лиц, принадлежащих к меньшинствам, и культурного разнообразия коренных народов» под ред. А. фон Богданди и Р. Вольффрум, Юридический ежегодник ООН, Vol. 11, 2007 г., с.тр. 2³⁵.

¹¹⁵ Глоссарий терминов, относящихся к нематериальному культурному наследию, разработанный Национальной комиссией Нидерландов по вопросам ЮНЕСКО, 2002 г. («...Нацией может являться культурная община»), цитируется в документе «Охрана традиционных выражений культуры/выражений фольклора: пересмотренные цели и принципы» (WIPO/GRTKF/IC/17/4).

¹¹⁶ Справочник ВОИС по интеллектуальной собственности, публикация ВОИС № 489 (E), 2008 г., стр.19.

Раздел 35 Свода законов США¹⁰² [Условия патентоспособности; новизна и потеря права на патент] содержит следующее определение понятия новизны: «[л]ицо имеет право на получение патента, если – изобретение не было известно или использовалось другими в этой стране, или запатентовано или описано в печатной публикации в этой или другой стране, до того, как изобретение ...».

Оскорбительный

«Оскорбительный» означает «вызывающий неудовольствие, гнев или обиду; противоречащий господствующему представлению о приличиях и морали» (юридический словарь Блэка).

Патент

Патент определяется как «документ, описывающий изобретение, которое может быть изготовлено, использовано и продано с разрешения владельца патента. Изобретение представляет собой решение конкретной технической задачи. Патентный документ обычно содержит, по меньшей мере, одну формулу изобретения, полный текст описания изобретения и библиографическую информацию, такую как имя заявителя. Охрана, предоставляемая патентом, ограничена во времени (как правило, 15-20 лет после даты подачи заявки или выдачи патента). Она также ограничена территориально соответствующей страной или странами. Патент – это соглашение между изобретателем и страной. Такое соглашение позволяет владельцу не допустить других лиц к изготовлению, использованию или продаже заявленного изобретения»¹¹⁷.

Пункт 1 статьи 27 *Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* (Соглашение ТРИПС) Всемирной торговой организации (ВТО) гласит, что «[...] патенты выдаются на любые изобретения, независимо от того, являются ли они продуктом или способом во всех областях техники, при условии, что они обладают новизной, содержат изобретательский уровень и являются промышленно применимыми. [...] патенты выдаются и патентные права могут осуществляться вне зависимости от места изобретения, области техники, а также от того, ввозятся ли продукты или производятся на месте».

Сохранение

Сохранение имеет два основных элемента: во-первых, сохранение живого культурного и социального контекста традиционных знаний и выражений культуры для поддержания традиционной системы, в рамках которой происходит развитие, передача из поколения в поколение традиционных знаний и выражений культуры и управление доступом к ним; а во-вторых, сохранение традиционных знаний и выражений культуры в зафиксированной форме, например, в случаях их документирования. Сохранение может быть направлено на оказание помощи в выживании традиционных знаний или выражений культуры для будущих поколений исконной общины и обеспечение их преемственности в рамках традиционной или установленной обычаями системы, либо на предоставление доступа к ним широкой общественности (в том числе ученых и исследователей) в знак признания их значения как коллективного культурного наследия человечества¹¹⁸.

Законы и программы не из области интеллектуальной собственности, направленные на охрану и поощрение живого наследия, могут оказать большую пользу в качестве дополнения законов в отношении охраны интеллектуальной собственности. Другие международные правовые системы, такие как *Конвенция о биологическом разнообразии* (1992 г.) и Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и

¹¹⁷ Глоссарий ВОИС на портале PATENTSCOPE.

¹¹⁸ Обзор деятельности и результатов работы Межправительственного комитета (WIPO/GRTKF/IC/5/12), пункт 37.

культуры (ЮНЕСКО), касаются аспектов охраны, сохранения и защиты традиционных знаний и традиционных выражений культуры в их конкретном политическом контексте¹¹⁹.

Предварительное обоснованное согласие

В нескольких международных документах, касающихся, в частности окружающей среды, например, в пункте 4 статьи 6 *Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением* (1989 г.) и в *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.), упоминается или подразумевается право или принцип «предварительного обоснованного согласия» (ПОС) или иногда «свободного, предварительного обоснованного согласия» (СПОС).

В отношении доступа к генетическим ресурсам, в пункте 5 статьи 15 *Конвенции о биологическом разнообразии* (1992 г.) предусматривается, что он «регулируется на основе предварительного обоснованного согласия Договаривающейся Стороны, предоставляющей такие ресурсы, если эта Сторона не решит иначе».

В пункте 1 статьи 16 *Нагойского протокола регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.) предусматривается, что «Каждая Сторона принимает соответственно случаю надлежащие и соразмерные законодательные, административные или политические меры для обеспечения того, чтобы доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, которые используются в пределах ее юрисдикции, осуществлялся в соответствии с предварительным обоснованным согласием или с одобрения и при участии коренных и местных общин, и чтобы были установлены взаимосогласованные условия, как определено в национальном законодательстве, регулирующем доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, или в регулятивных требованиях другой Стороны, где находятся такие коренные и местные общины».

Первоначально это понятие было заимствовано из медицинской этики, предусматривавшей право пациента принимать решение, проводить или не проводить медицинское лечение после получения полной информации о рисках и преимуществах такого конкретного лечения. Например, в статье 5 *Всеобщей декларации 1997 г. о геноме человека и правах человека* предусматривается, что во всех случаях исследования, лечения или диагностики, оказывающих влияние на геном человека, следует оценивать потенциальные риски и преимущества и «получить предварительное, свободное и обоснованное согласие соответствующего лица». В статье 6 *Всеобщей декларации о биоэтике и правах человека* (2005 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) требуется получение «предварительного, свободного и обоснованного согласия от соответствующего лица», когда речь идет о «превентивном, диагностическом и терапевтическом медицинском вмешательстве» или «научном исследовании».

Этот термин вытекает из реализации общего принципа участия коренных народов в принятии решений и формулировке, реализации и оценке затрагивающих их программ¹²⁰.

Прилагательное «свободное» используется с целью обеспечения того, чтобы в ходе переговоров не осуществлялось никакого принуждения или манипулирования, а слово «предварительное» направлено на признание важной роли фактора времени,

¹¹⁹ Охрана традиционных знаний: проект анализа пробелов: пересмотренный вариант (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), приложение I, стр. 6.

¹²⁰ Пункт 2 статьи 32 Декларации ООН о правах коренных народов; см. также Руководящие принципы Группы ООН по вопросам развития в отношении коренных народов.

необходимого коренным народам для полного анализа предложений, и уважение того факта, что на достижение консенсуса требуется время. Оно также предвосхищает возможность того, что в реальности решения, особенно те, которые касаются масштабных инвестиций в область развития, принимаются коренными народами заранее. Понятие «обоснованного» согласия отражает растущее признание того, что оценка воздействия на окружающую среду и общество является необходимым условием для любого процесса переговоров и позволяет всем сторонам принимать взвешенные решения.

«Согласие» представляет собой процесс, посредством которого выдается разрешение на основе взаимного доверия. Обоснованное согласие предполагает предоставление четких пояснений, а также данных о контракте, возможных выгодах, последствиях и путях дальнейшего использования. Этот процесс должен быть прозрачным, а формулировки – полностью понятными для коренных народов¹²¹.

Предшествующий уровень техники

Предшествующий уровень техники в общем смысле представляет собой все знания, которые существовали до подачи соответствующей заявки или даты приоритета, независимо от того, существовали ли они в письменной форме или в форме устного раскрытия. В некоторых правовых документах существуют различия между печатными публикациями, устным раскрытием и предыдущим использованием и местом происхождения публикации или раскрытия¹²².

Для целей РСТ определение предшествующего уровня техники в правиле 33.1 Инструкции к РСТ имеет следующую формулировку: «все то, что стало доступно публике где-либо в мире посредством письменного раскрытия (включая чертежи и другие иллюстрации) и что может быть полезным при определении, является ли заявленное изобретение новым и соответствует ли оно изобретательскому уровню (т.е. является ли изобретение очевидным или нет) при условии, что раскрытие стало доступным до даты международной подачи».

В случае с Европой, в пункте 2 статьи 54 *Европейской патентной конвенции* (ЕПК) дается определение эквивалентного термина «уровень техники» как включающего «все, что стало общедоступным путем письменного или устного описания, использования или любым другим способом до даты подачи заявки на европейский патент». В отношении этого положения ЕПК, в *Руководящих принципах по проведению экспертизы в Европейском патентном ведомстве* (ЕПВ) предусматривается, что «следует принять во внимание широту этого определения. Не существует каких-либо ограничений в отношении географического местоположения, или языка или формы, в которой соответствующая информация стала доступной публике; также не предусматривается срок действия документа или других источников информации. Однако существуют некоторые конкретные исключения (см. IV, 8)»¹²³.

¹²¹ Стивен Аллен и Александра Ксантаки, «Размышления о Конвенции ООН о правах коренных народов», Оксфорд и Портленд, Орегон, стр. 49. См. также «Постоянный форум по вопросам коренных народов при Экономическом и Социальном Совете ООН», четвертая сессия, и «Отчет о международном семинаре по методикам в отношении свободного предварительного обоснованного согласия и коренных народов», E/C.19/2005/3, стр. 8.

¹²² Справочник ВОИС по интеллектуальной собственности, публикация ВОИС № 489 (E), 2008 г., стр. 19.

¹²³ См. *Руководящие принципы для проведения экспертизы в Европейском патентном ведомстве*, часть С, глава IV, пункт 5.1.

В разделе 35 Кодекса законов США 102 предшествующий уровень техники косвенно определяется посредством концепции новизны, как все, что «известно или используется другими в этой стране, или запатентовано и описано в печатной публикации в этой или другой стране до того, как изобретение...».

В разделе 29 Японского патентного закона «предшествующий уровень техники» определяется как «(i) изобретения, которые были публично известны в Японии или в другой стране до подачи заявки на патент; (ii) изобретения, которые публично использовались в Японии или другой стране, до подачи заявки на патент; и (iii) изобретения, которые были описаны в распространенной публикации, или изобретения, которые стали публично доступны с помощью средств электронной коммуникации в Японии или в другой стране, до подачи заявки на патент».

Охрана

«Охрана» в работе Комитета приобрела тенденцию к трактовке охраны традиционных знаний и традиционных выражений культуры от некоторых форм несанкционированного использования третьими сторонами¹²⁴. Разработаны и применяются две формы охраны.

Позитивная охрана

Исследуются два аспекта позитивной охраны традиционных знаний и традиционных выражений культуры посредством прав интеллектуальной собственности, причем один из них касается препятствования несанкционированному использованию, а второй касается активного использования традиционных знаний и традиционных выражений культуры исконной общиной самой. Кроме того, применение к позитивной охране традиционных знаний и традиционных выражений культуры подходов, не основанных на интеллектуальной собственности, может быть дополнительной мерой по использованию прав интеллектуальной собственности и осуществляться совместно с охраной интеллектуальной собственности¹²⁵. Например, позитивная охрана традиционных знаний и традиционных выражений культуры может препятствовать посторонним лицам в получении законного доступа к традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры или использованию их для получения коммерческой выгоды в отсутствие справедливого совместного пользования соответствующими преимуществами, однако она также может быть использована носителями традиционных знаний и традиционных выражений культуры для создания собственных предприятий на основе их традиционных знаний и традиционных выражений культуры¹²⁶.

Защитная охрана

Термин «защитная охрана» относится к подборке стратегий для обеспечения такого положения, чтобы третьи стороны не получали незаконных или необоснованных прав интеллектуальной собственности в отношении традиционных выражений культуры, объектов традиционных знаний и взаимосвязанных генетических ресурсов¹²⁷. Защитная охрана традиционных знаний включает меры по предвосхищению или признанию недействительными тех патентов, в которых незаконным образом уже существующие традиционные знания заявляются в качестве изобретений.

¹²⁴ Обзор деятельности и результатов работы Межправительственного комитета (WIPO/GRTKF/IC/5/12), пункт 20.

¹²⁵ Там же, пункты 21 и 22.

¹²⁶ Там же, пункт 21.

¹²⁷ Там же, пункт 28.

Процедуры

Процедуры представляют собой правовых соглашения, кодексы поведения, руководящие принципы или указания на то, как люди должны вести себя в определенных обстоятельствах. Они могут использоваться для разработки общинных норм в отношении распространения знаний и использования их сторонними лицами, а также для содействия изменению мнения и выработке новых норм. Как правило, процедуры носят гибкий характер и со временем могут меняться. Они могут использоваться как средство для достижения определенных целей, которых не удалось достичь обращением к другим областям права. Процедуры, представляющие собой официальные и неофициальные руководящие принципы в отношении поведения, могут содействовать выстраиванию отношений и создавать возможности для возникновения новых отношений¹²⁸.

Поставщики и получатели

Поставщики и получатели генетических ресурсов могут включать правительственный сектор (например, правительственные министерства, правительственные учреждения (национальные, региональные или местные), включая учреждения, отвечающие за административное управление национальными парками и правительственными землями); торговлю или отрасли промышленности (например, фармацевтическая, продовольствие и сельское хозяйство, овощеводство и предприятия косметической отрасли); научно-исследовательские учреждения (например, университеты, банки генов, ботанические сады, микробные коллекции); хранители генетических ресурсов и носители традиционных знаний (например, ассоциации хилеров, коренные народы или местные сообщества, народные организации, традиционные фермерские сообщества); и другие (например, владельцы частных земель, группы по сохранению природы и т.д.)¹²⁹.

Общественное достояние

В большинстве случаев творение считается общественным достоянием, если отсутствуют правовые ограничения для его использования широкой публикой¹³⁰.

Юридический словарь Блэка дает следующее определение общественного достояния: «[совокупность изобретений или творческих произведений, которые не охраняются правами интеллектуальной собственности и поэтому доступны для бесплатного использования любым человеком. После утраты или истечения срока действия авторского права права на товарный знак, патент или коммерческую тайну охраняемая ими интеллектуальная собственность становится частью общественного достояния и может быть присвоена любым лицом без ответственности за нарушение]»¹³¹.

Общественное достояние в области авторского права и смежных прав определяется как «область применения таких работ и объектов смежных прав, которые могут использоваться и эксплуатироваться любым человеком без разрешения и без обязательства уплачивать вознаграждение соответствующим владельцам авторского права и смежных прав – как правило, вследствие истечения их срока охраны, или

¹²⁸ Джейн Андерсон, «Исконные/традиционные знания и интеллектуальная собственность», Центр изучения общественного достояния, Университет Дьюка, 2011 г., доступно на: <http://www.law.duke.edu/cspd/itkpaper>.

¹²⁹ См. документ WIPO/GRTKF/17/INF/12.

¹³⁰ См. документ SCP/13/5.

¹³¹ Юридический словарь Блэка (Black's Law Dictionary) 1027 (изд. 8-е, 2005 г.).

вследствие отсутствия международного договора, обеспечивающего их охрану в данной стране»¹³².

Как правило, применительно к патентному законодательству общественное достояние включает знания, идеи и инновации, в отношении которых лицо или организация не имеют прав собственности. Знания, идеи и инновации считаются общественным достоянием, если не существует правовых ограничений для их использования (с учетом различий в конкретных законодательствах и существования, в связи с этим, различных общественных достояний), после истечения срока действия патентов (обычно 20 лет), и если они не продлеваются, после аннулирования и признания патентов недействительными¹³³.

Роль, структура и границы «общественного достояния» остаются предметом активных обсуждений на различных форумах, включая ВОИС и МКГР. Значение термина «общественное достояние» применительно к традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры более подробно рассматривается в «Записке о значении термина «общественное достояние» в системе интеллектуальной собственности со специальной ссылкой на охрану традиционных знаний и традиционных выражений культуры/выражений фольклора» (WIPO/GRTK/IC/17/INF/8).

Общедоступность

На совещании Группы технических экспертов и юристов по традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, в контексте международного режима доступа и совместного пользования выгодами эксперты обсудили термины «общественное достояние» и «общедоступность» со специальной ссылкой на традиционные знания, связанные с генетическими ресурсами: «Термин «общественное достояние», который используется для обозначения бесплатной доступности, изъят из контекста и применен к общедоступным [традиционным знаниям], связанным с генетическими ресурсами. Согласно общему пониманию общедоступности, она не означает бесплатной доступности. Общее понимание общедоступности может означать, что существуют определенные условия для установления взаимосогласованных обязательств, таких, как плата за доступ. [Традиционные знания] нередко считаются относящимися к общественному достоянию и, как следствие, являющимися доступными бесплатно, как только они изъяты из их конкретного культурного контекста и распространены. Однако нельзя себе представить, что [традиционные знания], связанные с генетическими ресурсами, которые стали общедоступными, никому не принадлежат. В рамках концепции общедоступности по-прежнему требуется получение предварительного информированного согласия владельца [традиционных знаний], который может быть определен, равно как требуется применение соответствующих положений о совместном пользовании выгодами, в том числе если изменение в использовании явно обусловлено полученным ранее предварительным информированным согласием. В случае невозможности определения владельца бенефициары все же могут быть указаны, например государством»¹³⁴.

Значение термина «общественное достояние» применительно к традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры более подробно рассматривается в «Записке о значении термина «общественное достояние» в системе интеллектуальной

¹³² Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам».

¹³³ См. документ SCP/13/5.

¹³⁴ См. UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, Отчет о работе совещания Группы технических экспертов и юристов по традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, в контексте международного режима доступа и совместного пользования выгодами.

собственности со специальной ссылкой на охрану традиционных знаний и традиционных выражений культуры/выражений фольклора» (WIPO/GRTK/IC/17/INF/8).

Реестры традиционных знаний

Реестры можно анализировать с самых разных точек зрения. С точки зрения права реестры можно охарактеризовать как декларативные или правоустанавливающие в зависимости от системы, в рамках которой они учреждены¹³⁵.

Согласно декларативному режиму, касающемуся традиционных знаний, права на традиционные знания не вытекают ни из какого акта правительства, а основываются на предшествующих правах, включая унаследованные от предков, обычные, личные неимущественные права и права человека. В случае с декларативными реестрами, хотя регистрация и не влияет на существование таких прав, она может использоваться патентоведами для анализа известного уровня техники и для оспаривания выданных патентов, в которых прямо или косвенно использованы традиционные знания. Когда такие реестры функционируют в электронной форме и доступны через Интернет, важно создать механизм, обеспечивающий действительность дат внесения записей о традиционных знаниях для целей проведения поиска по новизне и изобретательскому уровню. Третья функция, которую могут выполнять эти реестры, состоит в содействии совместному пользованию выгодами как пользователями, так и поставщиками¹³⁶.

Правоустанавливающие реестры являются частью правового режима, преследующего цель предоставления прав на традиционные знания. В правоустанавливающие реестры вносятся записи о предоставленных владельцу традиционных знаний правах (а именно исключительных имущественных правах) в целях обеспечения охраны и признания его личных неимущественных, имущественных и юридических интересов. Большинство типовых правоустанавливающих реестров являются публичными по своему характеру, управляются национальным органом и функционируют на основе закона или подзаконного акта, в котором четко определяется порядок осуществления действительной регистрации традиционных знаний и ее официального признания и одобрения. В качестве таковых они могут вызывать больше противоречий и сложностей с точки зрения их построения, а также порождать определенные критические проблемы и вопросы в плане перехода от замысла к практике¹³⁷.

Примером национального законодательства может служить статья 16 *Закона Перу № 27811 «О введении режима охраны коллективных знаний коренных народов, основанных на биологических ресурсах»*, которая гласит следующее: «[ц]ели реестров коллективных знаний коренных народов заключаются, в зависимости от конкретного случая, в следующем: (а) сохранении и сбережении коллективных знаний коренных народов и их прав на эти знания; (b) предоставлении INDECOPi такой информации, которая позволяет ему отстаивать интересы коренных народов, касающиеся их коллективных знаний»¹³⁸. Кроме того, в статье 15 предусматривается, что «[з]аписи о коллективных знаниях коренных народов могут вноситься в реестры трех видов: (а) государственный национальный реестр коллективных знаний коренных народов;

¹³⁵ Роль реестров и баз данных в охране традиционных знаний: сравнительный анализ. Отчет UNU-IAS, январь 2004 г., стр. 32.

¹³⁶ Там же.

¹³⁷ Там же.

¹³⁸ Статья 16 Закона № 27811 «О введении режима охраны коллективных знаний коренных народов, основанных на биологических ресурсах». Текст Закона помещен по адресу: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420>.

- (b) конфиденциальный национальный реестр коллективных знаний коренных народов;
- (c) местные реестры коллективных знаний коренных народов».

Репутация

Согласно определению юридического словаря Блэка термин «репутация» означает уважение, которое испытывают по отношению к кому-либо другие лица. Понятие репутации фигурирует в контексте охраны личных неимущественных прав автора¹³⁹. На Брюссельской конференции по пересмотру *Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений* (1971 г.) предпочтение было отдано терминам «честь» и «репутация», которые были признаны как более объективные понятия, отражающие личные интересы автора, чем «неимущественные интересы» или «нематериальные интересы», являющиеся более широкими понятиями. В случае нанесения ущерба существует различие между ущербом для репутации и ущербом, нанесенным неимущественным или нематериальным интересам автора. Одного лишь неприятия автором поступка в отношении его произведению недостаточно; осуществленное действие должно также негативно отразиться на оценке автора в глазах общественности¹⁴⁰.

Священный

Термин «священный» относится к «любому выражению традиционных знаний, которое символизирует религиозные и духовные верования, практику или обычаи или имеет отношение к ним. Этот термин используется для противопоставления оскверненному или мирскому, крайние проявления которого представляют собой формы коммерческой эксплуатации традиционных знаний»¹⁴¹.

Понятие священных традиционных знаний относится к таким традиционным знаниям, которые вбирают в себя религиозные и духовные элементы, в частности тотемы, специальные церемонии, священные объекты, священные знания, молитвы, песнопения, исполнения и священные символы, а также к таким традиционным знаниям, которые связаны со священными видами растений, животных, микроорганизмов, минералов, а кроме того, к священным местам. Возможность или невозможность отнесения традиционных знаний к категории священных зависит от того, имеют ли они значение для соответствующей общины в качестве священных. Многие традиционные знания являются священными и не подвергаются коммерциализации по определению, однако некоторые священные объекты и достопримечательные места получают коммерческое использование в различных целях самими религиозными, основанными на верованиях или духовными общинами либо сторонними лицами.

В *Отчете ВОИС о миссиях по установлению фактов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний*, говорится о том, что некоторые предметные области, такие как традиционные пути решения проблем и медицинские знания, являются взаимосвязанными на духовном уровне. В частности, во всех странах Западной Африки считается очень важным, чтобы фактическому приему традиционного лекарства предшествовала реализация духовных аспектов целительской практики, хотя признается, что такие аспекты не выдерживают научной критики. В рамках определенных систем традиционных знаний существует убеждение, что последствия действий на

¹³⁹ Статья 6bis Бернской Конвенции.

¹⁴⁰ См. Сэм Рикетсон и Джейн С. Гинзбург, *Международное авторское право и смежные права – в рамках и за рамками Бернской Конвенции*, Oxford, Vol. 1, стр. 606.

¹⁴¹ Даниэль Ж. Жерве, «Духовное, но не интеллектуальное: охрана священных нематериальных традиционных знаний», 11 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 467, 469-490 (2003 г.).

материальном уровне объясняются или управляются на основании нематериальных верований и культурных кодов¹⁴². В Перу некоторые «знания передавались из поколения в поколения посредством некоей священной неписаной «книги»¹⁴³. Базовые священные и тайные традиционные знания по-разному расцениваются коренными и местными общинами, и способы их хранения, передачи и записи также разнятся.

В контексте интеллектуальной собственности и особенно деятельности МКГР можно сделать следующие замечания:

- одна из делегаций поинтересовалась, будут ли при обсуждении охраны интеллектуальной собственности учитываться священные традиционные знания¹⁴⁴. В этой связи другая делегация затронула вопрос в отношении трех аспектов: что такое «традиционные», что такое «знания» и на что должна распространяться охрана? В частности, одновременно с мнениями по поводу включения в традиционные знания духовной и религиозной составляющей высказывались мнения о том, что понятие ТЗ должно ограничиваться техническими знаниями¹⁴⁵;
- в большинстве случаев священные традиционные знания или не являются раскрытыми, или их раскрытие происходит в определенных контекстах и условиях в отношении членов коренных и местных общин, хотя при особых условиях некоторые знания могут быть раскрыты сторонним членам коренных и местных общин. Как указано выше и в документе «Охрана традиционных знаний: Проект анализа пробелов: пересмотренный вариант» (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), нераскрытые традиционные знания могут охраняться в соответствии с международным законодательством в области интеллектуальной собственности в качестве нераскрытой информации. Однако в отношении знаний, представляющих для общины духовную и культурную (не коммерческую) ценность, могут действовать особые механизмы¹⁴⁶.

Охрана

В *Конвенции об охране нематериального культурного наследия* (2003 г.) Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) «охрана» определяется как «принятие мер с целью обеспечения жизнеспособности нематериального культурного наследия, включая его идентификацию, документирование, исследование, сохранение, защиту, популяризацию, повышение его роли, его передачу, главным образом с помощью формального и неформального образования, а также возрождение различных аспектов такого наследия». Охрана относится к принятию мер предосторожности с целью защиты определенной культурной практики и идей, которые считаются ценными¹⁴⁷.

Сохранение в тайне

¹⁴² Гупта А., «Награда за традиционные знания и современную творческую деятельность рядовых граждан: роль охраны интеллектуальной собственности», хранится среди материалов Секретариата.

¹⁴³ См. Отчет ВОИС о миссиях по установлению фактов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний (1998-1999 гг.), озаглавленный «Нужды и чаяния носителей традиционных знаний в области интеллектуальной собственности», стр. 171, доступный на: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/index.html>.

¹⁴⁴ Заявление делегации Новой Зеландии на одиннадцатой сессии Комитета. См. принятый отчет одиннадцатой сессии (WIPO/GRTKF/IC/11/15), пункт 220.

¹⁴⁵ Заявление делегации Японии на одиннадцатой сессии Комитета. См. принятый отчет одиннадцатой сессии (WIPO/GRTKF/IC/11/15), пункт 296.

¹⁴⁶ «Охрана традиционных знаний: Проект анализа пробелов: пересмотренный вариант» (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), стр. 23 приложения I, стр. 11 и 16 приложения II.

¹⁴⁷ Проект глоссария Национальной комиссии по вопросам ЮНЕСКО.

«Тайным» является то, что сохраняется не известным для других или разделяется лишь с тем, кого это касается (определение юридического словаря Блэка). «Священные/тайные» традиционные знания и выражения культуры имеют тайное или священное значение в соответствии с нормами обычного права и практикой традиционных владельцев¹⁴⁸.

Источник генетических ресурсов

В своем предложении «Декларирование источника генетических ресурсов и традиционных знаний в заявках на патенты» делегация Швейцарии предложила потребовать от патентных заявителей декларировать «источник» генетических ресурсов и традиционных знаний. Она заявила, что «термин «источник» следует понимать в самом широком смысле», так как «доступ и совместное использование выгод может охватывать множество субъектов. В первую очередь при декларации источника следует указать субъекта, компетентного: (1) предоставлять доступ к генетическим ресурсам и/или традиционным знаниям, или (2) участвовать в совместном пользовании выгодами, получаемыми от их использования. В зависимости от конкретных генетических ресурсов или традиционных знаний, можно сделать различие между: первичными источниками, включая, в частности, Договаривающиеся стороны, предоставляющие генетические ресурсы¹⁴⁹, многостороннюю систему Международного договора Продовольственной и сельскохозяйственной организации (ФАО)¹⁵⁰, коренные и местные общины¹⁵¹; и вторичные источники, включая, в частности, коллекции *ex situ* и научную литературу»¹⁵².

Sui Generis

В юридическом словаре Блэка термин «*sui generis*» определяется следующим образом: «[в переводе с латинского – «в своем роде»]. В своем роде или классе; уникальный или своеобразный. Этот термин используется в праве интеллектуальной собственности для обозначения режима, предназначенного для охраны прав, которые выходят за рамки традиционных доктрин патента, товарного знака, авторского права и коммерческой тайны. Например, база данных может не охраняться авторским правом, если ее содержание не является оригинальным, однако она может охраняться статутным правом *sui generis*, предназначенным для этой цели». Система *sui generis* – это система, специально предназначенная для удовлетворения нужд и обеспечения интересов в какой-либо конкретной области. Уже существует несколько примеров прав интеллектуальной собственности *sui generis*, таких, как права растениеводов-селекционеров – отраженные в *Международной конвенции по охране новых сортов растений* (1991 г.) («Конвенция УПОВ») – и охраняемые права интеллектуальной собственности на интегральные микросхемы – отраженные в *Договоре об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем* (1989 г.) («Вашингтонский договор»). *Закон Панамы № 20 от 26 июня 2000 г. «О введении специального режима охраны интеллектуальной собственности в отношении коллективных прав коренных народов на охрану и защиту их культурной самобытности и традиционных знаний»*, представляет собой режим *sui generis*.

Свакопмундский протокол об охране традиционных знаний и выражений фольклора

¹⁴⁸ Тихоокеанский региональный типовой закон от 2002 года об охране традиционных знаний и проявлений культуры часть ¹⁽⁴⁾.

¹⁴⁹ См. статьи 15, 16 и 19 КБР.

¹⁵⁰ См. статьи 10-13 МДГРПСХ.

¹⁵¹ См. статью 8(j) КБР.

¹⁵² См. документ WIPO/GRTKF/IC/11/10.

В августе 2010 г. на Дипломатической конференции, состоявшейся в Свакопмунде (Намибия), государства – члены Африканской региональной организации интеллектуальной собственности (АРОИС) приняли протокол. Согласно пункту 1 статьи 1 цель этого Протокола состоит в следующем: «(а) охрана носителей традиционных знаний от любых нарушений их прав, признанных в настоящем Протоколе; и (b) охрана выражений фольклора от незаконного присвоения, неправомерного использования и незаконной эксплуатации вне их традиционного контекста». Протокол вступит в силу после того, как шесть государств – членов АРОИС сдадут на хранение документы о ратификации или присоединении.

Выражения в материальной форме

Выражение «в материальной форме» означает такое выражение, которое является осязаемым и увиденным; доступное для осязания; такое, которым можно владеть или которое можно реализовать. Оно противоположно «нематериальному», т.е. такому, которое не воплощено в физическую форму, не является осязаемым или осязаемым (согласно определению юридического словаря Блэка).

Выражения в материальной форме – это выражения, воплощенные в материальном объекте¹⁵³. Они не обязательно сводятся к материальной форме, но должны быть воплощены в постоянном материале, например, в камне, дереве, текстиле, золоте и проч. Выражения в материальной форме считаются охраняемыми выражениями фольклора. Примерами элементов, составляющих выражения в материальной форме, являются:

- (a) произведения искусства, в частности рисунки, картины, резные работы, скульптуры, изделия из глины, терракоты, мозаика, изделия из дерева, изделия из металла, ювелирные изделия, плетеные корзины, вышивки, текстиль, ковры, костюмы;
- (b) музыкальные инструменты;
- (c) архитектурные формы¹⁵⁴.

Традиционный контекст

Термин «традиционный» означает, что традиционные знания или выражения культуры создаются в соответствии с правилами, процедурами и обычаями определенной общины, а не то, что они являются старыми. Иными словами, прилагательное «традиционный» определяет метод создания традиционных знаний или выражений культуры, а не сами знания¹⁵⁵. Термин «традиционный» означает, что традиционные знания или выражения культуры коренятся в традиции или основываются на ней, служат для идентификации коренного или традиционного народа или связаны с ним, а также могут использоваться на практике традиционными способами¹⁵⁶. «Традиционный контекст» обозначает применение традиционных знаний или традиционных выражений культуры в их собственных рамках, определенных их художественным содержанием на основе непрерывного использования общиной. Примером этого может служить использование

¹⁵³ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982 г., часть III.

¹⁵⁴ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982 г., раздел 2^(iv).

¹⁵⁵ Ниньо Пирес де Карвальо, «Из хижины шамана в патентное ведомство: дорога в стадии строительства», Вопросы биоразнообразия и права, стр. 244.

¹⁵⁶ Сводный анализ правовой охраны традиционных выражений культуры, WIPO/GRTKF/IC/5/3, пункт 53.

ритуального танца в его традиционном контексте, т.е. исполнение указанного танца фактически в рамках ритуала¹⁵⁷.

Как указано в документе «Элементы системы *sui generis* по охране традиционных знаний» (WIPO/GRTKF/IC/4/8), традиционные знания являются «традиционными» по той причине, что в способах их создания отражены традиции общин. Поэтому термин «традиционные» не обязательно связан с характером знаний, он связан со способом, посредством которого эти знания создаются, сохраняются и распространяются¹⁵⁸.

Традиционные выражения культуры

Термины «традиционные выражения культуры» и «выражения фольклора» используются ВОИС в отношении материальных и нематериальных форм, в которых выражаются, передаются или воплощаются традиционные знания и культура. Примеры этих форм являются традиционная музыка, исполнения, повествования, наименования и символы, изображения и архитектурные формы. Термины «традиционные выражения культуры» и «выражения фольклора» являются взаимозаменяемыми синонимами и могут именоваться просто как «традиционные выражения культуры», часто в форме сокращения «ТБК». Использование этих терминов не преследует цели создать впечатление, что среди государств – членов ВОИС существует согласие по поводу оправданности или целесообразности использования этих или иных терминов, не затрагивает и не ограничивает использования других терминов в рамках национального или регионального законодательства.

Традиционные культуры

Согласно определению юридического словаря Блэка, это традиции, которые относятся к обычаям прошлого и методам использования в прошлом, оказывающим влияние на деятельность и практику в настоящем. Законодательство в сфере интеллектуальной собственности проводит разграничение между традиционной культурой (которая может определяться как традиционная культура или фольклор в узком смысле слова) и современными, вновь возникающими выражениями культуры, создаваемыми ныне живущими поколениями в рамках общества, основанными на ранее существовавших традиционной культуре или фольклоре или коренящимися в них¹⁵⁹.

Традиционные природоохранные знания/традиционные экологические знания

Институт культуры дене определяет «традиционные экологические знания» (ТЭЗ) как «совокупность знаний и верований, передаваемых посредством устной традиции и первичных наблюдений. Они включают систему классификации, комплекс эмпирических наблюдений за местной окружающей средой и систему самоуправления, которая регулирует пользование ресурсами. Экологические аспекты тесно связаны с социальными и духовными аспектами системы знаний. Количество и качество ТЭЗ не одинаково у разных членов общины и зависят от их пола, возраста, социального положения, умственных способностей и профессии (охотник, духовный лидер, целитель и т.д.). ТЭЗ, которые уходят своими корнями в далекое прошлое, носят кумулятивный и динамичный характер, опираются на опыт предшествующих поколений и адаптируются к происходящим в настоящее время технологическим и социально-экономическим изменениям»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Типовые положения для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982 г., часть III.42.

¹⁵⁸ Элементы системы *sui generis* по охране традиционных знаний (WIPO/GRTKF/IC/4/8), пункт 27.

¹⁵⁹ Сводный анализ правовой охраны традиционных выражений культуры, WIPO/GRTKF/IC/5/3, пункт 54.

¹⁶⁰ См. также: Марк Г. Стивенсон, «Использование исконных знаний в оценке влияния на окружающую среду», 49 ARCTIC 278 (1996 г.), стр. 281.

Традиционные экологические знания также определяются как «накопленная совокупность передающихся из поколения в поколение через посредство культуры знаний и верований относительно связи живых существ (включая людей) друг с другом и с окружающей их средой. Кроме того, ТЭЗ являются свойством обществ с исторической преемственностью практики использования ресурсов; в целом, это непромышленные или менее развитые в техническом отношении общества, многие из которых являются коренными или племенными»¹⁶¹.

Традиционные знания

Признанного на международном уровне определения традиционных знаний (ТЗ) в настоящее время не существует.

Термин «традиционные знания», используемый для широкого описания этого предмета, обычно включает интеллектуальное и нематериальное культурное наследие, практику и системы знаний традиционных общин, в том числе коренных и местных общин (традиционные знания в общем смысле). Иными словами, традиционные знания в широком смысле охватывают содержание знаний как таковых, а также традиционных выражений культуры, в том числе отличительные признаки и символы, связанные с традиционными знаниями.

Термин «традиционные знания», используемый в обсуждениях на международном уровне в узком смысле, относится к знаниям так таковым, особенно к знаниям, созданным в результате интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, включая ноу-хау, практику, навыки и инновации. Традиционные знания могут быть обнаружены во множестве разнообразных контекстов, включая сельскохозяйственные знания, научные знания, технические знания, экологические знания, медицинские знания, в том числе знания о соответствующих лекарственных средствах и медикаментах, знания, связанные с биоразнообразием, и т.д.»¹⁶².

Цифровая библиотека традиционных знаний

Цифровая библиотека традиционных знаний (ЦБТЗ) является совместным проектом Совета научных и промышленных исследований (CSIR) Министерства науки и техники и Департамента AYUSH Министерства здравоохранения и охраны семьи Индии, который реализуется CSIR. В создании ЦБТЗ по индийским системам медицины принимала участие междисциплинарная группа в составе экспертов по традиционной медицине (аюрведа, унани, сиддха и йога), патентные эксперты, эксперты по ИТ, ученые и технические специалисты. Проект ЦБТЗ предусматривает документирование традиционных знаний, относящихся к общественному достоянию и существующих в форме литературы по аюрведе, унани, сиддхе и йоге, в цифровом формате на пяти международных языках, которыми являются английский, немецкий, французский, японский и испанский. В ЦБТЗ содержится информация о традиционных знаниях, существующих в стране, на языках и в формате, понятных для патентных экспертов

¹⁶¹ Фикрет Беркеш, «Традиционные экологические знания в перспективе. Традиционные экологические знания: концепции и случаи». Международная программа в области традиционных экологических знаний и Международный центр по исследованиям в области развития, Оттава.

¹⁶² См. Отчет ВОИС о миссиях по установлению фактов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний (1998-1999 гг.), озаглавленный «Нужды и чаяния носителей традиционных знаний в области интеллектуальной собственности», стр. 25, доступный на: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/index.html>.

международных патентных ведомств (МПВ), что необходимо для предотвращения выдачи незаконных патентов¹⁶³.

ЦБТЗ преследует двоякую цель. Во-первых, она способствует предотвращению выдачи патентов на продукты, которые созданы с использованием традиционных знаний, но у которых изобретательский уровень является низким или вообще отсутствует. Во-вторых, она служит неким «мостиком» между современной наукой и традиционными знаниями, и благодаря этому может использоваться для стимулирования углубленных исследований, направленных на создание новых лекарственных средств на основе информации о традиционных знаниях. ЦБТЗ предназначена служить «мостиком» на глобальном уровне между древними слоками (двустихиями) на санскрите и патентным экспертом, поскольку база данных будет предоставлять информацию о современных, а также местных названиях на языке и в формате, понятных для патентных экспертов. Предполагается, что это дает возможность свести к минимуму нехватку знаний об известном уровне техники. Такая база данных будет содержать достаточно детализированные определения, принципы и концепции для того, чтобы свести к минимуму вероятность патентования в качестве «изобретений» незначительных/несущественных изменений¹⁶⁴.

Носитель традиционных знаний

В юридическом словаре Блэка термин «носитель» определяется как «лицо, которое является юридическим владельцем оборотного документа и которое имеет право получить по нему платеж». ВОИС использует этот термин для обозначения всех лиц, которые создают, служат источником, развивают и сохраняют традиционные знания в традиционной среде и контексте. Коренные общины, народы и нации являются носителями традиционных знаний, однако не все носители традиционных знаний являются «коренными»¹⁶⁵. В этом контексте «традиционные знания» означают как традиционные знания в узком смысле, так и традиционные выражения культуры.

Как указано в документе, озаглавленном «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания» (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), «[традиционные знания], как правило, создаются коллективно и/или рассматриваются как принадлежащие коллективно коренной или местной общине или группам лиц в составе такой общины. [...] Несмотря на это, отдельный член общины, например целитель или фермер, может являться носителем определенных знаний»¹⁶⁶.

Классификация ресурсов традиционных знаний

Классификация ресурсов традиционных знаний (КРТЗ) является новаторской структурированной классификационной системой, которая предназначена для системного упорядочения, распространения и поиска и которая включает около 5 тыс. подгрупп традиционных знаний в отличие от одной группы в Международной патентной классификации (МПК)¹⁶⁷. КРТЗ была разработана для индийских систем медицины (аюрведа, унани, сиддха и йога). КРТЗ получила международное признание, и она привязана к МПК. По всей вероятности, она будет способствовать повышению уровня

¹⁶³ С более подробной информацией можно ознакомиться по адресу: <http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Abouttkdil.asp?GL=Eng>.

¹⁶⁴ Роль реестров и баз данных в охране традиционных знаний: сравнительный анализ. Отчет UNU-IAS Report, январь 2004 г., стр. 18.

¹⁶⁵ См. Отчет ВОИС о миссиях по установлению фактов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний (1998-1999 гг.), озаглавленный «Нужды и чаяния носителей традиционных знаний в области интеллектуальной собственности», стр. 26.

¹⁶⁶ Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), пункты 43 и 44 Приложения.

¹⁶⁷ Там же.

информированности о системах традиционных знаний благодаря использованию современной системы распространения, а именно информационных технологий, и в частности Интернета и веб-технологий. Предполагается, что структура и степень детализации КРТЗ вызовут интерес у тех стран, которые прилагают усилия к предотвращению выдачи незаконных патентов на неоригинальные открытия, связанные с системами традиционных знаний¹⁶⁸.

Традиционная медицина

ВОЗ определяет этот термин как «совокупность знаний, навыков и практических приемов, основанных на теориях, верованиях и опыте, являющихся неотъемлемой частью различных культур, будь то поддающихся объяснению или нет, используемых для поддержания здоровья, а также для профилактики, диагностики, облегчения или лечения физических и психических заболеваний»¹⁶⁹. ВОЗ также определяет «традиционную медицину» как «включающую различные практические методы, подходы, знания и верования в области врачевания, включая растительные, животные и/или основанные на минералах лекарственные средства, духовную терапию, мануальные приемы и упражнения, применяемые отдельно или в сочетании для поддержания здоровья, а также для лечения, диагностики или профилактики заболеваний»¹⁷⁰.

Произведения и инновации, основанные на традициях

Традиции представляют собой культурную практику и идеи, которые расцениваются как относящиеся к прошлому и которым отведен определенный статус¹⁷¹. Термин «произведения и инновации, основанные на традициях» означает инновации и произведения, основанные на традиционных знаниях *как таковых*, но развитые и модернизированные вне традиционного контекста¹⁷². Традиционные знания *как таковые* означают «системы знаний, произведения и инновации, которые, как правило, передаются из поколения в поколение; как правило, считаются относящимися к какому-либо конкретному народу или населяемой им территории; как правило, разрабатываются бессистемно и постоянно развиваются в ответ на изменение внешних условий»¹⁷³. Инновации, основанные на традициях, относятся к тем случаям, когда традиция выступает в качестве источника инноваций, осуществляемых членами соответствующей культурной общины или сторонними лицами; в этих случаях инновации могут также выявлять другие виды использования традиции, которые могут быть проанализированы в контексте интеллектуальной собственности¹⁷⁴. Более подробно традиционные знания «как таковые» и произведения и инновации, основанные на традиционных знаниях, рассматриваются в документе, озаглавленном «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания» (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)¹⁷⁵.

Конвенция ЮНЕСКО о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности

¹⁶⁸ С более подробной информацией можно ознакомиться по адресу: <http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/TKRC.asp?GL=Eng>.

¹⁶⁹ Общие руководящие принципы ВОЗ, касающиеся методики проведения исследований и оценки традиционной медицины (WHO/EDM/TRM/2000.1), стр. 1.

¹⁷⁰ Стратегия ВОЗ в области традиционной медицины на 2002-2005 гг., стр. 7.

¹⁷¹ Проект глоссария Национальной комиссии по вопросам ЮНЕСКО.

¹⁷² См. статьи 10-13 МДГРПСХ.

¹⁷³ См. документ ВОИС WIPO/GRTKF/IC/3/9.

¹⁷⁴ Сводный анализ правовой охраны традиционных выражений культуры, WIPO/GRTKF/IC/5/3, пункт 57.

¹⁷⁵ Даниэль Жерве, «Соглашение ТРИПС. Проект и анализ». Изд. 3-е, Sweet & Maxwell, с. 132.

В 1970 г. Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) приняла Конвенцию для охраны культурных ценностей, находящихся на территории государства, от опасностей кражи, тайных раскопок и незаконного вывоза. Конвенция вступила в силу в 1972 г.

Конвенция обязывает своих государств-участников осуществлять меры по трем основным направлениям:

- 1- Превентивные меры: создание реестров ценностей, учреждение свидетельств на вывоз, осуществление контроля за торговлей, введение уголовных и административных санкций, проведение образовательных кампаний и т.д.
- 2- Положения о возвращении: в соответствии с пунктом (b) (ii) статьи 7 Конвенции государства-участники обязуются по требованию государства-члена «происхождения» предпринимать соответствующие шаги для обнаружения и возвращения любой подобной культурной ценности, ввезенной после вступления настоящей Конвенции в силу в обоих заинтересованных государствах, при условии, однако, что государство, обращающееся с просьбой, выплачивает справедливую компенсацию добросовестному покупателю или лицу, которое имеет действительное право на эту ценность. В статье 13 Конвенции также содержатся положения, касающиеся возвращения ценностей и сотрудничества, которые носят более косвенный характер и обусловлены внутренним законодательством.
- 3- Система международного сотрудничества: идея укрепления сотрудничества среди государств-участников и между ними пронизывает собой всю Конвенцию. В случаях, когда культурное наследие подвергается опасности разграбления, статья 9 предусматривает возможность осуществления более конкретных мер, в частности, контроля за ввозом и вывозом.

Конвенция ЮНЕСКО об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения

В 2005 г. Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) приняла *Конвенцию ЮНЕСКО об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения*, которая вступила в силу 18 марта 2007 г.

Цели Конвенции изложены в статье 1: (a) охрана и поощрение разнообразия форм культурного самовыражения; (b) создание условий для расцвета и свободного взаимодействия различных культур на взаимовыгодной основе; (c) поощрение диалога между культурами в целях обеспечения более широких и сбалансированных культурных обменов во всем мире в интересах взаимоуважения культур и культуры мира; (d) поощрение межкультурного взаимодействия в целях развития взаимопроникновения культур в духе наведения мостов между народами; (e) поощрение уважения к разнообразию форм культурного самовыражения и повышение осознания ценности этого разнообразия на местном, национальном и международном уровнях; (f) подтверждение важности взаимосвязи между культурой и развитием для всех стран, в особенности развивающихся, и поддержка действий, предпринимаемых на национальном и международном уровнях с целью обеспечить признание подлинной ценности этой взаимосвязи; (g) признание особого характера культурной деятельности и культурных товаров и услуг как носителей самобытности, ценностей и смысла; (h) подтверждение суверенного права государств на поддержку, принятие и осуществление политики и мер, которые они считают надлежащими для охраны и поощрения разнообразия форм культурного самовыражения на своей территории; [и] (i) укрепление международного

сотрудничества и солидарности в духе партнерства, в частности для расширения возможностей развивающихся стран в области охраны и поощрения многообразия форм культурного самовыражения.

Конвенция ЮНЕСКО об охране нематериального культурного наследия

Конвенция была принята Организацией Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) в 2003 г. и вступила в силу 20 апреля 2006 г. Цели Конвенции состоят в охране нематериального культурного наследия, обеспечении уважения нематериального культурного наследия общин, групп и отдельных лиц, повышение осведомленности общественности о важной роли нематериального культурного наследия и обеспечение ее взаимного признания, а также в предоставлении помощи и сотрудничестве на международном уровне.

Недобросовестная конкуренция

В юридическом словаре Блэка термин «недобросовестная конкуренция» определяется как «бесчестное и мошенническое соперничество в области торговли и коммерции, особенно практика продвижения на рынок своих собственных товаров и продуктов в ущерб продуктам и товарам какой-либо другой стороны посредством имитации или контрафакции названия, бренда, размера, формы или других отличительных признаков изделия или его упаковки».

Согласно пункту 2 статьи 10*bis* *Парижской конвенции по охране промышленной собственности* (1883 г.) «[а]ктом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах». Далее в пункте 3 статьи 10*bis* говорится, что «[в] частности, подлежат запрету: (i) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента; (ii) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента; (iii) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров».

Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов

В 2007 г. Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций приняла *Декларацию Организации Объединенных Наций о правах коренных народов*. Декларация признает, что коренные народы имеют равные права человека на защиту от культурной дискриминации, и направлена на поощрение взаимного уважения и гармоничных отношений между коренными народами и государствами.

В отношении традиционных знаний, традиционных выражений культуры и генетических ресурсов в пункте 1 статьи 31 предусматривается следующее: «[к]оренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своего культурного наследия, традиционных знаний и традиционных форм культурного выражения, а также проявлений их научных знаний, технологий и культуры, включая людские и генетические ресурсы, семена, лекарства, знания свойств фауны и флоры, традиции устного творчества, литературные произведения, рисунки, спорт и традиционные игры и изобразительное и исполнительское искусство. Они имеют также право на сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такое культурное наследие, традиционные знания и традиционные формы выражения культуры». Далее в пункте 2 статьи 31 говорится, что «[с]овместно с коренными народами государства принимают

действенные меры в целях признания и защиты осуществления этих прав». В отношении традиционной медицины в статье 24 предусматривается следующее: «[к]оренные народы имеют право на свою традиционную медицину и на сохранение своей практики врачевания, включая сохранение важнейших лекарственных растений, животных и минералов».

Использование традиционных выражений культуры/традиционных знаний

Традиционные знания и выражения культуры могут использоваться в различных целях. Использование традиционных знаний или выражений культуры охватывает коммерческое или промышленное использование, обычное использование, добросовестное использование, домашнее использование и использование традиционной медицины для охраны здоровья, а также использование в исследовательских и образовательных целях.

Коммерческое использование

В юридическом словаре Блэка термин «коммерческое использование» определяется как «[и]спользование, которое связано с осуществлением или развитием деятельности, приносящей доход. «Некоммерческое использование» определяется как «[и]спользование ради личного удовольствия или в предпринимательских целях, не связанных с получением дохода или выгоды, или иного вознаграждения»

Обычное использование

В Тихоокеанском региональном типовом законе от 2002 года об охране традиционных знаний и проявлений культуры термин «обычное использование» определяется как «использование традиционных знаний и выражений культуры в соответствии с обычным правом и практикой традиционных владельцев».

Термин «непрерывное обычное использование» характеризует устойчивость и живой характер использования традиционных знаний и/или традиционных выражений культуры коренными общинами в соответствии с их обычным правом и практикой.

Добросовестное использование

Применительно к авторскому праву в юридическом словаре Блэка термин «добросовестное использование» определяется как «[р]азумное и ограниченное использование произведения, охраняемого авторским правом, без разрешения автора, а именно такое, как цитирование книги в книжном обозрении или использование ее частей в пародии. Добросовестное использование является средством защиты против обвинений в нарушении прав с учетом следующих определенных законом факторов: (1) цель и характер использования, (2) характер произведения, охраняемого авторским правом, (3) масштабы использования произведения и (4) экономические последствия использования».

Домашнее использование и использование для охраны здоровья

В юридическом словаре Блэка термин «домашний» определяется как «[о]тносящийся к дому или семье; бытовой». В пункте 1 Дохинской декларации, касающейся Соглашения ТРИПС и общественного здравоохранения, признается «серьезность проблем в области здравоохранения, с которыми сталкивается множество развивающихся и наименее развитых стран, особенно тех проблем, которые являются следствием ВИЧ/СПИДа, туберкулеза, малярии и других эпидемических заболеваний». Далее в пункте 5(с) отмечается следующее: «[к]аждое государство-член имеет право определять, что именно представляет собой национальная чрезвычайная ситуация и другие

исключительно серьезные обстоятельства, при том понимании, что кризисные ситуации в области здравоохранения, в том числе связанные с ВИЧ/СПИДом, туберкулезом, малярией и другими эпидемическими заболеваниями, могут представлять собой национальную чрезвычайную ситуацию или другие исключительно серьезные обстоятельства».

Использование в исследовательских и образовательных целях

Применительно к патентам в юридическом словаре Блэка термин «средство защиты, основанные на принципе использования в экспериментальных целях» определяется как «[с]редство защиты против обвинений в нарушении патентных прав, используемое тогда, когда запатентованное изобретение создается и используется исключительно в научных целях. Несмотря на то, что это средство защиты по-прежнему признается в качестве такового, оно толкуется в узком смысле и в настоящее время может применяться только в отношении исследований, проводимых в целях проверки формулы изобретения». Следует отметить, что, хотя права интеллектуальной собственности и являются исключительными правами, в отношении этих исключительных прав предусматриваются определенные изъятия и ограничения. Например, в области патентов в национальном законодательстве ряда стран предусматриваются определенные изъятия и ограничения в отношении исключительных прав, в частности следующие:

- a) действия, совершаемые в личных и некоммерческих целях;
- b) действия, совершаемые исключительно в экспериментальных или исследовательских целях.

Применение

В статье 2(с) *Нагойского протокола регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии* (2010 г.) приводится следующее определение: «проведение исследований и разработок генетического и/или биотехнологического состава генетических ресурсов, в том числе путем применения биотехнологии, как она определена в статье 2 Конвенции».

В статье 1(2)(е) документа «Вклад стран-единомышленниц в цели и принципы охраны генетических ресурсов и предварительный проект статей по охране генетических ресурсов» (WIPO/GRTKF/IC/19/11) приводится следующее определение понятия «применения генетических ресурсов»: «проведение исследований и разработок генетического и/или биотехнологического состава генетических ресурсов, их дериватов и связанных с ними традиционных знаний, в том числе путем применения биотехнологии».

Инструментарий ВОИС применительно к документации в области традиционных знаний

Программы документирования могут затрагивать вопросы интеллектуальной собственности применительно к носителям традиционных знаний. В процессе документирования крайне важно всесторонне учитывать его последствия для прав интеллектуальной собственности. Дискуссионный проект инструментария ВОИС применительно к документации в области традиционных знаний предназначен для управления интеллектуальной собственностью в процессе документирования, а также использования этого процесса в качестве отправной точки для перехода к более эффективному с точки зрения приносимой пользы управлению традиционными знаниями в качестве одного из интеллектуальных и культурных активов общины. Дискуссионный проект инструментария ВОИС применительно к документации в области традиционных

знаний построен исходя из трех этапов процесса документирования – а именно этапа до начала документирования, этапа собственно документирования и этапа после документирования, – с тем, чтобы с большей ясностью проиллюстрировать различные вопросы, которые возникают в области интеллектуальной собственности на каждом из этапов документирования¹⁷⁶.

Этот дискуссионный проект инструментария ВОИС применительно к документации в области традиционных знаний специально предназначен для использования коренными народами и местными общинами. Он может также оказаться полезным для других лиц и органов, таких, как государственные служащие ведомств ИС, лица, ответственные за принятие политических решений, научно-исследовательские учреждения и учреждения культуры, реализующие проекты документирования.

Когда знания задокументированы, для их охраны можно задействовать права интеллектуальной собственности и другие правовые механизмы, однако успех может быть обеспечен только в том случае, если документирование произведено надлежащим образом. Дискуссионный проект инструментария ВОИС применительно к документации в области традиционных знаний призван помочь оценить возможные варианты установления охраны на основе прав интеллектуальной собственности, спланировать и реализовать применение подходов и осуществление стратегий в области интеллектуальной собственности на этапе документирования традиционных знаний.

Типовые положения ВОИС-ЮНЕСКО для национальных законодательств об охране выражений фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий

На совещании, организованном в 1982 г. при содействии Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) и ВОИС, Комитет правительственных экспертов принял *Типовые положения*. Эти положения предполагают модель *sui generis* охраны в области интеллектуальной собственности в отношении традиционных выражений культуры/выражений фольклора, которая получила достаточно широкое использование государствами – членами ВОИС.

Типовые положения призваны обеспечить баланс между охраной выражений фольклора от злоупотреблений, с одной стороны, и свободой и поощрением дальнейшего развития и распространения фольклора – с другой. В них учитывается тот факт, что выражения фольклора составляют живой организм человеческой культуры, и нельзя допустить, чтобы он задохнулся в слишком тесных рамках охраны.

В соответствии с *Типовыми положениями* традиционные выражения культуры/выражения фольклора охраняются от «незаконного использования и других наносящих ущерб действий». В 2000 и 2001 гг. ВОИС провела обследование опыта государств в области использования и реализации Типовых положений. Отчет опубликован в качестве документа ВОИС WIPO/GRTKF/IC/3/10.

[Конец приложения и документа]

¹⁷⁶ Инструментарий Всемирной организации интеллектуальной собственности в области документирования традиционных знаний – Консультативный проект доступен по адресу: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/TKToolkit.html>.