

## № 7

## Обычное право и традиционные знания\*

Нормы обычного права имеют огромное значение для сохранения самобытности коренных народов и местных общин и для определения прав, обязанностей и обязательств членов общины в отношении важных аспектов их жизни, культуры и мировоззрения. Нормы обычного права могут касаться использования природных ресурсов и доступа к ним, прав и обязанностей в отношении земель, наследования и имущества, духовной жизни, сохранения культурного наследия и систем знаний и многих других вопросов.

Дальнейшее использование норм обычного права может иметь решающее значение для долговременного поддержания активной интеллектуальной, культурной и духовной жизни и приумножения наследия коренных народов и местных общин, которые также требуют проявления различных форм уважения к существующим обычаям и признания норм обычного права за рамками их общин, например в случае притязаний на землю и природные ресурсы. Это может также порождать сложные проблемы в государственном праве отдельных стран.

Аналогичные проблемы могут возникать в случае коллизии между основанными на обычаях законами и практикой и нормами договорного права в области интеллектуальной собственности и при определении надлежащих способов охраны традиционных знаний от незаконного использования и присвоения.

В этой записке будут рассмотрены вопросы, касающиеся обычного права, традиционных знаний и интеллектуальной собственности. В данном контексте понятие «традиционные знания» используется в широком смысле, охватывая как содержание самих знаний, так и традиционные выражения культуры.

## Что такое обычное право?

Обычное право – это комплекс обычаев, практики и верований, которые принимаются коренными народами и местными общинами в качестве обязательных норм поведения. Обычное право составляет неотъемлемую часть их социальных и экономических систем и образа их жизни.

Обычное право характеризует именно то, что оно состоит из набора обычаев, которые признаются и коллективно соблюдаются общиной, народом, племенем, этнической или религиозной группой. Это отличает его от писаного права, которое является творением той или иной установленной политической власти и применение которого находится в руках этой власти, как правило, государства.

## Каким образом обычное право защищает традиционные знания?

Можно сказать, что знания являются «традиционными» в силу именно того факта, что они создаются, поддерживаются и распространяются в контексте обычая или традиции и передаются от поколения к поколению и зачастую этот контекст определяется и формируется обычным правом. Таким образом, при обсуждении вопроса об охране традиционных знаний даже такой простой вопрос, как «Что подразумевается под этим термином?», может потребовать понимания обычного права. Это – одна из причин, по которой коренные народы и местные общины постоянно настаивают на том, что меры по охране традиционных знаний от незаконного использования и присвоения должны основываться на соблюдении и обеспечении исполнения норм их обычного права.

\* При подготовке этой справочной записки использовались ранее опубликованные материалы, особенно документы по специальным вопросам, подготовленные Секретариатом ВОИС, и исследования д-ра Брендана Тобина и г-на Родриго де ла Круза (см. «Дополнительные материалы»).



WIPO

ВСЕМИРНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ  
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ  
СОБСТВЕННОСТИ

Таким образом, обычное право является одним из потенциальных элементов цельного подхода, который может включать обычаи, нормы и протоколы обычного права в качестве составной части более широкого набора инструментов по охране традиционных знаний. В число таких инструментов могут входить существующие системы интеллектуальной собственности, адаптированные системы интеллектуальной собственности с элементами *sui generis* и новые автономные системы *sui generis*, а также такие инструменты, не связанные с интеллектуальной собственностью, как правовые нормы, регулирующие торговую практику и нанесение маркировки, нормы, определяющие ответственность, использование контрактов, регулирование доступа к генетическим ресурсам, и средства правовой защиты, основанные на таких противоправных деяниях (деликтах), как необоснованное обогащение, права на публичность и богохульство.

Основными характерными чертами обычного права являются, в частности, его законность, гибкость и адаптивность. В одних странах оно признается в качестве источника права, в других – его роль сводится к осуществлению внутренней автономии или самоуправления коренными народами и местными общинами, а во многих странах обычное право еще не получило официального признания.

В целом, обычное право может выступать в качестве:

- основной правовой базы или источника права при отстаивании юридических прав общины на традиционные знания;
- фактологического элемента при установлении коллективных прав общины на традиционные знания;
- одного из элементов определения традиционных знаний или же может использоваться для установления связи между знаниями и общиной, что имеет определяющее значение в концепции «традиционных знаний»;
- средства определения или выявления процедур, которыми следует руководствоваться при получении «свободного, предварительного и информированного согласия» общины на доступ к традиционным знаниям и/или на их использование;
- основания для конкретных прав пользователей или исключений в случаях нераспространения действующих правовых ограничений на дальнейшее использование традиционных знаний общиной и ее практику;
- руководства при расследовании факта оскорбления или причинения ущерба культуре или духовности той или иной общины в результате незаконного использования традиционных знаний;
- определяющего или руководящего принципа при выяснении того, как обеспечить справедливое распределение в общине выгод от использования традиционных знаний;
- способа определения соответствующих средств правовой защиты, санкций или реституции после нарушения прав на традиционные знания;
- метода урегулирования споров в отношении прав собственности или иных форм распоряжения традиционными знаниями; и
- руководящего принципа при передаче прав на традиционные знания от поколения к поколению.

## Обычное право и охрана традиционных знаний как вида интеллектуальной собственности

Между обычным правом и охраной традиционных знаний как вида интеллектуальной собственности существует непростая взаимосвязь. Коренные народы и местные общины как особые общества часто вырабатывают различные нормы управления, которые, среди прочего, могут регулировать потоки знаний и инноваций таким образом, чтобы это отражало связанные со знаниями ценности данного коренного народа или местной общины. Отличаясь от систем охраны интеллектуальной собственности, эти механизмы регулирования тем не менее считаются не менее эффективными в плане защиты интересов местного новатора.

Носители традиционных знаний, когда они пытались получить доступ к официальным системам охраны интеллектуальной собственности, которые основываются на документоёмких, кодифицированных и управляемых государством структурах и процедурах, зачастую сталкивались с немалыми трудностями. Многие коренные народы и местные общины не располагают ресурсами, письменными записями и признаваемыми во внешнем мире представительными структурами управления, которые помогали бы им осуществлять контроль над своими традиционными знаниями, что не позволяет носителям знаний обеспечивать их эффективную охрану от незаконного присвоения или добываться позитивной охраны интеллектуальной собственности.

Кроме того, в обычном праве и обычной практике может, например, действовать требование о сохранении традиционных знаний в тайне, тогда как раскрытие информации является составной частью главного принципа патентного права. Без обеспечения раскрытия всей информации об изобретении патент на это изобретение является недействительным. Кроме того, патент основанный на традиционных знаниях, даже если он и получен, обеспечивает их охрану лишь в течение ограниченного времени, что может быть недостаточной гарантией сохранения знаний, которые передаются от поколения к поколению.

В то же время обычное право может использоваться вместе с формальными системами интеллектуальной собственности для восполнения некоторых пробелов в системе охраны традиционных знаний. Например, нормы обычного права, касающиеся наследования, могут определять право владения интеллектуальной собственностью или правосубъектность общины в качестве правообладателя; нормы обычного права, требующие соблюдать конфиденциальность, фактически можно использовать для предотвращения разглашения знаний за пределами традиционного круга; и нормы обычного права, регулирующие использование того или иного священного символа, могут быть использованы как основание для отказа в регистрации третьей стороной данного символа в качестве товарного знака.

В процедурном плане обычное право может определять порядок проведения консультаций, урегулирования споров, согласования конфликтующих претензий и вынесения санкций или применения средств правовой защиты. В принципе, такие процедурные аспекты применимы и к вопросам, которые не входят в традиционную сферу обычного права, – например, при определении справедливого порядка распределения выгод от коммерческого использования традиционных знаний и при распределении долей возмещения ущерба в случае нарушения прав интеллектуальной собственности.

Гораздо более богатый опыт в сфере признания достижений обычного права в других областях, помимо интеллектуальной собственности, позволяет получить представление о тех не используемых возможностях, которые таит в себе право интеллектуальной собственности. В качестве примеров можно привести правовые нормы, регулирующие использование ресурсов и экологическое право, имущественное право и правовые нормы, регулирующие вопросы наследования или правопреемства; применение норм обычного права при урегулировании споров и в области уголовного законодательства, правовые нормы в области контрактов, трастов и общегражданское и семейное право.

## Законы *sui generis* и обычное право

Представители коренных народов и местных общин активно участвовали как в работе Межправительственного комитета ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МКГР), так и в совещаниях по Конвенции о биологическом разнообразии (КБР) (например, совещаниях Специальной рабочей группы открытого состава по статье 8(j) и взаимосвязанным положениям, совещаниях по вопросам доступа и совместного пользования выгодами до принятия Нагойского протокола и совещаниях по Нагойскому протоколу), в ходе которых они призывали создать механизмы охраны традиционных знаний в соответствии с их реалиями, ценностями и обычаями. В работе этих форумов особое внимание уделялось предложениям о создании своего рода механизмов для охраны традиционных знаний, особенно для их защиты от незаконного присвоения. Представители коренных народов и местных общин часто подчеркивали, что их обычаи и практика по существу являются режимами *sui generis*, специально созданными для охраны их традиционных знаний.

На национальном и региональном уровнях в существующих правовых актах *sui generis* по охране традиционных знаний фигурируют различные позитивные положения, касающиеся признания обычного права.

На международном уровне в рамках МКГР в настоящее время проходят переговоры по разработке международно-правового документа или документов для эффективной охраны традиционных знаний. Многие делегации, участвовавшие в работе МКГР, в том числе делегации государств-членов ВОИС и представители коренных народов и местных общин, подчеркивали роль обычного права в этой области.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Эффективную охрану традиционных знаний невозможно обеспечить лишь на международном уровне. Стремление национальных директивных органов содействовать обеспечению такой защиты на международном уровне должно находить свое отражение в принятии соответствующих законов и стратегий по охране традиционных знаний на национальном уровне. Региональные правовые акты и стратегии будут играть важную роль в деле защиты прав на совместное использование традиционных знаний, носителями которых являются коренные народы и местные общины более чем в одном государстве. Для долгосрочной охраны традиционных знаний необходимо обеспечить, чтобы коренные народы и местные общины могли продолжать пользоваться этими знаниями, и содействовать разработке стратегий разумного использования традиционных знаний и созданию управляемых общинами баз данных о

## Признание обычного права в правовых актах *sui generis* по охране традиционных знаний на национальном и региональном уровнях

- Филиппинский закон о правах коренных народов 1997 г. устанавливает «право на возвращение культурной, интеллектуальной, религиозной и духовной собственности», присвоенной, в частности, «в нарушение законов, традиций и обычаев [коренных народов]». Для доступа к знаниям коренных народов необходимо получить предварительное обоснованное согласие в соответствии с нормами обычного права. При возникновении споров «для их урегулирования применяются нормы и практика из области обычного права».
- Одна из целей Перуанского закона №27811 от 24 июля 2002 г. об установлении режима охраны коллективных знаний коренных народов, связанных с освоением биологических ресурсов, состоит в том, чтобы «содействовать справедливому и равноправному распределению выгод, полученных от использования [...] коллективных знаний». В законе признаются нормы и протоколы в области обычного права в контексте совместного пользования выгодами, в частности, в нем говорится, что «коренные народы [...] могут использовать свои традиционные системы для целей распределения выгод». В законе признается также, что соответствующие положения не затрагивают «традиционного обмена коллективными знаниями между коренными народами».
- В нескольких статьях Свакопмунского протокола об охране традиционных знаний и выражений фольклора в рамках Африканской региональной организации интеллектуальной собственности (АРОИС) признается роль норм и практики, основанных на обычаях. В нем также содержится определение таких норм и практики.

традиционных знаниях. Решающее значение для охраны традиционных знаний имеет принятие законодательных актов и стратегий в области развития, которые наделяют коренные народы и местные общины правом осуществлять контроль над своими традиционными знаниями в соответствии с обычным правом.

## Вопросы для рассмотрения в связи с темой «Обычное право и право интеллектуальной собственности»

- Какие проявления взаимосвязи между обычным правом и правом интеллектуальной собственности встречаются на практике? Какие модели в этой области можно было бы изучить?
- Какие уроки можно извлечь из признания обычного права в связи с такими другими (но потенциально взаимосвязанными) областями права, как семейное право, наследственное право, земельное право, конституционное право, права человека и уголовное право, а также урегулирование споров в целом?
- Какой имеется опыт в отношении роли обычного права в вопросах нематериальной собственности и прав и

- обязанностей, связанных с традиционными знаниями?
- Какова признанная роль обычного права в существующих и предлагаемых законах *sui generis* по охране традиционных знаний?
  - Какую роль или роли носители традиционных знаний предпочитают отводить нормам и протоколам в области обычного права:
    - Как основа для устойчивого развития на уровне общин, сохранения самобытности общин и содействия культурному разнообразию?
    - Как особый источник права, который сам по себе имеет обязательную юридическую силу, для членов общины коренного населения и других лиц за пределами общины, в том числе в зарубежных правовых системах?
    - Как фактологический элемент, которым можно руководствоваться при толковании законов и принципов и который применяется и за рамками традиционной сферы действия норм и протоколов обычного права?
    - Как один из компонентов приемлемых с точки зрения культуры методов альтернативного урегулирования споров?
    - Как условие для получения доступа к традиционным знаниям?
    - Как основание для дальнейшего использования прав, признаваемое в качестве исключения или ограничения применительно к любым другим правам на традиционные знания или смежные и производные объекты интеллектуальной собственности?

## Дополнительная литература

Отчет ВОИС о миссиях по установлению фактов, касающихся интеллектуальной собственности и традиционных знаний (1998-1999 гг.), [www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo\\_pub\\_768.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf).

Интеллектуальная собственность и генетические ресурсы, традиционные знания и традиционные выражения культуры: обзор (публикация ВОИС №933), [www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo\\_pub\\_933.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf).

Серия справочных документов, подготовленных ВОИС [www.wipo.int/tk/en/resources/publications.html](http://www.wipo.int/tk/en/resources/publications.html).

Customary Law, Traditional Knowledge and Intellectual Property: An Outline of the Issues, WIPO Secretariat, 2013, [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview\\_customary\\_law.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf).

The Role of Customary Law in Access and Benefit-Sharing and Traditional Knowledge Governance: Perspectives from Andean and Pacific Island Countries, jointly produced by UNU and WIPO, Dr. Brendan Tobin, 2008, [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary\\_law\\_abs\\_tk.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary_law_abs_tk.pdf).

WIPO study on customary law in the Andean region, Rodrigo de la Cruz, 2006, [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study\\_cruz.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study_cruz.pdf).

База данных, содержащая законодательные тексты об охране традиционных знаний и традиционных выражений культуры и законодательные тексты, касающиеся генетических ресурсов, [www.wipo.int/tk/en/legal\\_texts/](http://www.wipo.int/tk/en/legal_texts/).

Межправительственный комитет ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору, [www.wipo.int/tk/en/igc/index.html](http://www.wipo.int/tk/en/igc/index.html).

Всемирная организация  
интеллектуальной собственности  
34, chemin des Colombettes  
P.O. Box 18  
CH-1211 Geneva 20  
Switzerland

Телефон: +41 22 338 91 11  
Факс: +41 22 733 54 28

Контактные данные внешних бюро  
ВОИС приводятся на сайте  
[www.wipo.int/about-wipo/ru/offices/](http://www.wipo.int/about-wipo/ru/offices/)

© WIPO, 2016



Attribution 3.0 IGO license  
(CC BY 3.0 IGO)

Лицензия CC не применяется к той части контента  
настоящей публикации, которая подготовлена не ВОИС.

Художественное оформление титульного листа  
заимствовано из произведения Сюзан Ванджи Ванджи  
«Munupi Mural» / © Susan Wanji Wanji, Munupi Arts and Crafts