

Раздел: ТРИБУНА МОЛОДЫХ УЧЕНЫХ

Научная статья

УДК 347.77

Постколониальная теория и исследование права интеллектуальной собственности

Сергей Александрович Абрамов

Среднерусский институт управления – филиал РАНХИГС,

Орел, Россия

sabramov-16-01@edu.ranepa.ru

<https://orcid.org/0000-0001-6968-033X>

Аннотация. В статье обосновывается перспективность исследования права интеллектуальной собственности (ИС) сквозь призму постколониальной теории, позволяющей рассматривать развитие права ИС вне контекста трендов технологического развития и процессов цифровизации. Помимо теоретического анализа поставленной проблемы автор фокусируется на практическом значении данной теории при построении механизмов правовой защиты традиционных знаний, фольклора и объектов нематериального культурного наследия. Методология исследования опирается на сравнительное правоведение и позволила определить в праве ИС отдельные исторические эпохи в соответствии с основными постулатами постколониальной теории. В рамках эпохи модерна анализируется воздействие исключительных прав и механизмов апроприации на процессы формирования культуры. Автор рассматривает развитие права ИС XX в. с учетом влияния процессов деколонизации. Особое место в статье занимает проблематика мигрантов как субъектов прав ИС и трансграничного оборота объектов интеллектуальных прав, место географических указаний. Автор анализирует отечественную систему ИС в рамках постколониального дискурса. Право географических указаний представляется как уникальная платформа для охраны элементов традиционной культуры народов РФ.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, постколониальная теория, традиционные знания, традиционные выражения

культуры, нематериальное культурное наследие, географические указания, миграция.

Для цитирования: Абрамов С.А. Постколониальная теория и исследование права интеллектуальной собственности // IP: теория и практика. 2023. № 1. С. 25–34.

Original article

Postcolonial theory and the study of intellectual property law

Sergey A. Abramov

RANEPА, Oryol, Russia

sabramov-16-01@edu.ranepa.ru

<https://orcid.org/0000-0001-6968-033X>

Abstract: This article substantiates the prospects of studying intellectual property rights (IP) through the prism of postcolonial theory, which allows to consider the development of IP law outside the context of technological development trends and digitalization processes. In addition to the theoretical analysis of the problem, the author focuses on the practical importance of this theory in building mechanisms of legal protection of traditional knowledge, folklore and intangible cultural heritage objects. The methodology of the study is based on comparative jurisprudence and has allowed to define certain historical epochs in the IP law in accordance with the main postulates of the postcolonial theory. Within this framework the impact of exclusive rights and mechanisms of appropriation of the modern era on the processes of cultural formation is analyzed. The author considers the development of twentieth-century IP law, taking into account the influence of decolonization processes. A special place in the article takes the study of migrants as subjects of IP rights, the problem of cross-border turnover of the objects of intellectual rights, the place of the right of geographical indications. The author focuses the reader's attention on the analysis of the domestic IP system in the postcolonial discourse. The right of geographical indications is presented as a unique platform for the protection of elements of traditional culture of the peoples of the Russian Federation.

Key words: intellectual property law, post-colonial theory, traditional knowledge, traditional cultural expressions, intangible cultural heritage, geographical indications, migration.

For citation: Abramov S.A. Postcolonial theory and the study of intellectual property law // IP: theory and practice. 2023. No. 1. P. 25–34.

Введение

С начала 80-х гг. прошлого века в гуманитарных науках все шире разворачивается постколониальный дискурс. В рамках социологии права критика колониализма как общественных отношений позволяет по-новому рассмотреть различные правоотношения в современном мире.

Ключевым понятием постколониального дискурса для понимания права ИС является культурная апроприация [1, с. 15]. Механизм заимствования элементов одной культуры другой рассматривается в постколониальной теории как сложное явление.

В исторической перспективе культурное заимствование было одним из способов взаимодействия между представителями разных культур для модернизации локальных общественных отношений [2, с. 263]. В этих рамках культура представляла собой коллективную форму передачи опыта и знания следующим поколениям отдельного общества, элементы индивидуализации культурных практик носили единичный характер и имели форму привилегий.

Эпоха модерна [3, с. 6], начавшаяся на стыке XVIII–XIX вв., кардинально изменила смысл культурной апроприации. Теория вознаграждения Джона Локка, сформировавшая европейское право ИС XIX в., индивидуализировала культурную апроприацию с помощью универсальных исключительных прав на ИС. Универсализм права ИС между тем ограничивался пределами европоцентричной цивилизации, первой сформулировавшей параметры новых правоотношений.

Данный водораздел позволяет сформулировать с точки зрения права ИС еще один базовый концепт постколониальной теории. Традиционное общество – общество, чьи правоотношения не предполагают монетизацию исключительных прав ИС [1, с. 21]. Таким образом, правоотношения в современном обществе предполагают защиту исключительных прав на ИС и получение вознаграждения. Отныне культурная апроприация была направлена на монетизацию объектов прав ИС. Сформулированная Сент-Бевом [4, с. 675] культурная индустрия начала свою работу в рамках господствующих на Западе экономических моделей, предполагающих в рамках постколониального дискурса контроль за ресурсами колоний и рынками сбыта.

Основная часть

Эпоха модерна. В условиях стремительно растущего рынка ИС в современном обществе и его отсутствия в традиционном обществе, его участники с помощью культурной апроприации присваивали

исключительные права на элементы, отдельные объекты культуры колонизированных стран.

В качестве примера литературной культурной апроприации можно привести поэму Сэмюэла Тейлора Кольриджа «Кубла-хан, или Видение во сне», опубликованную в 1816 г. Адепты постколониальной теории признают данное произведение апологией ориентализма, романтического течения в западной культуре, авторы которого используют культуру традиционных обществ Востока, в качестве основы для собственных производных произведений [5, с. 51]. Поэма принесла Кольриджу всеобщее признание, заимствованные им образы закрепились в массовом сознании, став позже основой для кинофильмов и музыкальных композиций. Однако романтизм произведения Кольриджа не отражал рефлексии колониальных практик Британской Империи и факт присвоения исключительных прав на объект китайского фольклора.

В изобразительном искусстве, шедшем в фарватере развития прав на литературную собственность, проследить культурную апроприацию можно на примере картины импрессиониста Клода Моне «Японка», на которой в красном кимоно изображена его первая жена Камилла. С позиций постколониальной критики стремление живописца монетизировать интерес к Японии, возникший в Европе XIX в. на фоне заключения Канагавского договора между Японией и США, положившего конец политической и торговой изоляции и ознаменовавшего начало культурной апроприации традиционной японской культуры, воспринимается крайне негативно¹.

В постколониальной музыкальной критике существовало мнение, что под определение культурной апроприации подпадает множество музыкальных произведений. Так, создание Джузеппе Верди «Аиды» (Каир, 1871 г.) связано с контрактом на написание оперы для нового оперного театра в Каире в ознаменование открытия Суэцкого канала, и сюжет был разработан известным французским ученым-египтологом Огюстом Мариеттом по старинной египетской легенде [6]. Таким образом, авторские права на произведение принадлежали представителям традиционного сообщества, однако сам факт обладания ими выводит данный объект ИС за рамки культуры традиционного сообщества. На протяжении первой половины XX в. данная тенденция рецепции права ИС и присоединения к Парижской и Бернской конвенциям традиционных сообществ является результатом процесса модернизации в рамках империализма. Поскольку традиционные сообщества не могли

¹ Cultural appropriation and la japonaise [Электронный ресурс] // Aesthetics and Philosophy of Art for Everyone website: [сайт]. URL:<https://aestheticsforbirds.com/2016/04/15/cultural-appropriation-and-la-japonaise/> (дата обращения: 30.01.2023).

остановить культурную апроприацию своей традиционной культуры, они вынуждены форсировать охрану новых объектов ИС и прав национальных правообладателей.

В рамках постколониального дискурса права ИС империализм [1, с. 33] является практикой установления господствующего в метрополии правового режима на территории традиционных сообществ. Отличие колониализма [1, с. 32] от империализма в том, что, колониализм представляет собой хозяйственную деятельность на территории традиционных сообществ. Введение международной правовой охраны ИС благодаря Парижской и Бернской конвенциям способствовало лишь формированию двух международных контуров (современного глобального Севера и Юга) и никак не сдерживало культурную апроприацию и контрафакцию. Так страны традиционных сообществ (Япония, Перу, Тунис), присоединившихся к первой редакции Бернской конвенции в начале XX в., не имели развитого рынка ИС, не могли отстаивать интересы национальных правообладателей, сдерживать культурную апроприацию.

Эпоха постмодерна. Процесс деколонизации [1, с. 30] в рамках права ИС, начавшийся с создания Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее – ВОИС) в 1967 г., серьезно изменил критерии участия в международной охране ИС. Согласно ст. 5 Конвенции², учреждающей ВОИС, ее членом могло стать государство, не являющееся участником Парижской или Бернской конвенций, но обязательным условием было членство в ООН или приглашение Генеральной Ассамблеи ВОИС. Таким образом традиционные сообщества приобрели право голоса и возможность модернизации своего национального законодательства ИС, что оговаривалось ст. 4 Конвенции ВОИС, предусматривающей юридико-техническую помощь в области ИС для государств – членов. Модернизация правового режима ИС в традиционных сообществах проводилась с учетом Парижской и Бернской конвенций, правовых основ современного сообщества.

Одновременно с этим возникла потребность в адаптации современного права ИС к традиционным сообществам с помощью традиционных знаний (далее – ТЗ) и традиционных выражений культуры (далее – ТВК), поскольку многие объекты культуры традиционных сообществ не являлись охраноспособными, т.к. не удовлетворяли критериям новизны, не имели конкретных правообладателей и т.д. В настоящий момент ТЗ и ТВК не являются кодифицированными объектами ИС в рамках ВОИС.

² Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // WIPO website: [сайт]. URL:<https://wipo.int/ru/text/283807> (дата обращения: 14.01.2023).

Однако идея охраны культурного наследия традиционных сообществ, ранее подвергавшегося культурной апроприации со стороны современных сообществ, оказалась притягательной и выразилась в подписании Конвенции ЮНЕСКО³ по охране нематериального культурного наследия (далее – НКН) в 2003 г. В соответствии со ст.3 Конвенции ВОИС члены организации вправе использовать данное соглашение в качестве механизма охраны ИС.

Подобный шаг означал распространение принципов охраны ТЗ и ТВК (бессрочность, отсутствие критериев новизны, исключительные права, принадлежащие широкому кругу по этническому и географическому признаку и пр.) на прежде неохраноспособные объекты современных сообществ.

Благодаря постколониальному дискурсу произошел сдвиг от практик модернизации ИС традиционных сообществ к совершенствованию охраны традиционных ИС в современных сообществах.

Феномен колониализма в постколониальном дискурсе. Изменение правового статуса колонистов в рамках постколониальной теории происходило параллельно с осмыслением процессов миграции. Колонисты перестают восприниматься в качестве лиц, ведущих культурную апроприацию в традиционных сообществах, и характеризуются как носители культуры метрополии, имеющие права на соответствующие ТВК, ТЗ или НКН. Права ИС мигрантов, как и экс-колонистов, выражаются в защите исключительных прав индивидов в рамках базовых международных соглашений: ст. 14 Конвенции ООН о беженцах 1951 г. и ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах ООН 1966 г. Между тем отсутствие норм о защите коллективных прав традиционных сообществ позволяет заявлять о несовершенстве правового статуса ИС, принадлежащей мигрантам.

Отдельно в постколониальном дискурсе развивается институт географических указаний (далее – ГУ), на который опираются традиционные сообщества для восстановления своей национальной хозяйственной идентичности. В отношении миграционного контекста трансграничный оборот ГУ затруднен. ГУ не может быть переуступлено или передано по лицензии лицу, производящему товары вне определенного места и не принадлежащему к группе уполномоченных производителей. Исключения составляют традиционные гарантированные продукты (далее – TSG) в европейском праве.

В настоящее время в Европейском Союзе ведутся дебаты в отношении расширительной трактовки *sui generis* ГУ.

³ Международная конвенция об охране нематериального культурного наследия от 17.10.2003 [Электронный ресурс] // UNESCO website: [сайт]. URL:https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cultural_heritage_conv.shtml (дата обращения: 14.01.2023).

Модернизация трактовки *sui generis* географических указаний необходима для обоснования защиты в качестве «защищенного наименования места происхождения» / «защищенного географического указания» (protected designation of origin / protected geographical indication) «непищевых» товаров, таких как товары народных художественных промыслов и музыкальные инструменты⁴.

В рамках постколониальной теории профессор Андреа Заппалаглио [7] предлагает рассматривать терруар (совокупность почвенно-климатических признаков) как дуалистическую конструкцию: физический терруар и культурный терруар.

Физический терруар имеет географическое измерение (в него входят почва, климат, наземный ландшафт, взаимосвязь с происхождением товара) и возникает только в отношении продуктов питания.

Культурный терруар представляет собой территорию, где человеческое сообщество создает и накапливает на протяжении своей истории знания и практики. Знания и практика воплощаются в товарах, обуславливая отличительные черты продукции. Культурный терруар представляет собой в большей степени этнографическое понятие, нежели географический термин.

С точки зрения идей профессора Заппалаглио, мигранты (экс-колонисты) – часть определенного культурного терруара вне соответствующего ему физического терруара. Миграция – процесс эрозии взаимосвязи в основе права ГУ.

Очевидно, что дальнейшая гармонизация правового режима ГУ невозможна без решения данного противоречия путем совершенствования практики применения ст. 16.2 и 24ТРИПС, возможного создания нового трансграничного *sui generis* ГУ, по образцу TSG для широкого круга товаров, форсирование права ГУ в рамках миграционного права, правовое регулирование трансграничного использования НКН.

Постколониальная теория и право географических указаний в России. Народные художественные промыслы и фольклор представляют собой неотъемлемое достояние культуры и одну из форм традиционного художественного творчества народов Российской Федерации⁵. И их правовая охрана имеет высокое культурное и государственное значение.

⁴ Regulation of the European Parliament and of the Council on geographical indication protection for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 of the European Parliament and of the Council and Council Decision (EU) 2019/1754 [Электронный ресурс] // The official EU website: [сайт]. URL:https://single-market-economy.ec.europa.eu/system/files/2022-04/COM_2022_174_1_EN_ACT_part1_v4.pdf (дата обращения: 14.01.2023).

⁵ Распоряжение правительства РФ от 29.02.2016 № 326-р «Об утверждении Стратегии государственной культурной политики на период до 2030 года» [Электронный ресурс] // Правительство РФ [сайт]. URL:<http://government.ru/docs/22083/> (дата обращения: 14.01.2023).

Россия не ратифицировала конвенцию ЮНЕСКО об охране нематериального культурного наследия от 17 октября 2003 г., тем не менее российские объекты находятся в репрезентативном списке нематериального культурного наследия человечества ЮНЕСКО: семейская культура, якутский героический эпос олонхо.

Сегодня необходимо вновь проанализировать возможность присоединения России к конвенции в русле недавней ратификации Женевского акта Лиссабонского соглашения о географических указаниях⁶. Подобный шаг открывает перспективы для реализации потенциала коммерческой и культурной валоризации отечественных традиционных технологий, продуктов и фольклора как формы знаний и навыков, связанных с традиционной культурой народов России. Представляется, что отечественные ТЗ и фольклор в полной мере могут претендовать на признание частью нематериального культурного наследия.

Принадлежность России к группе стран Старого мира [8] стала еще более очевидной ввиду недавнего присоединения к Женевскому акту Лиссабонского соглашения.

Границы содержания *sui generis* ТЗ и НМК в российском праве можно найти в Постановлении Правительства РФ от 08.08.2020 № 1195 «О федеральных органах исполнительной власти, уполномоченных выдавать заключения, необходимые для государственной регистрации наименования места происхождения товара (далее – НМПТ. *Прим ред.*) и осуществления юридически значимых действий в отношении зарегистрированного наименования места происхождения товара, и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации»⁷: товары минерального происхождения (лечебные грязи, минеральная питьевая лечебная, лечебно-столовая, минеральная природная столовая вода); продукты питания и алкоголь (продукция сельского хозяйства, пищевая продукция, алкогольная и спиртосодержащая продукция), «непищевые» продукты (товары народных художественных промыслов и музыкальные инструменты).

В праве ГУ в России культурный терруар является явно выраженным. Более того, НМПТ и ГУ являются единственными инструментами охраны ИС

⁶ Федеральный закон от 30.12.2021 № 450-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Женевскому акту Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения товаров и географических указаниях» // Официальный интернет-портал правовой информации. [Электронный ресурс] URL:<http://ips.pravo.gov.ru:8080/default.aspx?pn=0001202112300142> (дата обращения: 12.01.2023).

⁷ Постановление Правительства Российской Федерации от 08.08.2020 № 1195 «О федеральных органах исполнительной власти, уполномоченных выдавать заключения, необходимые для государственной регистрации наименования места происхождения товара и осуществления юридически значимых действий в отношении зарегистрированного наименования места происхождения товара, и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 33. Ст. 5395.

для материальных объектов культуры народов России, как пищевого, так и непищевого назначения. Между тем для совершенствования российского режима охраны культурного наследия возможно провести регламентацию понятия ТЗ в соотношении с правом ГУ. Также остро стоит вопрос о трансграничном обороте российских ГУ как важного условия для устойчивого развития народов России на современном этапе.

Заключение

Постколониальный дискурс в праве ИС помог сформулировать новые *sui generis* (ТЗ, ТВК и НКН), переосмыслить правовой режим Парижской и Бернской конвенции и принципы построения национальной юрисдикции ИС в развивающихся странах, привлек внимание к неохранным формам коллективной культуры. Постколониальная теория продолжает мотивировать правообладателей и юристов к поиску решений проблем, связанных с миграцией.

Для отечественного права ИС постколониальный дискурс представляет инструмент оптимизации правового регулирования охраны культурного наследия народов России.

Список источников / References

1. Ashcroft, B., Griffiths, G., & Tiffin, H. 2013. *Post-Colonial Studies: The Key Concepts* (3rd ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/978023777855>.
2. Birnhack, Michael. 2021. 'A Post-Colonial Framework for Researching Intellectual Property History', in Irene Calboli, and Maria Lilla Montagnani (eds), *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives* (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 23 Sept. 2021), <https://doi.org/10.1093/oso/9780198826743.003.0017>, accessed 16 Jan. 2023.
3. Roy, Alpana. 2008. *Postcolonial Theory and Law: A Critical Introduction*. *Adelaide Law Review*, 29 1/2, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2620107>.
4. Sainte-Beuve. 1839. *De la Littérature industrielle* *Revue des Deux Mondes*, période initiale, tome 19. P. 675–691.
5. Said, E. W. 1978. *Orientalism*. New York: Pantheon Books, p. 368.
6. Hans Busch (ed.). 1978. *Verdi's Aida: The History of an Opera in Letters and Documents*, Minneapolis, P. 553.
7. Zappalaglio, A. 2021. *The Transformation of EU Geographical Indications Law: The Present, Past and Future of the Origin Link* (1st ed.). Routledge. 277 p.

8. Friedmann, Danny. 2020. Grafting the Old and New World: Towards a Universal Trademark Register that Cancels Generic IGO Terms (March 9, 2020). in WINE LAW AND POLICY: FROM NATIONAL TERROIRS TO A GLOBAL MARKET, Julien Chaisse, Fernando Dias Simões, Danny Friedmann, eds. (Boston: Brill Nijhoff 2020) 311–345. Peking University School of Transnational Law Research Paper, Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3585557>.

Статья поступила 19.01.2023. Принята к публикации 23.03.2023.

© Абрамов С.А., 2023