



Конвенция о биологическом разнообразии

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/8/4/Rev.2
16 September 2013

RUSSIAN
ORIGINAL: ENGLISH

СПЕЦИАЛЬНАЯ МЕЖСЕССИОННАЯ РАБОЧАЯ
ГРУППА ОТКРЫТОГО СОСТАВА ПО
ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ СТАТЬИ 8 j) И
СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ КОНВЕНЦИИ
О БИОЛОГИЧЕСКОМ РАЗНООБРАЗИИ

Восьмое совещание

Монреаль, 7-11 октября 2013 года

Пункт 4 с) предварительной повестки дня*

СПОСОБЫ РЕАЛИЗАЦИИ ЗАДАЧ 7, 10 И 12 ПЕРЕСМОТРЕННОЙ ПРОГРАММЫ РАБОТЫ ПО ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ СТАТЬИ 8j) И СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ КОНВЕНЦИИ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИЕ НАИБОЛЕЕ ЭФФЕКТИВНОЕ СОДЕЙСТВИЕ РАБОТЕ, ПРОВОДИМОЙ В РАМКАХ КОНВЕНЦИИ И НАГОЙСКОГО ПРОТОКОЛА

Пересмотренная записка Исполнительного секретаря

ВВЕДЕНИЕ

1. В 2000 году в решении V/16 (статья 8j) и соответствующие положения Конвенции) Конференция Сторон признала необходимость обеспечивать уважение, сохранение и поддержание использования традиционных знаний коренных и местных общин¹ и отметила необходимость долгосрочного подхода к программе работы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции о биологическом разнообразии². В этом же решении она утвердила программу работы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции о биологическом разнообразии (программа работы)³. В программе работы перечислены семнадцать задач, сгруппированных в семи элементах, в том числе "Справедливые условия совместного использования выгод" (элемент 4), "Элементы мониторинга" (элемент 6) и "Правовые элементы" (элемент 7). Целью данной программы работы является содействие адекватному осуществлению в

* UNEP/CBD/WG8J/8/1

¹ Термин "традиционные знания" означает знания, нововведения и практику коренных и местных общин, отражающие традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия и способствуют их более широкому применению". Конвенция о биологическом разнообразии, статья 8j).

² Преамбула решения V/16, UNEP/CBD/COP/5/23. Статья 8j) Конвенции предусматривает, что "Каждая Договаривающаяся Сторона обязуется, насколько это возможно и целесообразно: ... j) в соответствии с положениями национального законодательства, обеспечивать уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия и способствуют их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также и поощряют совместное использование на справедливой основе выгод, вытекающих из применения таких знаний, нововведений и практики...".

³ Решение V/16, UNEP/CBD/COP/5/23

/...

В целях сведения к минимуму воздействия процессов секретариата на окружающую среду и оказания содействия инициативе Генерального секретаря по превращению ООН в климатически нейтральную организацию настоящий документ напечатан в ограниченном количестве экземпляров. Просьба к делегатам приносить свои копии документа на заседания и не запрашивать дополнительных копий.

рамках Конвенции статьи 8j) и соответствующих положений на местном, национальном, региональном и международном уровнях и обеспечение полноценного и эффективного участия коренных и местных общин на всех этапах и уровнях ее осуществления.

2. Конференция Сторон на своем 11-м совещании (КС-11) в решении XI/14 С относительно задач 7, 10 и 12 пересмотренной многолетней программы работы приняла к сведению "последние события", представляющие актуальное значение для осуществления статьи 8j), включая: принятие на ее 10-м совещании Нагойского протокола регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения⁴, пересмотренного Стратегического плана в области сохранения и устойчивого использования биоразнообразия на 2011-2020 годы⁵ и Кодекса этического поведения Тгаривейиери для обеспечения уважения культурного и интеллектуального наследия коренных и местных общин⁶; а также текущую работу других соответствующих международных органов, в частности Межправительственного комитета по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору Всемирной организации интеллектуальной собственности (МКГР ВОИС), Постоянного форума Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов и Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО).

3. Другие важные события в данном контексте включают принятие в 2007 году Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (ДПКН)⁷, вступление в силу в 2006 году Конвенции ЮНЕСКО об охране нематериального культурного наследия (Конвенция о нематериальном культурном наследии)⁸ и вступление в силу в 2004 году Международного договора о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства (МДГРРПВСХ).

4. Конференция Сторон решила продвигать выполнение задач 7 (в составе элемента 4), 10 (в составе элемента 6) и 12 (в составе элемента 7) Многолетней программы работы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции о биологическом разнообразии с учетом изменений в решении X/43 (пересмотренная программа работы). В пункте 2 решения XI/14 С Конференция Сторон поручила Исполнительному секретарю заказать три исследования соответственно по задачам 7, 10 и 12 при условии наличия финансовых ресурсов, **для определения того, каким образом реализация этих задач может наиболее эффективно содействовать работе, проводимой в рамках Конвенции и Нагойского протокола**, с учетом работы соответствующих органов. В пункте 3 Сторонам, правительствам, соответствующим международным организациям и коренным и местным общинам было предложено представить мнения о проектах исследований.

5. Для работы в рамках имеющихся ресурсов и во избежание параллелизма и дублирования, а также в интересах гармонизации задач и с учетом текущей работы как в отношении систем sui generis, так и в отношении терминов и определений, Исполнительный секретарь заказал одно исследование по трем задачам. В свете последних событий, отмеченных выше, а также того факта, что прошло более десяти лет со времени утверждения программы работы Конференцией Сторон в 2000 году, исследование дает возможность пересмотреть задачи и организовать предложенную работу на основе, носящей более взаимодополняющий характер.

6. Проект исследования был распространен для сетевого обзора в период с 12 июня по 12 июля 2013 года. Замечания и предложения по внесению дополнений и поправок представили в первой партии материалов, полученных в ответ на призыв Исполнительного секретаря о

⁴ Приложение I к решению X/1.

⁵ Приложение к решению X/2.

⁶ Приложение к решению X/42.

⁷ 13 сентября 2007 года.

⁸ Ссылка на текст 2003 года <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540r.pdf>

представлении материалов (апрель/май 2013 года), Австралия, Бразилия, Китай, Европейский Союз и его государства-члены, организации коренных и местных общин и неправительственные организации (UNEP/CBD/WG8J/8/INF/6). Во второй партии материалов, полученных в ответ на проект доклада в июле 2013 года, мнения представили правительства Бангладеш, Бразилии, Индии, Литвы (поддержанной государствами-членами Европейского Союза), а также Всемирная организация интеллектуальной собственности и Ассамблея первых народов Канады ((UNEP/CBBD/WG8J/8/INF/6/Add.1). Эти замечания включены в окончательный проект экспертного исследования, который распространяется в качестве документа UNEP/CBD/WG8J/8/INF/5.

7. Одно исследование по задачам 7, 10 и 12 обеспечивает максимальную эффективность благодаря значительному совпадению этих трех задач, а также параллелизму с другой текущей работой в рамках Рабочей группы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции. В задаче 12 содержится призыв Рабочей группе по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции разработать руководящие принципы для оказания содействия Сторонам и правительствам в деле создания соответствующих законодательных и других механизмов (таких как национальные планы действий) для осуществления статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции². В задаче 12 конкретно указано, что эти механизмы могут включать системы *sui generis*.

8. Задачи 7 и 10 предусматривают конкретные действия, которые могут логически вписываться в широкие рамки задачи 12. В задаче 7 содержится призыв к Рабочей группе разработать руководящие принципы для соответствующих инициатив, например в сфере законодательства, с тем чтобы а) коренные и местные общины получали справедливую и равную долю благ, вытекающих из использования и применения их знаний, нововведений и практики; и б) учреждения, заинтересованные в таких знаниях, получали "предварительное обоснованное согласие"¹⁰ коренных и местных общин¹¹, среди прочих вопросов. В задаче 10 Рабочей группе поручено разработать стандарты, касающиеся представления данных и предупреждения противоправного присвоения традиционных знаний и связанных с ними генетических ресурсов¹². Логически работа, предусмотренная задачами 7 и 10, могла бы вписываться в подзадачи, которые предстоит изучить при разработке задачи 12, касающейся руководящих указаний для национальных механизмов по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции.

9. Рассматривая задачи в этом свете, можно видеть, что работа в рамках их мандата может подразделяться на три основные категории, которые могут наилучшим образом способствовать достижению целей Конвенции и Нагойского протокола:

² Конкретно задача 12 предусматривает следующее: "Рабочей группе – разработать руководящие принципы для оказания содействия Сторонам и правительствам в деле создания соответствующих законодательных и других механизмов для осуществления статьи 8 j) и соответствующих положений (которые могут включать системы *sui generis*), а также определения на международном, региональном и национальном уровнях соответствующих основных терминов и концепций, используемых в статье 8 j) и соответствующих положениях, что обеспечивало бы признание, охрану и полную гарантию прав коренных и местных общин в отношении их традиционных знаний, нововведений и практики в контексте Конвенции".

¹⁰ В следующих решениях КС, среди прочих, исходное положение программы работы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции (приложение к решению V/16) о том, что доступ к традиционным знаниям "должен осуществляться на основе предварительного обоснованного согласия или предварительного обоснованного утверждения", трактуется как "предварительное обоснованное согласие" – (решения VI/10, VII/16, в том числе в Руководящие принципы Агуэй-гу, VIII/5, IX/13).

¹¹ В задаче 7 говорится: "Исходя из задач 1, 2, и 4 Рабочей группе – разработать руководящие принципы для создания механизмов, законодательства или иных соответствующих инициатив, с тем чтобы: i) коренные и местные общины получали справедливую и равную долю выгод, вытекающих из использования и применения их знаний, нововведений и практики; ii) частные и государственные учреждения, заинтересованные в использовании таких знаний, практики и нововведений, получали предварительное обоснованное согласие коренных и местных общин; iii) улучшалось выявление обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, в которых применяются такие знания, нововведения и практика и связанные с ними генетические ресурсы".

¹² Задача 10 предписывает "Специальной рабочей группе – разработать стандарты и руководящие принципы, касающиеся представления данных и предупреждения противоправного присвоения традиционных знаний и связанных с ними генетических ресурсов".

а) предотвращение противоправного присвоения/незаконного присвоения традиционных знаний или несанкционированного доступа к ним;

б) обеспечение соблюдения права коренных и местных общин в связи с получением их предварительного и обоснованного согласия или одобрения в отношении их традиционных знаний, нововведений и практики; и

с) обеспечение того, чтобы коренные и местные общины получали справедливую и равную долю благ, вытекающих из использования и применения их знаний, нововведений и практики¹³.

10. Если Рабочая группа примет эти три категории или цели в качестве приоритетных, она получит возможность выполнить объединенный мандат задач 7, 10 и 12 так, чтобы наилучшим образом способствовать достижению некоторых целей Стратегического плана в области сохранения и устойчивого использования биоразнообразия на 2011-2020 годы, в частности целевой задачи 18 по сохранению и устойчивому использованию биоразнообразия, принятой в Айти (о традиционных знаниях) и целевой задачи 16 (о Нагойском протоколе).

11. Экспертное исследование направлено на изучение трех целей, рассмотренных выше, с учетом соответствующей работы и работы, уже проделанной в каждой области, а также должно предложить рекомендации для оказания содействия Рабочей группе в поиске процедурного и дополнительного решения по продвижению вперед. В докладе предлагается вариант действий относительно остальных подзадач, включая улучшение выявления обязательств стран происхождения (традиционных знаний), а также Сторон и правительств, где такие знания используются (в рамках задачи 7) и основные термины и понятия (в рамках задачи 12). Каждая из этих трех задач может вписываться в рамки систем *sui generis*, и, следовательно, подходы *sui generis* для охраны, сохранения и популяризации традиционных знаний рассматриваются в контексте каждой из этих категорий, а не как отдельный самостоятельный вопрос. Данный подход может также способствовать согласованию текущей работы Рабочей группы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции в отношении систем *sui generis* для охраны, сохранения и популяризации традиционных знаний.

12. С учетом пересмотренного экспертного исследования, а также мнений и материалов, полученных в процессе коллегиальной оценки, в разделе I настоящего документа содержится обзор традиционных знаний и охраны *sui generis* в целях содействия контекстуализации контексте работы, предусмотренной в рамках задач 7, 10 и 12. В разделе II вниманию Рабочей группы предлагаются возможные цели, с тем чтобы продвинуться в решении задач 7, 10 и 12, в том числе в подразделе D раздела II относительно оставшихся действий (обязательных) в рамках задач 7 и 12¹⁴. В разделе III содержатся некоторые выводы, а в разделе IV предложены некоторые проекты рекомендаций для рассмотрения Рабочей группой. Стороны, возможно, пожелают использовать проект рекомендаций в качестве основы, внося другие элементы из экспертного исследования по мере необходимости и целесообразности.

I. ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ И СИСТЕМЫ SUI GENERIS

Системы sui generis и задачи 7, 10 и 12

¹³ В данном докладе также будут рассмотрены остальные аспекты задачи 7 (улучшение выявления обязательств стран происхождения, Сторон и правительств, в которых применяются такие знания) и задачи 12 (определение на международном, региональном и национальном уровнях соответствующих основных терминов и концепций, используемых в статье 8j) и соответствующих положениях и гарантирующих права коренных и местных общин в отношении традиционных знаний).

¹⁴ Рабочей группе – разработать руководящие принципы для создания механизмов, законодательных или других соответствующих инициатив для обеспечения улучшения выявления обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, в которых применяются такие знания, нововведения и практика и связанные с ними генетические ресурсы, и определения соответствующих основных терминов и концепций, используемых в статье 8j) и соответствующих положениях Конвенции.

13. Термин "sui generis" – латинское выражение, которое означает "в своем роде" и используется для обозначения концепции или идеи, отличающейся уникальностью и не допускающей ее включение в состав более крупного целого. Термин используется в юриспруденции для обозначения независимой категории в рамках правовой классификации, стоящей отдельно в силу ее специфичности или порождаемых ею особых прав или положений.

14. Как указано в записке Исполнительного секретаря о задачах 7, 10 и 12 пересмотренной Многолетней программы работы (UNEP/CBD/WG8J/7/4¹⁵), системы sui generis можно рассматривать как средство выполнения задач 7, 10 и 12, "поскольку целью задачи 7 является обеспечение того, чтобы коренные и местные общины получали справедливую и равную долю благ, вытекающих из использования их традиционных знаний, на основе предварительного обоснованного согласия или одобрения и взаимосогласованных условий совместного использования выгод на справедливой и равной основе". Системы sui generis основаны на признании того факта, что знания и соответствующие ресурсы коренных и местных общин являются коллективной собственностью и, следовательно, системы sui generis могут обеспечить защиту против претензий третьих сторон в отношении прав интеллектуальной собственности на традиционные знания. Перечисленные категории или цели выходят в целом за рамки многих существующих систем права, но могут вписываться в системы sui generis, поскольку они способны предложить коренным и местным общинам средства для:

a) контроля за доступом к их знаниям, нововведениям и практике, их раскрытию и использованию (называются традиционными знаниями);

b) предоставления их коллективного предварительного обоснованного согласия/утверждения в отношении любого доступа к традиционным знаниям, их раскрытию и использованию;

c) обеспечения того, чтобы они получали справедливую и равную долю благ, вытекающих из использования и применения их традиционных знаний, нововведений и практики;

d) обеспечения непрерывного использования традиционных знаний, нововведений и практики на основе обычая и предотвращения негативных воздействий на них;

e) содействия в межпоколенческой передаче и традиционном обмене традиционными знаниями и в их применении на традиционных землях и водах путем устойчивого использования на основе обычая;

f) обеспечения передачи обязательств, вытекающих из обычного права, потенциальным пользователям традиционных знаний (то есть на основе общинных протоколов или процессов и взаимосогласованных условий)¹⁶.

15. Альтернативный подход к охране традиционных знаний предусматривает использование или адаптацию существующей системы прав интеллектуальной собственности (ПИС). Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС) охватывает несколько областей ПИС, которые могут быть актуальны для данной проблемы, включая защиту изобретений с помощью патентов, авторских прав и товарных знаков. Некоторые государства¹⁷ провели с определенной степенью успеха реформу законодательства об авторском праве и патентах, с тем чтобы защита распространялась на традиционные знания, а также во

¹⁵ UNEP/CBD/WG8J/7/4, п. 11

¹⁶ Разработка элементов систем sui generis для охраны традиционных знаний, нововведений и практики для выявления приоритетных элементов, п. 21, UNEP/CBD/WG8J/7/3.

¹⁷ Например, Австралия и Новая Зеландия.

избежание распространения механизмов защиты авторских прав и патентов, что могло бы оказаться оскорбительным для коренных и местных общин.

16. Однако традиционные знания сложно интегрировать в существующую систему прав интеллектуальной собственности (ПИС), поскольку они не поддаются и не удовлетворяют требованиям обычных систем интеллектуальной собственности, таких как те, что регулируют авторские права, патенты, товарные знаки и конструкторские разработки¹⁸. Обычная система ИС основана на четырех ключевых допущениях:

a) существует возможность с достоверностью определить владельцев или создателей знаний;

b) существует возможность провести четкое разграничение между "новыми" и "старыми" знаниями;

c) те, кто создает "новые" знания, движимы прежде всего перспективами будущего вознаграждения и в обмен на такое вознаграждение будут готовы поделиться своими знаниями с обществом; и

d) система ПИС адекватным образом вознаграждает разработчиков "новых" знаний, гарантируя им исключительное и ограниченное сроками использование таких знаний в обмен на предоставление знаний обществу.

17. Однако традиционные знания опровергают эти четыре ключевых основополагающих допущения системы ИС¹⁹, поскольку:

a) традиционные знания находятся в коллективной собственности общин и во многих случаях широко совместно используются, что затрудняет выявление эксклюзивных владельцев²⁰;

b) традиционные знания в целом часто не находятся "в собственности" в общепринятом смысле, но их разработка и владение и обмен ими осуществляются на коллективной основе, в соответствии с нормами и законами обычного права²¹;

c) традиционные знания во многих случаях являются комплексными²² и развиваются органично, что затрудняет разграничение "новых" и "старых" знаний;

d) традиционные знания неразрывно связаны с образом жизни – их разработка не определяется перспективами личного вознаграждения, но, напротив, осуществляется с учетом потребностей общества; и

¹⁸ См. Oguamanam, Chidi, The Collection of Traditional Knowledge: Toward a Cross-Cultural Dialogue on Intellectual Property Rights, Australian Intellectual Property Journal 15:1 (2004), стр. 35 (где говорится, что приведение традиционных знаний в соответствие с конвенциональными системами интеллектуальной собственности не учитывает того факта, что практически во всех культурах существуют свои протоколы защиты знаний).

¹⁹ "Интеллектуальная собственность, генетические ресурсы, традиционные знания и традиционные выражения культуры", размещено по адресу http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/ru/tk/933/wipo_pub_933.pdf.

²⁰ В п. 13 Кодекса этического поведения Тгаривейиери указано, что "ресурсы и знания коренных и местных общин могут находиться в коллективном или в личном владении." (Жирный шрифт добавлен.) Однако в тех случаях, когда традиционные знания находятся в личном владении, необходимость системы *suī generis* перестает быть актуальной. Это связано с тем, что стандартные механизмы ИС способны решить проблему традиционных знаний, по крайней мере, в части, которая находится в личном владении.

²¹ Это не означает, что у коренных и местных общин полностью отсутствует концепция владения традиционными знаниями. Вместо этого "[б]иологические ресурсы культурного наследия более тесно связаны с понятиями опеки и родства, а не отчуждаемым имуществом и ресурсами". Документ UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, "Сводный доклад о положении дел и тенденциях в области знаний, нововведений и практики коренных и местных общин: преимущества и ограничения реестров", подготовленный Престоном Хардисоном (доклад Хардисона), в §11.) (UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9).

²² Документ UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, "Сводный доклад о положении дел и тенденциях в области знаний, нововведений и практики коренных и местных общин: преимущества и ограничения реестров", подготовленный Престоном Хардисоном (доклад Хардисона), в §10. (UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9).

е) совместное использование традиционных знаний и обмен ими укрепляет и связывает общину, причем правила, регулирующие их использование, основаны не на "правах собственности", а на "обязанностях или обязательствах сбалансированного управления";

ф) коренные и местные общины считают свои права на знания неотъемлемыми и находящимися в их бессрочном владении для будущих поколений;

г) традиционные знания часто передаются между поколениями в определенном социальном контексте получателем, заслужившим право на приобретение знаний, с соответствующими обязательствами.

18. Таким образом, сложность обеспечения охраны традиционных знаний в соответствии с законодательством о правах интеллектуальной собственности (ИС) проистекает главным образом из того факта, что традиционные знания часто не отвечают требованиям охраны, которые предусмотрены действующим законодательством о правах интеллектуальной собственности. Например, интеллектуальная собственность должна быть новой, оригинальной, инновационной или уникальной, чтобы отвечать требованиям охраны. В случае традиционных знаний, которые обычно находятся в коллективной собственности, передаются из поколения в поколение, (могут быть) широко доступны или считаются всеобщим достоянием, данные требования затрудняют получение охраны ИС. Ограничения, налагаемые ПИС, нередко проявляются только после их применения к традиционным знаниям. Также важно помнить о том, что даже после многих лет обсуждения и дискуссий в рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), нет согласия относительно определения традиционных знаний.

19. Предлагаемое сейчас ВОИС "рабочее определение" традиционных знаний предусматривает следующее:

"Традиционные знания" как общее описание предмета, как правило, включают интеллектуальное и нематериальное культурное наследие, практику и системы знаний традиционных общин, в том числе коренных и местных общин (традиционные знания в широком смысле или *lato sensu*). Иными словами, традиционные знания в широком смысле охватывают содержание знаний как таковых, а также традиционные формы выражения культуры, в том числе отличительные знаки и символы, связанные с традиционными знаниями".

В рамках международного обсуждения "традиционные знания" в узком смысле означают собственно знания, в частности знания, являющиеся результатом интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, и включают ноу-хау, практику, навыки и нововведения. Традиционные знания можно найти в самых разнообразных контекстах, включая сельскохозяйственные знания, научные знания, технические знания, экологические знания, медицинские знания, в том числе соответствующие лекарственные и лечебные средства, и знания, касающиеся биоразнообразия, и т.п.²³.

20. В докладе Исполнительного секретаря (UNEP/CBD/WG8J/5/6²⁴), подготовленном для пятого совещания Рабочей группы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции, описание традиционных знаний включает их культурные, временные и пространственные аспекты. Культурный аспект традиционных знаний описывает культуру и ценности общины, временной аспект традиционных знаний указывает на их межпоколенческий характер и их постепенную адаптацию к меняющимся реалиям общины, тогда как

²³ WIPO/GRTKF/IC/25/INF/7 (Глоссарий ключевых терминов, касающихся интеллектуальной собственности и генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных форм выражения культуры, подготовленный ВОИС), размещен по адресу http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=237902.

²⁴ UNEP/CBD/WG8J/5/6 (Разработка элементов систем *sui generis* для охраны традиционных знаний, нововведений и практики для выявления приоритетных элементов) стр.4, размещено по адресу [http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8\(j\)-05/official/wg8\(j\)-05-06-en.pdf](http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8(j)-05/official/wg8(j)-05-06-en.pdf).

пространственный аспект традиционных знаний связывает их с территорией общины или с землями и водами, традиционно занимаемыми и используемыми общиной.

21. Кроме того, характер традиционных знаний относится к культурному наследию²⁵, обеспечивая коллективно владение ими и регулирование обычным правом. Концепции собственности, легко применимые к другим видам знаний, не всегда действуют в отношении традиционных знаний, которые находятся в коллективной собственности даже в тех случаях, когда в общине есть лица, являющиеся их хранителями.

22. Различие между традиционными знаниями и другими видами знаний наиболее очевидно, когда речь заходит об их невзаимозаменяемом характере²⁶. Традиционные знания неразрывно связаны с общиной, и во многих отношениях сама сущность общины ассоциируется с ними²⁷. Использование традиционных знаний общиной обычно является конкретным и сопровождается нормами обычного права. Отсутствие взаимозаменяемости традиционных знаний ограничивает их оборотоспособность на рынке, благодаря чему они отличаются от других форм знаний, которые могут свободно использоваться и обращаться без каких-либо ограничений²⁸. Так, некоторые традиционные священные символы, такие как маски, резные изделия и картины, несмотря на их массовое производство для туристического рынка, не могут использоваться покупателями таким образом, который оскверняет такой символ, вызывая возмущение общины, для которой данный символ является священным.

23. Традиционные знания не являются "традиционными" из-за своей древности, но скорее в силу их связи с самобытностью "общины"²⁹. Традиционные знания являются динамичными, и "община" или "общинные связи" возникают и подкрепляются благодаря обращению и росту знаний, находящихся в коллективной собственности. Таким образом, *охрана* традиционных знаний отличается от *сохранения* традиционных знаний, потому что в первом случае требуется охрана чего-то, что живет и растет в соответствии с динамикой коллективного использования и обмена в рамках общины³⁰. Таким образом, сущность охраны традиционных знаний заключается в охране общинного образа жизни и практическое применение таких знаний, скорее всего, в рамках устойчивого использования на основе обычая. Данная концепция лежит в основе статьи 8j), мандат которой заключается в обеспечении уважения, сохранения, поддержания и поощрения знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, **отражающих традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биоразнообразия**. Таким образом, в статье 8j) по сути также содержится обязательство охранять и поддерживать традиционный образ жизни (имеющий значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия). Следовательно, вопрос политики, который следует задать в контексте Конвенции о биологическом разнообразии до осуществления каких-либо действий в отношении охраны традиционных знаний, заключается в следующем: *Каким образом усилия по охране традиционных знаний подтверждают образ жизни общины, воплощающий в себе такие традиционные знания?*

²⁵ Бразилия: раздел II, п. 15: "ТЗ как культурное наследие" – в качестве примера можно отметить, что в соответствии с бразильским законодательством (MP 2186-16, ст. 8, § 2), традиционные знания, связанные с генетическими ресурсами, являются частью культурного наследия Бразилии и могут подлежать регистрации. Английский перевод законодательства Бразилии можно найти по следующему адресу: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/mp2186i.pdf.

²⁶ Radin, Margaret Jane (1987) "Market inalienability", *Harvard Law Review* 100 (8): 1849-1937 – **Взаимозаменяемость** – это качество изделия или товара, отдельные единицы которого могут заменять друг друга, например, сырая нефть, акции компании, облигации, драгоценные металлы или валюты.

²⁷ Так, неразрывная связь между традиционными знаниями и генетическими ресурсами признается в пунктах преамбулы Нагойского протокола.

²⁸ UNEP/CBD/WG8J/6/2/Add.3 §36 ("Наглядным примером проблем, которые могут возникать в результате такого столкновения различных восприятий, служит то, что коренные и местные общины повсеместно не воспринимают свое биологически-культурное наследие как отчуждаемые "ресурсы", но чаще считают его частью священного наследия, регулируемого обычным правом и конкретно определяющего пределы его приемлемого использования").

²⁹ UNEP/CBD/WG8J/6/2/Add.3 §35 ("Совершенно очевидно, что такие знания собираются и поддерживаются коренными и местными общинами на основе долголетнего опыта, приобретаемого в одном определенном месте. Они также определяют и ориентируют тот или иной особый образ жизни. Традиционные знания как таковые невозможно отделить от культурных и экологических условий, в которых они развиваются").

³⁰ Hyde, Lewis, *The Gift: Imagination and the Erotic Life of Property*, Random House: New York, 1983

II. ВОЗМОЖНЫЕ ЦЕЛИ ДЛЯ РАБОЧЕЙ ГРУППЫ ОТНОСИТЕЛЬНО ЗАДАЧ 7, 10 И 12

A. *Цель 1. Представление данных и предупреждение противоправного присвоения традиционных знаний и связанных с ними генетических ресурсов (задача 10)*

24. В статье 8j) Конвенции содержится призыв к Сторонам "уважать, сохранять, поддерживать и поощрять³¹ знания, нововведения и практику коренных и местных общин". В преамбуле Нагойского протокола содержится ссылка "на актуальность статьи 8j) Конвенции применительно к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, и к совместному использованию на справедливой и равной основе выгод от применения таких знаний". В пункте 5 статьи 5 Нагойского протокола предусмотрено, что Стороны "принимают в зависимости от обстоятельств законодательные, административные или политические меры для обеспечения совместного использования на справедливой и равной основе выгод от применения традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, с коренными и местными общинами, являющимися носителями таких знаний".

25. Путем разработки "стандартов и руководящих принципов, касающиеся представления данных и предупреждения противоправного присвоения традиционных знаний и связанных с ними генетических ресурсов", как это предусмотрено в 10 задач, Рабочая группа будет содействовать работе по Конвенции, поскольку представление данных и предупреждение противоправного присвоения традиционных знаний будет способствовать обеспечению уважения, охраны, сохранения и поддержания знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, а также поощрять продвижение таких знаний на основе согласия или одобрения носителей знаний. Она также будет участвовать в работе, ведущейся в рамках Нагойского протокола, поскольку будет способствовать использованию выгод от применения традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, на справедливой и равноправной основе с коренными и местными общинами, а также, возможно, участвовать в мониторинге³² за применением традиционных знаний.

26. Прежде всего следует отметить, что задача 10 способна вызвать некоторую путаницу в связи с упоминанием "традиционных знаний и связанных с ними генетических ресурсов". Данная конкретная терминология не используется в Конвенции или в Нагойском протоколе. Терминология, используемая в Конвенции, содержит "знания, нововведения и практику коренных и местных общин, отражающие традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия" (статья 8j)), в то время как в Нагойском протоколе дано более узкое определение, ограничивающее традиционные знания "традиционными знаниями, связанными с генетическими ресурсами"³³. Рабочей группе рекомендуется принять решение о направленности задачи 10 в данном контексте. Внимательно ознакомившись с формулировкой задачи 10, можно заметить, что термин "генетические ресурсы" отвечает предъявляемым требованиям (относится к тем, которые связаны с традиционными знаниями), тогда как термин "традиционные знания" им не отвечает. Поэтому также рекомендуется, чтобы Рабочая группа применяла задачу 10 в широком смысле к категории, изложенной в статье 8 j) Конвенции, то есть знания, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, также как в настоящее время генетические ресурсы рассматриваются в Нагойском протоколе. Кроме того, следует отметить, что термин "противоправное присвоение" не определяется в Конвенции или в Нагойском протоколе. В контексте генетических ресурсов Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору Всемирной

³¹ Поощрять с одобрения и при участии носителей знаний.

³² Отмечая, что в статье 17 лишь упоминается мониторинг использования генетических ресурсов.

³³ Данное различие между Конвенцией и Нагойским протоколом косвенно признается в документе UNEP/CBD/WG8J/7/4 (задачи 7, 10 и 12 пересмотренной Многолетней программы работы), §9.

организации интеллектуальной собственности рассматривает следующее определение незаконного присвоения:³⁴

"Под незаконным присвоением понимается [приобретение], [использование] генетических ресурсов [и] [или] связанных с ними традиционных знаний без [добровольного] [предварительно обоснованного] согласия [тех, кто наделен полномочиями давать [такое] согласия] [компетентных органов] на такое [приобретение], [использование], [[в соответствии с национальным законодательством] [страны происхождения или страны, предоставляющей генетические ресурсы]]."³⁵

27. До настоящего времени Рабочая группа не рассматривала определение "противоправного присвоения". Признается, что определение данного термина носит спорный характер³⁶ и может иметь различные последствия для разных Сторон и в различных национальных обстоятельствах. Под тем или иным "противоправным" действием понимается такое действие, которое нарушает национальное законодательство или, возможно, применяемое внутри страны международное законодательство. Стороны, возможно, пожелают рассмотреть альтернативные термины, например, "незаконное присвоение" или "несанкционированный доступ", которые получили определенное одобрение внутри ВОИС и МСОП. В качестве альтернативы Рабочей группе было бы полезно обсудить параметры, которые могут служить доказательством противоправного присвоения, возможно, сосредоточившись на концепции предварительно обоснованного согласия. Определение таких параметров может помочь уточнить рамки задачи 10. Поэтому Рабочей группе рекомендуется принять решение о согласованном использовании определений, связанных с такими задачами, особенно в свете задачи 10, а также выяснить, есть ли потребность в разработке общего понимания термина "противоправное присвоение", или же, по возможности, заменить его термином "незаконное присвоение"³⁷ традиционных знаний или "несанкционированный доступ" к ним, чтобы содействовать реализации задачи 10.

28. На практике, своевременное и точное представление отчетности о противоправном присвоении традиционных знаний является важным аспектом предупреждения подобного противоправного присвоения. Вместе с тем, как отмечалось в "Исследовании незаконного присвоения МСОП": "Процесс первоначального получения информации дает пример более общей проблемы, связанной с ДИВ — процедуры поиска информации о проблемах ДИВ и использовании ГР". В "Исследовании незаконного присвоения МСОП" описаны трудности получения информации о противоправном присвоении и отмечается, что "если вы не располагаете конкретной информацией по той или иной претензии в отношении незаконного присвоения, ее поиск может оказаться невозможным"³⁸.

29. В настоящее время не существует централизованного механизма, который позволял бы коренным и местным общинам сообщать о противоправном присвоении традиционных знаний. Поэтому Рабочей группе рекомендуется рассмотреть возможность применения международного механизма и/или национальных механизмов, которые позволят коренным и местным общинам сообщать о потенциальном противоправном присвоении традиционных знаний. Один из вопросов для рассмотрения Рабочей группой связан с тем, что коренным и местным общинам часто не осведомлены о факте противоправного присвоения. Тем не менее, возможно, коренным и местным общинам будет полезно иметь канал для сообщения о противоправном присвоении, например, через портал информации о традиционных знаниях КБР или другие механизмы. Стороны могут

³⁴ Также рассматривалось определение в отношении традиционных знаний в целом, см. WIPO/GRTKF/IC/7/5 (Защита традиционных знаний: Общий обзор целей политики и основных принципов).

³⁵ WIPO/GRTKF/IC/23/WWW/230222 (Обобщенный документ, касающийся интеллектуальной собственности и генетических ресурсов, 2-я ред.). Концепция незаконного присвоения также обсуждается в WIPO/GRTKF/IC/25/INF/7 (Глоссарий ключевых терминов, касающихся интеллектуальной собственности и генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных форм выражения культуры, подготовленный ВОИС).

³⁶ UNEP/CBD/WGABS/4/INF/6 (Анализ претензий в отношении "несанкционированного доступа и незаконного присвоения генетических ресурсов и связанных с ними традиционных знаний") (в дальнейшем, "Исследование незаконного присвоения МСОП").

³⁷ Отмечая, что ВОИС не согласовал еще рабочего определения термина "незаконное присвоение".

³⁸ Исследование Янга, МСОП.

предусмотреть аналогичный механизм на национальном уровне. Подобные механизмы могут, как минимум, содействовать мониторингу использования (или ненадлежащего использования) традиционных знаний и, как максимум, могут включать механизмы соблюдения или средства сдерживания несанкционированного доступа.

30. В том, что касается предотвращения противоправного присвоения традиционных знаний, Кодекс этического поведения Тгаривейиери 2010 года (приложение к документу UNEP/CBD/COP/DEC/X/42) имеет особо актуальное значение. Согласно Кодексу этического поведения Тгаривейиери, "Следует уважать право коренных и местных общин коллективно или иным образом охранять свое культурное и интеллектуальное наследие, как материальное, так и нематериальное"³⁹. Это согласуется с целевой задачей 18 по сохранению и устойчивому использованию биоразнообразия, принятой в Айти, в которой содержится призыв уважать традиционные знания на всех соответствующих уровнях к 2020 году, а также содействует осуществлению ДПКН, признающей, "что уважение знаний, культуры и традиционной практики коренных народов способствует устойчивому и справедливому развитию и надлежащей заботе об окружающей среде" (преамбула), а также со *статьей 31.1*, в которой говорится:

Коренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своего культурного наследия, традиционных знаний и традиционных форм культурного выражения, а также проявлений их научных знаний, технологий и культуры, включая людские и генетические ресурсы, семена, лекарства, знания свойств фауны и флоры, традиции устного творчества, литературные произведения, рисунки, спорт и традиционные игры и изобразительное и исполнительское искусство. Они имеют также право на сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такое культурное наследие, традиционные знания и традиционные формы выражения культуры.

31. Важным элементом в обеспечении охраны, сохранения, поддержания и поощрения традиционных знаний коренных и местных общин является предотвращение противоправного присвоения таких знаний. Рабочая группа приняла к сведению, что "общины более всего оскорбляет не столько экономическое, сколько культурное и духовное посягательство", поскольку "духовные ценности и верования тесно взаимосвязаны с нормами обычного права, касающимися прав и обязанностей в отношении биологических ресурсов, или же они выражаются в таких нормах"⁴⁰.

32. Кодекс этического поведения Тгаривейиери содержит ряд принципов, которые в случае применения могут воспрепятствовать противоправному присвоению традиционных знаний. Например, он требует прозрачности и полного раскрытия информации, предварительно обоснованного согласия и/или одобрения и участия, а также справедливого и равноправного совместного использования выгод.

33. В пункте 23 Кодекса этического поведения Тгаривейиери также говорится, что "следует прилагать усилия по репатриации для облегчения репатриации информации, чтобы облегчать восстановление традиционных знаний о биологическом разнообразии". Важно отметить, что незаконное присвоение генетических ресурсов и связанных с ними традиционных знаний, возможно, уже имело место в прошлом в широких масштабах, и такие генетические ресурсы и связанные с ними традиционные знания часто находятся в музеях и зоологических и ботанических садах. Некоторые комментаторы отмечали, что "[к] сожалению, такие старые коллекции создают основу для дальнейшего коллекционирования без вежливого запроса о разрешении на подобную

³⁹ Кодекс этического поведения Тгаривейиери, §13.

⁴⁰ UNEP/CBD/WG8J/5/6.

деятельность", и полагали, что "признание факта незаконного присвоения было бы важным шагом на пути к укреплению доверия и сотрудничества"⁴¹.

В. Цель 2. Обеспечение соблюдения права коренных и местных общин в связи с получением их добровольного, предварительного и обоснованного согласия в отношении их традиционных знаний (задача 7)

34. В задаче 7 содержится призыв к Рабочей группе разработать руководящие принципы для создания механизмов, законодательства или иных соответствующих инициатив в целях обеспечения того, чтобы: i) коренные и местные общины получали справедливую и равную долю выгод, вытекающих из применения их знаний, нововведений и практики; ii) частные и государственные учреждения, заинтересованные в использовании таких знаний, практики и нововведений, получали предварительное обоснованное согласие коренных и местных общин; iii) улучшалось выявление обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, в которых применяются такие знания, нововведения и практика и связанные с ними генетические ресурсы.

35. Все три категории в задаче 7 непосредственным образом относятся к мандату задачи 10, т.е. к разработке "стандартов и руководящих принципов, касающихся представления данных и предупреждения противоправного присвоения традиционных знаний и связанных с ними генетических ресурсов, и будут важными элементами задачи 12. В случае противоправного присвоения традиционных знаний коренные и местные общины столкнутся с трудностями в получении справедливой и равной доли благ, вытекающих из использования таких традиционных знаний. Если предварительное обоснованное согласие или одобрение коренных и местных общин получено до присвоения их традиционных знаний, вероятность противоправного присвоения таких знаний уменьшается. Поэтому обязательства стран происхождения, а также пользователей традиционных знаний, могут включать представление данных и предупреждение противоправного присвоения традиционных знаний.

36. Центральное место среди этих трех категорий занимает концепция предварительного обоснованного согласия. Следует отметить, что в задаче 7 говорится исключительно об *использовании* традиционных знаний, без упоминания *доступа*. Однако один из общих принципов программы работы состоит в том, что "[д]оступ к традиционным знаниям, нововведениям и практике коренных и местных общин должен предоставляться по предварительному обоснованному согласию или с предварительного обоснованного одобрения тех, кто обладает такими знаниями, нововведениями и практикой"⁴². Поэтому было бы логичным такое прочтение задачи 7, при котором предварительное обоснованное согласие относилось бы и к доступу, и к использованию традиционных знаний. Если в отношении доступа и использования традиционных знаний коренных и местных общин получено их предварительное обоснованное согласие, это будет способствовать справедливому и равноправному совместному использованию выгод, а также поможет предотвратить противоправное присвоение.

37. Хотя в тексте Конвенции отсутствует конкретное упоминание предварительного обоснованного согласия (ПОС)⁴³ в контексте коренных и местных общин, данный принцип может подразумеваться в формулировке статьи 8j), согласно которой "в соответствии с положениями национального законодательства, более широкое применение знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, которые имеют значение

⁴¹ Meyer, H., et al. Нагойский протокол регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения: Предпосылки и анализ (2013), на стр. 2, размещен по адресу http://www.evb.ch/cm_data/Nagoya_Protocol_complete_final.pdf.

⁴² Приложение к документу UNEP/CBD/COP/5/23.

⁴³ В документах Конвенции как правило используется термин "предварительное обоснованное согласие", в отличие от "добровольного, предварительного и обоснованного согласия". Однако в пункте 11 Кодекса этического поведения Тгаривейири уточняется, что "предварительное обоснованное согласие" не должно быть "результатом принуждения, насилия или манипуляций". Таким образом, термин "предварительного обоснованное согласие", используемый в документах КБР, а также в настоящем докладе, можно понимать как включающий условие его добровольного получения. По причинам, рассматриваемым в настоящем документе, предлагается, что Рабочая группа может считать эти фразы взаимозаменяемыми.

для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, должно осуществляться только "с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики"⁴⁴, а также трактуется и отражен в последующих решениях V/16, VI/10 и VII/16, связанных со статьей 8j).

38. Важно отметить, что в Нагойском протоколе предусмотрено, что в соответствии с положениями внутригосударственного права каждая Сторона принимает соответствующие меры с целью обеспечения того, чтобы доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, носителями которых являются коренные и местные общины, осуществлялся с предварительного и обоснованного согласия или одобрения и при участии данных коренных и местных общин (статья 7). Поэтому можно утверждать, что Конвенция и Нагойский протокол, наряду с другими документами, "обеспечивают[ет] нормативно-правовую основу для предварительного и обоснованного согласия"⁴⁵.

39. Кроме того, Добровольные руководящие принципы Агуэй-гу проведения оценок культурных, экологических и социальных последствий 2004 года⁴⁶ и Кодекс этического поведения Тгаривейиери 2010 года⁴⁷ содержат положения в отношении предварительного обоснованного согласия или одобрения и участия. Например, Кодекс этического поведения Тгаривейиери гласит, что:

Любые мероприятия/взаимодействие, связанные с традиционными знаниями, относящимися к сохранению и устойчивому использованию биологического разнообразия, которые реализуются в священных местах, на землях и акваториях, традиционно занимаемых или используемых коренными и местными общинами или могут оказывать воздействие на них и на определенные группы людей, следует осуществлять при предварительном обоснованном согласии и/или одобрении и участии коренных и местных общин. Такое согласие или одобрение не должно быть результатом принуждения, насилия или манипуляций⁴⁸.

40. Рабочая группа рассмотрела "предварительное обоснованное согласие" как "процедуру, посредством которой национальные правительства либо коренные или местные общины (в зависимости от обстоятельств), должным образом получившие всю необходимую информацию, разрешают или запрещают доступ к своим биологическим ресурсам и нововведениям и практике, связанным с традиционными знаниями, на взаимосогласованных условиях справедливости, уважения и достаточной компенсации"⁴⁹. Данное определение ссылается на доклад о работе Международного семинара по вопросам методологий обеспечения добровольного, предварительного и обоснованного согласия и коренных народов, проведенного при содействии Постоянного форума Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов (Международный семинар по докладу ДПОС)⁵⁰. Приведенная выше ссылка Рабочей группы отражает важнейшие компоненты добровольного, предварительного и информированного согласия, сформулированные на Международном семинаре по докладу ДПОС, где перечислены следующие элементы добровольного, предварительного и обоснованного согласия:

- Добровольное означает отсутствие принуждения, угроз или манипуляций.

⁴⁴ Пункт 18 документа WG8(j)/1/2. Из заявления Рабочей группы однозначно следует, что принцип добровольного, предварительного и обоснованного согласия выражается в различных формулировках. В статье 8j) говорится об "одобрении и участии".

⁴⁵ E/C.19/2005/3.

⁴⁶ Решение VII/16F.

⁴⁷ Приложение к решению X/42..

⁴⁸ Кодекс этического поведения Тгаривейиери, §11.

⁴⁹ Приложение II к документу UNEP/CBD/WG8J/4/7.

⁵⁰ E/C.19/2005/3.

- *Предварительное* означает, что деятельность по получению согласия была начата за достаточное время до санкционирования или начала деятельности, а также принятие во внимание временных требований к процессам консультации/согласования с коренными народами.
- *Обоснованное* означает, что предоставляемая информация охватывает (как минимум) следующие аспекты:
 - характер, объем, темп, обратимость и сферу применения любого предлагаемого проекта или деятельности;
 - причину(-ы) или цель(-и) проекта и/или деятельности;
 - продолжительность проекта и/или деятельности;
 - расположение территорий, которые будут затронуты;
 - предварительную оценку возможного экономического, социального, культурного и экологического воздействия, включая потенциальные риски и совместное использование выгод на справедливой и равной основе с учетом принципа предосторожности;
 - персонал, который, возможно, будет участвовать в осуществлении предлагаемого проекта (в том числе представители коренных народов, частного сектора, исследовательских учреждений, государственные служащие и другие);
 - процедуры, которые может повлечь за собой проект.
- *Согласие*⁵¹.

41. Важно иметь в виду, что в условиях культурного, правового и политического разнообразия коренных народов, местных общин и государств не существует универсального ответа на все вопросы, связанные с обеспечением ПОС. Напротив, общины или государства от имени общин все шире применяют координированный набор разнообразных мер по защите традиционных знаний, который включает использование действующих законов ИС в отношении патентов, торговых знаков, географических указаний, промышленного дизайна и коммерческой тайны, чтобы противодействовать ненадлежащему использованию и незаконному присвоению своих традиционных знаний, а также поощрять разработку общинных протоколов в общинах.

42. В то же время некоторых государства вместе с общинами также начали вносить *sui generis* корректировки в существующие законы ИС, а также разрабатывать новые системы *sui generis* для защиты своих традиционных знаний. Факт остается фактом — ни одна форма правовой защиты не в состоянии заменить развитое обычное право и социальные системы, которые защищают традиционные знания на общинном уровне.

43. Предварительное обоснованное согласие касается профилактической и положительной защиты традиционных знаний, которые обсуждались выше. ВОИС отмечала, что защита на основе "принципа добровольного, предварительного и обоснованного согласия в контексте интеллектуальной собственности может означать профилактическую защиту, которая позволяет предупреждать любое использование традиционных знаний и, в частности, приобретение прав интеллектуальной собственности в отношении традиционных знаний и их дериватов без предварительного согласия общины"⁵². Она "может также поддерживать положительные формы защиты, при которых, например, община наделяется правом разрешать такое любое использование или коммерческое применение своих знаний — как самой общиной, так и третьей стороной, —

⁵¹ На стр. 9 Международного семинара по докладу ДПОС дано следующее описание понятия согласия: "Консультации и участие — неотъемлемые компоненты процесса получения согласия. Консультации должны проводиться добросовестно. Стороны должны выстроить диалог, позволяющий им найти подходящие решения в атмосфере взаимного уважения и на добросовестной основе, при полном и равном участии. Для консультаций необходимо время и эффективная система взаимодействия между заинтересованными сторонами. Представители коренных народов должны иметь возможность участвовать посредством своих собственных, выбранных на свободной основе представителей, а также учреждений обычного права или иных структур. Включение гендерной перспективы и участие аборигенных женщин имеют существенное значение, равно как и участие детей и молодежи, если это будет необходимо. Данный процесс может включать вариант отказа в предоставлении согласия". Таким образом, важно различать между данной многоплановой концепцией согласия, основанной на широком диалоге на самых ранних этапах, и более упрощенной и однозначной концепцией права налагать "вето".

⁵² E/C.19/2005/3.

которое будет обеспечивать общине финансовые и прочие выгоды"⁵³. Такие формы защиты необязательно взаимно исключают друг друга, и решения о выборе профилактической или положительной защиты, или же их сочетания должно приниматься только заинтересованными общинами⁵⁴. Выбор способа надлежащего получения предварительного обоснованного согласия конкретных коренных и местных общин будет зависеть от основанной на обычаях практике каждой отдельно взятой общины.

С. Цель 3. Обеспечить гарантии того, что коренные и местные общины справедливым образом совместно используют выгоды, извлекаемые из их традиционных знаний (задача 7)

44. Одной из трех основных заявленных целей Конвенции в соответствии со статьей 1 является совместное использование выгод от применения генетических ресурсов на справедливой и равной основе. Статья 15 Конвенции гласит, что такое совместное использование должно осуществляться на взаимно согласованных условиях. В пункте 5 статьи 5 Нагойского протокола предусмотрено, что "Каждая Сторона принимает в зависимости от обстоятельств законодательные, административные или политические меры для обеспечения совместного использования на справедливой и равной основе выгод от применения традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, с коренными и местными общинами, являющимися носителями таких знаний. Такое совместное использование выгод осуществляется на взаимосогласованных условиях".

45. Некоторые Стороны и правительства изучили способы рассмотрения традиционных знаний в своем национальном законодательстве⁵⁵. Кроме того, страны избирали различные подходы к доступу и использованию выгод (ДИВ). В целом, такие подходы подразделяются на две категории: прямые платежи коренным и местным общинам или выплаты в трастовые фонды, управляемые от имени коренных и местных общин.

46. В соответствии с законом Коста-Рики о ДИВ⁵⁶, например, заявитель, намеревающийся проводить фундаментальные исследования или биоразведку, должен принять на себя обязательство "отчислять до 50% роялти в пользу Национальной системы природоохранных территорий, общин, землевладельцев или структурам *ex situ*, в зависимости от того, где осуществляется фактический доступ к ресурсам"⁵⁷. С другой стороны, в Южно-Африканской Республике Совет по научным и промышленным исследованиям в 2003 году достиг соглашения с южно-африканским советом народа сан о выплате роялти за продажи соединения, выделенного из растения худия, которое сан обычно используют для подавления голода. "Деньги будут выплачиваться в трастовый фонд, созданный СНПИ и южно-африканским советом народа сан, в целях повышения уровня жизни и благосостояния народа сан в Южно-Африканской Республике"⁵⁸.

47. Элементы надлежащей процедуры в отношении соглашений о справедливом и равноправном совместном использовании с общинами выгод от применения их традиционных знаний (и генетических ресурсов) приведены в устанавливающем стандарты докладе за 1999 год шведского ученого Совета по биологическому разнообразию. В докладе отмечалось, что определение "справедливого и равноправного совместного использования выгод" является неисчерпывающим и всеобъемлющим, но тем не менее должно включать следующие минимальные условия.

⁵³ E/C.19/2005/3.

⁵⁴ E/C.19/2005/3.

⁵⁵ Например, закон Перу *sui generis* о защите традиционных знаний.

⁵⁶ Постановление о доступе к генетическим и биохимическим ресурсам и элементам биоразнообразия (Постановление правительства № 31514-MINAE).

⁵⁷ Международный институт генетических ресурсов растений, Целевые исследования доступа и использования выгод (2006), стр. 12 (курсив добавлен).

⁵⁸ Международный институт генетических ресурсов растений, Целевые исследования доступа и использования выгод (2006), стр. 144.

*Совместное использование выгод на справедливой и равной основе:*⁵⁹

- а) должно способствовать укреплению положения менее влиятельной стороны/сторон на всех уровнях в отношениях совместного использования, в том числе за счет обеспечения: – равного доступа к информации, – эффективного участия всех соответствующих субъектов деятельности, – создания потенциала, – привилегированного доступа к новой технологии и продуктам;
- б) должно способствовать или, как минимум, не препятствовать достижению двух других целей Конвенции: сохранению биологического разнообразия и устойчивому использованию его компонентов;
- с) не должно противоречить существующим формам совместного использования выгод на справедливой и равной основе, в том числе традиционным механизмам совместного использования выгод;
- д) должно уважать основные права человека;
- е) должно уважать системы ценностей и правовые системы различных культурных образований, в том числе обычное право и системы интеллектуальной собственности коренных общин;
- ф) должно обеспечивать возможность демократического и значимого участия в принятии политических решений и в обсуждении условий договоров всех субъектов деятельности, в том числе субъектов деятельности на местном уровне;
- г) должно быть достаточно прозрачным, чтобы все стороны, и в особенности местные и коренные общины, одинаково хорошо понимали процесс и имели достаточно времени и возможностей для принятия обоснованных решений (эффективное предварительное обоснованное согласие, ПОС);
- h) не должно необоснованно ограничивать доступ к неконкурентным товарам и ресурсам;
- і) в случае договорных отношений должно включать положения относительно независимой оценки третьей стороны, призванной обеспечить проведение всех операций на взаимосогласованных условиях (ВСУ) после получения предварительного обоснованного согласия (ПОС);
- ј) в случае договорных отношений должно предусматривать идентификацию происхождения генетических ресурсов и сопряженных с ними знаний⁶⁰.
- к) в случае договорных отношений должно обеспечивать общедоступность информации в отношении согласованных условий.

D. Остаточные действия в рамках задач 7 и 12⁶¹

Выявление обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, в которых применяются такие знания, нововведения и практика и связанные с ними генетические ресурсы

48. В отношении традиционных знаний в подзадаче iii) задачи 7 Рабочей группе поручается разработать руководящие принципы для создания механизмов, законодательства или иных соответствующих инициатив в целях обеспечения того, чтобы улучшалось выявление обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, в которых применяются такие знания, нововведения и практика и связанные с ними генетические ресурсы. В этом отношении при решении задачи 7 iii) важно принимать в расчет положения Нагойского протокола, и частности статьи 16, озаглавленной "*Выполнение положений национального законодательства или*

⁵⁹ "Справедливость и равенство – распределение выгод от использования генетических ресурсов и традиционных знаний", доклад шведского ученого Совета по биологическому разнообразию, сентябрь 1999 года, Мари Бистрём и др.

⁶⁰ В норвежском Законе о патентах от 2004 года содержится также требование об обязательном раскрытии в патентных заявках происхождения биологического материала и также сведений о том, потребовала ли страна происхождения получить предварительное и обоснованное согласие и выдала ли она его. Обязательства о раскрытии информации были распространены также на традиционные знания в 2009 году.

⁶¹ Рабочая группа должна разработать руководящие принципы для создания механизмов, законодательных или других соответствующих инициатив для обеспечения улучшения выявления обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, в которых применяются такие знания, нововведения и практика и связанные с ними генетические ресурсы, и определения соответствующих основных терминов и концепций, используемых в статье 8j) и соответствующих положениях Конвенции.

регулятивных требований, регулирующих доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, в отношении традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами," и предусматривающей, что:

1. Каждая Сторона принимает соответственно случаю надлежащие эффективные и соразмерные законодательные, административные или политические меры для обеспечения того, чтобы доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, которые используются в пределах ее юрисдикции, осуществлялся в соответствии с предварительным обоснованным согласием или с одобрения и при участии коренных и местных общин и чтобы были установлены взаимосогласованные условия, как определено в национальном законодательстве, регулирующем доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, или в регулятивных требованиях другой Стороны, где находятся такие коренные и местные общины.

2. Каждая Сторона принимает надлежащие, эффективные и соразмерные меры для урегулирования ситуаций несоблюдения мер, принятых в соответствии с вышеприведенным пунктом 1.

3. Стороны сотрудничают, насколько это возможно и целесообразно, в случаях предполагаемого нарушения национального законодательства или регулятивных требований, регулирующих доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, о которых говорится в вышеприведенном пункте 1.

49. В этой связи рекомендуется при рассмотрении руководящих указаний в рамках пункта iii) задачи 7 учитывать положения Нагойского протокола и опираться на достигнутые результаты в осуществлении задач 10 и 12.

Определения соответствующих основных терминов и концепций, используемых в статье 8j) и соответствующих положениях Конвенции

50. В задаче 12 говорится о разработке определений соответствующих основных терминов и концепций, используемых в статье 8j) и соответствующих положениях Конвенции. Для достижения прогресса и во избежание дублирования функций необходимо рассмотреть историю данного вопроса. В пункте 4 решения VII/16 Н Конференция Сторон поручила Исполнительному секретарю подготовить глоссарий терминов, относящихся к статье 8j) и соответствующим положениям Конвенции для рассмотрения на четвертом совещании Специальной межсессионной рабочей группы открытого состава по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции. В пункте 10 решения XI/14 Е Конференция Сторон приняла рекомендации Рабочей группы: предложить Сторонам изучить термины и определения, разработанные во исполнение пункта 4 решения VII/16 Н, и поручить Исполнительному секретарю пересмотреть термины и определения, включая предложенные дополнительные термины и определения, и предложить проект глоссария терминов на рассмотрение восьмого совещания Рабочей группы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции⁶².

51. Документ UNEP/CBD/WG8J/7/INF/1/Add.1⁶³, подготовленный к седьмому совещанию Рабочей группы отражает развитие вопроса определений в рамках пункта повестки дня о системах *sui generis* с 2004 года до июля 2011 года. В документе приведены определения "обычного права", "предварительного обоснованного согласия" и "традиционных знаний", а также других терминов. В документе UNEP/CBD/WG8J/7/3⁶⁴ содержится ряд определений/терминов, относящихся к статье 8j) и соответствующим положениям Конвенции, которые были собраны из различных источников, включая ПФВКН ООН и ВОИС. Поскольку переговоры по данному документу еще не были

⁶² Статья 8j) и соответствующие положения Конвенции (UNEP/CBD/COP/DEC/XI/14).

⁶³ Выдержки, отражающие развитие вопроса определений в рамках пункта повестки дня о системах *sui generis* Рабочей группы по осуществлению статьи 8j) и соответствующих положений Конвенции (UNEP/CBD/WG8J/7/INF/1/Add.1, приложение).

⁶⁴ Элементы систем *sui generis* для охраны традиционных знаний, нововведений и практики (UNEP/CBD/WG8J/7/3, приложение).

проведены, сохраняется некоторое дублирование в определениях, содержащихся в этих двух документах.

52. Кроме того, некоторые соответствующие определения уже были разработаны в контексте других решений и процессов Конвенции. Так, в разделе II руководящих принципов Агуэй-гу, озаглавленном "Использование терминов", наряду с другими терминами приведены определения "обычного права" и "традиционных знаний".

53. На данном этапе Рабочая группа могла бы существенно продвинуться по этому аспекту задачи 12, рассмотрев условия, уже принятые в рамках Конвенции, и проанализировав уже проделанную до настоящего времени работу в рамках Рабочей группы в отношении определений с последующим обобщением выводов в единый документ. Таким образом, в интересах обеспечения взаимодополняемости, данный документ может быть сопоставлен с работой МКГР ВОИС, который разработал Глоссарий ключевых терминов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний⁶⁵. Принимая во внимание деятельность ВОИС, следует отметить, что работа Конвенции над терминами и определениями не должна идти вразрез с аналогичными разработками в ВОИС, и следует стремиться к согласию с их результатами, одновременно признавая различия в полномочиях и контексте деятельности двух организаций.

54. При рассмотрении терминов и определений Рабочей группе следует помнить о цели использования определений, которая предполагает согласованность и четкость. Определения должны вписываться в рамки полномочий Конвенции и должны иметь отношение к задачам 7, 10 и 12. Они должны быть зависимыми от условий, а не абсолютными по своей сути, и учитывать динамический характер знаний и обычаев коренных и местных общин. Определения могут отличаться в зависимости от стран и условий. В некоторых случаях может быть достаточно перечней общих характеристик или рабочих определений. В конечном счете, определения должны утверждать права коренных и местных общин на их традиционные знания, обеспечивая гарантии предварительного обоснованного согласия, справедливого и равноправного совместного использования выгод, а также исключать возможность незаконного присвоения традиционных знаний коренных и местных общин. И наконец, необходимо получить согласие коренных и местных общин с окончательно утвержденными терминами и определениями. Стороны, вероятно, пожелают рассмотреть параметры такого перечня и возможность его более четкого определения в качестве глоссария (в контексте статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции).

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

55. Как отмечено выше и как признано в решении XI/14 С, несколько значительных событий происшедших с тех пор, как программа работы была принята в первый раз, вполне обосновывают пересмотр задач 7, 10 и 12. В число данных событий входит принятие Нагойского протокола, Кодекса этического поведения Тгаривейиери и Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, вступление в силу Конвенции ЮНЕСКО о нематериальном культурном наследии, а также принятие решений Конференцией Сторон, в которых был сформулирован пересмотренный Стратегический план в области сохранения и устойчивого использования биоразнообразия на 2011-2020 годы и целевые задачи по сохранению и устойчивому использованию биоразнообразия, принятые в Айти, включая целевую задачу 18 о традиционных знаниях и устойчивом использовании на основе обычая.

56. Кроме того, в результате текущей работы других соответствующих международных органов, таких как Межправительственный комитет ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору, Постоянный форум Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов и ЮНЕСКО, были внесены ценные вклады в дело уважения, сохранения и поддержания традиционных знаний. В их число входит Проект статей ВОИС по охране традиционных знаний и ее глоссарий ключевых терминов, проект набора

⁶⁵ Глоссарий ключевых терминов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний, подготовленный ВОИС, 2011 (WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/2).

инструментальных средств ВОИС для документирования традиционных знаний⁶⁶, руководящие указания касательно предварительного обоснованного согласия Постоянного форума Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов и Чэндунские рекомендации ЮНЕСКО.

57. По мере продвижения вперед международных переговоров Стороны все шире признают права коренных и местных общин на их традиционные знания. Например, обуславливающая формулировка в статье 8 j), которая ставит осуществление статьи в зависимость от условия "соблюдения своего (Стороны) национального законодательства", была несколько видоизменена в Нагойском протоколе на "в соответствии с положениями внутригосударственного права"⁶⁷. В статье 6 Протокола предусмотрено, что "В соответствии с положениями внутригосударственного права каждая Сторона принимает соответствующие меры с целью обеспечения того, чтобы доступ к генетическим ресурсам осуществлялся с предварительного обоснованного согласия или одобрения и при участии коренных и местных общин, когда они обладают установленным правом предоставлять доступ к таким ресурсам".

58. Традиционные знания сложно внедрить в существующую систему прав интеллектуальной собственности, поскольку они не поддаются и не отвечают требованиям охраны в рамках обычных систем интеллектуальной собственности. Аспект неизмеримости традиционных знаний, факт их зачастую коллективной принадлежности, а не обязательно "владения" ими в типичном смысле интеллектуальной собственности и практические трудности, связанные с обеспечением денежной компенсации за их использование, являются соображениями, которые Рабочей группе следует иметь в виду при рассмотрении задач 7, 10 и 12 и при осуществлении статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции и положений Нагойского протокола.

59. Опираясь на широкую формулировку, изложенную в задаче 12, и на более конкретную терминологию задач 7 и 10, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность сосредоточения внимания на трех основных категориях: а) предотвращение противоправного присвоения традиционных знаний/незаконного завладения ими или несанкционированного доступа к ним; б) гарантии соблюдения права коренных и местных общин касательно получения их предварительного и обоснованного согласия или одобрения в отношении их традиционных знаний, нововведений и практики; и с) гарантии получения коренными и местными общинами справедливой и равной доли выгод от использования и применения их традиционных знаний, нововведений и практики.

60. В целях оказания содействия более эффективному осуществлению задач 7, 10 и 12 важно согласовать используемую в них терминологию с той, что используется в Конвенции, в Нагойском протоколе и в решениях Конференции Сторон.

61. И наконец, принимая во внимание международную структуру прав коренных и местных общин на их традиционные знания, принципиально важно обеспечивать дальнейшую разработку законов и политики в области традиционных знаний при эффективном участии коренных и местных общин и с включением в эти законы и политики подхода с позиций коллективных прав, обеспечивающего соблюдение норм обычного права..

IV. РЕКОМЕНДАЦИИ

62. Приводимый ниже проект рекомендаций подготовлен в качестве структуры для Сторон, и в нем предлагается процедурный способ продвижения вперед, в котором учитывается текущая и постоянная работа и избегаются параллелизмы и дублирование работы.

63. Сторонам предлагается использовать данную структуру, учитывая при этом экспертное исследование по теме "Как реализация задач 7, 10 и 12 пересмотренной программы работы по

⁶⁶ См.: <http://www.wipo.int/tk/en/resources/tkdocumentation.html>

⁶⁷ См. статью 7 Нагойского протокола.

осуществлению статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции могла бы наилучшим образом содействовать работе, проводимой в рамках Конвенции и Нагойского протокола" (UNEP/CBD/WG8J/8/INF/5), в качестве основы для работы по определению способов наиболее эффективного дальнейшего осуществления рабочего задания, предусмотренного в задачах 7, 10 и 12.

64. Специальная рабочая группа открытого состава по осуществлению статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции, возможно, пожелает рекомендовать, чтобы Конференция Сторон приняла решение в соответствии с приводимым ниже текстом:

Конференция Сторон,

отмечая экспертное исследование по теме "Как реализация задач 7, 10 и 12 могла бы наилучшим образом содействовать работе, проводимой в рамках Конвенции и Нагойского протокола",

отмечая желательность согласования терминологии по всему тексту программы работы по осуществлению статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции и в рамках Конвенции,

ссылаясь на решение IX/13 С о соображениях, касающихся разработки руководящих принципов документирования традиционных знаний,

также отмечая, что на данный момент не существует централизованного механизма для представления коренными и местными общинами сообщений о противоправном присвоении традиционных знаний, незаконном завладении ими или несанкционированном доступе к ним,

1. *постановляет осуществлять* задачи 7, 10 и 12 комплексным образом через посредство разработки Руководящих указаний, которые будут оказывать содействие Сторонам и правительствам в разработке законодательных норм или других механизмов, включая национальные планы действий (сообразно обстоятельствам), для эффективного осуществления статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции, в которых обеспечивается признание, защита и полная гарантия прав коренных и местных общин на их традиционные знания, нововведения и практику в контексте Конвенции;

2. *постановляет* включить следующие подзадачи в приводимом порядке очередности:

Этап I

Приоритетная работа по пересмотренным задачам 7, 10 и 12.

Рабочая группа должна разработать руководящие указания с тем, чтобы:

- i) гарантировать частным и государственным учреждениям, заинтересованным в использовании таких знаний, практики и нововведений, получение предварительного обоснованного согласия соответствующих коренных и местных общин; и
- ii) гарантировать коренным и местным общинам получение справедливой и равной доли выгод от использования и применения их знаний, нововведений и практики;
- iii) установить стандарты по предотвращению противоправного присвоения знаний, нововведений и практики коренных и местных общин или несанкционированного доступа к ним и по представлению сведений о таких деяниях;

/...

Этап II

Рабочая группа, возможно, пожелает изучить вопрос о продолжении работы по следующим подзадачам с учетом наработок по вышеприведенным приоритетам i), ii) и iii), включая:

- iv) разработки по выявлению обязательств стран происхождения, а также Сторон и правительств, где используются такие знания, нововведения и практика;
- v) разработка и утверждение глоссария соответствующих ключевых терминов и концепций для использования в контексте статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции;

3. для обеспечения своевременного вклада таких разработок в эффективное осуществление Конвенции, Стратегического плана в области сохранения и устойчивого использования биоразнообразия на 2011-2020 годы и целевых задач по сохранению и устойчивому использованию биоразнообразия, принятых в Айти, а также Нагойского протокола *постановляет* рассмотреть и принять руководящие указания, разработанные в рамках каждой подзадачи, в качестве отдельного, но дополняющего элемента общей задачи;

4. *предлагает* Сторонам, правительствам, соответствующим международным организациям и коренным и местным общинам представить в секретариат свои мнения по подзадачам i), ii) и iii);

5. *порукает* Исполнительному секретарю обобщить и проанализировать данные мнения с учетом соответствующей работы, проводимой в рамках смежных международных процессов, разработать проект руководящих указаний по подзадачам i), ii) и iii) и распространить его для изучения на девятом совещании Рабочей группы по осуществлению статьи 8 j) и соответствующих положений Конвенции.
