



КОНВЕНЦИЯ О БИОЛОГИЧЕСКОМ РАЗНООБРАЗИИ

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG-ABS/5/5
30 August 2007

RUSSIAN
ORIGINAL: ENGLISH

СПЕЦИАЛЬНАЯ РАБОЧАЯ ГРУППА
ОТКРЫТОГО СОСТАВА ПО ДОСТУПУ К
ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ И
СОВМЕСТНОМУ ИСПОЛЬЗОВАНИЮ ВЫГОД

Пятое совещание

Монреаль, 8-12 октября 2007 года

Пункт 3 предварительной повестки дня*

ДОКЛАД О ПРАВОВОМ СТАТУСЕ ГЕНЕТИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ В НАЦИОНАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН, В ТОМ ЧИСЛЕ В ИХ ПРАВЕ СОБСТВЕННОСТИ В СЛУЧАЯХ ПРИМЕНИМОСТИ

Записка Исполнительного секретаря

ВВЕДЕНИЕ

1. В пункте 10 решения VIII/4A Конференция Сторон предложила «Сторонам представить Исполнительному секретарю информацию о правовом статусе генетических ресурсов в их национальном праве, в том числе в их праве собственности (в случаях применимости), и поручила Исполнительному секретарю представить доклад на рассмотрение пятого совещания Рабочей группы».
2. После восьмого совещания Конференции Сторон Сторонам было разослано уведомление от 25 мая 2006 года с предложением предоставить Исполнительному секретарю информацию по данной проблеме. В ответ на это уведомление были получены данные от 9 Сторон. Эти данные были обобщены и приводятся в документе UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/1.
3. Кроме того, Исполнительный секретарь заказал консультанту проведение исследования правового статуса генетических ресурсов в национальном законодательстве ряда отдельных стран. Соответственно в прилагаемом ниже исследовании приводится обзор статуса генетических ресурсов в Андском регионе, Австралии, Бразилии, Канаде, Коста-Рике, Эфиопии, Индии, Кении, Норвегии, на Филиппинах и в Южноафриканской Республике. Отбор стран производился с учетом необходимости обеспечения географического баланса и представления краткого первоначального обзора разных действующих систем, связанных с правовым статусом генетических ресурсов.

* UNEP/CBD/WG-ABS/5/1.

/...

Исследование было проведено благодаря финансовым ресурсам, предоставленным Программой Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП).

Приложение

**ПРАВОВОЙ СТАТУС ГЕНЕТИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ В НАЦИОНАЛЬНОМ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

Кент Ннадози

А. Введение

1. Настоящий доклад представлен в ответ на решение VIII/4А Конференции Сторон о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод, а более конкретно - в ответ на его пункт 10, в котором Сторонам предлагается представить Исполнительному секретарю информацию о правовом статусе генетических ресурсов в их национальном законодательстве, в том числе в их праве собственности в случае применимости, а Исполнительному секретарю поручается представить доклад на рассмотрение пятого совещания Рабочей группы по доступу к генетическим ресурсам и совместному использованию выгод. На момент составления настоящего документа, данные были получены от семи Сторон^{1/}.

2. В настоящем докладе приводится предварительный анализ правового статуса генетических ресурсов с использованием отдельных Договаривающихся Сторон в качестве тематических исследований, в силу чего он не является исчерпывающим^{2/}.

3. Настоящий анализ преимущественно основывается на представленных Сторонами данных и на имеющемся в секретариате обзоре национальных и региональных мер по регулированию доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод, а также на информации, полученной из различных исследований и опубликованных материалов по вопросу об определении странами и регионами статуса генетических ресурсов в рамках своих юрисдикций.

4. С момента вступления Конвенции в силу проблеме доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод от их применения уделяется значительное внимание, и в данной области ведется активная работа. Как национальные, так и международные усилия по разработке законодательных, административных и политических мер для их реализации стали значительно более интенсивными, результатом чего явился нынешний процесс обсуждения международного режима регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод. Тем не менее, одна из главных трудностей в разработке необходимых мер в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод заключается в том, что во многих юрисдикциях отсутствует четкое определение статуса генетических ресурсов^{3/}. Хотя в статье 15.1 Конвенции недвусмысленно признается суверенное право государства на свои природные ресурсы и право национальных правительств определять доступ к генетическим ресурсам, по-прежнему, как кажется, сохраняется значительная неопределенность во многих странах относительно правового статуса генетических ресурсов, или иными словами, относительно того, как они рассматриваются в законе на национальном и субнациональном уровнях^{4/}. В частности в связи с

^{1/} Австралия, Канада, Чешская Республика, Эфиопия, Норвегия, Польша и Швейцария.

^{2/} Представленные здесь Стороны выбраны с тем, что показать как можно более широкий ряд подходов, а также в соответствии с имеющейся информацией. В число региональных групп и стран, включенных в настоящий доклад, входят: Андское сообщество, Австралия, Канада, Кения, Коста-Рика, Норвегия, Сейшельские Острова, Филиппины, Эфиопия, Южная Африка.

^{3/} Данная ситуация ориентировала отчасти предложение в решении Конференцией Сторон (пункт 10 части А решения VIII/4 Конференции Сторон).

^{4/} В статье 15.1 Конвенции о биологическом разнообразии предусмотрено, что «в силу признания суверенных прав государств на свои природные ресурсы право определять доступ к генетическим ресурсам принадлежит национальным правительствам и регулируется национальным законодательством».

тем, что суверенное^{5/} право государства на его природные ресурсы не обязательно означает государственную собственность на ресурсы, правила, регулирующие право собственности и другие права, зачастую бывают не очень ясными.

5. Из проведенных ранее исследований национальных, региональных и международных документов и режимов в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод ясно, что в разных странах приняты разные подходы в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод^{6/}. В результате «трудно вывести общие заключения на основе анализа этих мер, поскольку страны приняли разные подходы относительно типов принятых мер»^{7/}. Данные подходы варьируются от нулевого или минимального государственного вмешательства в оборот генетических ресурсов до очень подробных правил, регулирующих предоставление доступа к генетическим ресурсам, включая, очевидно, даже частные договоры. Однако обсуждение методов регулирования доступа к генетическим ресурсам было затруднено в силу неясности вопроса том, кто владеет соответствующими ресурсами.

6. Пользователи генетических ресурсов должны быть уверены в том, что поставщик имеет право предоставлять такие ресурсы. Это право во многих случаях принадлежит не только правительству, но и тем, кто имеет частные или другие права на земли или ресурсы или владеет ими. Следовательно, вопросы собственности или владения всегда имеют большое влияние на практические аспекты доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод и являются важным элементом национального законодательства и политики, которую правительства используют для «определения условий доступа» к ресурсам^{8/}. Поскольку Конвенция предоставляет Сторонам право определения или разъяснения понятия права собственности на генетические ресурсы, то они же должны прояснить взаимосвязь между режимами собственности, владения и доступа.

7. Ожидается, что из-за различий в юрисдикциях и правовых системах различные страны и регионы примут разные подходы и будет применять или толковать такие фундаментальные понятия как «право собственности», «собственность» и «контроль» по-разному. Эти различия также проявляются в том, как государства определяют право собственности на генетические ресурсы, начиная с прямого указания на исключительную государственную собственность, как в Коста-Рике и Эфиопии, до явного признания неограниченной частной собственности в некоторых случаях, например, в Канаде и Австралии, и до *res nullis*, т.е. отсутствия права собственности как такового, например, на генетические ресурсы в определенных случаях диких мигрирующих видов или видов, не находящихся в пределах любых государственных границ. Способ определения, связывания и взаимодействия этих понятий влияет на статус генетических ресурсов в пределах конкретной юрисдикции. В конечном счете подход разных стран к регулированию генетических ресурсов неизбежно свидетельствует о специфике их правовой, организационной, экономической и культурной ориентации.

8. Другой важный момент заключается в том, что значительное непонимание, как правило, ведет к отождествлению выраженного в Конвенции признания суверенного права государства на генетические ресурсы с государственной собственностью на данные ресурсы. Данный вопрос

^{5/} Под суверенитетом подразумевается «высшая, абсолютная и неподконтрольная власть, которая управляет государством». Black et al., *Black's Law Dictionary* at 1396 (West Publishing, 1990). Таким образом суверенитетом считается исключительное право на осуществление высшей политической (например, законодательной, судебной и/или исполнительной) власти применительно к географическому региону, группе людей.

^{6/} Более подробную информацию см. UNEP/CBD/WG-ABS/5/4.

^{7/} Там же, пункт 85.

^{8/} Luis Flores-Mimica and Dominique Hervé-Espejo Chapter 10 Chile: Early Attempts to Develop Access and Benefit-Sharing Regulations; available in Carrizosa, Santiago, Stephen B. Brush, Brian D. Wright, and Patrick E. McGuire (eds.) 2004. *Assessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity (Оценка биоразнообразия и совместное использование выгод: практический опыт осуществления Конвенции о биологическом разнообразии)*. МСОП, Глэнд, Швейцария, и Кембридж, Соединенное Королевство, стр. 230.

имеет важнейшее значение для структуры режимов регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод и может зависеть от существующих правовых основ, например, конституционно определенных прав на имущество и землю, а также законов о землевладении. Следует отметить, что национальный суверенитет, согласно статье 15.1 Конвенции, четко относится к праву государства определять право собственности и контроля в отношении генетических ресурсов, а не к каким-либо конкретным результатам такого определения.

9. Третий важный момент — явное отсутствие во многих мерах по предоставлению доступа к генетическим ресурсам и совместному использованию выгод четких различий между биологическими и генетическими ресурсами. Даже в тех некоторых странах, в которых приняты законы о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод, этот важный терминологический вопрос не решен окончательно. Однако, несмотря на то, что статья 15.1 Конвенции касается конкретно генетических ресурсов, очевидно, что государства имеют право определять сферу действия своих законов по своему усмотрению. С другой стороны, возникнут сложные вопросы о правовом статусе генетических ресурсов, которые имеются более чем в одной стране, или перемещаются из одной страны в другую. Несмотря на это, для разработки функциональной правовой базы, которая в числе других аспектов прояснила бы, кому принадлежит право собственности на генетические ресурсы, необходимо четкое определение сферы действия применительно к генетическим ресурсам в сравнении с биологическими.

В. Определение понятий «право собственности» и «собственность»

10. Право собственности связано с правом на имущество, в силу которого объект является «чьей-то собственной вещью», что исключает обладание этой собственностью другими лицами или группами лиц. Это право позволяет владельцу пользоваться и распоряжаться собственностью так, как ему представляется целесообразным, использовать или не использовать ее, запрещать другим ее использование или передавать право собственности, при условии, что он при этом не нарушает закона.

11. Как было указано выше, законы о праве собственности значительно различаются в разных странах в зависимости от характера объекта. В большинстве случаев под «правом собственности» подразумевается имущественное право и наоборот, и оба эти понятия отражают определенные права на осуществление контроля, иногда ограниченные законом или характером объекта правоприменения. Словом «собственность» обозначаются объекты, которые признаются обществом как принадлежащие лицу или группе лиц. К важным видам собственности относятся недвижимость (земля), личное имущество (прочие материальные объекты собственности), интеллектуальная собственность (права на художественные произведения, изобретения и т.д.) и «государственная собственность» (владение которой осуществляют государственные или правительственные органы, например, федеральные органы, органы штата, местные правительства или их учреждения).

12. Собственность и право собственности обычно рассматриваются как комплекс прав, сформулированных и охраняемых суверенной властью. Традиционно в этот комплекс прав входят следующее:

- контроль за использованием собственности;
- право запрета на использование собственности другими лицами;
- право на получение любых выгод от использования собственности; и
- право на распоряжение собственностью, ее передачу или продажу.

13. Иначе говоря, «суверенитет» в сфере действия Конвенции, особенно в отношении доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод, не является синонимом права собственности, но означает право государства на определение прав собственности и контроля,

/...

которое включает право определять условия предоставления доступа к генетическим ресурсам и распределения выгод на территории суверенного государства^{9/}.

С. Право собственности на биологические ресурсы и право собственности на генетические ресурсы

14. Как правило, в конституциях стран определяется принадлежность права собственности на землю и природные ресурсы (минеральные или биологические). Однако понятие права собственности на генетические ресурсы является новым, и в конституциях, за редкими исключениями, генетические ресурсы не упоминаются, хотя в некоторых случаях в законах о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод установлена связь между правом собственности и генетическими ресурсами.

15. При отсутствии путаницы в терминологии право собственности на биологические ресурсы (как природные ресурсы) в целом легко определяется в большинстве юрисдикций, поскольку объект собственности является материальным, например, это могут быть семена, растения или животные. На основании имеющихся национальных законов эти объекты могут относиться к государственной, частной или общинной собственности. Однако в случае с генетическими ресурсами из-за того, что объект собственности зачастую нематериален по своей природе, поскольку является информацией или соответствующими знаниями, возникают трудности. Часто именно информационный компонент генетических ресурсов представляет для пользователей наибольшую ценность, и вопрос о праве собственности на такую информацию не является столь же четко определенным, как о праве собственности в отношении материального носителя такой информации.

16. Очевидно, что у стран возникли трудности с разработкой работоспособных правовых баз в отношении доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод, в которых был бы прояснен вопрос о праве собственности на генетические ресурсы. Отмечено, что поскольку их определение «генетических ресурсов» иногда бывает неоднозначным, сложно определять в законодательном порядке, кто имеет право на распоряжение генетическими ресурсами, предоставление доступа к ним или получение выгод от этих ресурсов. В результате многие страны при определении правового статуса своих генетических (и биохимических) ресурсов, очевидно, опираются на физические объекты (например, организм, его части или землю, на которой были обнаружены ресурсы). Например, в странах с перекрывающимися друг друга правовыми системами, когда нормы обычного права применяются на уровне населения, включающего коренные народы или местные общины, с одной стороны, а с другой стороны также применяются законы, нормы гражданского или общего права, ситуация еще более осложняется^{10/}.

17. Кроме того, обычно не возникает проблем с определенными категориями биологических и генетических ресурсов, особенно тех, которые находятся в конкретных зонах общественного пользования: коллекциях ex-situ, национальных парках или заповедниках, а также на охраняемых или заповедных территориях. Они обычно принадлежат государству или государственному органу, действующему от лица субъектов, как правило, являющихся гражданами данного государства. Право контролировать и предоставлять доступ на эти территории обычно принадлежит конкретному органу или учреждению, которые также получают выгоды, действуя от

^{9/} Kent Nnadozie and R. J. L. Lettington *International Treaties of Relevance to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (Международные договоры, имеющие отношение к генетическим ресурсам для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства). Meridian Institute, Washington DC. В Интернете: <http://www2.merid.org/bellagio/Intl_Treaties_Paper_FINAL.pdf>

^{10/} Chishakwe, N. and Young, T.R. 2003. *Access to Genetic Resources, and Sharing the Benefits of their Use: International and Sub-Regional Issues* (Доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод от их применения: международные и субрегиональные вопросы), МСОП. Материал размещен по адресу: http://www.iucn.org/themes/law/absdocuments/eng_SADC.pdf.

лица населения. Но эти вопросы возникают в отношении генетических ресурсов, обнаруженных или расположенных в частных владениях, включая микробы, растения и животных.

18. Во многих правовых системах признается и охраняется право частной собственности на биологические ресурсы (растения и животных) — при этом неясно, существуют ли пределы права собственности на генетические ресурсы. В большинстве юрисдикций, включая общее право и гражданский кодекс, право собственности и права на природные ресурсы зависят от земли, на которой они встречаются. Данная концепция зачастую подкрепляется, преимущественно в порядке презумпции, посредством конституционного обеспечения права частной собственности. В этом случае при отсутствии специальных законодательных норм, говорящих об обратном, владение биологическим материалом будет, вероятно, заключать в себе владение генетическими компонентами. Приоритет отдается частной или коллективной собственности на землю или природные ресурсы, и частному или коллективному собственнику может требоваться или не требоваться государственное разрешение на торговлю принадлежащими ему биологическими или генетическими ресурсами. Однако в некоторых странах, например, в Андском сообществе, заявлено, что все генетические ресурсы являются публичной собственностью и как таковые регулируются государством, даже если признается частная собственность на биологические ресурсы. В данном случае проводится различие между генетическими (являющимися публичной собственностью) и биологическими ресурсами (принадлежащими частным лицам), которые содержат генетические ресурсы или компоненты^{11/}.

Д. Генетические ресурсы в трактовке Международного договора о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства

19. Международный договор о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства был принят 3 ноября 2001 года на 31-й сессии Конференции ФАО. Договор призван удовлетворять в соответствии с Конвенцией особые потребности в генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства^{12/}.

20. В договоре ничего не говорится о физической собственности на генетические ресурсы для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, и на Договаривающихся Сторонах не лежит обязательства пересматривать свое законодательство в этом отношении.

21. Договаривающиеся Стороны при осуществлении своих суверенных прав на свои ресурсы соглашаются учредить эффективную, действенную и прозрачную многостороннюю систему в целях как облегчения доступа к генетическим ресурсам растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, так и совместного использования справедливым и равноправным образом выгод, получаемых от применения этих ресурсов, на взаимодополняющей и взаимоукрепляющей основе^{13/}.

22. В многостороннюю систему будут включены различные генетические ресурсы растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства^{14/}. Договаривающиеся Стороны

^{11/} Jorge Cabrera Medaglia And Christian Lopez Silva (2006) *Addressing the Problems of Access: Protecting Sources, While Giving Users Certainty* (Решение проблем доступа: охрана источников и придание уверенности пользователям). IUCN, Bonn. По мнению авторов «различие состоит в том, для каких целей заявителю необходим доступ, например, запрашивается ли доступ к материалам с обычными целями или с намерением использовать их из-за их генетических или биохимических характеристик». Термин «генетические ресурсы» касается генетической информации, вне зависимости от физического доступа к ней. Под генетическими ресурсами должно пониматься «право на использование генетической информации».

^{12/} Статья 1 Международного договора о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства.

^{13/} Статья 10 Договора.

^{14/} Статья 11 Договора.

включат в нее все находящиеся под их управлением и контролем генетические ресурсы растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, внесенные в числе сельскохозяйственных и кормовых культур в *приложение I* к Договору. Они предложат всем остальным владельцам таких ресурсов включить их в многостороннюю систему и согласиться на принятие надлежащих мер для поощрения физических и юридических лиц, находящихся под их юрисдикцией, которые владеют такими ресурсами для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, поступить аналогичным образом. Международные учреждения, владеющие коллекциями ex-situ генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, также передадут свои материалы, соответствующие тем, что включены в *приложение I*, в многостороннюю систему и будут применять аналогичные положения, регулирующие доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод к своим остальным материалам^{15/}.

23. Владельцы генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства сохраняют право собственности на свой материал в многосторонней системе, но должны по просьбам давать доступ к нему и, предоставляя его, использовать стандартное соглашение о передаче материала, введенное Управляющим органом Договора для регулирования условий использования и их обязательств как в качестве поставщика и их обязательств в качестве получателя^{16/}. Стандартное соглашение о передаче материала представляет собой контракт, заключенный в рамках частного права. Дальнейшую передачу этого же материала в необработанном состоянии следует осуществлять в соответствии с этим же стандартным соглашением о передаче материала^{17/}, чтобы создавать цепочку прав и обязательств в отношении данных материалов, включая обязательство совместного использования денежных выгод при определенных условиях.

24. В стандартном соглашении признаются права разработчика на «разрабатываемые генетические ресурсы растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства», которые определены как «материал, полученный на основе Материала и следовательно отличный от него, который еще не готов для коммерциализации и который разработчик намеревается разрабатывать далее или передать другому лицу или организации для дальнейшей разработки. Период разработки разрабатываемых генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства считается завершенным, когда данные ресурсы коммерциализируются в качестве Продукта»^{18/}. Разработчик не обязан предоставлять такие ресурсы по запросам, но если принимается такое решение, то он должен действовать соответствующим образом согласно положениям и условиям стандартного соглашения о передаче материала. Разработчик может также вводить определенные условия относительно дальнейшей разработки продукта, включая в соответствующих случаях денежное встречное удовлетворение: данное положение обеспечивает нормальное функционирование коммерческого растениеводства, сохраняя одновременно в силе обязательства совместного использования выгод от коммерциализации конечного продукта^{19/}.

25. Как было отмечено выше, стандартное соглашение о передаче материала представляет собой частный контракт, заключенный между поставщиком и получателем. Выгоды, однако, поступают не отдельному поставщику, а в объединенный фонд, который используется Управляющим органом с учетом положений его стратегии финансирования для максимального блага развивающихся стран. Для управления такими обобщенными благами, в отношении которых поставщик не имеет договорной выгоды от правоприменительных действий, стандартное

^{15/} Статья 15 Договора.

^{16/} Статья 12.4 Договора.

^{17/} Материал размещен в Интернете по адресу: <http://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/gb1repe.pdf>, в добавлении G к докладу о работе первой сессии Управляющего органа Договора.

^{18/} Статья 2 стандартного соглашения о передаче материала.

^{19/} Статьи 6.5 и 6.6 стандартного соглашения о передаче материала.

соглашение о передаче материала предусматривает два правовых решения. Во-первых, оно предусматривает, что «третья сторона-бенефициар» представляет интересы многосторонней системы в целом и отстаивает ее права^{20/}. Эти функции предлагается выполнять ФАО. Во-вторых, оно предусматривает урегулирование возможных споров путем их передачи на рассмотрение в международный арбитраж, чье решение будет иметь обязательную для сторон силу последней инстанции^{21/}. Применимым законом являются общие принципы права, включая Принципы УНИДРУА международных коммерческих договоров 2004 года, цели и соответствующие положения Договора и в случаях необходимости толкования - решения Управляющего органа^{22/}.

26. Данный набор правовых документов – стандартный частный контракт, определяющий условия использования, положение о третьей стороне-бенефициаре, отстаивающей права Договора, и положение, предусматривающее обязательный международный арбитраж, – представляют собой новаторский подход к урегулированию специфических особенностей сектора производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, который характеризуется существенной взаимозависимостью стран в плане генетических ресурсов для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства и абсолютным моральным долгом гарантировать факультативное достижение продовольственной обеспеченности и сокращение бедности.

27. На национальном уровне каждая Договаривающаяся Сторона «обеспечивает соответствие своих законов, положений и процедур обязательствам, предусмотренным в настоящем Договоре»^{23/}. Статья 12.5 имеет отношение к стандартному соглашению о передаче материала (СПМ) и требует, чтобы Договаривающиеся Стороны «обеспечивали в рамках свих правовых систем возможность обращения за помощью в соответствии с применимыми юрисдикционными требованиями в случае возникновения споров по договорам в рамках таких СПМ, признавая, что обязательства, возникающие в рамках таких СПМ, относятся исключительно к участникам этих СПМ»^{24/}.

Е. Правовой статус генетических ресурсов в отдельных юрисдикциях

Андское сообщество^{25/}

28. В Андском сообществе правила, регулирующие вопросы генетических ресурсов и связанных с ними традиционных знаний, установлены в рамках Решения 391 «Общий режим доступа к генетическим ресурсам», Решения 486 «Общий режим интеллектуальной собственности», а также Решения 523 «Региональная стратегия по сохранению биоразнообразия».

29. В 1996 году Андское сообщество приняло первую региональную инициативу относительно общего режима доступа к генетическим ресурсам в виде Решения 391 «Общий режим доступа к генетическим ресурсам». В Решении 391 сформулированы общие принципы и правила относительно доступа к генетическим ресурсам и их использования и установлен минимальный комплекс правил для каждого из государств-участников. Также как в Конвенции, в Решении 391 признается суверенное право государств на генетические ресурсы, право коренных общин на участие в принятии решений, их право на традиционные знания и важность регионального сотрудничества.

30. Данное Решение касается i) генетических ресурсов, странами происхождения^{26/} которых являются государства-участники; ii) дериваты (производные продукты, включая молекулы,

^{20/} Статьи 4.3 и 4.4 стандартного соглашения о передаче материала.

^{21/} Статья 8 стандартного соглашения о передаче материала.

^{22/} Статья 7 стандартного соглашения о передаче материала.

^{23/} Статья 4 Договора.

^{24/} Статья 12.5 Договора.

^{25/} Боливия, Колумбия, Эквадор, Перу и Венесуэла.

^{26/} Страной происхождения является страна, которая владеет генетическими ресурсами в условиях in-situ, включая те ресурсы, которые получены из источников in-situ и обнаружены ex-situ (статья 1).

комбинации или смеси естественных молекул, в том числе неочищенные экстракты живых или мертвых организмов (статья 1), т.е. биохимические вещества); и iii) связанные с ними «нематериальные компоненты» — любые знания, связанные с генетическими ресурсами или дериватами. Оно также применяется к iv) генетическим ресурсам в форме мигрирующих видов, которые были обнаружены в естественных условиях и добыты в районах, находящихся под юрисдикцией государства-участника.

31. Решение 391 уникально, потому что это один из немногих режимов, в рамках которых проводится четкое различие между правовым статусом генетических ресурсов (находящихся в собственности государства) и биологических ресурсов, которые их содержат^{27/}. Иначе говоря, хотя биологические ресурсы, содержащие генетические компоненты, могут находиться в частной или коллективной собственности, генетические ресурсы считаются «неотчуждаемыми, не могут изыматься, и в отношении них не действуют сроки давности, без ущерба для режимов собственности, применимых к содержащим их биологическим ресурсам, земле, на которой они обнаружены, или связанным с ними нематериальным компонентам». Решение охватывает генетические ресурсы, содержащиеся как в биологических ресурсах in-situ, так и ex-situ^{28/}.

32. Кроме того, в Решении проводится четкое различие между «поставщиками» соответствующих ресурсов. Согласно определениям, данным в статье 1, «поставщиком биологических ресурсов» считается «лицо, которому в соответствии с данным Решением и дополняющими его национальными законами предоставляется право поставлять биологические ресурсы, содержащие генетические ресурсы или их дериваты», а «поставщиком нематериального компонента» является «лицо, которому по договору на предоставление доступа к генетическим ресурсам и в соответствии с данным Решением и дополняющими его национальными законами предоставляется право поставлять неосязаемый компонент, связанный с генетическими ресурсами или их дериватами».

33. Следовательно, государство фактически имеет и сохраняет за собой право собственности на генетические ресурсы при любых обстоятельствах, и это право не зависит от правового режима, применяемого к биологическим ресурсам, которые их содержат^{29/}.

34. Режим регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод также влияет на соответствующие вопросы и процессы, связанные с интеллектуальной собственностью. В статье 75 Решения 486 «Общий режим промышленной собственности» указано, что:

«Патенты на изобретения, полученные или созданные с помощью генетических ресурсов или традиционных знаний, страной происхождения которых является государство-участник, без представления копии соответствующего договора о доступе к генетическим ресурсам или лицензии от общины, аннулируются»^{30/}.

Кроме того, в Решении 391 предусмотрено следующее:

«Добавочные положения – второе: страны-члены не признают прав, включая права интеллектуальной собственности, на генетические ресурсы, дериваты или синтезированные продукты и связанные с ними неосязаемые компоненты, полученные или

^{27/} В статье 6 решения 391 сказано, что «...генетические ресурсы или их дериваты, страной происхождения которых является государство-участник, считаются собственностью или наследием нации или государства в каждом из государств-участников...»

^{28/} См. определение «доступа» в статье 1.

^{29/} Manuel Ruiz Muller (2000). *Regulating bioprospecting and protecting indigenous peoples knowledge in the Andean Community: Decision 391 and its overall impacts in the Andean region (Регулирование биоразведки и охрана знаний коренных народов в Андском сообществе: решение 391 и его всеобщее влияние на Андский регион)*, ЮНКТАД, Женева.

^{30/} Решение 486 Андского сообщества «Общий режим промышленной собственности», принятое 14 сентября 2000 года

разработанные в результате деятельности, реализуемой на основе доступа к генетическим ресурсам, которая не соответствует положениям настоящего Решения».

35. Данное положение, по всей видимости, включено с тем, чтобы предотвратить случаи незаконного присвоения, гарантировать получение предварительного обоснованного согласия соответствующих сторон, а также заключение соответствующих соглашений об использовании выгод между поставщиками и пользователями генетических ресурсов. Кроме того, оно применяется для того, чтобы исключить незаконное получение прав интеллектуальной собственности в отношении местных генетических ресурсов.

36. В Решении 523, озаглавленном «Региональная стратегия в области биоразнообразия для тропических андских стран» и основанном на документах национальной стратегии всех андских стран, вновь подчеркивается важность регионального сотрудничества в области сохранения и устойчивого использования биоразнообразия. Такое сотрудничество само по себе очень важно для выработки более действенного регионального подхода к управлению генетическими ресурсами, включая доступ к ним и совместное использование выгод.

Австралия

37. В Австралии действует федеративная система государственного устройства и, как в других подобных системах, в Австралии власть и юрисдикция разделены между разными уровнями государства^{31/}. Ответственность за управление природными ресурсами разделена между правительствами территорий, штатов и Австралийского союза (федеральное правительство). Эта совместная ответственность за управление, как правило, усложняет определение прав, общих подходов или достижение взаимопонимания между государственными органами.

38. При осуществлении положений Конвенции органы власти Австралии учитывают ряд законодательных и административных проблем, возникающих из-за сложной системы государственного устройства, характеризующейся наличием одного федерального правительства и восьми правительств штатов и территорий, и функционирования действующих законов о правах собственности в каждой из юрисдикций. Из-за сложной системы права собственности, а также заключенных в Австралии конституционных соглашений, каждому правительству пришлось сформировать собственное законодательство. Доступ к генетическим ресурсам контролируется разными способами несколькими правительствами, частными гражданами, коренными владельцами земель и арендаторами^{32/}.

39. Правовая система Австралии основана на традиции общего права и при отсутствии конституционных или законодательных положений подразумевается, что правительства Союза и штатов и отдельные лица владеют генетическими ресурсами, обнаруженными на их землях, в соответствии с принципами общего права^{33/}.

40. Ни в конституции, ни в каком-либо другом национальном законодательстве не оговорено, кто является владельцем генетических ресурсов. В 2000 году авторы проведенного Союзом

^{31/} Федеративная система государственного устройства Австралии включает национальное правительство, шесть суверенных штатов и две самоуправляющиеся территории.

^{32/} Документация, предоставленная секретариату правительством Австралии в ответ на уведомление 2006-045 (Ref SCBD/SEL/VN/VP/54834).

^{33/} «В общем праве право собственности на землю включает все нижние слои, находящиеся под поверхностью. Природные ресурсы, имеющиеся на земле (или в нижних слоях почвы) или растущие на ней (или в ней), вне зависимости от того, культивируются они или нет, являются частью этой земли и будут являться собственностью землевладельца. По всей видимости, биологические ресурсы, имеющиеся или произрастающие на земле или в земле, как правило, будут считаться собственностью землевладельца. Нормы общего права применяются, если действующим законодательством или любым соглашением (договором аренды, лицензией, контрактом), которое заключил землевладелец, не предусмотрено иное». Voumard, John (2000) *Commonwealth Public Inquiry into Access to Biological Resources in Commonwealth Areas* (Общественное расследование, проведенное Союзом относительно доступа к биологическим ресурсам на территории Союза), Австралийский Союз, стр. 53.

расследования относительно доступа к биологическим ресурсам рекомендовали программу, имеющую правовое значение, которую можно было бы реализовать через посредство раздела 301 Закона об охране окружающей среды и сохранении биоразнообразия от 1999 года^{34/}. Данная программа предусматривает получение разрешения на доступ к биологическим ресурсам, встречающимся на территории Союза, которое может быть утверждено или отклонено соответствующим правительственным ведомством или землевладельцем. В Законе оговаривается, что «решение традиционных владельцев биологических ресурсов отказывать в доступе к своим ресурсам является окончательным»^{35/}.

41. Биоразведка на территории Союза регулируется нормативными положениями об охране окружающей среды и сохранении биоразнообразия от 2000 года (Нормативные положения)^{36/}. В разделе 8А рассматриваются вопросы доступа к генетическим и биохимическим ресурсам аборигенных видов на территории Союза. В соответствии с Нормативными положениями лица, подающие запрос на доступ к биологическим ресурсам, должны обращаться за получением разрешения в Министерство окружающей среды и водных ресурсов.

42. Учитывая федеральную структуру страны и в целях обеспечения согласованных правовых рамок и осуществления обязательств по Конвенции, связанных с доступом к генетическим ресурсам и совместным использованием выгод, в соответствии с решениями об управлении природными ресурсами, которые принимаются в каждой юрисдикции, Австралия решила ввести подход, согласованный в национальном масштабе. Девять правительств Австралии утвердили 11 октября 2002 года комплексную политику, озаглавленную Согласованный в национальном масштабе подход к доступу к аборигенным генетическим и биохимическим ресурсам Австралии и к их использованию. Данная стратегия составляет на настоящее время основу, на которой Австралия реализует режимы регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод.

43. На первый взгляд права интеллектуальной собственности в любых процессах или продуктах (т.е. патентные права), вытекающие или разработанные в связи с использованием коллекций ex-situ биологических ресурсов, находящихся в ведении ведомств Союза, будут принадлежать лицу, отвечающему за разработку данных процессов или продуктов (изобретатель)^{37/}. И это вне зависимости от прав владения любыми ресурсами, лежащими в основе данных процессов или продуктов, или места нахождения данных ресурсов. При этом, однако, соответствующее ведомство Союза может решать, что доступ позволен только при условии определенного распределения прав интеллектуальной собственности на любой продукт, полученный на основе данных ресурсов, например, совместное предоставление их изобретателю, Союзу и представителю традиционных владельцев^{38/}.

44. Из-за сложности правовой системы Австралии и выбора, сделанного правительствами Австралии, законодательство в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод не охватывает всех случаев предоставления доступа к генетическим ресурсам при любых обстоятельствах (например, к биологическим ресурсам на частных землях Квинсленда, одного из штатов, входящих в состав страны). Закон о биоразнообразии, принятый правительством Квинсленда в 2004 году, устанавливает основы регулирования доступа к

^{34/} Общественное расследование, проведенное Союзом относительно доступа к биологическим ресурсам на территории Союза. Материал размещен в Интернете по адресу: <http://www.environment.gov.au/biodiversity/science/access/inquiry/chapter3.html>.

^{35/} Там же.

^{36/} Под территорией Союза понимаются земли и акватории, которыми владеет и управляет правительство Австралии, и те, которыми не управляют правительства штатов и территорий.

^{37/} Закон о патентах 1990 г. (Cth), s15(1)(a).

^{38/} Voumard, John (2000) *Commonwealth Public Inquiry into Access to Biological Resources in Commonwealth Areas* (Общественное расследование, проведенное Союзом относительно доступа к биологическим ресурсам на территории Союза), Австралийский союз, стр. 53.

биоразнообразию с целью содействия устойчивому доступу к Квинслендскому биоразнообразию и предоставления гарантий совместного использования на справедливой и равной основе всех выгод, полученных от этой деятельности на территории штата Квинсленд. Данный закон применяется к ресурсам, находящимся на землях или в акваториях Квинсленда, не являющихся собственностью или владением частных лиц^{39/}.

45. На Северной территории доступ к биоразнообразию регулируется Законом о биологических ресурсах 2006 года. По этому закону лицо, желающее в научных или коммерческих целях получить доступ к биоразнообразию в каком-либо районе Северной территории, должно получить разрешение. Разрешение не выдается до тех пор, пока заявитель не получит от поставщика предварительное обоснованное согласие в письменном виде и не заключит соглашение о совместном использовании выгод. В отличие от закона Квинсленда, в этом законе предусмотрены случаи предоставления доступа частными гражданами. Кроме того, правительство Северной территории может по запросу выдавать сертификат происхождения^{40/}.

Бразилия

46. В статье 225 Федеральной конституции Бразилии установлено, что право на экологически сбалансированную окружающую среду «принадлежит всему народу, и такая экологически сбалансированная окружающая среда является необходимым условием здоровой жизни любого коллектива и должна охраняться и сохраняться для нынешних и будущих поколений»^{41/}. Хотя о генетических ресурсах ни в Конституции, ни в других законодательных документах прямо не говорится, они считаются наследием и достоянием федерального правительства на основании положений статьи 225 Федеральной конституции и в силу особого характера ресурсов^{42/}.

47. Однако в Бразилии действует федеративная система государственного устройства и, как указывает Хорхе Кабрера, «право собственности на [генетические ресурсы] зависит в основном от остальной части правовой системы Бразилии на федеральном уровне или на уровне штатов. Некоторые комментаторы считают, что [генетические ресурсы] представляют собой публичные блага особого назначения, которые можно использовать только в соответствии со специальными процедурами»^{43/}.

48. После того, как Бразилия ратифицировала Конвенцию, было выдвинуто несколько инициатив по регулированию доступа к бразильским генетическим ресурсам, но пока еще не принято законов на федеральном уровне. До сих пор существуют разные предложения, которые сейчас оцениваются Конгрессом, но штаты Амапа и Акри приняли собственные законы, регулирующие доступ к генетическим ресурсам. В обоих штатах генетические ресурсы считаются наследием штата и их отличают от биологических ресурсов, которые их содержат и могут находиться в частной или общинной собственности^{44/}.

49. Однако для предотвращения безудержной и неконтролируемой биоразведки федеральное правительство приняло Временную меру для решения вопросов, связанных с доступом к

^{39/} См. примечание 20.

^{40/} См. примечание 20.

^{41/} Статья 225 Конституции Бразилии, текст Конституции Бразилии размещен в Интернете по адресу: International Constitutional Law Project, < http://www.servat.unibe.ch/law/icl/br00000_.html >.

^{42/} André Lima *Ownership of Genetic rights: from whom? For whom?* (Владение генетическими правами: от кого, кому?) Материал размещен в Интернете по адресу: <http://www.socioambiental.org/pib/english/rights/patrgeni.shtm>.

^{43/} Jorge Cabrera Medaglia *A Comparative Analysis of Legislation and Practices on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing (ABS) Critical Aspects for Implementation and Interpretation* (Сравнительный анализ законодательства и практики в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод. Критические аспекты реализации и толкования), МСОП, Бонн. Материал размещен в Интернете по адресу: http://www.iucn.org/themes/law/absdocuments/eng_critical_aspects.pdf at 214.

^{44/} Хорхе

генетическим ресурсам^{45/}. В рамках данной меры формируется Совет по управлению бразильским генетическим фондом (Conselho de Gestao do Patrimonio Genetico). К основным задачам Совета относятся применение национальной политики в области доступа к генетическим ресурсам и традиционным знаниям и разработка технических и административных мероприятий для предоставления доступа к генетическим ресурсам или отказа в доступе.

50. В статью 31 Временной меры входит требование о том, чтобы при подаче заявки на получение прав интеллектуальной собственности на процесс или продукт, полученный с использованием компонентов генетического фонда, указывалось происхождение генетического материала и связанных с ним традиционных знаний.

51. Во Временной мере не идентифицируется и не определяется право собственности на генетический фонд. Неясно, имеют ли штаты право на регулирование доступа к генетическим ресурсам, обнаруженным в пределах их границ, или только федеральное правительство может принимать решения относительно политики в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод. В Конституции прямо не указывается, что генетические ресурсы принадлежат Федеральному союзу. Союз, штаты и федеральный округ имеют законодательное право регулировать все вопросы, касающиеся лесов, охоты, рыболовства, фауны, охраны природы, сохранения почвы и природных ресурсов, охраны окружающей среды и борьбы с загрязнением. Очевидно, что штаты могут регулировать доступ к генетическим ресурсам, по крайней мере до принятия федерального закона^{46/}.

52. Тем не менее по мнению Кабреры (п. 65) можно сделать вывод о том, что штаты не являются собственниками генетического фонда, поскольку штаты, как правило, не являются сторонами договоров о регулировании доступа к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод (статьи 24 и 27 Временной меры). Далее он отмечает, что существует предложение о внесении поправки в Конституцию, согласно которой генетический фонд должен быть включен в состав собственности Союза, но до настоящего времени поправка не принята. В подготовленном проекте закона генетический фонд рассматривался как общее имущество согласно статье 225 Федеральной конституции, посвященной охране окружающей среды.

53. Согласно статье 2 одного из имеющихся законопроектов о доступе к генетическим ресурсам, «генетические ресурсы и их дериваты считаются общей собственностью бразильского народа особого назначения, и договоры на предоставление доступа к ним должны исполняться в соответствии с условиями данного закона, без ущерба для материальных и нематериальных прав собственности, относящихся к:

- I природным ресурсам, содержащим генетические ресурсы или их дериваты;
- II землям, традиционно наследуемым индейцами и их исключительным правам на богатства, имеющимся на этих землях;
- III частным коллекциям генетических ресурсов или их дериватов;
- IV традиционным знаниям коренного населения и местных общин, связанным с генетическими ресурсами или их дериватами;
- V одомашненным и полудомашненными бразильскими зерновыми культурами».

^{45/} K. Garforth et al., *Overview of the National and Regional Implementation of Measures on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing* (Краткий обзор реализации мер регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод на национальном и региональном уровнях) (Доклад Центра по международному праву устойчивого развития Министерству охраны окружающей среды Канады, декабрь 2005 г.). Материал размещен в Интернете по адресу: http://www.cisd.org/pdf/ABS_ImpStudy_sm.pdf

^{46/} Miriam Dross and Franziska Wolff, *New Elements of the International Regime on Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources - the Role of Certificates of Origin* (Новые элементы международного режима регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод – роль сертификатов происхождения). Материал размещен в Интернете по адресу: http://www.abs.biodiv-chm.de/en/data/BfN_Skript_127.pdf

54. В данном законопроекте указано, что «собственникам и держателям имущества и прав, упомянутых в данной статье, должно гарантироваться совместное использование на справедливой и равной основе выгод, полученных от доступа к генетическим ресурсам, традиционным знаниям коренного населения и местных общин, связанным с генетическими ресурсами и их дериватами, а также к одомашненным и полудомашненным зерновым культурам Бразилии, в соответствии с условиями данного закона».

55. Следовательно, очевидно, что в данном законопроекте предпринимается попытка разграничения биологических и генетических ресурсов, а также владения соответствующими категориями и осуществления контроля за ними. В данном случае генетические ресурсы будут являться государственной собственностью, принадлежащей Союзу (или федеральному правительству), в то время как биологические ресурсы, содержащие их, могут принадлежать любой другой организации, частной или государственной, или могут контролироваться любыми такими организациями.

Канада

56. В Канаде действует федеральная система государственного устройства, включающая провинции и территории, обладающие значительными полномочиями и широкой юрисдикцией, в том числе относительно вопросов земли, природных и генетических ресурсов.

57. С момента ратификации Конвенции Канада не приняла никаких законов или положений о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод. Однако, как и во многих других странах, здесь имеются законы и стратегии, которые прямым или косвенным образом затрагивают статус генетических ресурсов в стране, как на федеральном уровне, так и на уровне провинций, а также в аборигенных общинах.

58. Многие из этих законов и стратегий относятся к паркам, экологическим заповедникам, лесоводству, живой природе, рыболовству, диким растениям, угрожаемым видам и охраняемым экосистемам, например, водно-болотным угодьям. В некоторых из этих законов также устанавливаются права собственности на некоторые виды, посредством признания определенных животных или растений собственностью государства. Другие косвенным образом контролируют доступ к генетическим ресурсам путем регулирования доступа к местам обитания и видам, например, путем требований относительно лицензий на охоту и разрешений на проведение исследований^{47/}.

59. Тем не менее, в этих актах и стратегиях нет ответов на вопросы, которые могут возникнуть относительно прав собственников или возможных пользователей генетических ресурсов. В законодательных положениях относительно проведения исследований на провинциальных или федеральных землях не был предусмотрен доступ к генетическим ресурсам с коммерческими целями или возможная заинтересованность исследователей в защите результатов их исследований посредством прав интеллектуальной собственности^{48/}.

60. Поскольку в стране не приняты законы, учитывающие эти вопросы, то не существует подробных положений относительно того, кто является собственником генетических ресурсов, хотя законы в отношении растений, животных и собственности на землю могут трактоваться, как включающие генетические ресурсы^{49/}. Из существующей федеральной политики вытекает предположение о том, что частные владельцы имеют право свободно контролировать доступ к генетическим ресурсам, находящимся в составе их собственности, и заключать договоры с теми

^{47/} Karen Clark and Ian Attridge *Protecting the Biodiversity of the Americas Legal and Policy Mechanisms Concerning Genetic Resources in Canada* (Охрана биоразнообразия американского континента. Правовые и политические механизмы, относящиеся к генетическим ресурсам в Канаде). Канадский институт экологического права и политики, январь 1997 г.

^{48/} Там же.

^{49/} Там же.

лицами, которые желают получить доступ к ним, чтобы совместно использовать выгоды^{50/}. Тем не менее, в отношении генетических ресурсов *ex-situ*, находящихся в канадских генных банках, прямо выраженная политика федерального правительства Канады состоит в предоставлении неограниченного доступа к генетическим ресурсам добросовестным исследователям и селекционерам из любой страны мира с целью проведения исследований и селекции^{51/}.

61. Исходя из положений общего права, может показаться, что все, кто владеет землей, животным или растением, владеет и всем, что находится на них или в них, включая генетические ресурсы. Что касается генетических ресурсов, встречающихся в парках, заповедниках или на охраняемых территориях, то их хранение и управление ими будет осуществляться соответствующим департаментом или организацией от лица федерального правительства, провинции или территории (иными словами, населения Канады).

Коста-Рика

62. В Законе о биоразнообразии Коста-Рики (Закон 7788 от мая 1998 года) сформулированы общие положения, например, задачи, сфера применения закона, руководящие принципы и режим владения биологическим разнообразием. В статье 2 данного закона указано, что государство имеет полные и исключительные суверенные права на генетические компоненты биоразнообразия.

63. Далее в законе Коста-Рики оговаривается, что генетические ресурсы являются частью всеобщего достояния. Согласно статье 6, «биохимические и генетические свойства компонентов биоразнообразия, относящегося к дикой природе или одомашненным видам, являются всеобщим достоянием». Это, очевидно, означает, что право собственности на генетические ресурсы принадлежит государству^{52/}. Далее в статье 6 оговаривается, что государство должно выдавать разрешения на проведение исследований, расследований, биоразведки и использование компонентов биоразнообразия, являющихся государственной собственностью, равно как и на использование генетических и биохимических ресурсов.

64. В Законе о биоразнообразии одновременно признается, что частным собственникам земель, собственникам биологических ресурсов, управляющим заповедными территориями и коренным народам могут предоставляться в отношении их территорий права владения биологическими ресурсами^{53/}. Таким образом, в законе признаются отдельные права на биологические ресурсы. В статье 63, содержащей требования о доступе к генетическим ресурсам, кроме всего прочего, содержится требование в отношении:

1. предварительного обоснованного согласия представителей места, к которому будет предоставлен доступ, вне зависимости от того, являются ли они региональными советами заповедных территорий, собственниками ферм или органами власти коренных народов, когда это место находится на их территориях;
2. согласования предварительного обоснованного согласия Техническим бюро Комиссии;

^{50/} Susan P. Bass and Manuel Ruiz Muller (eds.) 1999. *Protecting Biodiversity: National Laws Regulating Access to Genetic Resources in the Americas* (Охрана биоразнообразия: национальные законы, регулирующие доступ к генетическим ресурсам на американском континенте). IDRC, Ottawa.

^{51/} См. примечание 35.

^{52/} По всей видимости, «всеобщее достояние» в данном контексте имеет значение «государственное управление ресурсами», а не значение, которое придается в некоторых юрисдикциях (особенно в рамках общего права): «не принадлежащее никому», в частности в том смысле, что никто не может быть законным образом лишен права на его использование.

^{53/} Статья 9 Закона Коста-Рики о биоразнообразии. Также см. Jorge Cabrera Medaglia. *A Comparative Analysis of Legislation and Practices on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing (ABS) Critical Aspects for Implementation and Interpretation* (Сравнительный анализ законодательства и практики в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод. Критические аспекты реализации и толкования), МСОП, Бонн. Материал размещен в Интернете по адресу: http://www.iucn.org/themes/law/absdocuments/eng_critical_aspects.pdf

3. *установления условий передачи технологий и распределения выгод на равной основе, если таковое имеет место, в соответствии с разрешениями, соглашениями и концессиями, а также вида защиты связанных с ними знаний, требуемого представителями места, к которому будет предоставлен доступ^{54/}.*

65. В Патентном законе Коста-Рики об интеллектуальной собственности и охране традиционных знаний (закон 6867 от 1983 года, пересмотрен в 2000 году) указано, что биотехнологические изобретения могут быть запатентованы. Виды растений охраняются специальным законом. Законом о биоразнообразии предусмотрено, что права интеллектуальной собственности должны соответствовать целям закона. Нижеперечисленное не может являться охраняемым объектом чьих-либо прав: последовательность ДНК, растения, животные, микроорганизмы, которые не были генетически модифицированы, важнейшие биологические процедуры по выращиванию растений и животных, естественные циклы или процессы, изобретения, сделанные с помощью связанных с ними знаний, традиционные или культурные биологические методы, являющиеся всеобщим достоянием, а также изобретения, которые при монопольном коммерческом экспорте могут повлиять на сельскохозяйственную продукцию или процессы, имеющие важное значение для здоровья и питания граждан Коста-Рики. Также в законе указано, что соответствующие органы должны проконсультироваться с Техническим бюро Национального административного комитета по биоразнообразию перед тем, как предоставлять права интеллектуальной или промышленной собственности на изобретения, включающие элементы биоразнообразия.

Эфиопия

66. В статье 40 Конституции Федеральной Демократической Республики Эфиопия (Декларация №1 от 1995 года) говорится о праве собственности. В пункте 1 оговаривается право каждого гражданина иметь частную собственность. Однако в пункте 3 статьи 40 говорится о том, что исключительное право собственности на землю и все природные ресурсы принадлежит государству и народу Эфиопии^{55/}.

67. Также в Конституции сказано, что правительство и все граждане Эфиопии обязаны охранять природные ресурсы страны, что программы и проекты развития не должны проводиться вредными для окружающей среды способами и что представители общественности имеют право консультировать и выражать свою точку зрения на планирование и реализацию стратегий и проектов охраны окружающей среды, которые их затрагивают. В статье 89 говорится, что граждане имеют право пользоваться выгодами от принадлежащих стране природных ресурсов и правом участия в формировании стратегий и программ национального развития.

68. В феврале 2006 года федеральное правительство приняло закон Эфиопии о предоставлении доступа к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод под названием «Декларация о предоставлении доступа к генетическим ресурсам и общинным знаниям и о правах общин»^{56/}. В данном законе проводится различие между биологическими и генетическими ресурсами. В разделе, посвященном терминологии, в основном принимаются определения «биологические ресурсы» и «генетические ресурсы», заимствованные из Конвенции

^{54/} Статья 63 Закона о биоразнообразии Коста-Рики.

^{55/} Worku, Damena. 2001. Access to Genetic Resources in Ethiopia (Доступ к генетическим ресурсам в Кении). Глава 9 приводится в работе Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (eds), *African Perspectives on Genetic Resources – A Handbook on Laws, Policies and Institutions (Африканские перспективы в области генетических ресурсов – Руководство по вопросам права, политики и учреждений)*, Институт экологического права, 2003 г..

^{56/} Декларация № 482/2006.

о биологическом разнообразии, однако – и это очень важно – в них заявлено, что «генетические ресурсы» включают дериваты^{57/}.

69. В разделе 5 Декларации отдельно упоминается вопрос о владении генетическими ресурсами и знаниями общин. Это в особенности замечательно, потому что большинство мер в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод, которые действуют на настоящий момент, не касаются напрямую вопроса собственности. В разделе 5 Декларации указывается, что:

1. *Право собственности на генетические ресурсы должно принадлежать государству и народу Эфиопии.*
2. *Право собственности на общинные знания принадлежат соответствующим местным общинам.*

70. Таким образом, в данном законе проводится различие между генетическими ресурсами, которые принадлежат государству, и связанными с ними «общинными знаниями», которые принадлежат соответствующим общинам, владеющим этими знаниями. «Общинные знания» определены как «знания, методы, изобретения или технологии, созданные или разработанные поколениями местных общин при сохранении и использовании генетических ресурсов». На основании данного права собственности закон отдельно признает право местных общин «на регулирование доступа к своим общинным знаниям», их «неотчуждаемое право на использование генетических ресурсов и общинных знаний», а также «право на совместное использование выгод, полученных от применения их генетических ресурсов и общинных знаний»^{59/}.

71. Данные положения согласуются с Конвенцией и с определением «традиционных знаний» в контексте статьи 8j) Конвенции, в которой говорится об уважении, сохранении и поддержании «знаний, нововведений и практики коренных и местных общин...», а также об «использовании на равной основе выгод, полученных в результате применения этих знаний, нововведений и практики».

72. В Декларации не проводится никаких различий между разными категориями генетических ресурсов, но в статье 15 2) Декларации также указано, что:

Доступ к генетическим ресурсам в рамках многосторонней системы доступа, в которую входит Эфиопия, должен предоставляться в соответствии с указанными в ней условиями и процедурами. Условия и процедура, в соответствии с которыми предоставляется доступ к генетическим ресурсам в рамках многосторонних систем, должны определяться нормативными положениями.

73. Хотя в данной статье Декларации говорится о применении многосторонней системы доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод (МС) в рамках Международного договора о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, это положение не ограничивается только МС Договора. Оно гораздо шире по структуре и, следовательно, может быть истолковано как разрешение заключать любые другие многосторонние соглашения о предоставлении доступа к любым категориям генетических

^{57/} Статья 2.6, «Генетическими ресурсами» считаются любые генетические материалы, содержащие генетическую информацию фактической или потенциальной ценности, включая дериваты.

Статья 2.3, «дериватом» считается продукт, полученный или разработанный с использованием биологических ресурсов, могут включать такие продукты, как виды растений, масла, смолы, каучуки, химические вещества и протеины.

^{58/} Статья 2.14, Декларация № 482/2006.

^{59/} Статья 6, Декларация № 482/2006.

ресурсов. Данное положение обязывает также государство реализовать любую систему в соответствии с нормативным положением^{60/}.

Индия

74. Закон о биоразнообразии Индии регулирует доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод в стране. Закон нацелен в первую очередь на регулирование доступа к биологическим ресурсам и связанным с ними традиционным знаниям, чтобы обеспечивать справедливое совместное использование выгод от их применения в соответствии с положениями статьи 15 Конвенции о биологическом разнообразии. В Законе о биоразнообразии нет конкретных положений, регулирующих вопрос права собственности на генетические ресурсы, так же как и в конституции или в любом другом законе нет никаких прямых ссылок на право собственности на генетические ресурсы или на их правовой статус.

75. В Индии, являющейся федеральной республикой, полномочия в отношении биологического разнообразия лежат совместно на национальном правительстве и на различных составляющих страну штатах и территориях. В Законе предусмотрена поэтому трехзвенная структура его реализации, включающая национальное, штатное и местное звенья. В Законе о биоразнообразии предусмотрено, что до подачи заявок на получение прав интеллектуальной собственности на изобретение, основанное на биологических ресурсах, полученных в Индии, надлежит получать предварительное согласие компетентного национального органа, Национального управления по вопросам биоразнообразия, или штата^{61/}. В нем нет, однако, никаких ссылок на права собственности на биологические ресурсы или земли, на которых могут находиться генетические ресурсы.

76. Согласно Патентному закону от 1990 года, в который были внесены поправки в 1999 и 2002 годах, в стране не предоставляются никакие патенты на какие бы то ни было процессы или продукты, которые доступны общественности посредством использования, письменного описания или любыми другими средствами, любым способом и в любой стране. Патентный акт также не позволяет предоставлять патенты на материалы и технологии, используемые местными и коренными общинами, до даты заполнения патентной заявки. В Патентном законе, в который не так давно были внесены поправки, содержатся положения об обязательном раскрытии источников и географического происхождения биологического материала, используемого в патентуемом изобретении. Кроме того, туда были включены положения, согласно которым утаивание или ложное указание источника считается основанием для отклонения патентной заявки или к отзыву уже выданного патента^{62/}.

Кения

77. Кения, как и многие другие государства, еще не определила правовой статус своих генетических ресурсов. Тем не менее, она подходит к понятию собственности на основании английской системы общего права, за исключением случаев, когда его положения заменяются Конституцией или законом Кении. В понятие недвижимого имущества входит земля и все, что

^{60/} Данная оговорка предназначена для применения любых многосторонних систем с помощью нормативных положений особенно стоит упоминания, поскольку она помогает избежать необходимости прохождения сложного процесса введения в силу новых законов для применения всех существующих или будущих соглашений о доступе к генетическим ресурсам.

^{61/} См. разделы 6 1) и 19 2) Закона о биологическом разнообразии Индии от 2002 года.

^{62/} C.R Bijoy. *Access and Benefit Sharing in Kerala and Tamilnadu, India: An Examination of TBGRI-Kani 'Model' and Emerging Issues from the Indigenous Peoples' Perspective* (Доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод в Керале и Тамил-Наду (Индия): изучение модели Института тропических ботанических садов и исследований -племени Кани и возникающие вопросы с точки зрения коренных народов). Материал размещен по адресу: <http://www.international-alliance.org/documents/ABS%20-%20India.pdf>

возведено, произрастает на земле или является ее принадлежностью, поскольку такое имущество считается недвижимым по закону^{63/}.

78. Положения Конституции Кении 1992 года относительно собственности вводятся всеобъемлющими положениями раздела 70, которые гарантируют всем гражданам «защиту неприкосновенности жилища и другого имущества и защиту от лишения имущества без выплаты компенсации». Тем не менее, вопрос о том, имеют ли частные землевладельцы право собственности на генетические ресурсы и контроля над генетическими ресурсами, которые встречаются на территории их собственности, не решен прямо и неясен. Кения унаследовала традиции англо-саксонского общего права, согласно которому права собственника распространяются на все, что находится под и над его частной собственностью^{64/}.

79. Учитывая традицию общего права, есть основания предполагать, что генетические ресурсы составляют часть, входящую в состав недвижимого имущества, и что они всегда произрастают на земле или каким-либо образом являются ее принадлежностью. Данный подход подкрепляется решением Верховного суда, по которому «согласно общему и/или обычному праву жителей этой страны, лица, имеющие право использовать землю, также имеют право на ее плоды, включающие фауну и флору, если это право не отменяется законом»^{65/}.

80. В Конституции Кении 1992 года говорится об окружающей среде только в контексте государственных полномочий по ее сохранению. Следовательно, в ней прямо не говорится о владении генетическими ресурсами, доступе к ним или совместном использовании выгод. Тем не менее, некоторые положения прямо затрагивают эти вопросы. В частности можно отнести к этому вопросу положения Конституции, относительно движимого имущества и земли, находящейся в доверительном пользовании.

81. Некоторые положения Кенийской конституции, которые теснее всего связаны с генетическими ресурсами, содержатся в главе IX, посвященной статусу земель страны, находящихся в доверительном пользовании. Согласно разделу 115, основная ответственность за земли, находящиеся в доверительном пользовании, лежит на окружных советах. В соответствии с подразделом 2 раздела 115 окружные советы обязуются распоряжаться этими землями в интересах проживающего на них обычного населения и «реализовывать такие права, интересы или другие выгоды в отношении этих земель, которые по действующему африканскому обычному праву принадлежат любому племени, группе, семье или лицу».

82. Закон об охране, рациональном использовании и координировании деятельности по охране окружающей среды (1999)^{66/} составляет законодательную основу Кении, с помощью которой координируются мероприятия по охране и рациональному использованию окружающей средой в стране. По существу он устанавливает первичную законодательную основу для Конвенции о биологическом разнообразии. В ряде положений закона прямо или косвенно затрагивается вопрос о доступе к генетическим ресурсам. Наиболее очевидным образом это сделано в разделе 53, «доступ к генетическим ресурсам Кении».

83. В разделе 53 санкционируется создание Государственного управления по охране и рациональному использованию окружающей среды (ГУОРИОС) для того, чтобы «издавать

^{63/} Lettington, Robert. 2001. Access to Genetic Resources in Kenya. Chapter 11. In: *African Perspectives on Genetic Resources. A Handbook on Laws, Policies and Institutions*. (Доступ к генетическим ресурсам в Кении. Глава 11 в издании *Африканские перспективы в области генетических ресурсов – Руководство по вопросам права, политики и учреждений*). Edited by Nnadozie, K., Lettington, R., Bruch, C., Bass, S., and King, S. Environmental Law Institute, Washington.

^{64/} Там же.

^{65/} Шейх Абдикадир Хассан и четверо других лиц против Службы охраны дикой природы Кении, гражданское дело № 2959 (Верховный суд Кении, 1996 г.). Цитируется в работе Lettington, Robert, там же

^{66/} Закон об охране, рациональном использовании и координировании деятельности по охране окружающей среды (1999), № 8 от 1999, вступил в силу 14 января 2000 года.

руководящие указания и предусматривать меры в области устойчивого управления генетическими ресурсами Кении и использования генетических ресурсов Кении в интересах народа Кении». Соответственно положения любых изданных руководящих указаний и предписанных мер должны включать следующее:

- a) соответствующие условия предоставления доступа к генетическим ресурсам Кении, включая вопрос о лицензиях и плате за предоставление этого доступа;*
- b) меры регулирования импорта и экспорта зародышевой плазмы;*
- c) совместное использование выгод, полученных от использования генетических ресурсов Кении;*
- f) любые другие вопросы, которые Управление считает необходимым включить с целью более эффективного управления генетическими ресурсами Кении.*

84. Согласно этим положениям, ГУОРИОС издал соответствующие положения, а именно: Положения об охране, рациональном использовании и координации деятельности по охране окружающей среды 2006 года (о сохранении биологического разнообразия и ресурсов, доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод). Сфера действия положений довольно широка. За исключением списка объектов, к которым они не применяются, данные положения используются для решения всех вопросов доступа к генетическим ресурсам и их использования. Все субъекты, ведущие биоразведку, должны получить сертификат на проведение исследований, предварительное обоснованное согласие населения и/или владельцев собственности и заключить соглашение о передаче материалов, которое включает совместное использование денежных и неденежных выгод.

85. На самом деле, хотя генетические ресурсы могут относиться к частной собственности согласно принципам общего права и конституционным правам, доступ к любым генетическим ресурсам должен предоставляться только с разрешения соответствующего органа государственной власти.

86. В подразделе 50 f) Закона об охране, рациональном использовании и координировании деятельности по охране окружающей среды говорится, что любые меры по сохранению биологического разнообразия «должны . . . защищать исконные права собственности местных общин в отношении биологического разнообразия». Термин «исконное право собственности местных общин» в законе не расшифровывается, но, учитывая признание Кенией обычного права в различных областях, представляется как минимум, что это указывает на намерение признать традиционную принадлежность прав на природные ресурсы. Такое толкование, возможно, будет в наибольшей степени соответствовать другим ссылкам на права общин в данном законе.

87. В разделе 43 указывается, что «Министерство может посредством уведомления в официальном издании объявить традиционные интересы местных общин, традиционно проживающих на берегах озер, на территории водно-болотных угодий, в прибрежных зонах или на берегах рек, охраняемыми интересами». В подразделе 48.2 говорится, что глава ГУОРИОС «не должен предпринимать никаких действий в отношении каких бы то ни было лесных или горных территорий, если это влечет ущерб для традиционных интересов местных общин, традиционно проживающих в районах этих лесов или гор или в их округе». Тем не менее в законе понятие «традиционные интересы» не определено, и они могут включать или не включать интересы в отношении генетических ресурсов.

Норвегия

88. Согласно данным, которые Норвегия представила в секретариат, проект Закона об охране окружающей среды, ландшафтов и биологического разнообразия, включая проект положений, регулирующих доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, прошел публичное слушание, и правительство находится в процессе подготовки законопроекта для

/...

представления в Парламент. Правительство назначило национальный Комитет по биологическому разнообразию, который сформулировал предложения по положениям, касающимся доступа к генетическому материалу.

89. Комитет рассматривал генетический материал преимущественно как общий ресурс, который путем исследования и разработки может использоваться для получения новых знаний и изобретений в интересах людей и окружающей среды. Для этого доступ к генетическим ресурсам и их использование должны соответствовать целям сохранения, сформулированным в законопроекте, кроме того следует уважать традиционные методы использования, практикуемые коренными народами и местными сообществами. Поэтому генетический материал, полученный в естественной окружающей среде, дает право любому лицу исследовать, добывать и использовать генетический материал в рамках, предписанных законопроектом и другими соответствующими законами.

90. Комитет вынес отдельное предложение относительно доступа к генетическому материалу, находящемуся в государственных коллекциях Норвегии. Кроме того, предполагается, что любое лицо, получающее генетический материал из этих коллекций, должно воздерживаться от притязаний на права интеллектуальной собственности или другие права на материал, которые ограничивали бы использование такого материала для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства. Последнее требование реализует, кроме всего прочего, одно из положений Международного договора о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства.

91. Комитет также вносит дополнительные предложения с тем, чтобы сбор и использование генетического материала из других стран проводились в соответствии с положениями Конвенции о биологическом разнообразии. Сюда входит положение о том, что если генетический материал импортируется для использования в Норвегии из государства, которое требует согласия на сбор или экспорт этого материала, импорт может быть разрешен только при условии, что это согласие было дано в соответствии с установленными для него условиями.

92. Значительная часть земли в Норвегии находится в частной собственности. Частные землевладельцы отвечают за управление свое собственностью. Соответственно механизмы привлечения частного сектора были центральным компонентом политики и стратегий Норвегии в области управления биоразнообразием. Отсюда вытекает и косвенное признание того, что частные землевладельцы также владеют и биологическими, и генетическими ресурсами, имеющимися на их земле.

93. В 2003 году в Патентный закон Норвегии (вступил в силу в феврале 2004 года) были внесены изменения с целью отражения вопроса о раскрытии происхождения. В новом пункте 8 b) сказано, что в патентной заявке должна указываться информация о стране, в которой автор изобретения собрал или получил биологический материал (страна-поставщик). Если из национального права страны-поставщика следует, что на доступ к биологическому материалу следует получать предварительное согласие, в заявке должен указываться факт получения такого согласия.

94. Если страна-поставщик не является страной происхождения биологического материала, в заявке также должна указываться страна происхождения. Страной происхождения считается страна, в которой материал был получен из источников *in-situ*. Если из национального права страны происхождения следует, что на доступ к биологическому материалу следует получать предварительное согласие, то в заявке должен указываться факт получения такого согласия. Если информация, рассматриваемая в этом подразделе, неизвестна, то заявитель должен указать это в своей заявке.

95. Нарушение требования о представлении информации влечет за собой наказание в соответствии с Общим гражданским кодексом. Тем не менее, обязанность представлять

информацию не должна препятствовать обработке патентных заявок или действию предоставленных патентов.

Филиппины

96. Спустя некоторое время после ратификации Конвенции на Филиппинах было издано Постановление правительства № 247 (ПП № 247) «О представлении руководящих указаний и формировании основы регулирования исследований биологических и генетических ресурсов, их побочных продуктов и дериватов с научными, коммерческими и другими целями»^{67/}. Постановление правительства №247 примечательно, поскольку оно считается первым государственным нормативным актом о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод, принятым в соответствии с Конвенцией. В 1996 году Департамент по вопросам окружающей среды и природных ресурсов (ДОСПР) издал Административный приказ №20 (АПД №96-20), содержащий нормы и правила реализации ПП № 247^{68/}.

97. ПП № 247 устанавливает правовую базу для осуществления биоразведки и регулирования доступа к биологическим ресурсам на Филиппинах. ПП № 247 «... охватывает исследование всех биологических и генетических ресурсов, являющихся всеобщим достоянием, включая дикие растения, произрастающие на частных землях, которые собираются использовать иностранные и местные частные лица, объединения, государственные или частные организации». В первом разделе ПП № 247 признается, что в Конституции Филиппин ясно определена основа для прав собственности на биологические ресурсы. Государство Филиппины владеет всеми лесами, живой природой, флорой и фауной и другими природными ресурсами (статья XII раздела 2).

98. В Конституции Филиппин указано, что все земли, находящиеся в общественном пользовании, воды, полезные ископаемые, уголь, нефть и другие минеральные масла, все виды потенциальной энергии, рыбные ресурсы, леса или древесина, живая природа, флора и фауна и другие природные ресурсы принадлежат государству. Исследование, освоение и использование природных ресурсов должны находиться под полным контролем и надзором государства. Согласно преамбуле, данное положение Конституции составляет основу для ПП № 247. Хотя в ПП № 247 прямо не указывается, что право собственности на биологические и генетические ресурсы принадлежит государству, это подразумевается в некоторых его положениях, например, об этом свидетельствует взимание платы за пользование такими ресурсами^{69/}.

99. ПП 247 распространяется на все коллекции биоразнообразия, исключая виды его традиционного использования. Однако притязания государства на владение генетическими ресурсами в явной форме заявлено в соглашениях о коммерческих и академических исследованиях, которые были разработаны впоследствии. Поэтому было бы вполне разумно предположить, что когда в Конституции говорится «природные ресурсы», то данный термин включает все, что является частью или сегментом ресурса (ткани, гены, молекулы и т.д.), растения или животных, живые или сохраненные. Таким образом получается, что изучение и использование данных ресурсов находится под полным контролем и надзором государства^{70/}.

100. Нигде не встречается никаких ссылок на разглашение сведений/сертификат происхождения или ограничения, применимые к патентованию генетического или биологического

^{67/} Правительственное постановление № 247, *О представлении руководящих указаний и формировании основы регулирования в отношении исследований биологических и генетических ресурсов, их побочных продуктов и дериватов с научными, коммерческими и другими целями* от 18 мая 1995 года.

^{68/} Административный приказ №20 Департамента окружающей среды и природных ресурсов «Нормы и правила проведения исследований биологических и генетических ресурсов» от 21 июня 1996 года.

^{69/} Carrizosa, Santiago, Stephen B. Brush, Brian D. Wright, and Patrick E. McGuire (eds.) 2004. *Assessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity (Оценка биоразнообразия и совместное использование выгод: практический опыт осуществления Конвенции о биологическом разнообразии)*. МСОП, Глэнд, Швейцария, и Кембридж, Соединенное Королевство.

^{70/} Carrizosa, там же на стр. 13-14.

материала, к которому был предоставлен доступ, или ограничения на патентование форм жизни. Определенная информация, роялти, должна все же поступать Филиппинам. Одним из условий соглашения о проведении исследований, предусмотренных в Административном приказе, является предоставление правительству Филиппин и соответствующим местным общинам всех открытых коммерческих продуктов, созданных на основе филиппинских биологических и генетических ресурсов.

101. Аналогичным образом в случаях разработки технологий на основе проведения исследований эндемичных видов на Филиппинах разработчик (т.е. физическое лицо или организация, владеющие правом собственности на технологию) обеспечивает правительству Филиппин через посредство назначенного филиппинского учреждения возможности использования такой технологии, коммерческого и местного, без выплаты роялти принципалу. При этом имеется, однако, возможность заключения сторонами других соглашений в случаях применимости и целесообразности. В случаях обмена зародышевой плазмой технология используется совместно с сотрудничающими системами национальных сельскохозяйственных исследований в соответствии с формулировкой миссии такого центра и согласно протоколу в рамках международного права^{21/}.

102. Хотя в ПП № 247 формулируется правовая основа и в АПД 96-20 излагаются административные правила применения ПП № 247, использование биологических ресурсов также регулируется рядом других законов, в частности Законом о правах коренных народов, Законом о национальной интегрированной системе охраняемых территорий и Законом о живой природе. Сегодня доступ к генетическим ресурсам на Филиппинах регулируется Законом об охране и сохранении ресурсов живой природы. В правилах и положениях по применению закона (Объединенный административный приказ № 01 Министерства окружающей среды и природных ресурсов, Министерства сельского хозяйства, Совета по устойчивому развитию провинции Палаван и Национальной комиссии по коренным народам, озаглавленный Руководящие указания по проведению биоразведки на Филиппинах, утвержденный 14 января 2005 года) предусматриваются отдельные правила доступа для целей научных исследований и коммерческих исследований. Закон о живой природе представляет собой фактически кодификацию действующих законов об охране и сохранении ресурсов живой природы, но с учетом опыта, приобретенного в процессе осуществления действующих законов. В нем решаются в частности многие вопросы, поднятые в отношении ПП № 247 в плане порядка подачи заявлений и требований, но не оказывается заметного влияния на определение статуса генетических ресурсов, заимствованного из Конституции.

103. Закон о правах коренных народов вступил в силу в 1997 году и имел своей целью признание, защиту и поддержку прав коренных культурных общин и коренных народов, которые включают права собственности на землю, внутренние воды, прибрежные территории, права на землю коренных народов и также включают права на природные ресурсы. Согласно разделу 34 данного закона, коренные культурные общины или коренные народы (ККО/КН) «имеют право на признание полных прав собственности и контроля и на защиту своих культурных и интеллектуальных прав». Следовательно, «доступ к биологическим и генетическим ресурсам и знаниям коренных народов, связанным с сохранением, использованием и улучшением этих ресурсов, наследуемым ККО/КН от предков, должен предоставляться только при наличии

^{21/} Jorge Cabrera Medaglia *A Comparative Analysis of Legislation and Practices on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing (ABS), Critical Aspects for Implementation and Interpretation* (Сравнительный анализ законодательства и практики в области доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод. Критические аспекты реализации и толкования), МСОП, Бонн. Материал размещен в Интернете по адресу: http://www.iucn.org/themes/law/absdocuments/eng_critical_aspects.pdf на стр. 229.

добровольного предварительного обоснованного согласия этих общин, полученного в соответствии с обычным правом данной общины»^{72/}.

Сейшельские Острова^{73/}

104. На настоящий момент на Сейшельских Островах нет законов и политики, касающихся конкретно вопросов доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод рамках Конвенции или специально определяющих статус генетических ресурсов. Однако имеется несколько законов, принятых в целях контроля доступа к конкретным видам или их использования, например, Закон об охране хлебного дерева и других деревьев (1917 г.) и Постановление о гигантской веерной пальме (Декларация о плодах гигантской веерной пальмы от 1995)^{74/}. Кроме того, на Сейшельских островах завершена подготовка проекта закона о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод, который в данный момент находится в процессе принятия.

105. Конституция Сейшельской Республики признает право частной собственности и, соответственно, право на биологические и генетические ресурсы. В результате проект закона о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод Сейшельских Островов признает право частной собственности. Тем не менее, в разделе 6 утверждается власть государства на ограничение прав собственности в общественных интересах. В проекте закона говорится следующее:

5. Согласно статье 26.1 Конституции Сейшельской Республики, собственником генетических ресурсов признается зарегистрированный собственник земли, арендатор земли, агент или доверительный собственник земли (либо их агент, цессионарий или уполномоченное лицо), на земле, где встречаются генетические ресурсы, под землей или над ней.

6. Согласно статье 26.2 Конституции Сейшельской Республики, право определять, контролировать и регулировать доступ к генетическим ресурсам, встречающимся на территории Сейшельской Республики, принадлежит правительству, которое должно использовать данное право в общественных интересах и в соответствии с положениями настоящего закона.

106. По этому законопроекту право владения генетическими ресурсами принадлежит собственнику земли или имущества, но государство сохраняет за собой право определять правила доступа к ресурсам. Иначе говоря, хотя отдельные лица и частные предприятия могут работать с биологическими ресурсами на своей земле по своему усмотрению (при условии соблюдения иных законов), в случае с генетическими ресурсами было решено позволить вмешательство государства. Главное основание для этого состоит в том, что наиболее эффективный способ максимального увеличения стоимости генетических ресурсов — коллективное регулирование доступа к ним, т.е. через правительство^{75/}. Следовательно, если ресурсы фактически были собраны на частной земле, частные землевладельцы могут предъявлять претензии на совместное

^{72/} Раздел 35 Закона о правах коренных народов.

^{73/} Основано главным образом на работе: Lewis-Lettington RJ and Dogley D. 2006. *Commentary on the Development of the Republic of Seychelles Access to Genetic Resources and Benefit Sharing Bill* (Замечания относительно разработки законопроекта Республики Сейшельские Острова о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод)(2005 г.). Международный институт генетических ресурсов растений, Рим, Италия.

^{74/} Rolph A. Payet & Robert J.L. Lettington "Access to Genetic Resources in the Seychelles" available in Chapter 15 available in Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (eds), *African Perspectives on Genetic Resources – A Handbook on Laws, Policies and Institutions*, (Африканские перспективы в области генетических ресурсов – Руководство по вопросам права, политики и учреждений), Институт экологического права, 2003 г.

^{75/} Данный подход связан с серьезными прецедентами на Сейшельских Островах. Наиболее известный из них связан с гигантской веерной пальмой, в отношении которой признается частная собственность, но право на продажу, выдачу лицензий частным продавцам и определение цены остается за государством.

использование любых полученных выгод, но именно государство имеет право определять параметры доступа к генетическим ресурсам и обсуждать возможный уровень выгод.

107. Сейшельские Острова — одна из немногих стран, которые до настоящего времени проводили различие между генетическими и биологическими ресурсами в контексте действующих или предлагаемых законов. По мнению Ннадози и других^{76/} подход, принятый в Сейшельской Республике, основан на той же базовой структуре, которая присутствует в Конвенции. В законопроекте к «биологическим ресурсам» относятся организмы или их части, популяции или любые другие биотические компоненты экосистем, используемые или обладающие потенциалом для использования, либо обладающие фактической или возможной ценностью для человечества, а термин «генетические ресурсы» обозначает биологические ресурсы, включая части и компоненты, за исключением:

а) любых биологических ресурсов, в отношении которых не существует намерения культивации или размножении посредством какой-либо естественной и искусственной технологии, включая биологические ресурсы для обычного использования; и

б) любых других биологических ресурсов или использования этих ресурсов, на которые министерство может указать в положениях.

108. Раздел 17 законопроекта соответствует статье 15.5 Конвенции о биологическом разнообразии, поскольку в нем требуется предварительное обоснованное согласие соответствующего органа как представителя государства и, кроме того, предварительное обоснованное согласие любого частного обладателя прав, связанных с рассматриваемыми генетическими ресурсами или с любым другим аспектом доступа^{77/}.

109. В законопроекте не только проводится намеренное или обоснованное различие между генетическими и биологическими ресурсами, но также есть четкое различие между генетическими ресурсами растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства и другими генетическими ресурсами, и для этого существует две причины. Одна состоит в том, что почти полная зависимость Сейшельских Островов от экзотических материалов для своего сельскохозяйственного сектора привела к признанию существования очень разных движущих сил, преобладающих в разных секторах генетических ресурсов. Вторая причина заключается в том, что, ратифицировав Международный договор о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, Сейшельская Республика признала, что возникнет необходимость в применении механизмов, имеющих особую специфику в рамках этой системы, например, международного стандартного соглашения о передаче материалов.

110. В разделе 25 данного законопроекта говорится, что «любое лицо, получающее права на использование генетических ресурсов, должно уведомить координирующую организацию обо всех целях подачи заявки, намерении предъявления претензий или заявления требований иным образом в отношении каких-либо форм прав интеллектуальной собственности, связанных с таким использованием». Хотя это положение могло быть включено в целях контроля использования, но местное законодательство о правах интеллектуальной собственности отсутствует. Это означает, что теоретически применяются британские стандарты, поскольку на Сейшельских Островах в отношении патентов по-прежнему используются британские законы. Хотя Сейшельские Острова еще не входят во Всемирную торговую организацию и поэтому не связаны Соглашением по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, британские стандарты полно отражают

^{76/} Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (eds), *African Perspectives on Genetic Resources – A Handbook on Laws, Policies and Institutions* (Африканские перспективы в области генетических ресурсов – Руководство по вопросам права, политики и учреждений), Институт экологического права, 2003 г.

^{77/} R.J. Lewis-Lettington and D. Dogley. *Commentary on the Development of the Republic of Seychelles Access to Genetic Resources and Benefit Sharing Bill* (Замечания относительно разработки законопроекта Республики Сейшельские Острова о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод)(2005 г.). Международный институт генетических ресурсов растений, Рим, Италия, 2006 г..

торговые аспекты прав интеллектуальной собственности и позволяют патентовать большинство генетических ресурсов^{78/}.

Южноафриканская Республика^{79/}

111. В Конституции Южноафриканской Республики (Закон 108 от 1996 года) сформулирована базовая основа для управления биоразнообразием и определения статуса генетических ресурсов Южноафриканской Республики. Хотя генетические ресурсы и право собственности на них не рассмотрены подробно в Конституции, особое значение имеют соответствующие полномочия национального, провинциального и местного уровня управления. В Конституции национальное правительство и девять провинций наделены законодательной компетенцией в отношении большинства функций по сохранению биоразнообразия^{80/}. В Конституции также разграничивается несколько соответствующих областей на области исключительно национальной компетенции, например, национальные парки, ботанические сады, морские ресурсы; исключительно провинциальной компетенции, например, планирование на уровне провинций, и управление определенными функциями относится к уровню местных правительств, например, пляжи и муниципальные парки. В разделе 24 Конституции говорится, что любой имеет право:

- a) на окружающую среду, не вредящую его здоровью и благосостоянию и*
- b) на охрану окружающей среды в интересах настоящего и будущего поколений с помощью разумных законодательных и других мер, направленных на:*
 - i) предотвращение загрязнения и экологической деградации;*
 - ii) содействие сохранению и*
 - iii) обеспечение экологически устойчивого развития и использования природных ресурсов, стимулируя при этом правомерное экономическое и социальное развитие.*

113. Статья о собственности в конституционном билле о правах также касается этого вопроса, особенно в силу того, что большая часть биоразнообразия Южноафриканской Республики является частной собственностью. В данной статье говорится, что никто не может быть лишен собственности, за исключением тех случаев, когда это обусловлено законом общего применения и не является произвольным. Собственность может быть изъята только в общественных целях или в интересах общества, и такое изъятие должно быть компенсировано^{81/}. Согласно общему праву Южноафриканской Республики, землевладельцу принадлежит все, что находится под землей и на ней. Сюда относятся растения, но не дикие животные, которые считаются *res nullius* (никому не принадлежащими).

114. Виндберг отмечает, что в Южноафриканской Республике существуют несколько категорий землевладения, характеризующихся значительным различием между безусловным правом собственности на землю и западными понятиями о собственности, и подходами к землевладению, основанными на обычае. Большинство государственных и коммерческих сельскохозяйственных земель находятся в собственности, основанной на безусловном праве собственности, в то время как земли, отданные во владение на основе обычного права, относятся к

^{78/} R.J. Lettington and R. Payet, см. примечание... выше на стр.225.

^{79/} Более подробное обсуждение режима и процессов доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод см. в работе Rachel Wynberg: *Bioprospecting and ABS in South Africa (Биопроизводка и доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод в Южной Африке)*, размещенной по адресу: http://www.environment.gov.za/ProjProg/ProjProg/2004Jun10/stocktaking/NBSAP%20stocktaking_Access%20and%20Benefit%20Sharing_%20May%2004.doc

^{80/} Соответственно приложениях 4 и 5.

^{81/} Раздел 25 1)

так называемым «бывшим хоумлендам»^{82/}. Хотя в обоих случаях применяется статутное право, к общим территориям также применяется обычное право, и зачастую эта система лучше понимается и применяется общинами, живущими на этой территории. Хотя определенным ресурсам присваиваются разные уровни защиты, между генетическими и природными ресурсами не проводится различий.

115. В разделе 1 Закона об управлении национальным биоразнообразием (Закон о биоразнообразии), изданного в 2004 году, «генетические ресурсы» определяются как включающие любой генетический материал, генетический потенциал или характеристики любых видов^{83/}. Далее данное определение формулируется в разделе 3 этого закона, посвященном государственному доверительному управлению биологическим разнообразием, где указано следующее:

При осуществлении прав, содержащихся в разделе 24 Конституции, государство через свои органы, применяющие законодательство о биоразнообразии, должно:

- a) управлять биоразнообразием Южноафриканской Республики и его компонентами и генетическими ресурсами, сохранять и поддерживать их;*
- b) применять этот закон для последовательной реализации таких прав^{84/}.*

116. В главе 6 Закона о биоразнообразии, названной «Биоразведка, доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод», сформулирована основа регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод в Южноафриканской Республике и предоставляются более подробные указания относительно сферы применения законодательства. В разделе 80 указано, что цель данной главы состоит в:

- a) регулировании биоразведки, затрагивающей аборигенные биологические ресурсы;*
- b) регулировании экспорта из Республики аборигенных биологических ресурсов с целью биоразведки или других видов исследования, а также*
- c) обеспечение совместного использования на справедливой и равной основе выгод, полученных путем биоразведки, затрагивающей аборигенные биологические ресурсы.*

117. Для аборигенных биологических ресурсов необходимо заключение соглашения о передаче материалов между заявителем и «субъектом деятельности»^{85/}, а также соглашения о совместном использовании выгод, заключаемое перед выдачей разрешения. Для носителей знаний требуется соглашение о совместном использовании выгод. Требуется правительственное утверждение всех соглашений о совместном использовании выгод и передаче материалов. Эти разрешения могут содействовать переговорам между заявителем и «субъектом деятельности» с тем, чтобы обеспечить равные условия, или могут требоваться министерством для обеспечения справедливых и равных условий^{86/}.

118. В действительности в Законе о биоразнообразии признается частная собственность на генетические ресурсы, например, если они встречаются или расположены на территории частной собственности или земли. Процесс выдачи разрешения, установленный законом, требует проведения переговоров и заключения соглашения между «субъектом деятельности» и заявителем перед тем, как государство будет выдавать необходимое разрешение^{87/}. Вмешательство государства происходит только на уровне выдачи разрешений и в целях обеспечения справедливых условий соглашений о совместном использовании выгод, заключенных с субъектом

^{82/} Рэйчел Винберг: см. выше, примечание 57.

^{83/} Закон об управлении национальным биоразнообразием, 2004, №10 от 2004.

^{84/} Там же, глава 6

^{85/} «Субъект деятельности» — a) лицо, государственный орган или община, рассмотренные в разделе 82

1) a); или b) коренная община, рассмотренная в разделе 82 1) b)

^{86/} Раздел 82 4) b) и 4) c).

^{87/} Раздел 82 1) «Интересы, подлежащие защите перед выдачей разрешений».

деятельности, получения и оплаты финансовых выгод из фонда использования выгод, специально созданного для этой цели.

119. Согласно разделу 3 Закона о внесении поправок в патентный закон Южноафриканской Республики 2005 года, регистратор патентов должен вызвать заявителя, который должен в установленном порядке представить доказательства своего права на использование аборигенных биологических ресурсов, генетических ресурсов или традиционных знаний или практики, если заявитель подает заявление, подтверждающее, что изобретение, на которое необходимо получить охраняемое право, разработано или получено на основе использования аборигенных биологических ресурсов, генетических ресурсов или традиционных знаний или практики.

Г. Заключение

120. Как видно из примеров, в большинстве национальных конституций определено только право собственности на природные ресурсы и в некоторых случаях на компоненты биоразнообразия в целом, но не на генетические ресурсы. Данная ситуация в основном обусловлена тем фактом, что концепция права собственности на генетические ресурсы является пока новой и поэтому прямо не выражена в конституциях государств.

121. Хотя некоторые страны, как, например, Коста-Рика, Эфиопия и Андское сообщество, особо рассмотрели вопрос о праве собственности на генетические ресурсы, проводя четкое различие между биологическими и генетическими ресурсами, в большинстве других стран применяются общие нормы права собственности, например, принципы общего или гражданского права, или иным образом используются обычные законы о земле и дикой природе для определения прав собственности. В последних примерах право собственности на генетические ресурсы соответственно зависит от владения землей или биологическими ресурсами. Даже в странах общего права признается, что общий принцип о том, объект, находящийся на земле, считается ее неотъемлемой частью, может быть смягчен или изменен в законодательстве, поскольку суверенный статус государств позволяет это сделать.

122. По мнению Руиз Миллер, все страны Центральной Америки признают, что генетические ресурсы (путем отсылки к природным ресурсам) являются наследием нации и что государство имеет на них права. В то же время они признают права частной (или общинной) собственности на определенные компоненты биоразнообразия. Исходя из этого, необходимо по существу (и возможно, по закону) — однако на практике это иногда сложно сделать — провести различие между комплексом правил и прав, регулирующих генетические ресурсы, и комплексом правил и прав, регулирующим доступ к биологическим ресурсам, которые могут их содержать, и их использование^{88/}.

123. Одна из практических проблем, которая может возникнуть, если генетические ресурсы будут отнесены к собственности государства, заключается в том, что это препятствует, если законом не предусмотрено иное, заключению частных договоров или сделок в тех случаях, когда землевладелец может заключать частные сделки с субъектом, ведущим биоразведку. Хотя физические лица могут распоряжаться своей собственностью по своему усмотрению, но если использование биологического материала подпадает под категорию генетических ресурсов, вне зависимости от того, какое им дано определение, то вступают в действие процедуры, определенные государством, которые надлежит соблюдать.

124. В странах, в которых действует федеративная система государственного устройства, существуют дополнительные проблемы с юрисдикцией, если полномочия и законодательная

^{88/} Manuel Ruiz Muller. Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Nicaragua and Panama” in Lewis-Lettington RJ and Mwaniki S (editors). 2006. *Case Studies on Access and Benefit-sharing* (Тематическое исследование по тематике доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод). Международный институт генетических ресурсов растений, Рим, Италия, стр.30.

компетенция разных уровней власти в вопросах биологического разнообразия значительно пересекаются. Тем не менее признается, что в некоторых странах имеются конституционные механизмы для решения проблем, связанных с конфликтами пересекающихся юрисдикций, например, приоритет федерального закона, как в Бразилии.

125. Хотя вопрос о праве собственности на генетические, биологические и биохимические ресурсы *in-situ* относительно четко решен во многих странах, о которых говорится в настоящем докладе, эти права нуждаются в прояснении в отношении ресурсов, встречающихся в условиях *ex-situ*, но не предусмотренных в Международном договоре о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства.

126. Прояснение правового статуса генетических ресурсов имеет определяющее значение для применения статьи 15 Конвенции, поскольку это необходимо для определения требований, процедур, правил и прав, связанных с предоставлением доступа к этим ресурсам. Тем не менее очевидно, что страны по-разному определяют право собственности на биологические и/или генетические ресурсы. Различие между правом собственности на генетические ресурсы и правом собственности на биологические ресурсы не всегда четко выражено в национальных системах права.
