



ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ, ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ И ТРАДИЦИОННЫЕ ВЫРАЖЕНИЯ КУЛЬТУРЫ/ФОЛЬКЛОРА

РУКОВОДСТВО ДЛЯ СТРАН С ПЕРЕХОДНОЙ ЭКОНОМИКОЙ

Версия 1

*Подготовлено Отделом традиционных знаний и
Департаментом стран с переходной экономикой и развитых
стран*



ВСЕМИРНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ

© Всемирная организация интеллектуальной собственности, 2013. Некоторые права защищены. ВОИС разрешает частичное воспроизведение, перевод и распространение этой публикации в некоммерческих и общественно-научных, учебных или исследовательских целях, при условии, что ВОИС соответствующим образом обозначена как единоличный автор публикации. Разрешение на значительное воспроизведение, распространение и/или перевод настоящей публикации, или на компилирование или создание производных документов, в любой форме, будь то в коммерческих/с целью получения прибыли, или некоммерческих целях, должно быть запрошено в письменной форме. Для этой цели с ВОИС можно связаться по адресу: www.wipo.int в разделе "Контакты".

Предупреждение: Данная публикация не обязательно отражает точку зрения ВОИС или кого-либо из ее государств-членов. Данная публикация не является заменой юридической консультации. Ее цель ограничивается предоставлением базовой информации.

Содержание

1. ВВЕДЕНИЕ	4
2. ЗАЧЕМ ОХРАНЯТЬ ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ И ТРАДИЦИОННЫЕ ВЫРАЖЕНИЯ КУЛЬТУРЫ/ФОЛЬКЛОРА	5
3. НЕКОТОРЫЕ ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ	6
a. Традиционные выражения культуры	6
b. Традиционные знания	7
c. Охрана	7
d. Предварительное обоснованное согласие	7
e. Предшествующий уровень техники	8
f. Общественное достояние	8
g. Публично доступный	9
h. Обычное право	9
4. ОБЗОР СООТВЕТСТВУЮЩИХ РЕГИОНАЛЬНЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ СОГЛАШЕНИЙ/ПРОЦЕССОВ	10
a. Международные акты, предоставляющие охрану прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК	10
b. Международные акты, относящиеся к другим формам охраны ТрЗ и ТВК	11
c. Региональные соглашения и необязательные к исполнению акты, предусматривающие охрану прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК	12
d. Деятельность других международных организаций	13
5. РАЗРАБОТКА НАЦИОНАЛЬНОЙ СТРАТЕГИИ	13
a) Политические инициативы	14
b) Идентификация ТрЗ/ТВК	15
c) Установление правового статуса ТрЗ/ТВК	15
d) Определение субъектов/бенефициариев охраны	15
e) Определение целей охраны	16
f) Определение недостатков существующего уровня охраны ИС	16
g) Учет обычного права и протоколов	17
h) Достижение баланса общественных интересов	17
i) Правовые инициативы	17
j) Использование существующих мер и систем охраны ИС	18
k) Концепция <i>sui generis</i>	20
l) Правовые механизмы, не относящиеся к сфере ИС	22
m) Создание инфраструктуры и практические меры	23
n) Другие факторы, которые необходимо учитывать	24
o) Разрешение споров	24
p) Организационные вопросы	25
6. ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ ИНФОРМАЦИЯ	27

ВВЕДЕНИЕ

Цель руководства – помочь странам с переходной экономикой принять решение относительно того, предоставлять или нет правовую охрану традиционным знаниям (ТрЗ) и традиционным выражениям культуры (ТВК), носителями которых являются коренные народы и местные общины и, если да, то как это сделать наилучшим образом. В документе приведены понятия, используемые в интеллектуальной собственности (ИС), посвященные охране ТрЗ и ТВК, и существующие международные, региональные и национальные системы охраны. Кроме того, даются рекомендации по вопросам, которые должны быть рассмотрены странами, коренными народами и местными общинами в процессе определения того, какую роль интеллектуальная собственность может играть в охране ТрЗ и ТВК от незаконного присвоения, а также в процессе получения и справедливого распределения выгоды от коммерциализации ТрЗ и ТВК.

В настоящее время страны с переходной экономикой, как и многие другие страны, в большинстве своем не имеют правовой основы для охраны ТрЗ и ТВК как объектов интеллектуальной собственности. В руководстве показано, как подобная основа может быть сформирована как часть общей стратегии по развитию интеллектуальной собственности посредством улучшения существующих механизмов или создания новых. Однако, каждой стране необходимо рассмотреть индивидуальные механизмы для охраны ее ТрЗ и ТВК.

Существует ряд причин, почему страны с переходной экономикой в прошлом не создали правовых систем для охраны ТрЗ и ТВК. Необходимость создания таких систем могла не представляться очевидной, например, потому что не были четко определены ТрЗ и ТВК, нуждающиеся в охране или проблема незаконного присвоения не стояла достаточно остро, или потому, что не был ясен круг бенефициариев. ТрЗ и ТВК могли не признаваться в качестве объектов интеллектуальной собственности, потому что находились в ведении других отраслей законодательства, например, законодательства о культурном наследии или о биологическом разнообразии. Но даже там, где необходимость охраны ТрЗ и ТВК как интеллектуальной собственности была признана, введение нового законодательства могло не быть приоритетом для находящегося под грузом других проблем правительства, или же могли существовать прочие нерешенные вопросы, не позволяющие ввести в действие новую правовую систему.

Чтобы пролить свет на настоящее положение дел, странам с переходной экономикой было предложено заполнить анкету, включающую в себя следующую информацию:

- Существующее законодательство об охране ТрЗ и ТВК в этих странах;
- Примеры ТрЗ и ТВК в этих странах;
- Как ТрЗ и ТВК определены в существующем национальном законодательстве;
- Критерии, используемые для характеристики ТрЗ и ТВК; и
- Сообщества, имеющие правовой статус коренных народов, или прочие традиционные или местные сообщества.

В дополнение к вышесказанному, анкета содержит вопросы, касающиеся современного толкования ключевых правовых понятий, среди которых “предмет охраны”, “субъекты охраны”, “объем прав” и так далее. Анкета также была призвана собрать точки зрения на возможные в будущем способы правовой охраны ТрЗ и ТВК в каждой стране, включая критерии охраны, срок охраны, формальности, возможные исключения и ограничения прав, права бенефициариев, и действия, которые могут быть классифицированы как неправомерные. Вышеперечисленные вопросы будут далее описаны более подробно.

Анкета была разослана в 33 страны, ответы получены от 22 стран. Полученная информация была включена в текст данного руководства, полностью ответы респондентов будут опубликованы отдельно.

Важно подчеркнуть, что данное руководство не отстаивает и не выдвигает никакого конкретного подхода к пониманию взаимоотношения между интеллектуальной

собственностью и ТрЗ/ТВК. Скорее оно предлагает информацию для политиков, руководителей ведомств по интеллектуальной собственности и других лиц, принимающих решения в странах с переходной экономикой по вопросам, рассматриваемым при заложении основ новой правовой системы, если принято решение о необходимости таковой. Цель исследования - повышение осведомленности о существующих методах охраны ТрЗ и ТВК, а также улучшение понимания на международном, региональном и национальном уровнях взаимосвязей между системой ИС, с одной стороны, и ТрЗ и ТВК и их влиянием на экономическое, социальное, культурное и техническое развитие, с другой стороны.

Это руководство может также помочь странам с переходной экономикой в подготовке к участию в работе Межправительственного комитета ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (далее – Комитет ВОИС), который проводит переговоры, направленные на развитие международно-правового документа (или документов) для эффективной охраны ТрЗ и ТВК, а также на решения вопросов ИС, касающиеся доступа к генетическим ресурсам и распределению выгоды от их использования.

ЗАЧЕМ ОХРАНЯТЬ ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ И ТРАДИЦИОННЫЕ ВЫРАЖЕНИЯ КУЛЬТУРЫ?

ТрЗ и ТВК являются важными элементами культурного наследия и самобытности многих коренных народов и местных сообществ, так же как и многих стран и регионов. Они могут способствовать устойчивому развитию, жизнеспособности культуры, росту благосостояния этих общин. Вместе с тем ТрЗ и ТВК исторически, а иногда и до сих пор, признаются как часть "общего наследия человечества", что означает, что благо от них принадлежит всему человечеству.

Кроме того, ТрЗ и ТВК обладают экономическим потенциалом, образуя основу для создания и развития связанных с культурой промыслов и предприятий носителей ТрЗ и ТВК. Задачей государства является способствовать сохранению и развитию ТрЗ и ТВК, содействовать их использованию самими коренными народами и местными сообществами тем самым внести свой вклад в экономическое развитие, повышение уровня жизни и преодоления бедности.

ТрЗ и ТВК могут также служить вдохновением для других творцов и новаторов. Коренные народы, традиционные и местные сообщества, особенно развивающихся государств, обеспокоены процессом коммерциализации объектов, основанных на использовании их ТрЗ. Имеют место случаи присвоения авторства произведений народного творчества (фольклора), неправомерного получения патентов на изобретения, основанные на ТрЗ и ТВК, и выгода от коммерциализации данных изобретений не была распределена между носителями ТрЗ и ТВК, а вместо это была получена третьими лицами.

Патентование куркумы в Соединенных Штатах

Куркума - это растение, произрастающее в Южной Азии и используемое для приготовления пищи, окрашивания тканей, садовых работ и церемоний. Это растение также использовалось в течение тысяч лет в аюрведической медицине для исцеления ран. В 1995 Ведомство США по патентам и товарным знакам (USPTO) выдало университету Медицинского центра Миссисипи патент на "способ стимуляции заживления ран с помощью куркумы у пациента, страдающего от ран". Совет Научных и Промышленных Исследований Индии (CSIR) опротестовал патент на основании того, что данное изобретение было не ново, т. к. излечивающие рану свойства куркумы были уже известны. CSIR предоставил документальное подтверждение предшествующего использования куркумы для заживления ран, включая древний санскритский текст и работу, опубликованную в 1953 в Журнале Индийской Медицинской ассоциации. В 1997 USPTO отозвал патент.

Распределение выгоды и ТрЗ в Самоа

Традиционные целители Самоа были недавно признаны в качестве бенефициаров в соглашении о разделении выгоды в отношении развития простратина, элемента лекарства против СПИДа, получаемого из местного самоанского дерева мамала (*Nomalanthus nutans*). Простратин поглощает ВИЧ из человеческого тела, таким образом, позволяя лекарствам против ретровирусов атаковать его. Кора дерева мамала использовалась традиционными целителями для лечения гепатита помимо других способов использования компонентов дерева в составе лекарственных средств, и эти традиционные знания позволили исследователям найти ценные терапевтические комбинации лекарств. Доходы от развития простратина будут по имеющимся сведениям разделены с той деревней, где состав был найден и с семьями целителей, которые помогли обнаружить его. Доходы будут также направлены на дальнейшее исследование ВИЧ/СПИД. Было дополнительно предложено лицензировать исследование простратина для производителей лекарств таким образом, чтобы получающиеся в результате лекарства могли быть доступны для развивающихся стран бесплатно, или по номинальной стоимости.

В настоящее время охрана ТрЗ и ТВК в качестве объектов интеллектуальной собственности является в первую очередь задачей национальных правительств. Тем не менее, как уже было отмечено, в настоящее время в рамках Комитета ВОИС проводятся переговоры по разработке международно-правового документа (или документов) для эффективной охраны ТрЗ и ТВК, а также рассматриваются аспекты ИС, касающиеся доступа к генетическим ресурсам и распределению выгод от их использования.

НЕКОТОРЫЕ ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ

Традиционные выражения культуры

ВОИС использует термин “традиционные выражения культуры” и “выражения фольклора” в отношении материальных и нематериальных форм, в которых выражаются, передаются или проявляются традиционные знания и культура. В качестве примера можно привести традиционную музыку, представления, рассказы, имена и символы, художественные композиции, изделия кустарного промысла и архитектурные формы. Термины “традиционные выражения культуры” и “выражения фольклора” взаимозаменяемы и имеют одно и то же значение. Термин “выражения фольклора” когда-то был наиболее широко используемым термином в международных дискуссиях на эту тему и фигурирует во множестве национальных законов. Как отмечено выше, Комитет ВОИС в настоящее время использует термин “традиционные выражения культуры” (ТВК). Однако использование этих терминов не предполагает никакого консенсуса среди государств-членов ВОИС в отношении обоснованности или правильности этих или каких-либо других терминов, и не ограничивает использование этих или других понятий в национальных или региональных правовых документах.

ТВК являются неотъемлемой частью культурной и социальной самобытности коренных народов и местных общин, воплощая ноу-хау и навыки, и передавая базовые ценности и убеждения. Их охрана связана с поощрением творческой деятельности, расширением культурного разнообразия и сохранением культурного наследия. Для многих коренных народов и местных общин, ТрЗ и ТВК и связанные с ними генетические ресурсы являются частью единого интегрированного наследия. Тем не менее, поскольку охрана ТВК поднимает некоторые конкретные правовые и политические вопросы в сфере интеллектуальной собственности, они получают приоритетное внимание во многих национальных и региональных законах по интеллектуальной собственности, а также в работе ВОИС.

Традиционные знания

Термин “Традиционные знания”, как общее описание предмета (ТрЗ в общем смысле, или *lato sensu*) как правило включает культурное наследие, обычаи и системы знаний коренных народов и местных общин. Иными словами, ТрЗ в широком смысле слова охватывает собственно содержание знания, а так же ТВК, в том числе отличительные знаки и символы, связанные с ТрЗ.

В международных дискуссиях (и в данном руководстве), понятие “традиционные знания” используется в более узком смысле (*stricto sensu*) для обозначения знаний как таковых, в частности знаний, являющихся результатом интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, включающим в себя ноу-хау, обычаи, навыки и инновации. ТрЗ можно найти в самых разнообразных контекстах, таких как: сельскохозяйственные знания, научные знания, технические знания; экологические знания; медицинские знания, а также знания в области биологического разнообразия.

Охрана

Термин «охрана» имеет множество значений, которые надо различать. ВОИС в первую очередь озабочена охраной с точки зрения интеллектуальной собственности – а именно охраной против несанкционированного копирования, адаптации и использования ТрЗ и ТВК третьими сторонами. Цель IP охраны - создать условия, чтобы результаты интеллектуальной деятельности, воплощенные в ТрЗ или ТВК, не были использованы неправомерно.

Тем не менее, “охрана” может также означать и “сохранение” - идентификацию, документирование, передачу, возрождение и популяризацию культурного наследия, обеспечение его жизнеспособности. Целью в этом случае является создание условий, для того, чтобы ТрЗ и ТВК не исчезали, а поддерживались и развивались. Потребности носителей и хранителей ТрЗ и ТВК иногда сосредоточены скорее на сохранении ТрЗ и ТВК, чем на охране ИС, то есть на осуществлении таких защитных мер, как фиксация, документирование и создание баз данных по ТрЗ и ТВК.

Охрана интеллектуальной собственности может принимать две формы:

- *Позитивная охрана* предоставляет права ИС в отношении ТрЗ и ТВК. Эти права могут быть использованы для предотвращения несанкционированного или ненадлежащего использования ТрЗ и ТВК третьими лицами. Она также может быть использована носителями ТрЗ и ТВК для активного использования ТрЗ и ТВК, инициированного самими сообществами, например, для создания собственных ремесленных предприятий.
- *Защитная охрана* не предоставляет прав ИС в отношении предмета ТрЗ и ТВК, но имеет целью охрану данных прав от использования третьими сторонами. Защитные стратегии включают в себя использование задокументированных ТрЗ с целью прекращения действия или признания недействительными неправомерно выданных патентов на уже существующие объекты ТрЗ, как на изобретения.

Предварительное обоснованное согласие

Понятие “предварительного обоснованного согласия” (или “предварительного информированного согласия”) заимствовано из медицинской этики, где пациент имеет право решать, согласен он проходить лечение или нет, после ознакомления со всей информацией о рисках и преимуществах лечения. Ссылка на право, или принцип “предварительного обоснованного согласия”, или иногда “свободного, предварительного и обоснованного согласия” делается во многих международных соглашениях, особенно в

сфере охраны окружающей среды¹. Его использование в контексте ТрЗ и ТВК демонстрирует общий принцип участия коренных народов и местных общин в принятии решений и их вовлеченность в разработку, осуществление и оценку программ, затрагивающих их интересы².

Цель использования прилагательного “свободный” – обеспечение того, что в ходе проведения переговоров не используется никакое принуждение или манипуляция, в то время как включение в понятие прилагательного “предварительный” свидетельствует о важности предоставления времени коренному населению и местным общинам для полного ознакомления с предложениями, а также времени для достижения консенсуса. “Согласие” представляет собой процесс, при котором выдается разрешение, основанное на доверительных отношениях. “Обоснованное” (или «информированное») согласие подразумевает, что даны четкие объяснения вместе с деталями договора, возможными выгодами, последствиями и использованием в будущем. Процесс должен быть прозрачен, а язык полностью понятен коренным народам и местным общинам³.

Предшествующий уровень техники

Предшествующий уровень техники - все знания, которые существовали до регистрации (или приоритетной даты) соответствующей заявки на патент, как в письменной, так и в устной форме. В некоторых правовых документах делается различие между печатными публикациями, распространением устных сведений и предыдущим использованием, а также местом, где публикация или раскрытие были произведены⁴.

В Договоре о патентной кооперации ВОИС предшествующий уровень техники определен как “все, что стало доступным 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 (то есть является ли изобретение очевидным или нет), при условии, что раскрытие произошло до даты подачи международной заявки⁵.”

Общественное достояние

В большинстве случаев результат интеллектуальной деятельности считается общественным достоянием, если отсутствуют правовые ограничения для его использования широкой публикой.⁶

Юридический словарь «Black’s Law Dictionary» 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»⁷.

¹ Статья 6(4) Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, 1989, и Конвенция о биологическом разнообразии, 1992.

² Статья 32(2) Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, 2007 см. также Группа по вопросам развития Организации Объединенных Наций, Методические рекомендации по вопросам коренных народов, 2008

³ Стивен Аллен и Александра Ксантаки, Размышления о Декларации ООН о правах коренных народов, Оксфорд и Портленд (Орегон): Hart Publishing, 2011, стр. 49, см. также Экономический и Социальный Совет Постоянного форума по вопросам коренных народов Организации Объединенных Наций, четвертая сессия, и доклад Международного семинара по вопросам методологий свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов, E/C.19/2005/3, стр.8.

⁴ Справочник ВОИС по интеллектуальной собственности, Публикация ВОИС №489 (E), 2008 г., стр.19.

⁵ Правило 33.1 Инструкции к договору о патентной кооперации (PCT)

⁶ См . Распространение патентной информации, документ ВОИС SCP/13/5, 2009, стр. 26

⁷ Юридический словарь Блэка (Black’s Law Dictionary) 1027 (изд. 8-е, 2005 г.), стр. 1027

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 вследствие отсутствия международного договора, обеспечивающего их охрану в данной стране»⁸.

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, например, после истечения срока действия патентов (обычно 20 лет), если они не продлеваются, и после аннулирования и признания патентов недействительными.⁹

Роль, структура и границы «общественного достояния» остаются предметом активных обсуждений на различных форумах, включая Комитет ВОИС.¹⁰

Публично доступный

"Публично доступный" не обязательно означает "общественное достояние". Материал, являющийся "общественным достоянием", находится в свободном доступе для бесплатного использования. Материал, который "публично доступен", может быть доступным только на согласованных условиях, которые могут включать оплату за предоставленный доступ. Часто предполагается, что "публично доступные" ТрЗ, к которым был получен доступ и которые были распространены, являются общественным достоянием и следовательно находятся в свободном доступе. Это не обязательно так. Использование "публично доступных" ТрЗ может, тем не менее, потребовать предварительного обоснованного согласия от носителей, а так же соглашения, содержащего положения о распределении выгод от использования ТрЗ и ТВК.

Обычное право

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 в рамках общины в целях внутренней регламентации или руководства всеми аспектами жизни».¹¹

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»

⁸ Публикация ВОИС «Руководство ВОИС по договорам в области авторского права и смежных прав и Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам»

⁹ См . Распространение патентной информации, документ ВОИС SCP/13/5, 2009, стр. 26- 28

¹⁰ Для дальнейшего обсуждения значения термина «общественное достояние» по отношению к ТрЗ и ТВК, см. «Записка о значении термина «общественное достояние» в системе интеллектуальной собственности, со специальной ссылкой на охрану традиционных знаний и традиционных выражений культуры/выражений фольклора», документ WIPO/GRTK/IC/17/INF/8.

¹¹ Охрана прав на традиционные знания: значение обычного права и обычных практик, Семинар-практикум по вопросам планирования научных исследований, Куско, Перу, 20-25 мая 2005 г.

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.

Обычное право определяет права и обязанности членов общества по важным аспектам их жизни, культуры и мировоззрения. Обычное право может иметь отношение к использованию природных ресурсов и доступу к ним; правам и обязательствам, имеющим отношение к земле, наследованию и собственности; осуществлению духовной жизни; поддержанию систем культурного наследия и знаний; и многим другим вопросам.

«Обычная практика» может быть определена как деятельность и традиции, 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 таковой.¹²

ОБЗОР СООТВЕТСТВУЮЩИХ РЕГИОНАЛЬНЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ СОГЛАШЕНИЙ/ПРОЦЕССОВ

При исследовании вопроса о возможности создания правовых механизмов на национальном уровне необходимо принять во внимание существующие международные и региональные соглашения, а также иные результаты работ комитетов, экспертов и рабочих групп на международном и региональном уровне. Разработанные за этот период международные и региональные документы, касающиеся ТрЗ и ТВК, можно разделить на четыре группы:

1. Международные акты, предоставляющие охрану прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК;
2. Международные акты, относящиеся к другим формам охраны ТрЗ и ТВК;
3. Региональные соглашения и необязательные к исполнению акты, предусматривающие охрану прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК;
4. Деятельность других международных организаций.

Международные акты, предоставляющие охрану прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК

- *Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений, 1971 год*
- *Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам, 1996 год и Пекинский договор ВОИС по аудиовизуальным исполнениям, 2012 год*

В 1967 г. были внесены изменения в *Бернскую конвенцию об охране литературных и художественных произведений*. Дополнения касались неопубликованных произведений, автор которых неизвестен. Эти положения устанавливали возможность охраны выражений фольклора авторским правом. Для этих целей национальным законодательством мог быть определен компетентный орган, представляющий этого автора и наделенный правом защищать его права и обеспечивать их соблюдение в странах Бернского союза. Однако это положение не нашло широкого применения.

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам, 1996 год и Пекинский договор ВОИС по аудиовизуальным исполнениям, 2012 год обеспечивают охрану для исполнений ТВК, в частности, музыкальных, танцевальных и драматических представлений.

Международные акты, относящиеся к другим формам охраны ТрЗ и ТВК

¹²ВОИС, Обычное право, традиционные знания и интеллектуальная собственность: обзор (WIPO, *Customary Law, Traditional Knowledge and Intellectual Property: An Outline of the Issues*)

- *Международный пакт о гражданских и политических правах, 1966*
- *Конвенция Международной организации труда № 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, 1989*
- *Рекомендации ЮНЕСКО о сохранении фольклора, 1989*
- *Конвенция о биологическом разнообразии, 1992, и ее Нагойский Протокол, 2010*
- *Международная конвенция о сохранении нематериального-культурного наследия, 2003*
- *Всеобщая декларация о биоэтике и правах человека, 2005*
- *Конвенция об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения, 2005*
- *Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, 2007*

В соответствии со статьей 23 *Конвенции Международной организации труда № 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах*, кустарные промыслы, сельские и общинные производства, традиционные виды деятельности коренных народов признаются в качестве важных факторов сохранения культуры, экономической самостоятельности коренных народов и их развития. Содействие такой деятельности и ее развитие должно обеспечиваться правительствами государств-участников.

Рекомендации ЮНЕСКО о сохранении фольклора содержат положения о следующих мерах:

- выявление (сбор, каталогизация, письменная фиксация);
- хранение (создание архивов, музеев);
- обеспечение сохранности (образовательные программы и мероприятия, поощрение научных исследований по сохранению фольклора);
- распространение фольклора (содействие организации фестивалей, семинаров, конференций);
- охрана фольклора, сходная с охраной, предоставляемой произведениям интеллектуального творчества, а так же права носителей фольклора и собирателей фольклора (надлежащее содержание коллекций, гарантия против неправомерного использования и так далее).

Положения о признании ценности традиционных знаний коренных народов нашли отражение также в *Конвенции о биологическом разнообразии (КБР)*. Согласно пункту «j» статьи 8 данной конвенции каждая Договаривающаяся Сторона 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.

Нагойский протокол о доступе к генетическим ресурсам и справедливом и равноправном разделении выгоды, являющейся результатом их использования, принятый в 2010, еще не вступил в силу. Его целью (Статья 1) является “справедливое и равноправное распределение выгоды, полученной от использования генетических ресурсов, включая соответствующий доступ к генетическим ресурсам и соответствующую передачу соответствующих технологий, принимая во внимание все права на те ресурсы и технологии, и соответствующее финансирование, таким образом, способствуя сохранению разнообразия форм жизни и устойчивому использованию его компонентов.”

Согласно определениям, приведенным в *Международной конвенции об охране нематериального культурного наследия*, ТрЗ и ТВК охватываются термином нематериальное культурное наследие, которым признаются обычаи, формы представления и выражения, знания и навыки, а также связанные с ними инструменты, предметы. Положения конвенции распространяются в основном на ТрЗ, не воплощенные в какие-либо материальные объекты, в частности, устные традиции, обряды, празднества, знания, связанные с традиционными ремеслами. Культовые, архитектурные сооружения, места бытования не относятся к сфере охвата этой конвенции. Охрана, устанавливаемая данной конвенцией, направлена на сохранение, развитие и популяризацию традиционной деятельности. Для достижения указанных целей государства-участники ведут перечни нематериального культурного наследия, имеющегося на его территории (статья 12). Также ими должны приниматься соответствующие юридические, технические, административные и финансовые меры, направленные на обеспечение доступа к нематериальному культурному наследию при соблюдении принятой практики, создание учреждений, занимающихся документацией по нематериальному культурному наследию, и облегчение доступа к ним (статья 13).

На признание важности ТрЗ как источника нематериального и материального богатства, и в частности систем знаний коренных народов, и их позитивный вклад в устойчивое развитие, а также необходимость обеспечения их надлежащей охраны и поощрения указывается также в преамбуле *Конвенции об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения*.

Правам коренных народов на сохранение, контроль, охрану и развитие своего культурного наследия, ТрЗ и ТВК в качестве интеллектуальной собственности, 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, посвящена *статья 31 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов*.

Региональные соглашения и необязательные к исполнению акты, предусматривающие охрану прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК

- *Тунисский модельный закон об авторском праве для развивающихся стран, 1967*
- *Типовые положения ВОИС-ЮНЕСКО для национальных законов по охране фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий, 1982*
- *Свакопмундский протокол об охране традиционных знаний и выражений фольклора, 2010*

Возможность охраны национального фольклора авторским правом предусматривают и положения *Тунисского модельного закона об авторском праве для развивающихся стран*. Такая охрана может быть охарактеризована также как специальная охрана (*suī generis*). Особенность такой охраны заключается в том, что она не ограничена во времени, а предоставляемые моральные права (право заявлять авторство, препятствовать искажению, нарушающему честь и деловую репутацию), а также экономические права (исключительное право разрешать воспроизведение, перевод, адаптацию, другое изменение, сообщение публике посредством исполнения или трансляции) в отношении произведений национального фольклора, осуществляются компетентным органом.

Типовые положения для национальных законов по охране фольклора от незаконного использования и других наносящих ущерб действий созданы для совершенствования национального законодательства. Основная цель разработки – создание специального механизма, позволяющего предусмотреть в национальных законах положения по охране фольклора. Предлагалось установить запрет любой публикации, воспроизведения и распространения копий выражений фольклора, декламации, исполнения, передачи в эфир или по кабелю и любого другого способа сообщения публике, если это сделано с целью

получения выгоды и вне традиционного контекста. Использование фольклора в коммерческих целях или вне традиционного контекста возможно только с разрешения компетентного органа, на основании поданного в него заявления. За предоставление такого разрешения компетентным органом может взиматься плата, которая должна использоваться с целью продвижения или охраны национальной культуры.

Положения *Свакопмундского протокола об охране традиционных знаний и выражений фольклора*, принятого Африканской региональной организацией по интеллектуальной собственности (ARIPO), направлены на охрану прав носителей ТрЗ и ТВК от незаконного присвоения, ненадлежащего использования, а также незаконного использования вне традиционного контекста. Для достижения указанных целей носители ТрЗ и ТВК наделяются исключительным правом разрешать использование ТрЗ и ТВК. Охрана, предоставляемая носителям ТрЗ и ТВК, включает справедливое и равноправное распределение выгод, являющихся результатом коммерческого или промышленного использования их знаний, на основе взаимного соглашения сторон.

Деятельность других международных организаций

Как показывает приведенный выше анализ международных и региональных актов наиболее активно вопросы охраны и сохранения ТрЗ и ТВК обсуждаются в рамках ВОИС, КБР и ЮНЕСКО. Тем не менее соответствующая работа в области ТрЗ и ТВК проводится также и другими международными организациями.

Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) вела активную работу, связанную с регулированием, учетом и другими аспектами ТрЗ в области медицины и ботаники, которые связаны с ИС. Продовольственная и сельскохозяйственная организация Объединенных Наций (ФАО) провела исследования, касающиеся прав фермеров, многие из которых относятся к коренному (или местному) населению. Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП) занимается вопросами сохранения ТрЗ и уделяет особое внимание знаниям коренного населения в контексте сохранения природной среды, ресурсов для существования и биологического разнообразия, а также вопросам сохранения языков, находящихся под угрозой исчезновения. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) организовала совещание экспертов по системам и национальному опыту охраны ТрЗ, передового и практического опыта (октябрь-ноябрь 2000 г.) с целью выяснения того, что может принести потенциальную пользу развивающимся странам, и изучения путей охраны ТрЗ, передового и практического опыта.

РАЗРАБОТКА НАЦИОНАЛЬНОЙ СТРАТЕГИИ

В настоящее время главным механизмом для достижения охраны ТрЗ и ТВК являются национальные законы. При том, что существует несколько подходов к охране ТрЗ и ТВК, отражающих их разнообразие и социальный контекст, разработка стратегии охраны ИС обычно подразумевает наличие следующих ключевых компонентов:

- *Политические инициативы*, включающие политические решения по признанию ценности ТрЗ и ТВК, уделению большего внимания их охране, а также программные заявления, которые содержат полные указания по ключевым вопросам;
- *Законодательные инициативы*, включающие укрепление существующих правовых инструментов и создание новых;
- *Создание инфраструктуры*, в первую очередь путем проведения инвентаризации ТрЗ и ТВК, включающей создание баз данных и других информационных систем, которые могут послужить дополнением и поддержать осуществление правовых систем;

- *Практические инструменты*, включающие использование контрактов, рекомендаций и протоколов, а также укрепление потенциала и повышение осведомленности, если это необходимо.

Эти четыре компонента обеспечивают базу для разработки всесторонней стратегии охраны, которая объединяет политику, правовые, инфраструктурные и практические шаги. Для разработки такой стратегии необходимо рассмотреть возможности внедрения ее одновременно на уровне сообществ, национальном уровне, а возможно на региональном и международном уровнях. Эта инициатива включает обзор ТрЗ и ТВК, проводимый в стране, принятие решения об общих целях и анализ альтернатив, доступных для обеспечения желаемого уровня охраны.

Формирование национальной стратегии может быть осуществлено по следующему плану действий:

- определение круга заинтересованных лиц и исполнителей (например, носителей ТрЗ и ТВК, экспертов, исследователей, независимых художников, писателей, актеров и профессионалов других смежных отраслей, а также государственных органов, ответственных за разработку программы);
- создание специальной рабочей группы с участием заинтересованных сторон;
- обзор имеющихся в стране ТрЗ и ТВК;
- оценка текущей ситуации по охране ТрЗ и ТВК;
- анализ интересов сторон и их потребностей;
- определение основных целей и задач;
- обзор возможных вариантов решений: политические, правовые и практические;
- оценка рисков;
- подготовка предложений;
- согласование стратегии с заинтересованными лицами;
- утверждение стратегии компетентным органом.

Сама же стратегия должна объяснить причины необходимости предоставления охраны ТрЗ и ТВК, установить четкие цели и задачи, список мер, необходимых для достижения этих целей и задач, установить сроки реализации, а также определить механизмы реализации. Важно отметить, что заинтересованные стороны должны участвовать на каждом этапе.

Политические инициативы

Первым шагом в направлении разработки политики является четкое понимание интересов носителей ТрЗ и ТВК в части ИС, а так же интересов других заинтересованных лиц, а именно хранителей, авторов и изобретателей, пользователей, СМИ и общественности. Важно определить, какие формы ТрЗ и ТВК существуют, и какие ТрЗ и ТВК нуждаются в правовой охране. Следующий этап – формулирование общих целей охраны. Например, должна ли охрана быть сосредоточена на обеспечении сохранности ТрЗ и ТВК, и тем самым препятствовать их неправильному употреблению или способствовать их использованию в качестве основы экономического развития сообщества? Решение о целях охраны поможет определиться с разработкой правовых механизмов и оценкой потребностей в создании потенциала. Другой проблемой, требующей рассмотрения на данном этапе, является осуществимость охраны: будут ли результаты (например, сохранение ТрЗ и ТВК или защита от неправомерного использования) оправдывать введение новых механизмов и какие лица будут бенефициариями такой охраны?

Идентификация ТрЗ/ТВК

Страны могут начать с подготовки реестра национальных ТрЗ и ТВК, включающей:

- опрос, анкетирование лиц, являющихся носителями ТрЗ и ТВК;
- анализ литературы, посвященной вопросам ТрЗ и ТВК;
- анализ архивной документации;
- анализ имеющихся и составление новых реестров, регистров, каталогов или баз данных ТрЗ и ТВК;
- систематизация выявленных ТрЗ и ТВК;
- определении форм в которых могут содержаться ТрЗ и ТВК.

Большинство стран сталкиваются с трудностями при определении элементов, входящих в состав терминов "традиционные знания" и "традиционные выражения культуры". В Латвии не признается существование ТрЗ, признается только ТВК в качестве нематериального культурного наследия, тогда как в Македонии, Литве и Болгарии в качестве нематериального культурного наследия признаются и ТрЗ и ТВК.

В этой связи рекомендуется проведение государственной "инвентаризации" ТрЗ и ТВК, в результате которой могут быть определены объекты, в том числе имеющие высокую научную, культурную, социальную и экономическую ценность как для носителей ТрЗ и ТВК, так и для страны в целом. Инвентаризация также может помочь построению так называемой карты ТрЗ и ТВК, которая является обязательным условием создания баз данных ТрЗ и ТВК и их оцифровывания для целей охраны или коммерциализации. Рекомендуется, чтобы проведение инвентаризации и определение критериев для внесения ТрЗ и ТВК в реестр осуществлялось специальной рабочей группой, сформированной из различных экспертов, представителей сообществ, в которых появились ТрЗ и ТВК, коммерческих и некоммерческих организаций.

Нужно, однако, подчеркнуть, что документирование само по себе не гарантирует правовую охрану ТрЗ и ТВК. На самом деле, документирование ТрЗ может непреднамеренно подорвать интересы ИС (например, делая материал более доступным для использования посторонними лицами), если документирование выполнено не в полном соответствии с контекстом стратегии ИС.¹³

Установление правового статуса ТрЗ/ТВК

Выявив ТрЗ и ТВК, необходимо изучить их современный правовой статус. Являются ли они:

- частью свода правил, классификации или другой структурированной системы знаний?
- частично задокументированы или зарегистрированы в той или иной форме?
- сохранены только как устная или исполнительская традиция (то есть, не записаны или зарегистрированы)?
- опубликованы или продемонстрированы общественности?
- являются частью "общественного достояния" с точки зрения обычной системы ИС?
- раскрыты другим лицам, например исследователям или журналистам?

Определение субъектов/бенефициариев охраны

Другая проблема - идентификация бенефициариев. Важно определить, кто должен извлечь выгоду из любой такой охраны или кто обладает правами на охраняемые ТрЗ и ТВК.

¹³ Руководство ВОИС по документированию традиционных знаний - консультационный проект, ноябрь 2012 г.
http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/documents/pdf/tk_toolkit.pdf

Будут ли это:

- традиционные сообщества?
- коренные народы?
- индивидуумы в пределах этих сообществ?
- организации культуры?
- другие лица?

Вопрос первостепенной важности в любой национальной стратегии охраны ИС - права и интересы носителей ТрЗ и ТВК, тех, кто создает, сохраняет и передает их из поколения в поколение. Положения об охране должны обеспечивать уважение культурных и общественных ценностей и не должны ограничивать использование ТрЗ и ТВК в пределах традиционного контекста. Положения охраны должны быть установлены после консультаций с заинтересованными сообществами и должны основываться, насколько это возможно, на их обычаях. Одной из целей национальной стратегии может быть усиление и претворение в жизнь принципа “свободного, предварительного обоснованного согласия” носителей ТрЗ и ТВК относительно доступа, документирования и использования их ТрЗ и ТВК.

Определение целей охраны

Правовая охрана ТрЗ и ТВК обеспечивается не как самоцель, но как средство достижения целей и стремлений коренных народов и традиционных сообществ, а также как средство, способствующее достижению национальных политических целей.

Жизненно важно ясно определить цели охраны, поскольку это будет влиять на средства выбранной охраны (например, должна ли охрана быть позитивной, защитной или принадлежать к обоим типам). Должна ли охрана быть нацелена на:

- сохранение ТрЗ и ТВК?
- препятствование неправомерному использованию ТрЗ и ТВК?
- препятствование предъявлению прав на ТрЗ и ТВК третьими лицами?
- установление прав ИС на ТрЗ и ТВК, как основание экономического развития сообщества?
- недопущение оскорбительного использования ТрЗ и ТВК?
- установление источника происхождения ТрЗ и ТВК?

Охрана прав ИС в отношении объектов ТрЗ и ТВК должна быть установлена в контексте других политических вопросов и целей, включающих охрану нематериального культурного наследия, поощрение культурного многообразия и плюрализма, повышение уважение к правам коренных народов и местных сообществ, возрождение традиционных культур, сохранение биоразнообразия, устойчивого развития, основ контроля за здоровьем, помощь экономической деятельности коренных народов и местных сообществ, признание вклада коренных народов и местных сообществ в богатство национального и международного знания и культуры, справедливую компенсацию за использование ТрЗ и ТВК, а также поощрение новшеств и культурного обмена. Будет ли охрана прав ИС способствовать или препятствовать достижению этих целей?

Определение недостатков существующего уровня охраны ИС

Чтобы идентифицировать недостатки в существующих системах охраны ИС и определить будущие варианты охраны, необходимо ответить на следующие вопросы:

- Что уже охватывается существующими системами ИС (например, патентоспособные изобретения)?
- Что не охватывается существующими системами ИС?
- От каких угроз существующие системы предоставляют охрану (например, неправомерное использование третьими лицами)?

- От каких угроз существующие системы не предоставляет охрану (например, во многих странах, патентоспособные изобретения не защищены от использования для некоммерческих исследований)?
- Какая охрана предоставляется (период охраны, формальности, ограничения и исключения)?

Существуют возможности применения или адаптирования существующих систем ИС для охраны ТрЗ и ТВК. В некоторых странах носители ТрЗ и ТВК уже используют систему ИС для охраны своих прав (см. ниже). Однако, во многих случаях обычная система ИС плохо приспособлена для охраны ТрЗ и ТВК. Например, понятие исключительных прав обычно не относится к коллективным правам. Могут возникнуть трудности в применении концепций ИС к культурному материалу, который уже известен не только коренным народам и местным сообществам или является общественным достоянием. Охрана (в смысле прав ИС) должна также быть осуществимой и не должна создавать чрезмерные сложности для носителей ТрЗ и ТВК, например, через обременительные формальности.

Учет обычного права и протоколов

Многие носители ТрЗ и ТВК хотят, чтобы правовая охрана была основана на обычном праве. Многие существующие системы *sui generis* ссылаются на обычное право и протоколы как на альтернативу или дополнение к созданию договорных прав относительно ТрЗ и ТВК.

Одна из важных функций обычного права - определение ряда прав: права на "собственность" ТрЗ и ТВК и соответствующие обязательства и интересы; права на совместное использование ТрЗ и ТВК в режиме охраны; права на распределение выгоды от использования ТрЗ и ТВК. Обычное право может помочь разъяснить, как эти различные права и выгода идентифицированы и распределены у коренных народов и местных сообществ.

Достижение баланса общественных интересов

Любая национальная стратегия относительно охраны ТрЗ и ТВК должна уравновесить интересы носителей ТрЗ и ТВК с общественным интересом. Этот баланс зависит в основном от степени "публичной доступности" материала – те элементов ТрЗ и ТВК, которые стали широко известными и используемыми. В странах с переходной экономикой преобладает представление, что "публично доступные" ТрЗ и ТВК не должны быть охраняемы и должны быть доступны общественности без ограничений.

Правовые инициативы

Рассматривая законодательные возможности для охраны прав ИС в отношении ТрЗ и ТВК, сначала необходимо исследовать доступные правовые и стратегические варианты в рамках существующих систем ИС. Существующие права ИС могут действительно быть полезными для охраны ТрЗ и ТВК; например, права, предоставляемые законами о товарных знаках и географических указаниях, кроме того для охраны, предоставляемой законами о недобросовестной конкуренции и при защите репутации, связанной с ТрЗ и ТВК и соответствующими товарами и услугами. Если в существующем национальном законодательстве имеются недостатки, их возможно устранить, адаптируя рамки существующей системы ИС к настоящим реалиям.

Однако, в некоторых случаях, адаптацию существующих прав ИС нельзя считать достаточной для учета целостности и уникального характера ТрЗ и ТВК. Тогда может быть принято решение об охране ТрЗ и ТВК через системы *sui generis*. Это специализированные меры или законы, нацеленные исключительно на особенности определенного объекта, такого как ТрЗ и ТВК.

Также необходимо принять во внимание и скоординировать законодательные меры, не относящиеся к ИС, а именно меры, касающиеся культурного многообразия и культурного наследия, регионального развития, сохранения биоразнообразия, развития использования народной медицины и сбора экологических ТрЗ.

В зависимости от целей охраны и существующих рамок ИС, варианты могут быть следующими:

- использование существующих мер и систем охраны прав ИС;
- разработка дополнительных регулирующих механизмов;
- адаптация правовых механизмов, не относящихся к ИС;
- дополнения или поправки в существующее законодательство (устранение недостатков);
- разработка специальных (*sui generis*) законодательных актов.

Использование существующих мер и систем охраны ИС

Этот раздел дает краткое описание видов охраны ТрЗ и ТВК, которые могут быть обеспечены посредством общепринятых действующих систем ИС и уже существующих институтов.

Патенты

Патент удостоверяет исключительное право, предоставленное на изобретение, которое может быть продуктом или способом, предлагающим новое техническое решение задачи. Для получения патентной охраны изобретение должно удовлетворять определенным критериям (новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость).

Однако, ТрЗ как таковые не могут быть запатентованы, так как они не удовлетворяют критерию новизна и/или изобретательский уровень.

Как правило, любое изобретение, которое обнародовано до подачи заявки, будет рассматриваться как уровень техники (хотя определение термина "уровень техники" не является единым на международном уровне, во многих странах уровень техники включает любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения путем письменного или устного раскрытия). Например, в Российской Федерации при определении уровня техники общедоступными считаются сведения, содержащиеся в источнике информации, с которым любое лицо может ознакомиться само, либо о содержании которого ему может быть законным путем сообщено. Таким образом если ТрЗ раскрыто, сведения о нем опубликованы, то в отношении патента, основанного на таком знании, не может быть выдан патент.

Тем не менее, некоторые изобретения, основанные на ТрЗ, сведения о которых не известны широкому кругу лиц или не опубликованы, могут в силу их неизвестности (в том числе и патентным ведомствам) удовлетворять критериям патентоспособности. Изобретения, содержащие элементы ТрЗ, могут включать, например, неизвестные ранее пищевые продукты, способы их изготовления, предметы личного и домашнего обихода, устройства и способы ведения сельского хозяйства, охоты, рыболовства, способы профилактики и/или лечения заболеваний людей или животных, медицинские препараты, содержащие материалы растительного или животного происхождения. Такие изобретения, как правило, относятся к разделу А «Удовлетворение жизненных потребностей человека» Международной патентной классификации (МПК).

Примерами патентов на изобретения, выданных в странах с переходной экономикой, являются, в частности, «Способ изготовления художественно-декоративных изделий из древесины», «Многослойное изделие из бересты» в Российской Федерации, «Способ

производства кумыса из коровьего молока», «Юрта» в Кыргызстане, «Способ приготовления отрубной лепешки» в Узбекистане.

Промышленные образцы

В качестве промышленного образца может охраняться художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид. Этот вид охраны доступен для художественно-конструкторских решений, содержащих элементы ТрЗ и ТВК, не ставших известными из открытых источников.

В качестве промышленных образцов, которые являются или могут содержать элементы ТрЗ и ТВК, могут быть зарегистрированы, например, решения, относящиеся к пищевым продуктам, предметам одежды, домашнего обихода, украшениям, инструментам, игрушкам, снаряжению для охоты и рыбной ловли, предметам и приспособлениям для содержания животных и уходу за ними, декоративным поверхностям и орнаментам.

Примерами промышленных образцов, зарегистрированных в странах с переходной экономикой, являются, в частности, продукция «Объединения Гжель», содержащая элементы народных узоров: «Тарелка»; «Квасник», «Набор чайный» в Российской Федерации, «Молодежная шапка ушанка из войлока», «Тюбетейка» в Кыргызстане.

Товарные знаки

Товарные знаки - еще один часто используемый метод охраны, основанный на предоставлении лицу или группе лиц исключительного права использовать знак, который отождествляет сообщество в целом с производством и распространением продукции или услуг. Товарные знаки чаще всего используются для охраны ТВК в качестве коллективного или сертификационного товарного знака.

Например, в феврале 2009 года знак нестинаров (людей, которые танцуют на углях) был зарегистрирован в качестве товарного знака в Патентном ведомстве Республики Болгария. Владельцем товарного знака является муниципальное образование Царево, а право на ИС контролирует и реализует городской совет. Товарный знак был зарегистрирован на класс услуг «Образование, обучение, культурная и развлекательная деятельность» в соответствии с Международной классификацией товаров и услуг для целей регистрации товарных знаков (МКТУ).

Тем не менее, эта форма охраны ТВК не запрещает его использование другими лицами в качестве товарного знака для других видов деятельности или от использования ими непосредственно самого ТВК - например, зарегистрировать "Нестинары" в качестве названия компании (отелей и ресторанов).

Конфиденциальная информация

Законы о конфиденциальной информации, также известной как коммерческая тайна, могут предусматривать предоставление охраны ТрЗ, которые не известны третьим лицам и имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность, которая дала бы сообществу конкурентное превосходство в производстве товаров и услуг.

В малочисленных местных сообществах обычно шаман или вождь племени является носителем и главным пользователем секретного ТрЗ. Люди, обладающие этим секретным знанием сегодня - те, кому их предки доверяли ответственность передачи этого знания будущим поколениям. В Болгарии примеры включают "заговоры" (бормотание заклинаний), или "бросание пуль", которые рассматривают как традиционные методы лечения болезней. Сохранение в секрете ТрЗ обеспечивает надежную охрану: не требует регистрации, длится неопределенный промежуток времени, пока исключительное право

использования ТрЗ передается относительно неофициальным способом из поколения в поколение.

Географическое указание (наименование места происхождения товара)

Географическое указание - обозначение, используемое на товарах, которые обладают качествами, репутацией или особенностями, относящимся к месту происхождения. Обычно географические указания включают название места происхождения товара.

Наименование места происхождения товара представляет собой специальный вид географического указания, как правило, состоящий из географического названия или традиционного обозначения географического объекта, используемого на продуктах, особые свойства которых исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами.

Примерами географических указаний (наименований мест происхождения товаров), зарегистрированных в странах с переходной экономикой, являются, в частности, Елецкое кружево в Российской Федерации, Грађанићко Керанје (кружево и связанные крючком салфетки из Грађанићко) в Боснии и Герцеговине, болгарский йогурт и Koufeta Amygdalov Geroskipou (миндальные конфеты из Geroskipou) на Кипре.

Авторское право и смежные права

Авторским правом могут охраняться ТВК или их производные, у которых есть конкретные авторы. Охраняемые авторским правом ТВК могут включать составные произведения (например, сборники сказок) и производные работы (например, вариации на темы народных песен). ТВК (например, исполнение народных песен и танцев, и записи народной музыки) могут охраняться смежными правами. Как отмечено выше, международное авторское право и смежные права уже обеспечивают некоторую охрану для ТВК. Среди стран, которые адаптировали законодательство об авторском праве, для охраны ТВК: Македония и Литва.

Концепция *sui generis*

Оценка вариантов может привести к заключению, что для охраны необходим специальный (*sui generis*) подход. В этом случае важно выявить недостатки в существующей системе охраны ИС, которые система *sui generis* должна устранить, изучить опыт других стран, уже использующих эту систему.¹⁴

Рассматривая *sui generis* систему охраны ТрЗ и ТВК, необходимо ответить на следующие ключевые вопросы:

- Какой объект должен охраняться?
- Каковы цели охраны?
- От каких угроз ТрЗ и ТВК должны быть охраняемы?
- Какая форма охраны нужна и какие права будут предоставляться?
- Кто будет правообладателем или бенефициарием?
- Какие формы поведения нужно считать недопустимыми или незаконными?
- Какие исключения и ограничения прав должны быть установлены (например, для использования ТрЗ и ТВК в архивах, библиотеках или музеях в некоммерческих целях сохранения культурного наследия)?

¹⁴ См., например, Закон Кыргызстана от 31 июля 2007 г. № 116 «Об охране традиционных знаний» Закон Азербайджана от 16 мая 2003 г. № 460-III «О правовой охране выражений азербайджанского фольклора»

- Как права будут приобретаться? Будет ли требоваться соблюдение формальностей (таких как регистрация)?
- На какой срок будет предоставляться охрана?
- Должны ли недавно признанные права иметь обратную силу?
- Как управлять такими правами и обеспечивать их осуществление?
- Какие формы судебных процедур и механизмов урегулирования споров должны использоваться?
 - Какие санкции или штрафы должны применяться к поведению или действиям, которые рассматриваются как недопустимые или незаконные?
 - Каким должен быть режим охраны для иностранных правообладателей/бенефициариев охраны, а также в транграничных ситуациях (например, в случае, когда некоторые ТрЗ и ТВК расположены на территории более, чем одной страны)?

При ответе на эти вопросы должны быть приняты во внимание следующие соображения:

- *Идентификация целей охраны:* цели могут включать содействие уважению системам ТрЗ и ТВК, во имя достоинства и культурной целостности и самобытности, интеллектуальных и духовных ценностей их носителей, которые сохраняют и преумножают эти системы; удовлетворение насущных потребностей носителей ТрЗ и ТВК; содействие сохранению ТрЗ и ТВК; пресечение несправедливого и неравноправного использования ТрЗ и ТВК; повышение прозрачности и взаимного доверия во взаимоотношениях между носителями ТрЗ и ТВК и пользователями.
- *Определение принципов охраны:* правовые механизмы должны соответствовать, например, принципу эффективности и доступности охраны; принципу согласованности с другими международными и региональными соглашениями и процессами; и принципу уважения традиционных видов использования и передачи ТрЗ и ТВК.

Идентификация ТрЗ и ТВК, которые будут охраняться: к критериям охраноспособности ТрЗ и ТВК может быть отнесено следующее: являются характерным продуктом бенефициаров (коренного народа или местных общин) или явно связаны с ними; коллективно создаются, используются, сохраняются и передаются из поколения в поколение; являются неотъемлемой частью их культурной самобытности; не являются общественным достоянием; не охраняются правом интеллектуальной собственности).

- *Идентификация бенефициариев:* это могут быть коренные народы и местные сообщества, агентства, действующие от их имени, организации культуры или т.д.

• *Определение объема охраны - правовые, политические или административные меры, направленные на охрану ТрЗ или ТВК:* например, предотвращение несанкционированного раскрытия, использования или эксплуатации ТрЗ и ТВК, признание и указание источников в случаях, когда они известны; установление обязанности упоминания источников заимствования ТрЗ и ТВК при публикации или использовании вне традиционного контекста; поощрение использования ТрЗ или ТВК с уважением культурных норм и практики их носителей; раскрытие источника происхождения ТрЗ в материалах заявок на выдачу патента; содействие носителям и пользователям ТрЗ и ТВК в выработке взаимосогласованных условий, регулирующих предоставление одобрения и совместное пользование выгодами от коммерческого применения этих знаний).

Законодательство может также включать *перечень тех действий, которые относятся к неправомерным, против осуществления которых направлена устанавливаемая охрана* (например, запрет использования ТрЗ и ТВК в форме или способами, унижающими или оскорбляющими честь и достоинство лиц, использующих ТрЗ и ТВК в традиционном контексте). При этом в зависимости от вида ТрЗ и ТВК объем охраны может отличаться;

- *Обеспечение ограничений и исключений из устанавливаемой охраны:* например, использование в личных целях, в архивах, библиотеках, музеях или учреждениях культуры в некоммерческих целях, связанных с культурным наследием, в том числе для его

сохранения, демонстрации, исследования и презентации, для государственной и общественной безопасности;

- *Установление срока охраны и переходных мер:* одни считают, что охрана ТрЗ и ТВК не должна быть определена во времени, другие, что срок охраны должен быть ограничен и зависеть от характера и особенностей ТрЗ и ТВК. Охрана может быть ретроспективной (обратной силы действия), может не быть ретроспективной (не иметь обратной силы действия) или может содержать промежуточный подход, который предполагает различные степени ретроактивности. Применение охраны с ретроспективным действием может создать трудности, потому что третьи лица, возможно, уже использовали охраняемый материал добросовестно, полагая, что он не подвергается правовой охране. В некоторых правовых и стратегических контекстах, права и интересы третьих лиц признаются и уважаются через применение определенных мер, таких как продолжающееся право на использование охраняемых ТрЗ и ТВК, возможно, при условии справедливой компенсации или на протяжении предписанного периода, в пределах которого можно завершить любое продолжающееся добросовестное использование (такое как продажа существующих товаров, которые иначе нарушили бы новое право). С другой стороны, традиционный контекст ТрЗ и ТВК означает, что сторонники охраны вообще хотели бы иметь право на определенную степень ретроактивности.
- *Установление формальностей:* притязания на права могут потребовать регистрации. Однако, регистрация не должна подвергать опасности или ставить под угрозу права и интересы носителей ТрЗ и ТВК в отношении нераскрытых элементов их знаний.
- *Установление правовых последствий:* санкции, средства правовой защиты и осуществление прав в случае нарушений соответствующих обязанностей (например, гражданско-правовой или административной ответственности);
- *Определение ответственности за исполнение прав:* правовой механизм может включать создание специального компетентного органа для *административного управления правом*, или данная обязанность может быть возложена на правительственное агентство, неправительственные организации или других лиц.
- *Определение охраны для иностранных правообладателей:* правовой механизм должен определить, каким образом права и интересы иностранных владельцев ТЗ и ТВК будут признаваться. При каких условиях и обстоятельствах у иностранных правообладателей будет доступ к национальным системам охраны, и какой уровень охраны будет им доступен? Этот вопрос включает принцип национального режима (равный режим для иностранных и отечественных правообладателей), причем этот принцип чаще всего применяется в конвенциях по ИС, принцип взаимного признания, приравнивания и определение точки присоединения.

Правовые механизмы, не относящиеся к сфере ИС

Соответствующие правовые механизмы, которые не связаны с ИС, могут быть адаптированы и добавлены к уже имеющимся в целях способствования охране ТрЗ и ТВК и ее усиления. Такие механизмы включают законодательство о культуре, о нематериальном культурном наследии, народных художественных промыслах¹⁵, сохранении биоразнообразия, о правах фермеров, о коренных народах и местных общинах.

Другие варианты, не связанные с ИС, включают законы о недобросовестной конкуренции, торговой практике, защите потребителей и маркировке; об использовании контрактов; обычного права и местных законов и протоколов; а также законы о гражданской

¹⁵ Например, закон Литвы «О принципах государственной охраны этнической культуры», 2006

ответственности, положения общего права, такие как неосновательное обогащение, право на частную жизнь; и уголовное право.

Создание инфраструктуры и практические меры

Реестры, базы данных и другие информационные системы могут являться частью инфраструктуры, которая дополняет и поддерживает политическую и правовые системы. За прошлые десятилетия инициативы зарегистрировать ТрЗ и ТВК имели место во всем мире, иногда в сочетании с правовой охраной ТрЗ и ТВК, иногда просто для их сохранения.¹⁶ Хотя документирование само по себе не гарантирует правовую охрану ТрЗ и ТВК, реестры и базы данных могут создавать права в отношении ограничения использования их третьими лицами, или в отношении самих носителей ТрЗ и ТВК с целью получения ими экономической выгоды. Базы данных могут, таким образом, использоваться в качестве части положительной или защитной систем охраны. Одна из возможных защитных мер - сделать ТрЗ, которые находятся в области общественного достояния, доступными для ведомств, выдающих патенты, для проведения ими поиска по "предшествующему уровню техники", с целью предотвращения выдачи патентов на эти ТрЗ.

Документирование

Документирование ТрЗ и ТВК включает их запись, регистрацию, фотографирование или воспроизведение на пленке - все то, что содержит в себе элемент фиксации ТрЗ таким образом, что они сохраняются и могут быть доступными для других лиц с целью ознакомления с ними. Документирование отличается от традиционных способов сохранения и передачи ТрЗ и ТВК в рамках общины; нередко оно является средством, с помощью которого люди за пределами традиционного круга получают доступ к ТрЗ

Однако простое документирование ТЗ или ТВК не может самостоятельно выступать в качестве эффективной стратегии для защиты ТЗ и ТВК. Документирование не должно происходить в правовом и политическом вакууме.

В зависимости от того, как выполнено документирование, оно может содействовать интересам сообщества или повредить им. Важные права ИС могут быть потеряны или усилены, когда ТрЗ задокументированы. ВОИС было разработано Руководство по документированию ТрЗ, чтобы помочь носителям ТрЗ заботиться о своих интересах, если они решат зарегистрировать свои ТрЗ. Это Руководство направлено на управление вопросами ИС во время процесса документирования, оно также предлагает использовать процесс документирования в качестве отправной точки для более выгодного управления ТрЗ в качестве интеллектуального и культурного активов сообщества. Оно описывает доступные правовые инструменты, объясняет, как они могут успешно использоваться, и таким образом позволяет самим носителям ТрЗ сделать осознанный выбор. Намерение состоит в том, чтобы позволить заинтересованным лицам определять, при каких обстоятельствах права ИС являются соответствующим средством для достижения целей охраны их ТрЗ.

Практические инструменты, такие как контракты, рекомендации и протоколы; а также практические шаги, такие как консультации с сообществами, укрепление потенциала, повышение уровня информированности, также важны для поддержки общих политических целей и служат дополнением для развития и внедрения правовых мер.

Таким образом необходимо рассмотреть следующие дополнительные меры:

- документирование ТрЗ и ТВК;

¹⁶ См. Владя Борисова «Оцифровка культурного наследия в Болгарии: обзор, касающийся интеллектуальной собственности – соответствующий опыт и практика», 2010.
http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/culturalheritage/casestudies/borissova_report.pdf

- создание общественно доступных и специальных реестров и баз данных;
- составление перечня символов и знаков, которые не могут быть зарегистрированы (например, потому что они являются священными или потому что их использование нарушает этику сообщества);
- создание специальных сайтов и форумов для обмена опытом и информацией об охране и сохранении ТрЗ и ТВК;
- развитие руководств по охране и сохранению ТрЗ и ТВК;
- развитие типовых контрактов по использованию ТрЗ и ТВК;
- запись в базах данных и реестрах ТрЗ и ТВК, если на основе ТрЗ выданы патенты или если ТрЗ и ТВК вовлечены в споры;
- другие мероприятия, направленные на укрепление потенциала и повышение осведомленности.

Реестры или базы данных ТрЗ и ТВК должны включать следующую информацию:

- название объекта;
- форма выражения;
- место существования;
- происхождение;
- раскрытие источников;
- особенности использования;
- носители и хранители;
- методы фиксации; и
- категории пользователей.

Однако, как упомянуто выше, документирование ТрЗ и ТВК должно проводиться только в контексте стратегии ИС.

Другие факторы, которые необходимо учитывать

Разработка национальной стратегии требует также определения принципов внедрения и реализации правовых механизмов, равно как и рассмотрения организационных вопросов.

Разрешение споров

При разработке политики и законодательства в области охраны ТрЗ и ТВК должны быть включены положения об урегулировании споров. У представителей коренных или традиционных сообществ могут возникнуть претензии к лицам, не принадлежащим к этому сообществу, о нарушении их интересов, например, посредством неправомерного использования, использования в форме, унижающей достоинство представителей сообщества, невыплаты вознаграждения за использования и т.д.

Спорные ситуации, связанные с использованием ТрЗ и ТВК, могут возникать также между пользователями, организациями культуры и представителями сообществ, между представителями разных сообществ.

В настоящее время в государствах Восточной Европы, Центральной Азии и Кавказа споры между физическими лицами рассматриваются в судах общей юрисдикции, а экономические споры, в частности, споры между субъектами предпринимательства, в арбитражных судах. Специальные суды или иные органы по рассмотрению споров, связанных с неправомерным использованием ТрЗ и ТВК, отсутствуют.

В этой связи целесообразно уделить внимание возможности создание специального органа по разрешению споров, связанных с использованием ТрЗ и ТВК. Можно предусмотреть возможность рассмотрения таких споров в административном порядке специально созданной для этих целей комиссией при государственном органе, уполномоченном на определение государственной политики в сфере культуры или национального развития. Также возможно наделение полномочиями по рассмотрению таких споров специальных судов, например, третейских судов.

Такие третейские суды могут создаваться двух видов: суды для рассмотрения конкретного спора (*ad hoc*) или постоянно действующие третейские суды. Одним из преимуществ рассмотрения споров в судебном порядке является возможность представления различных видов доказательств: например, объяснения сторон; объяснения третьих лиц; показания свидетелей; письменные доказательства; вещественные доказательства; воспроизведение аудио- и видеозаписи; заключения экспертов. В судебные органы могут представляться любые сведения о фактах, имеющих значение для дела, предусмотренные процессуальным законодательством.

Следует учитывать, что в большинстве государств создание органа по рассмотрению таких споров потребует принятия специального закона или изменения законодательства, в частности, о судебной системе.

Кроме того, до создания специальных органов более качественному и единообразному рассмотрению спорных ситуаций могли бы способствовать накопление и обобщение практики действующих судов общей юрисдикции и арбитражных судов по рассмотрению споров, связанных с использованием ТрЗ и ТВК, а также подготовка информационных писем и обзоров судебной практики.

Организационные вопросы

Консультации с представителями коренных народов и местных сообществ и их участие критически важны не только при разработке национальной стратегии в области охраны ТрЗ и ТВК, но и при ее осуществлении.

Исполнительные органы

Осуществление национальной стратегии в отношении ТрЗ и ТВК требует хорошо функционирующей системы государственных органов, которые должны скоординировать свои действия с другими органами правительства, ответственными за национальную (и, в соответствующих случаях, региональную) политику, включая экономическую политику. Имеет смысл учредить специальное ведомство, ответственное за охрану ТрЗ и ТВК.

В Болгарии, к примеру, охрана ТрЗ и ТВК как нематериального наследия осуществляется под руководством Министерства культуры совместно с государственными и муниципальными органами и культурными организациями по защите нематериального наследия, которые работают с Болгарской академией наук, университетами, союзами работников творческих профессий, профессиональными ассоциациями и иными социальными организациями в этой отрасли. Однако это не относится к охране и коммерциализации, поскольку в стране нет соответствующего правового режима, и применяются принципы общего права, т.е. ТрЗ и ТВК являются достоянием общественности.

В большинстве стран вопросы авторского права разрешаются в компетентном Патентном ведомстве и/или Министерстве культуры, соответственно. В некоторых странах два эти органа совмещены в одном департаменте или министерстве. Было бы логичным включить вопросы, связанные с экономическими аспектами ТрЗ и ТВК, выступающих в качестве коллективной ИС, в компетенцию одного из указанных выше органов или аналогичного учреждения. Например, Македония в качестве одного из целесообразных решений предлагает возможность учреждения Департамента ТрЗ и ТВК в составе Государственного управления промышленной собственностью.

Грузия считает, что в каждом государстве необходимо создать государственный орган, занимающийся вопросами ТрЗ и ТВК. В Грузии такой орган уже существует - это Государственный центр фольклора.

Подготовка профессиональных кадров

Наличие подготовленного персонала имеет особую важность для разработки и последующей реализации государственной политики в отношении охраны и коммерциализации ТрЗ и ТВК. Желательно, чтобы специалисты, работающие в этой области, имели возможность получить системную профессиональную подготовку, как в области традиционной культуры, так и по вопросам законодательства по ИС.

Рекомендуется участие в получении профессиональных навыков и представителей традиционных сообществ и коренных народов. Для осуществления данной подготовки могут быть разработаны специальные программы обучения как в рамках организованных курсов и семинаров, так и послевузовского образования.

В целях повышения координированности деятельности рекомендуется разработать на территории стран информационную сеть для нужд соответствующих учреждений и профессионалов, совместно работающих по охране ТрЗ и ТВК.

Участие бизнеса

Роль частного сектора в процессе коммерциализации и охране ТрЗ/ТВК нельзя недооценивать. При условии грамотной организации частный сектор, представленный коммерческими предприятиями и некоммерческими фондами, может внести значительный вклад в дело охраны ТрЗ/ТВК, например, путем участия в поддержке определенных ТрЗ/ТВК посредством предоставления льгот или путем проведения фестивалей или иных традиционных мероприятий, на которых ТрЗ/ТВК представляются населению, или путем практического использования некоторых традиционных видов ТрЗ и ТВК. Кроме того, частные компании обладают большей гибкостью, чем некоторые государственные или общественные организации, отвечающие за сохранение, охрану и коммерциализацию ТрЗ/ТВК при разработке и участии в международных проектах, которые являются альтернативными источниками финансирования культурных традиций в стране в целом.

Бизнес заинтересован в использовании экономического потенциала ТЗ и ТВК (их способностью приносить прибыль), который преобразовывает их в производительный ресурс и дает компаниям стимул поддерживать эффективную систему сохранения, защиты, доступа и использования ТрЗ и ТВК. В большинстве стран свободное использование ТрЗ/ТВК не противоречит существующему законодательству, поскольку оно является частью общественного достояния. Однако его несанкционированное использование влечет за собой риск неверного представления и искажения традиционного характера используемых объектов в связи с их коммерческой реализацией вне традиционного контекста. Такая деятельность представляет собой серьезное препятствие для реализации страной определенных преимуществ при продвижении ТрЗ и ТВК своего народа в его социальных, культурных и экономических интересах.

Координация с действиями на международном и региональном уровне

Межправительственный Комитет ВОИС по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору был основан в 2000 году Генеральной Ассамблеей ВОИС для обсуждения вопросов, связанных с охраной ТрЗ и ТВК с точки зрения прав ИС, а также аспектов ИС, существующих при использовании генетических ресурсов.

В настоящее время в Межправительственном Комитете ведутся обсуждения по развитию международного правового документа (документов) для эффективной охраны ТрЗ и ТВК, а также рассматриваются аспекты ИС, возникающие при использовании генетических ресурсов, вопросы доступа и распределение выгоды от их использования. В вышеупомянутых документах используется метод *sui generis* охраны.

ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ ИНФОРМАЦИЯ

- Интеллектуальная Собственность и Генетические Ресурсы, Традиционные Знания и Традиционные Выражения Культуры: Обзор (Публикация ВОИС No. 933), http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/publications/933e_booklet_1.pdf
- Серия справочных резюме, <http://www.wipo.int/tk/en/briefs.html>
- The WIPO Traditional Knowledge Documentation Toolkit, consultation draft, November 1, 2012, http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/tk_toolkit_draft.pdf
- База данных правовых текстов по охране ТрЗ и ТВК, http://www.wipo.int/tk/en/legal_texts/
- Межправительственный Комитет ВОИС по Интеллектуальной Собственности и Генетическим Ресурсам, Традиционным Знаниям и Фольклору, <http://www.wipo.int/tk/en/igc/index.html>
- 22 ответа на анкету, направленную в 33 страны, http://www.wipo.int/dcea/en/tools/tool_09/index.html