

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

**Тридцать первая сессия
Женева, 19 – 23 сентября 2016 г.**

ОТЧЕТ О ТЕХНИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЕ ПРОЕКТОВ ДОКУМЕНТОВ ВОИС, ПОСВЯЩЕННЫХ ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ТРАДИЦИОННЫМ ВЫРАЖЕНИЯМ КУЛЬТУРЫ, ПО КЛЮЧЕВЫМ ВОПРОСАМ, КАСАЮЩИМСЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ВЫПОЛНЕННОЙ ПРОФЕССОРОМ ДЖЕЙМСОМ АНАЕЙ

Информационный документ, направленный в Секретариат Постоянного форума Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов

1. На своей одиннадцатой сессии, состоявшейся 7 – 18 мая 2012 г., Постоянный форум Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов (UNPFII) принял рекомендацию о том, чтобы «ВОИС направила поручение о проведении экспертом, представляющим один из коренных народов, технической экспертизы, посвященной, прежде всего, проектам текстов, касающихся генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных выражений культуры, и направлении им комментариев по ней в Межправительственный комитет путем их размещения на Форуме. Экспертиза должна быть проведена в рамках содействия защите прав человека, принадлежащих коренным народам»¹.
2. По согласованию с Секретариатом UNPFII, в 2014 г. Секретариат ВОИС поручил Джеймсу Анае, профессору законодательства и политики в области прав человека Университета Аризоны, Соединенные Штаты Америки, выполнить указанную техническую экспертизу на условиях исключительной ответственности автора за ее выводы. Профессор Аная выполнил экспертизу (соответствующий документ был озаглавлен «Техническая экспертиза проектов документов ВОИС, посвященных генетическим

¹ См. пункт 50 Отчета UNPFII одиннадцатой сессии Форума, документ E/2012/43 – E/C.19/2012/13.

ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры, по ключевым вопросам, касающимся интеллектуальной собственности») в 2014 г. и представил отчет о ней Секретариату UNPFII.

3. 28 мая 2015 г. Секретариат ВОИС получил просьбу Секретариата UNPFII представить отчет о технической экспертизе, выполненной профессором Анаей, в Межправительственный комитет ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору («МКГР») в качестве информационного документа.

4. Секретариат UNPFII также просил, чтобы отчет о данной технической экспертизе был представлен участникам будущих сессий МКГР, которые будут рассматривать вопросы традиционных знаний и традиционных выражений культуры, соответственно.

5. Во исполнение вышеупомянутой просьбы отчет о технической экспертизе был представлен на двадцать девятой и тридцатой сессиях МКГР в качестве информационных документов WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10 и WIPO/GRTKF/IC/30/INF/10 соответственно. Тот же отчет о технической экспертизе содержится в приложении к настоящему документу.

6. МКГР предлагается принять к сведению отчет о технической экспертизе, содержащийся в приложении к настоящему документу.

[Приложение следует]

Отчет о технической экспертизе проектов документов ВОИС, посвященных генетическим ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры, по ключевым вопросам, касающимся интеллектуальной собственности

Профессор Джеймс Аная

I. История вопроса и введение

1. В ходе своей 11-й сессии Постоянный форум Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов просил Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС) дать поручение о проведении в рамках содействия защите прав человека, принадлежащих коренным народам, независимой технической экспертизы проектов текстов, подготовленных Межправительственным комитетом ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору. Настоящий отчет содержит отчет о данной экспертизе. Он касается, в соответствии с поручением Секретариата ВОИС, проектов существующих текстов, содержащихся в документах ВОИС WIPO/GRTKF/IC/28/4, WIPO/GRTKF/IC/28/5 и WIPO/GRTKF/IC/28/6.

2. Исключительную ответственность за содержание настоящего отчета несет его автор. Отчет не обязательно отражает мнения ВОИС, государств-членов ВОИС или наблюдателей ВОИС.

3. В первой части отчета изложены основные контуры и содержание основных принципов защиты прав человека, применимых к коренным народам, в связи с вопросами, касающимися интеллектуальной собственности, содержащимися в проектах текстов. Далее ключевые аспекты проектов текстов рассматриваются с учетом указанных основных принципов защиты прав человека. Ограниченность объема документа не позволяет дать более исчерпывающую или детальную экспертизу проектов текстов или всех проблем в области защиты прав человека, которые могут в них рассматриваться.

II. Основные принципы защиты прав человека

4. Проекты текстов направлены на содействие применению международных норм признания и охраны имущественных и иных прав на генетические ресурсы (WIPO/GRTKF/IC/28/4), традиционные знания (WIPO/GRTKF/IC/28/5), и традиционные выражения культуры (WIPO/GRTKF/IC/28/6). К рассматриваемой в этих текстах проблематике интеллектуальной собственности непосредственно относится статья 31 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, в которой говорится:

«Коренные 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»¹.

5. Это положение Декларации вытекает из целого ряда всеобщих прав человека, включая права на культуру, религию, собственность и самоопределение, понимаемых в свете базовой нормы запрета на дискриминацию и с учетом конкретных особенностей коренных народов.

Права на культуру и религию

6. Широко признано, что право на пользование благами культуры, закрепленное многими актами о защите прав человека, распространяется на отличительные культурные особенности коренных народов, включая традиционные знания, выработанные ими на основе их собственных подходов к наблюдению явлений и извлечению опыта, а также их своеобразных форм искусства и иных выражений культуры². Использование коренными народами генетических ресурсов и иных природных ресурсов также обычно является частью их культурной идентификации или связано с нею. Как заявил Комитет по правам человека в связи с правом на культуру, охраняемым положениями статьи 27 Международного пакта о гражданских и политических правах, «культура проявляется во многих формах, включая особый образ жизни, связанный с использованием земельных ресурсов, особенно у коренных народов»³. Во многих случаях эти аспекты коренного наследия представляют собой часть системы религиозных убеждений коренных народов или связаны с ними, и поэтому относятся к области права на религию.

Право на собственность

7. Помимо того, что имущественные права коренных народов основаны на их праве на свою культуру, в статье 31 вышеупомянутой Декларации закрепляются их имущественные права на указанные аспекты их культурного наследия. Вывод о том, что коренные народы обладают имущественными правами на созданные ими традиционные знания и выражения культуры вытекает из общей идеи о том, что в результате интеллектуальной творческой деятельности ее субъект приобретает личные неимущественные, а также имущественные права, что подтверждается и иными источниками, например, положениями пункта 1(с) статьи 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, в интерпретации Комитета ООН по экономическим, социальным и культурным правам⁴. Согласно ряду авторитетных международных источников⁵, а также все большему числу решений, составляющих судебную практику местных и национальных судов и органов по защите прав человека⁶, коренные народы обладают имущественными правами на землю и природные ресурсы, которые они традиционно использовали, что также подразумевает генетические ресурсы, которые они традиционно использовали или имели в своей собственности.

¹ Декларация о правах коренных народов, резолюция ГА ООН № 61/295 (2007 г.), статья 31.1 (далее - «Декларация о правах коренных народах»).

² См. Комитет по ЭСКП, общий комментарий № 21, E/C.12/GC/21, пункт 37; Всеобщая декларация о культурном разнообразии, ЮНЕСКО 2001, статья 4.

³ Комитет по правам человека, общий комментарий № 23, CCPR/C/Rev.1/Add.5, пункт 7.

⁴ См. Комитет по ЭСКП, общий комментарий № 17, E/C.12/GC/17, пункты 7, 32. См. также Комитет по ЭСКП, Общий комментарий № 21, E/C.12/GC/21.

⁵ См. например Декларация о правах коренных народов, статья 26, Комитет по ликвидации расовой дискриминации, общая рекомендация № 23 и многочисленные комментарии по ситуации в конкретных странах (например, CERD/C/SWE/CO/19-21, пункт 17).

⁶ См. например, «Народ Самарака против Суринама», Межамериканский комитет по правам человека, серия (С) № 172, решение от 28 ноября 2007 г.; «Ctr. for Minority Rights Dev. против Кении», публикация № 276/2003, АСНRR ААР, Приложение № 27 (июнь 2009 г. – ноябрь 2009 г.) (дело *Endorois*).

Право на самоопределение

8. Кроме того, «право на сохранение, контроль, охрану и развитие» аспектов культурного наследия, закрепленное в статье 31 Декларации, является элементом права на самоопределение, которое закреплено для «всех народов» международными пактами о правах человека⁷, а для коренных народов в частности – положениями статьи 3 Декларации. Понимая право на самоопределение как право, основанное на нормах Международного пакта о гражданских и политических правах, Комитет по правам человека подчеркивал, применительно конкретно к коренным народам, что это право «предполагает, в частности, что все народы могут свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами»⁸.

9. В качестве элемента своего права на самоопределение коренные народы «имеют право на автономию или самоуправление в вопросах, относящихся к их внутренним и местным делам»⁹. Это право по необходимости предполагает право коренных народов распоряжаться своими генетическими ресурсами, традиционными знаниями и выражениями культуры и регулировать пользование ими в соответствии со своими обычаями, законами и традициями. Важным элементом контроля коренных народов над своими ресурсами и различными аспектами своего культурного наследия является право определять объем и условия доступа других лиц к таким объектам и объем и условия использования ими таких объектов.

Обязательство государств осуществлять защиту права человека

10. Прямым следствием всех признаваемых на международном уровне прав человека является обязательство государств уважать, охранять и осуществлять их. Такое обязательство подтверждено в различных формах в основных документах Организации Объединенных Наций и региональных организаций по вопросам прав человека, включая Декларацию о правах коренных народов, которая в связи с правами на культурное наследие и генетические ресурсы, закрепленными в статье 31, предписывает, что «[с]овместно с коренными народами государства принимают действенные меры в целях признания и защиты осуществления этих прав.» При принятии таких действенных мер должны надлежащим образом учитываться более общие общественные интересы и права человека, принадлежащие другим, о чем говорится в статье 46 Декларации; но в конечном счете конкретные права коренных народов должны признаваться и охраняться, с обеспечением их гармонического соответствия правам человека, принадлежащим всем.

Свободное, предварительное и осознанное согласие

11. Одним из положительных обязательств государств в области охраны прав коренных народов является обязательство обеспечения консультаций с ними, направленных на получение их свободного, предварительного и осознанного согласия на любые меры, способные существенно повлиять на пользование ими своими правами¹⁰. Положение о том, что доступ к природным ресурсам коренных народов, включая генетические ресурсы, обычно может быть предоставлен только с их согласия, неоднократно подтверждалось, например, Комитетом по ликвидации расовой дискриминации¹¹. Что касается традиционных знаний и выражений культуры, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам подчеркивал, что государствам «следует уважать принцип

⁷ Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, статья 1; Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 1.

⁸ ССРР/С/79/Add.105, пункт 8. См. аналогичные комментарии также в документах ССРР/СО/82/FIN, пункт 17 и ССРР/СО/74/SWE, пункт 15.

⁹ Декларация о правах коренных народов, статья 4

¹⁰ См. Декларация о правах коренных народов, статья 19.

¹¹ См., например, общую рекомендацию № 23, выше, и документ CERD/C/SWE/CO/19-21, пункт 17.

свободного, предварительного и осознанного согласия авторов – представителей коренных народов»¹². Принцип свободного, предварительного и осознанного согласия также все шире признается на практике¹³. Соответственно, в качестве общего правила, доступ к генетическим ресурсам, традиционным знаниям и выражениям культуры коренных народов или права на их использование не должны предоставляться другим сторонам без согласия первых на условия, которые должны соответствовать характеру затрагиваемых прав. Принцип согласия работает как инструмент охраны, обеспечивающий режим пользования правами, признаваемый авторитетными международными источниками, включая упомянутые выше.

III. Проект текста об охране генетических ресурсов (приложение к документу WIPO/GRTKF/IC/28/4)

12. Проект текста об охране генетических ресурсов призван предотвратить неправомерное присвоение и патентование свойств таких ресурсов и относящихся к ним традиционных знаний лицами, не имеющими отношения к открытию или созданию таких свойств или традиционных знаний.

Раскрытие как ключевой механизм охраны

13. Согласно проекту, ключевым механизмом достижения данной цели служит требование о разглашении заявителем страны или источника происхождения объекта. Это и иные связанные с ним нормоустанавливающие положения проекта текста явно обеспечивают определенный уровень защитной охраны генетических ресурсов и традиционных знаний коренных народов от неправомерного присвоения, содействуя тем самым реализации соответствующих международных стандартов в области защиты прав человека. Конкретный объем такой охраны, однако, не следует из текста, поскольку на протяжении всего текста в нем приводятся в квадратных скобках альтернативные формулировки нормоустанавливающих положений, а также преамбулы.

Отсутствие признания коренных народов в качестве правообладателей

14. В любом случае, поскольку основное внимание в проекте документа уделяется охранному механизму раскрытия, он не идет настолько далеко, чтобы предусматривать положительное признание или конкретные меры охраны прав коренных народов на генетические ресурсы или связанные с ними традиционные знания или требовать такого признания. Такое признание и охрана в основном остаются прерогативой национальных правовых систем стран происхождения, причем государства не несут каких-либо конкретных обязательств в этой связи, помимо обязательства требовать от заявителей раскрытия происхождения. Необходимость охраны прав коренных народов на генетические ресурсы и традиционные знания упоминается в преамбуле документа в качестве его цели, а согласно одной из альтернативных формулировок, данных в глоссарии, «неправомерное присвоение» – это присвоение, осуществляемое без согласия обладателей генетических ресурсов и связанных с ними знаний, что подразумевает отнесение коренных народов к числу таких обладателей. Однако эти права и соответствующие обязательства государств не подтверждаются определенным образом в самих нормоустанавливающих положениях проекта документа.

¹² Комитет по ЭСКП, общий комментарий № 17, пункт 32.

¹³ В качестве специального докладчика по правам коренных народов Совета ООН по правам человека автор уделит значительное внимание изучению основных аспектов данного принципа. См., например, документы A/HRC/12/34, пункты 36-57 и A/HRC/21/47, пункты 47-53 и 62-71.

15. Такое неподтверждение вызывает озабоченность, поскольку оно может на деле поощрять фактическое или потенциальное нежелание признания, в рамках как национальной, так и международной практики, имущественных прав коренных народов на генетические ресурсы и связанные с ними знания, которыми они правомерно обладали. С другой стороны, такое неподтверждение, если оно сохранится, не может надлежащим образом интерпретироваться как косвенно указывающее на наличие правовой основы для такого непризнания прав коренных народов на генетические ресурсы, поскольку они признаются в Декларации о правах коренных народов и иных международных источниках.

IV. Проекты текстов об охране традиционных знаний (приложение к документу WIPO/GRTKF/IC/28/5) и традиционных выражений культуры (приложение к документу WIPO/GRTKF/IC/28/6)

16. Целями двух других документов являются, соответственно, охрана традиционных знаний и охрана традиционных выражений культуры.

Бенефициары

17. В отличие от документа, касающегося охраны генетических ресурсов, эти два документа определяют коренные народы в качестве одной из категорий обладателей прав на указанные объекты. Коренные народы, создающие традиционные знания или выражения культуры, являются прямыми бенефициарами охраны. Однако термин «народы» по-прежнему приводится в квадратных скобках, что выглядит значительным диссонансом с современным правовым режимом в области защиты прав человека, где этот термин является широко употребляемым.

Объем охраны

18. Хотя бенефициарами охраны являются коренные народы или сообщества, характер и степень охраны, которые государства должны будут обеспечить, по существу остаются без определения, поскольку в текстах сохранились многие вариантные формулировки в квадратных скобках. Тем не менее, определенные общие параметры и вопросы очевидны и являются общими для обоих текстов.

19. В разделах каждого из проектов документов, посвященных «объему охраны», предусматриваются различные уровни охраны, зависящие от устанавливаемой степени, в которой бенефициар имеет тесную или эксклюзивную культурную связь с соответствующими традиционными знаниями или выражениями культуры. На одном конце этого спектра наивысший уровень охраны предусмотрен для традиционных знаний и выражений культуры, которые являются священными для бенефициаров или известны только им. В отношении таких форм знания и выражений культуры государства обязаны обеспечивать контроль бенефициаров над объектами, предотвращать их незаконное использование или искажение, а также определять круг объектов, в отношении которых допускается какое-либо использование, и справедливое вознаграждение за такое использование.

20. На другом конце спектра находятся традиционные знания и выражения культуры, которые в настоящее время являются широко известными или находятся в открытом доступе и уже не используются активно народом или сообществом их происхождения. В этих случаях к вопросам охраны относится определение соответствующего круга объектов и обеспечение их уважительного использования; более активных методов охраны, предполагающих прямой контроль и участие в распределении выгод или в

использовании, не требуется. В середине этого спектра находятся совместное пользование выгодами и определенные иные виды охраны.

21. В основе этой подвижной шкалы, от которой зависит объем охраны, лежит понятие общественного достояния, применение которого к правам коренных народов вызывает определенные проблемы. Это понятие является неотъемлемой частью принятых систем регулирования прав интеллектуальной собственности, призванных обеспечивать уровень охраны, достаточный для стимулирования творческой деятельности, но не более, поскольку считается, что если другие лица могут, в конечном счете, использовать уже существующие результаты инноваций для порождения новых идей, это отвечает интересам общества в целом. Принцип общественного достояния предусматривает, в общем, что права интеллектуальной собственности должны, в конце концов, иметь конечный срок действия, и что, кроме того, то, что уже известно более широкому кругу лиц, не может быть предметом таких прав без соблюдения определенных условий, касающихся индивидуальной творческой деятельности.

22. Тем не менее с позиций защиты прав человека данный подход не вполне подходит для определения объема охраны традиционных знаний и выражений культуры коренных народов. Принципы защиты прав человека требуют признания того, что традиционные знания и выражения культуры, независимо от широкой осведомленности о них широкой публики, образуют неотъемлемую часть культуры и общественной жизни коренных народов. Как подчеркивалось в комментарии Комитета по экономическим, социальным и культурным правам, «Если... права интеллектуальной собственности... могут быть... ограничены по срокам и сфере применения... то права человека являются неограниченным по времени выражением основных прав человеческой личности»; кроме того, охрана прав человека обеспечивает связь между «народами... и их общим культурным наследием»¹⁴. Современная озабоченность международного сообщества вопросами защиты прав коренных народов, находящая проявление в конкретных программах и стандартах в рамках системы защиты прав человека, в основном обусловлена стремлением исправить прошлые и продолжающиеся несправедливости в их отношении¹⁵, включая использование их традиционных знаний и выражений культуры без их согласия. Таким образом, система защиты прав человека, как она применяется в данном контексте, требует более широкого объема охраны по сравнению с тем, который предполагается принятыми принципами охраны интеллектуальной собственности.

Срок охраны

23. Что касается срока охраны, оба текста включают пункты, позволяющие государствам устанавливать сроки действия мер охраны на основе альтернативных формулировок, которые более или менее ограничены объемом охраны, предусмотренным нормативными документами. В каждом из случаев эти альтернативные формулировки в основном не соответствуют правовой логике, действующей в области защиты прав человека, устанавливающей требование признания и охраны прав коренных народов на традиционные знания и выражения культуры. Принятые принципы права интеллектуальной собственности предусматривают ограниченную по времени охрану как инструмент содействия распространению результатов инноваций и творческой деятельности, при этом основное внимание уделяется экономической ценности создаваемого нового знания и инновационных результатов. Однако нормы, применяемые в сфере защиты прав человека, признают как то, что традиционные знания и выражения культуры представляют собой неотъемлемый элемент культуры и социальной жизни коренных народов, так и то, что именно эта их природа, более чем их экономическая

¹⁴ Комитет по ЭСКП, Общий комментарий № 17, пункт 2.

¹⁵ См. S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford Univ. Press, 2d. ed. 2004). (С. Джеймс Аная, «Коренные народы в международном праве» (Изд-во Оксфордского унив-та, 2-е издание, 2004 г.).

ценность, является основанием для обеспечения их охраны. Отсюда следует, что традиционные знания и выражения культуры коренных народов должны охраняться, пока соответствующие объекты сохраняют свою важность и значение для культуры коренных народов¹⁶.

Исключения и ограничения

24. С вопросами объема и сроков действия охраны тесно связаны положения двух проектов текстов, касающиеся исключений и ограничений. В этих текстах содержится ряд различных предварительных предложений о масштабных и далеко идущих исключениях и ограничениях, которые могли бы иметь те же последствия, что и узко определяемый объем охраны. Выше показано, почему для обеспечения защиты прав человека охрана должна, в качестве общего правила, распространяться также на традиционные знания и выражения культуры коренных народов, которые в противном случае могли бы быть признаны элементами общественного достояния. Из этого с необходимостью следует, что эти стандарты защиты прав человека также не дают оснований для различных значительных и далеко идущих предложений о введении исключений и ограничений, которые содержатся в проектах документов. Особенно большие вопросы вызывает предложение о том, чтобы вопрос о введении ограничений охраны и исключений из режима охраны решался национальным законодательством, поскольку это дает государствам широкие возможности исключать определенные традиционные знания и выражения культуры из сферы охраны. Любые возможные исключения или ограничения должны быть определены и конкретно сформулированы в документах, при этом должно обеспечиваться соблюдение норм защиты прав человека.

Определение незаконного присвоения

25. Аналогично проектам статей об исключениях и ограничениях, положения о неправомерном присвоении включают предложения о том, чтобы неправомерное присвоение традиционных знаний или выражений культуры определялось как нарушение национального законодательства. Такие предложения, опять-таки, вызывают вопросы, поскольку они не учитывают международные подходы и создают возможность для лишения традиционных знаний и выражений культуры соответствующей охраны. Таким образом, если традиционные знания и выражения культуры не охраняются национальным законодательством, то в тех случаях, когда эти элементы культурного наследия используются не теми людьми, которые их создали, никакого неправомерного присвоения, согласно этому определению, не происходит. Вопреки такому подходу, следует, согласно принципам защиты прав человека, определить неправомерное присвоение как ситуацию, при которой доступ к традиционным знаниям и выражениям культуры коренных народов имеет место без их согласия.

[Конец приложения и документа]

¹⁶ Следует напомнить приведенное выше замечание Комитета по экономическим, социальным и культурным правам о том, что хотя права интеллектуальной собственности ограничены по времени, права человека являются «неограниченным по времени выражением», что также подчеркивалось в связи с проблемой прав коренных народов на семинаре-практикуме экспертов-представителей коренных народов по вопросам интеллектуальной собственности, генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных выражений культуры. См. Отчет, WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9, комментарий по вопросу о сроке действия охраны.