



---

# Russian Journal of Legal Studies

---

Has been issued since 2014.  
E-ISSN 2413-7448  
2020. 7(2). Issued 2 times a year

## EDITORIAL BOARD

**Sarychev Gennadii** – Moscow Department of the Russian Ministry of Interior, Moscow, Russian Federation (Editor in Chief)

**Polyakova Lybov** – International Network Center for Fundamental and Applied Research, Washington, USA (Deputy Editor-in-Chief)

**Biryukov Pavel** – Voronezh State University, Voronezh, Russian Federation

**Katorin Yurii** – Admiral Makarov State University of Maritime and Inland Shipping, Saint-Petersburg, Russian Federation

**Kulish Anatoly** – Sumy State University, Sumy, Ukraine

**Nevostruev Andrew** – Udmurt State University, Izhevsk, Russian Federation

**Khasimova Leisan** – Kazan Federal University, Kazan, Russian Federation

Journal is indexed by: **CrossRef, OAJI, MIAR, ERIH PLUS**

All manuscripts are peer reviewed by experts in the respective field. Authors of the manuscripts bear responsibility for their content, credibility and reliability.

Editorial board doesn't expect the manuscripts' authors to always agree with its opinion.

Postal Address: 1367/4, Stara Vajnorska  
str., Bratislava – Nove Mesto, Slovak  
Republic, 831 04

Release date 05.09.20  
Format 21 × 29,7/4.

Website: <http://ejournal25.com/>  
E-mail: [birukovpn@yandex.ru](mailto:birukovpn@yandex.ru)

Headset Georgia.

Founder and Editor: Academic Publishing  
House Researcher s.r.o. Order № 11.

© Russian Journal of Legal Studies, 2020

**Russian Journal of Legal Studies**

2020

Is. **2**

## CONTENTS

**Articles**

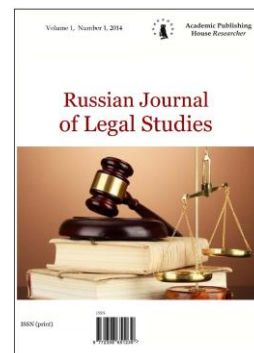
Audiovisual Works in EU and Member State Law P.N. Biriukov .....	60
The History of Old Hungarian Private Law. An Unexpected Answer to Modern Challenges? K. Bokwa, I. Jarosz .....	69
The Exempt Offerings in the EU and the US-Comparative Perspective Ł. Chyla .....	77
The Principle of Equitable and Reasonable Utilization in the Law of Transboundary Watercourses E. Meyroyan .....	88
The Rights of Children with Disabilities in a Changing World Order S.E. Smirnykh .....	100

Copyright © 2020 by Academic Publishing House Researcher s.r.o.



Published in the Slovak Republic  
Russian Journal of Legal Studies  
Has been issued since 2014.  
E-ISSN: 2413-7448  
2020, 7(2): 60-68

DOI: 10.13187/rjls.2020.2.60

[www.ejournal25.com](http://www.ejournal25.com)

## Articles

### Audiovisual Works in EU and Member State Law

Pavel N. Biriukov <sup>a, \*</sup><sup>a</sup>Voronezh State University, Voronezh, Russian Federation

#### Abstract

The article discusses some aspects of the legal status of audiovisual works (hereinafter AW). Currently, the market for audiovisual media services is rapidly developing in the world thanks to the convergence of television and the Internet. TV content continues to account for the bulk of average watch time. New formats of audiovisual works (talk shows, games, court shows, etc.) are gaining in importance. In addition, suppliers of works from different countries enter the market. This requires updating the legal framework in order to strike a balance between access to online content services, consumer protection, protection of the interests of copyright holders, and competition. For these purposes, the EU adopts a large number of documents, both at the Union level and in the member states. At the same time, audiovisual works are considered from different points of view - copyright and related right, the law on means of individualization, the media, etc.

**Keywords:** EU; member states, audiovisual media services, audiovisual works, TV audio format.

#### 1. Введение

Правовой статус аудиовизуальных произведений (далее АВП) имеет множество аспектов. С одной стороны, это результат человеческой деятельности (продукт), с другой, объект права интеллектуальной собственности (далее ИС); с третьей, услуга, оказываемая телерадио-компанией, организацией кабельного вещания и др.; с четвертой, объект потребления, предлагаемый человеку, и т.д.

Очевидно, что такое многообразие «ипостасей» АВП предполагает многообразие юридических подходов к его природе и содержанию (Anan'yeva, 2019a; Klement, 2007; Lutkova, 2017a). Дело осложняется наличием разнообразных инструментов правового регулирования АВП – международных и национальных, многосторонних региональных и двусторонних, государственных и негосударственных, hard law и soft law и т.д. Не упрощает ситуацию и наличие конкурирующих юрисдикций и многочисленных коллизий и лакун в этой сфере.

Следует также учитывать, что сама по себе АВП – сложный объект. Она включает в себя как авторские, так и смежные права (Lutkova, 2017b; Moran, 2010). К примеру, в Австрии указанные нормы закреплены в законах о телекоммуникациях 2003 года, о коллективных компаниях 2006 года, об австрийском радио 1974 г., о частном телевидении,

\* Corresponding author

E-mail addresses: [birukovpn@yandex.ru](mailto:birukovpn@yandex.ru) (P.N. Biriukov)

о частном радио и об исключительных правах на телевидение и др. В Нидерландах действует закон об авторском праве (1912 г., в ред.).

Очевидно, что и создатели форматов, и продюсеры, и выпускающие компании должны постараться обеспечить наличие соответствующего «бумажного следа», который впоследствии можно было бы использовать в качестве доказательства в случае возникновения спора. Создатели АВП должны защищать свои материалы в соответствии с составленными соглашениями о неразглашении и должны специально пометить свои материалы как конфиденциальные. Комиссионеры должны вести тщательный учет своих внутренних процессов разработки АВП.

В этой связи интересно дело *Wade & Perry v British Sky Broadcasting Ltd.* Это первое дело Апелляционного суда Англии и Уэльса, касающееся неправомерного использования конфиденциальной информации о правах на телевизионный формат. Апелляционный суд постановил, что шоу талантов, организованное компанией Sky, не злоупотребляло конфиденциальной информацией в форме формата «The Real Deal», переданного в Sky его создателями Брайаном Уэйдом и Джеральдином Перри.

Апелляционный суд постановил, что шоу талантов, организованное Sky, не использовало конфиденциальную информацию в форме формата *The Real Deal*, переданного Sky.

Предметом спора было шоу музыкальных талантов, открытое для авторов и исполнителей песен, с участием в качестве судей известных певцов и авторов. В шоу участники исполняли кавер-версии песен, пока претенденты не достигали финала, после чего они играли свои собственные композиции. Затем конкурсанты ждали, пока победитель не будет выбран в финальном шоу.

Создатели Б. Уэйд и Дж. Перри передали идею Скай, которая отвергла ее. Впоследствии Sky разработала отдельное шоу «*Must Be The Music*», которое, как утверждали создатели «*The Real Deal*», было настолько схожим, что нарушило конфиденциальность (breach of confidence), то есть Sky использовало их формат.

В качестве первой инстанции Высокий суд (the High Court) указал, что «*Must Be the Music*» был музыкальным конкурсом, открытым для всех музыкантов, а не только для авторов-исполнителей; в нем не использовался еженедельный формат исключения участников. Тем не менее, программа позволяла зрителям загружать выступления участников в тот же день, и песни участвовали в чатах.

Несмотря на некоторые сходства между этими двумя форматами, Высокий суд установил, что формат «*Must Be the Music*» был создан совершенно независимо от «*The Real Deal*», без преднамеренного или подсознательного копирования.

При рассмотрении жалобы соавторы этого формата утверждали, что Высокий суд не смог сравнить сочетание идей в общих форматах двух программ и ошибочно предположил, что Скай самостоятельно создала свое шоу. Их апелляция была отклонена на том основании, что Высокий суд рассмотрел идеи в совокупности и уравнивал слабый вывод о копировании с достоверными доказательствами того, что Скай независимо создал свое шоу.

Как видим, решение основывается на конкретных фактах дела, и нельзя исключать возможность злоупотребления конфиденциальной информацией, особенно в тех случаях, когда существуют потенциальные доказательства причинно-следственной связи между основным форматом и показом, который позднее транслируется.

Кроме того, необходимо помнить, в законодательстве различных государств АВП рассматривается как и как самостоятельный объект прав, и как процедура передачи сигналов, и, соответственно, получает дополнительное регулирование законодательством о СМИ и интернете.

Так, указанные вопросы регламентируются в Германии законом о телемедиате (Telemediengesetz). В Испании применяются законы «Об общей аудиовизуальной коммуникации» в отношении коммерческой телевизионной связи», «Об общем аудиовизуальном общении» (Ley 7/2010, Ley 6/2012, Real Decreto 1624/2011).

В Индии и Нидерландах передача произведения в эфир, помимо прочего, рассматривается и как способ использования произведения ([Gangjee et al., 2018](#); [Meijer-van der Aa, Hesemans, 2006](#)).

Проблема формата АВП еще более запутана наличием различных подходов в национальных правовых порядках государств. Так, согласно классификации А.Ю. Ананьевой (Anan'yeva, 2019b), формат АВП в разных странах, рассматривается как: «1) объект интеллектуальных прав:

- произведение (Новая Зеландия, Великобритания (Англия), Индия, Австралия, Испания);

- ноу-хау (секрет производства) – в странах, законодательство которых признаёт этот результат интеллектуальной деятельности объектом интеллектуальных прав (Российская Федерация);

2) объект прав, не являющихся интеллектуальными:

- гудвилл (Великобритания, Новая Зеландия) или репутация (Бразилия, Германия);

- ноу-хау (секрет производства) – в странах, законодательство которых не признаёт этот результат интеллектуальной деятельности объектом интеллектуальных прав (Австралия; страны Европейского союза);

- конфиденциальная информация – в странах, разграничивающих ноу-хау (секрет производства) и конфиденциальную информацию (Российская Федерация)».

Поскольку в небольшой статье невозможно осветить все вопросы правового статуса АВП, остановлю свое внимание лишь на некоторых моментах.

## 2. Материалы и методы

Основным источником для написания данной статьи стали официальные документы ЕС и некоторых государств-членов, материалы журнальных публикаций. В процессе исследования были использованы основные методы познания: проблемно-хронологический, историко-ситуационный, системный и сравнительного правоведения. Рассуждения автора строятся на базе проблемно-хронологического подхода. Использование историко-ситуационного метода позволило воспроизвести оценку подхода различных государств к проблеме правового статуса АВП. Метод сравнительного правоведения определяет разницу во взглядах на действующие ныне международно-правовые и внутригосударственные нормы об АВП. Применение системного метода делает достижения различных дисциплин (европейского права, национального права) доступными и сравнимыми, поскольку настоящее определяется прошлым, а будущее – настоящим и прошлым.

## 3. Обсуждение

АВП в наших целях – это «программа» – означает набор движущихся изображений со звуком или без звука, составляющих отдельный элемент в расписании или каталоге, установленном поставщиком медиа-услуг, форма и содержание которого сопоставимы с формой и содержанием телевизионного вещания». Примеры формата – полнометражные фильмы, спортивные события, комедии ситуаций, документальные фильмы, детские программы и оригинальные драмы.

В настоящее время основной документ об аудиовизуальных медиа-услугах на уровне ЕС – Директива Европарламента и Совета 2007/65/ЕС. Она действует в редакции Директивы Европарламента и Совета 2010/13/ЕС о координации некоторых положений, предусмотренных законодательством, нормативными актами или административными действиями в государствах-членах в отношении предоставления аудиовизуальных средств массовой информации услуги (Директива 2010/13/ЕС).

Директива 2010/13/ЕС применяется к услугам, основной целью которых является предоставление программ для информирования, развлечения или обучения. Требование об основной цели также следует считать выполненным, если у службы есть аудиовизуальное содержание и форма, которые не связаны с основной деятельностью поставщика услуг, например, с отдельными частями онлайн-газет, показывающими аудиовизуальные программы или видео, созданные пользователями, где части могут считаться оторванными от своей основной деятельности. Хотя цель Директивы 2010/13/EU не состоит в том, чтобы регулировать услуги социальных сетей как таковые, услуги социальных сетей должны

охватываться, если предоставление программ и видео, созданных пользователями, представляет собой существенную функциональность этой услуги.

Таким образом, телеканалы или другие аудиовизуальные услуги, находящиеся под редакционной ответственностью поставщика, сами по себе могут представлять собой аудиовизуальные медиа-услуги, даже если они предлагаются на платформе для обмена видео, которая характеризуется отсутствием ответственности за редактирование. В таких случаях поставщики обязаны соблюдать Директиву 2010/13/ЕС.

6 мая 2015 года Комиссия приняла сообщение под названием «Стратегия единого цифрового рынка для Европы» ([Digital Single Market Strategy for Europe](#)), в котором она объявила о пересмотре Директивы 2010/13/ЕС. Предоставление программ и видео, созданных пользователями, можно рассматривать как основную функциональность службы социальных сетей, если аудиовизуальный контент не является просто вспомогательным или не составляет незначительную часть деятельности этой службы социальных сетей. В целях обеспечения эффективности осуществления Комиссия должна после консультации с Комитетом по контактам выпустить руководящие принципы относительно практического применения критерия существенной функциональности определения «службы платформы для обмена видео». Эти руководящие принципы должны быть разработаны с должным учетом общих интересов общества, которые должны быть достигнуты с помощью мер, которые должны быть приняты поставщиками платформ для обмена видео, и права на свободу выражения мнений.

Директива 2018/1808 Европарламента и Совета от 14 ноября 2018 года (Директива 2018/1808) внесла поправки в Директиву 2010/13/ЕС с учетом меняющихся реалий рынка. Отмечается, что установление юрисдикции требует оценки фактических ситуаций в соответствии с критериями, изложенными в Директиве 2010/13/ЕС. Оценка таких фактических ситуаций может привести к противоречивым результатам. При применении процедур сотрудничества, важно, чтобы Комиссия могла основывать свои выводы на достоверных фактах. Для этого Европейская группа регуляторов для аудиовизуальных медиауслуг ([ERGA](#)) была наделена полномочиями давать заключения относительно юрисдикции по запросу Комиссии. Если Комиссия применяет эти процедуры сотрудничества, она консультируется с ERGA.

Кроме того, необходимо учитывать, что на основании прецедентов Суда ЕС можно ограничить свободу в предоставлении услуг, гарантированных ДФЕС, в публичных интересах, например, для защиты прав потребителей. Это возможно при условии, что такие ограничения являются обоснованными, пропорциональными и необходимыми.

Следовательно, государство ЕС должно иметь возможность принимать меры для обеспечения соблюдения своих правил защиты потребителей, которые не относятся к областям, регулируемым Директивой 2010/13/ЕС. Меры, принимаемые государством-членом для обеспечения соблюдения национального режима защиты прав потребителей, в том числе в отношении рекламы азартных игр, должны быть обоснованными, соразмерными преследуемой цели и необходимыми, как того требует прецедентная практика Суда. В любом случае принимающее государство не должно принимать мер, препятствующих передаче или нарушению прав ИС на его территории передач, приходящих из другого государства ЕС.

Комиссия рассматривает как регулирующие, так и нерегулирующие средства. Саморегулирование представляет собой тип добровольной инициативы, которая позволяет субъектам экономической деятельности, социальным партнерам, неправительственным организациям и ассоциациям принимать общие руководящие принципы между собой и для себя. Они несут ответственность за разработку, мониторинг и обеспечение соблюдения этих руководящих принципов. В их числе Кодексы поведения ([Code of Conduct, 2014](#)) и «Принципы лучшей регуляции и саморегуляции» ([Principles, 2018](#)), созданные по образцам ЕС. Ряд национальных кодексов поведения оказался хорошо продуманным и соответствует Принципам ЕС. Кодексы устанавливают конкретные цели и задачи, позволяющие проводить регулярный, прозрачный и независимый мониторинг и оценку целей, на которые нацелены кодексы поведения. Кодексы также обеспечивают эффективное соблюдение документов ЕС.

Опыт показывает, что инструменты саморегулирования, принятые в соответствии с различными правовыми традициями государств ЕС, играют важную роль в обеспечении высокого уровня защиты потребителей (MacDonald, 2014; Murray, 2017; Traynor, 2015). Меры, направленные на достижение целей общего общественного интереса в формирующемся секторе аудиовизуальных медиауслуг, будут более эффективными, если они будут приняты при активной поддержке самих поставщиков услуг. Совместное регулирование АВП обеспечивает в своей минимальной форме правовую связь между саморегулированием и национальным законодателем в соответствии с правовыми традициями государств-членов. При совместном регулировании регулирующая роль распределяется между заинтересованными сторонами и правительством или национальными регулирующими органами или органами. Роль соответствующих государственных органов включает признание схемы совместного регулирования, аудит ее процессов и финансирование схемы. Совместное регулирование должно предусматривать возможность вмешательства государства в случае, если его цели не будут достигнуты.

Кроме того, к АВП должны также применяться соответствующие меры по защите несовершеннолетних. Подход минимальной гармонизации позволяет государствам ЕС развивать более высокую степень защиты контента, который может препятствовать физическому, психическому или моральному развитию несовершеннолетних. В этих целях принят Регламент (ЕС) 2016/679 Европарламента и Совета.

Большое внимание в праве ЕС уделяется месту рекламы как одного из форматов. Она охватывается термином «аудиовизуальная коммерческая коммуникация» и означает изображения со звуком или без звука, предназначенные для прямого или косвенного продвижения товаров, услуг или изображения физического или юридического лица, осуществляющего экономическую деятельность. Такие изображения сопровождают или включены в программу в обмен на оплату или для аналогичного рассмотрения или в целях саморекламы. Формы аудиовизуальной коммерческой коммуникации включают, в частности, телевизионную рекламу, спонсорство, телешоп и размещение продукции. При этом различается «телевизионная реклама» и «скрытая аудиовизуальная коммерческая коммуникация».

По мнению ЕС, реклама должна соответствовать следующим требованиям: а) сообщения должны быть легко узнаваемы как таковые. Скрытая аудиовизуальная коммерческая связь запрещается; б) она не должна использовать подсознательные методы.

Аудиовизуальная коммерческая реклама основывается также на следующих принципах. Она не должна: а) наносить ущерб уважению человеческого достоинства; б) включать или поощрять любую дискриминацию; в) поощрять поведение, наносящее ущерб здоровью или безопасности; либо окружающей среде; г) все виды аудиовизуальных коммерческих сообщений для сигарет и других табачных изделий должны быть запрещены; д) реклама алкогольных напитков не должна быть ориентирована на несовершеннолетних и не должна стимулировать чрезмерное потребление таких напитков; е) лекарственные средства и лечение доступны только по рецепту в государстве-члене, под юрисдикцию которого попадает поставщик медиа-услуг; ж) не должны причинять физический или моральный ущерб несовершеннолетним. Поэтому они не должны прямо призывать несовершеннолетних покупать или нанимать продукт или услугу, используя их неопытность или доверчивость, напрямую побуждать их убедить своих родителей или других лиц покупать рекламируемые товары или услуги, использовать особое доверие несовершеннолетних к родителям, учителям или другим лицам, или необоснованно показывать несовершеннолетних в опасных ситуациях.

Что касается правового статуса АВП, то произведения, созданные в государствах-членах ЕС, приравниваются к программам из третьих стран-участниц Конвенции Совета Европы о трансграничном телевидении 1989 г. Программы, которые формально не считаются «европейскими произведениями», но созданы в рамках соглашений о совместном производстве, заключенных между государствами-членами и третьими странами, считаются «европейскими» при условии, что производители из ЕС поставляют основную долю общей стоимости производства, и что оно не контролируется одним или несколькими производителями, созданными за пределами территории государств-членов.

Государства ЕС должны обеспечить, чтобы все аудиовизуальные программы, передаваемые поставщиками под их юрисдикцией, соответствовали правилам ЕС. Государства вправе требовать от поставщиков медиа-услуг под их юрисдикцией соблюдения более подробных или более строгих правил в указанной сфере, при условии, что такие правила соответствуют права ЕС.

Поставщики АВП обязаны предоставлять получателям легкий, прямой и постоянный доступ к следующей информации: а) название поставщика; б) адрес регистрации; в) иные сведения о поставщике, включая его адрес электронной почты, сайты и т.д., которые позволяют быстро и эффективно связываться с ним; г) где это применимо, компетентные регулирующие или надзорные органы.

Государства ЕС активно имплементировали документы ЕС относительно АВП в свое законодательство. Так, Италия приняла постановление 2011 г. (Delibera № 188/11/CONS), Швеция – изменения в закон о радио и телевидении (2010:696), Финляндия издала аж 15 нормативных актов (Закон об авторском праве (404/1961), Закон о защите доказательств в спорах об интеллектуальной собственности (344/2000), дополнения в УК и др.).

Необходимо учитывать, что в настоящее время растет спрос на услуги онлайн-вещания. Вещатели традиционно распространяют «линейный» вещательный телевизионный и радиоконтент (Закон Чехии № 231/2001 «О работе радио и телевизионного вещания», Законы Дании «О радио и телевидении», Распоряжение «О рекламе и спонсорстве и других программах на радио, телевидении и аудиовизуальных медиа-сервисах по запросу, а также заключение партнерских отношений», Закон Хорватии «Об электронных СМИ» 46/10 и др.).

«Линейные» контентные услуги могут быть доступны пользователям только в конкретное время, когда они предлагаются, и на конкретном телевизионном канале, на котором они представлены. Такие услуги обычно передаются по выделенным сетям (например, аналоговому и цифровому наземному телевидению, кабельному, спутниковому или широкополосному доступу).

Цифровые технологии радикально изменили способ доступа к креативному контенту, его производства и распространения. Получило большое развитие телевидение по интернет-протоколу (часто называемое IPTV). Вещатели все чаще предлагают «нелинейный» контент. Основной характеристикой «нелинейных» контентных услуг является автономность, которую они предлагают пользователю, чтобы решить, что он хочет смотреть, где смотреть, когда и на каком устройстве. Нелинейные онлайн-контент-услуги включают в себя «услуги одновременного вещания» (телеканалы и радиопрограммы, которые вещательные организации предлагают одновременно через Интернет), услуги «веб-вещание (веб-трансляция)» (например, прямые каналы YouTube), «догоняющее» ТВ, что позволяет пользователям просматривать программы по собственному выбору времени на короткий период – обычно от 7 до 30 дней после передачи), «подкасты» (т.е. радиопрограммы, которые можно транслировать или загружать в потоковом режиме) и другие типы «видео по запросу» (например, услуги типа BBC-iPlayer и подписные Netflix и Amazon).

Кроме того, высококачественные онлайн-видеоуслуги, предоставляемые через Интернет (так называемые «сверхнормативные» услуги – OTT), предоставляются через сторонние сети, с которыми поставщик услуг не имеет прямых деловых отношений (например, бесплатное онлайн-видео доступно через службы обмена видео, в частности, через YouTube).

В декабре 2018 года государства ЕС предложили Еврокомиссии упростить трансграничное предоставление онлайн-ТВ и радиоконтента. Было предложено распространить принцип «страны происхождения» на ограниченный набор онлайн-услуг и содействовать лицензированию услуг ретрансляции через Интернет при определенных условиях. Комитет по правовым вопросам (JURI) одобрил соглашение в январе 2019 года. Теперь текст должен получить одобрение Европарламента.

Параллельно была опубликована Директива Европарламента и Совета 2019/790 об авторском праве на едином цифровом рынке. Директива устанавливает правила, которые направлены на гармонизацию законодательства ЕС, применимого к авторскому праву и смежным правам в рамках внутреннего рынка, с учетом цифрового и трансграничного использования защищенного контента. Она также устанавливает правила об исключениях и



ограничениях в отношении авторского права и смежных прав, об упрощении лицензий, а также правила, которые направлены на обеспечение функционирующего рынка для эксплуатации произведений и других объектов.

Единый цифровой рынок является частью программы ЕС «Цифровая повестка дня для Европы 2020» ([Digital Agenda for Europe 2020](#)), предлагаемой Еврокомиссией. В Стратегии три основных направления: а) доступ к онлайн-продуктам и услугам; б) условия для роста и процветания цифровых сетей и услуг; в) рост европейской цифровой экономики. Она касается следующих вопросов: «реформирование европейского законодательства об авторском праве», «пересмотр правил для аудиовизуальных СМИ», геоблокировка, трансграничные продажи, «реформа правил о телекоммуникации в ЕС», «обработка персональных данных цифровыми услугами» и «создание экономика, основанная на данных».

Согласно Программе и сопутствующим документам, регуляторный режим для АВП должен быть таким, чтобы избежать любых неоправданных препятствий или задержек. Роль регулирования должна заключаться в обеспечении минимальных стандартов, которые будут гарантировать эффективное использование АВП. Центральными элементами, которые необходимо учитывать в режиме регулирования, являются: во-первых, общие рамки, которые должны быть четкими, прозрачными и адаптируемыми к новым разработкам. Процедуры авторизации должны быть эффективными и открытыми для всех участников рынка, чтобы гарантировать равное правовое поле. Необходимо обеспечить своевременный законодательный процесс на национальном уровне, чтобы адаптировать регулирование к потребностям рынка, при этом должны использоваться «механизмы общественных консультаций». В то же время регулярная отчетность государственных органов о развитии рынка считается наилучшей практикой; во-вторых, режимы авторизации должны быть четкими и прозрачными. С этой целью должна быть четко определена связь между электронной связью, содержанием и правилами контента. Кроме того, выдача разрешений должна быть централизована посредством «единого окна», чтобы обеспечить упрощенную и скоординированную процедуру; в-третьих, процедуры оплаты должны быть публичными, прозрачными и четко определенными.

#### **4. Результаты**

В последнее время в ЕС наблюдается быстрый рост рынка онлайн-услуг, связанных с вещанием, ожидается, что этот рынок будет по-прежнему представлять сравнительно меньшую долю рынка к 2025 году по сравнению с количеством потребителей, подписавшихся на услуги спутниковых, кабельных и телекоммуникационных операторов. Исследования также показывают, что большинство людей все еще смотрят программы по телевизору во время передачи. Для дальнейшего обеспечения эффективности регуляторной практики власти ЕС намерены содействовать обмену передовым опытом между национальными администраторами и соответствующими участниками рынка. Следовательно, АВП будут и дальше составлять важную часть медиарынка и требовать регламентации как со стороны ЕС, так и со стороны государств-членов.

#### **5. Заключение**

В результате можно сделать следующие выводы.

1. АВП представляет собой электронный файл с визуальным или звуковым содержанием, распространяемый посредством службы вещания. Таким образом, телепрограмма считается одним из видов АВП и охраняется различными отраслями права (административного, гражданского, уголовного).
2. АВП воплощает в себе симбиоз авторских, смежных прав, прав на средства индивидуализации и других прав ИС. Формат АВП представляет собой самостоятельный объект прав ИС. В нем переплетаются различные виды прав ИС.
3. В ЕС формат АВП охраняется как на уровне ЕС, так и государствах-членах. Кросс-граничная торговля правами на формат АВП мозаична и зависит как от законодательства сторон, так и права места совершения сделки.

## References

**Code of Conduct, 2014** – The Code of Conduct established by the FRAPA General Board of Members (2014). Amsterdam, Cannes, October 12<sup>th</sup>. The Format Recognition and Protection Association. [Electronic resource]. URL: <https://www.frapa.org/wp-content/uploads/2018/11/FRAPA-CODE-OF-CONDUCT.pdf>

**Digital Agenda for Europe 2020** – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Digital Agenda for Europe 2020". [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0245>

**ERGA** – The European Regulators Group for Audiovisual Media Services. [Electronic resource]. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/>

**JURI** – Legal Affairs Committee. [Electronic resource]. URL: <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/home/highlights>

**Media pluralism and democracy** – Media pluralism and democracy – Special Eurobarometer 452 (2016). [Electronic resource]. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/media-pluralism-and-democracy-special-eurobarometer-452>

**FRAPA** – The Format Recognition and Protection Association [Electronic resource]. URL: <https://www.frapa.org>

**Principles, 2018** – The Principles for Better Self- and Co-regulation (2018). [Electronic resource]. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/best-practice-principles-better-self-and-co-regulation>

**Wade & Perry v British Sky Broadcasting Ltd** – Wade & Perry v British Sky Broadcasting Ltd [2016] EWCA Civ 1214.

**Anan'yeva, 2019a** – Anan'yeva, A.Yu. (2019). Kvalifikatsiya ponyatiya «teleformat» v rossiyskom i inostrannom pravoporyadkakh. *Zhurnal Suda po intellektual'nykh pravam*. [Qualification of the concept of "teleformat" in Russian and foreign legal order. *Journal of the Court for Intellectual Rights*]. № 1 (23). Pp. 22-30. [in Russian]

**Anan'yeva, 2019b** – Anan'yeva, A.Yu. (2019). Format rezul'tata intellektual'noy deyatel'nosti kak formiruyushchiysya ob'yekt intellektual'nykh prav [The format of the result of intellectual activity as an emerging object of intellectual rights]. *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava*. № 7 (104). pp. 57-66. [in Russian]

**Gangjee et al., 2018** – Gangjee, D.S., Dinwoodie, G.B., Mogyoros, A et al. (2018). Study on Voluntary Registration and Deposit Systems: United States and China. European Union Intellectual Property Office. [Electronic resource]. URL: [https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/documents/reports/Voluntary\\_Registration/2018\\_Voluntary\\_Registration\\_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/Voluntary_Registration/2018_Voluntary_Registration_en.pdf)

**Klement, 2007** – Klement, U. Protecting television show formats under copyright law – new developments in common law and civil law countries. *European Intellectual Property Review*. № 29 (2). pp. 52-60. Westlaw. UK.

**Lutkova, 2017a** – Lutkova, O. (2017). Dogovor otchuzhdeniya isklyuchitel'nykh prav i litsenzionnyy dogovor v transgranichnykh avtorskikh otnosheniyyakh [Agreement on the alienation of exclusive rights and a license agreement in cross-border copyright relations]. *IS. Avtorskoye pravo i smezhnyye prava*. № 10. Pp. 27-34. [in Russian]

**Lutkova, 2017b** – Lutkova, O.V. (2017). Sushchestvennyye i inyye usloviya v transgranichnykh dogovorakh o rasporyazhenii isklyuchitel'nyimi avtorskimi pravami [Essential and other conditions in cross-border agreements on the disposal of exclusive copyrights]. *Lex russica*. № 12. Pp. 147-157. [in Russian]

**MacDonald, 2014** – MacDonald, S. (2014). Must be the real deal – TV formats and misuse of confidential information. Case Comment. *Entertainment Law Review*. № 25 (5). Pp. 186-189. Westlaw. UK.

**Meijer-van der Aa, Hesemans, 2006** – Meijer-van der Aa, J.M., Hesemans, D.J. (2006). Koninkrijk der Nederlanden. Deventer: Kluwer.

**Moran, 2010** – Moran, A. (2010). Global franchising, local customizing: The cultural economy of TV program formats. *Cultural Adaptation*. [Burston J. et al.]; Ed. by Moran A., Keane M. Oxon, UK: Routledge, 2010.

[Murray, 2017](#) – *Murray, J.E.Jr., Murray, T.* (2017). Corbin on Contracts Desk Edition. Matthew Bender & Company, Inc. 349 p.

[Traynor, 2015](#) – *Traynor, I.* (2015). EU unveils plans to set up digital single market for online firms. *The Guardian*. 6 May.

## Аудиовизуальные произведения в праве ЕС и государств-членов

Павел Николаевич Бирюков <sup>а, \*</sup>

<sup>а</sup> Воронежский государственный университет, Воронеж, Российская Федерация

**Аннотация.** В статье рассматриваются некоторые аспекты правового статуса аудиовизуальных произведений (далее АВП). В настоящее время в мире быстро развивается рынок аудиовизуальных медиауслуг благодаря конвергенции телевидения и интернета. Телевизионный контент по-прежнему составляет основную долю среднего времени просмотра. Новые форматы аудиовизуальных произведений (ток шоу, игры, судебные шоу и др.) приобретают все большее значение. Кроме того, на рынок выходят поставщики произведений из разных государств. Это требует обновления правовой базы, чтобы достичь баланса между доступом к онлайн-контент-услугам, защитой прав потребителей, охраной интересов правообладателей и конкуренцией. В этих целях в ЕС принимается большое число документов, как на уровне Союза, так и в государствах-участниках. При этом аудиовизуальные произведения рассматриваются с различных точек зрения – авторского и смежного права, права о средствах индивидуализации, СМИ и т.д.

**Ключевые слова:** ЕС, государства-члены, аудиовизуальные медиа-услуги, аудиовизуальные произведения, телеаудиоформат 2264711.

---

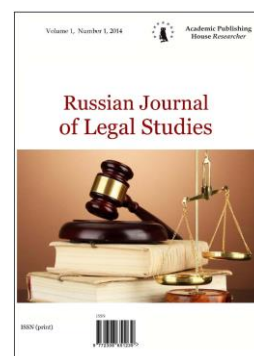
\* Корреспондирующий автор  
Адреса электронной почты: [birukovpn@yandex.ru](mailto:birukovpn@yandex.ru) (П.Н. Бирюков)

Copyright © 2020 by Academic Publishing House Researcher s.r.o.



Published in the Slovak Republic  
Russian Journal of Legal Studies  
Has been issued since 2014.  
E-ISSN: 2413-7448  
2020, 7(2): 69-76

DOI: 10.13187/rjls.2020.2.69

[www.ejournal25.com](http://www.ejournal25.com)

## The History of Old Hungarian Private Law. An Unexpected Answer to Modern Challenges?

Krzysztof Bokwa<sup>a,\*</sup>, Iwo Jarosz<sup>a</sup><sup>a</sup> Jagiellonian University, Kraków, Poland

### Abstract

The paper discusses the old Hungarian private law and its development, an issue regrettably virtually non-existent in the present Western legal scholarship. Its peculiar character, intertwined with a vital role played by custom and judge-made law, atypically in a civil-law system. The authors recount the history of the Hungarian laws and its oldest sources, beginning with Tripartitum. Afterward the turbulent history of Hungarian law in the 19<sup>th</sup> century is described, specifically the efforts to introduce and force upon Hungarians the then-modern Austrian law after the demise of the 1848 Spring of Nations upheaval, as well as the Hungarians' efforts to resist such endeavours, successfully completed with the restating of the old legal system as executed by Judex-Curial Conference of 1861 through the Provisional Judicial Rules. Finally, the law-making role of the Hungarian courts is discussed. All that shows, when compared to other systems, that Hungarian private law, though it may seem obstructed from the interests of legal scholars in the West, is a creation of an exceptional character, whose careful examination may prove more and more expedient in the context of the decodifying and globalizing of law in 21<sup>st</sup> century.

**Keywords:** Hungary, Hungarian law, customary law, civil law, Tripartitum, Judexcurial Conference, legal history.

### 1. Introduction

For centuries, from the perspective of mainstream Western legal thought, Hungarian private law was a remote system, virtually unknown outside of Central Europe where it was born. That was the case even though it had remained in force in the Hungarian territories for a long time, until the mid-20<sup>th</sup> Century, formally until 1957; the system was one of a kind in Europe, not only because of its almost thousand years of continuity, but particularly in that it was deeply rooted in medieval law. Characteristic of it were also certain properties, peculiar in the civil law tradition, that make way for analogies with common law systems: namely, the key role the Hungarian system has given to custom and judge-made law, both of them being core tenets of this text. Nevertheless it has not, as of now, generated the interest it would deserve – much unlike other atypical systems, especially the mixed jurisdictions like Scotland, Quebec, Louisiana or South Africa.

The authors aim, therefore, to try and fill this gap. It is submitted that examining the process of development of Hungarian private law from a contemporary perspective may be of value reaching beyond purely historical purposes. We believe that the originality of the Hungarian approach to law may serve as a fruitful inspiration for contemporary jurisprudence, forced to deal with the dynamic changes pertaining to economy and morals, the key elements of social fabric,

\* Corresponding author

E-mail addresses: [krzysztof.bokwa@student.uj.edu.pl](mailto:krzysztof.bokwa@student.uj.edu.pl) (K. Bokwa), [iwojarosz@gmail.com](mailto:iwojarosz@gmail.com) (I. Jarosz)

changes that incessantly undermine the validity of a purely positivist approach to law. We opted to have used the notion of “legal positivism” in its everyday, practical meaning in the language of the law. We are aware that using “legal positivism” as a catch-all phrase encompassing all problems and issues related with excessive formalism and the blindness of contemporary jurisprudence, especially in the West, to moral argumentation and other concepts that imply a legal-natural viewpoint, may be ahistorical and simply not give justice to the original positivists (Sebok, 1995: 2054 et seq.).

## 2. Materials and methods

Hungarian law, and even more its history, is a barely known issue among European scholars of law. Undoubtedly, the key reason for that is the language barrier – the difficulty and peculiarity of Hungarian language results in a small number of foreigners speaking it, even more so: scholars using it at proficiency levels necessary to read legal literature. This obviously hinders the research on Hungary’s legal system. Nevertheless, numerous sources and materials concerning Hungarian law are also in English, German, Polish and Slovak languages – including 19<sup>th</sup> century sources. Also, where needed, texts of the original legal acts will be analyzed.

Legal scientific research methods applied by the authors include: the historical method (also in its systematic version), comparative legal research, critical and systematic analysis, formal-dogmatic method, and critical-legal methods.

## 3. Discussion

### 3.1. Collections of Hungarian customary law. *Tripartitum*

The first feature delineating the uniqueness of traditional Hungarian law is its continuity, dating from the establishment of Hungarian statehood till the 20<sup>th</sup> Century. Deemed to be the oldest sources of Hungarian law are collections of laws and decrees, the oldest of them supposedly drafted in 11<sup>th</sup> – 12<sup>th</sup> century (Dziadzio, 2009: 100-101). However, as these are known only from Latin collections made subsequently – the authenticity of these oldest sources of law is questionable. The Codex Admontensis, recovered in 19<sup>th</sup> century in Styria, is considered to be the oldest of the collections, believed to date back to the 12<sup>th</sup> century. Among other collections Codex Turocianus or Codex Colarianus deserve a mention, both drafted probably in the 15<sup>th</sup> century (Luby, 2002: 66).

The development of medieval Hungarian customary law was crowned with its comprehensive codification – *Tripartitum opus iuris consuetudinarii incltyti regni Hungariae (Hármaskönyv)*, usually abbreviated as *Tripartitum*. It was made between 1510 and 1514, owing to King Vladislaus II Jagiellon’s inspiration, and its author was a Hungarian jurist and a judge of the royal curia, István Werbőczy. The *Tripartitum* was intended by its author to be a collection of laws as well as a manual for practitioners of law. It aimed to encompass all binding laws of Hungary; laws that were not included in the *Tripartitum* were to be repealed (Luby, 2002: 53). Werbőczy’s work comprised three parts: the first encompasses the private law of nobility, including personal, inheritance (statutory) and property law; the second part included mainly property and procedural law; and the third, in addition to procedural law, encompassed the so-called particular laws, systems pertaining to burghers, serfs (peasants) as well as Transylvanian and Croatian laws.

In 1514 *Tripartitum* was enacted by the Hungarian diet, but did not eventually receive the royal assent, mostly due to the opposition of the magnates. However, Werbőczy managed to publish *Tripartitum* in print (in Vienna, initially as private venture) and send counterparts to all counties of Hungary. As a result, his work quickly became the fundamental to legal practice, becoming a key element of customary (yet written and systematized) Hungarian law. As a matter of paradox, an official collection of customary laws thus became customary law itself.

*Tripartitum* undoubtedly managed to fulfill the aims that guided its creation – it systematized existing Hungarian law and secured the position of the nobility against the magnates’ ambitions, and – potentially – also those of the monarch or lower classes (inter alia by confirming all privileges granted in the Hungarian Golden Bulls and by sanctioning serfdom of peasants). Such development was arguably in line with the theory of the Holy Crown (*Szent Korona*), according to which the Crown of St. Stephen is a symbol of the mystically conceived Hungarian statehood, integrally encompassing the “Lands of the Crown of Saint Stephen”, and

whose personification were the king and the nobility; the Hungarian state thus "consisted of" the king, the ruling class and its territory. Efforts of Hungarian scholars of Roman law aimed at introducing and acquainting the public with this legal system failed to even undermine the position of *Tripartitum*, especially among lower and middle nobility (Hamza, 2014: 383-393).

The above should not obstruct the realization that *Tripartitum* was but a swan song of the Hungary of yore. It was collected in the ultimate years of the state's existence. A little over a decade later, as a result of the defeat at the Battle of Mohács in 1526 and the demise of King Louis II, large areas of the country fell under the Turkish rule, in the eastern part a separate principality of Transylvania was established, and the royal crown was taken over by the Habsburgs. However, the existence of the *Tripartitum* contributed greatly, by consolidating and systematizing it, to the preservation of a distinct and vivid Hungarian law. *Tripartitum* remained the main part of subsequently edited collections of Hungarian law, primarily the *Corpus Iuris Hungarici* – published as a private venture from the 17<sup>th</sup> century onwards. This collection was supposed to encompass all binding laws; it therefore fulfilled the role of a law gazette, which had only begun to be published in Hungary in its contemporary form in 1882 (Beňa, Gábriš, 2015: 24).

There were subsequent attempts at a formal codification, however these were obstructed by the Hungarian elite. These attempts were initiated by the Venna authorities: centralist, absolutist and German, thus standing in complete opposition to the spirit of the Crown of Saint Stephen, conservative and looking up to its nobility. Thus, even though during the reign of Emperor Leopold II, projects for the codification of, inter alia, civil, commercial and bills of exchange and promissory notes law were set forth, they did not enter into force. It was only in the 1840s that the partial codification of commercial law was successfully completed (Beňa, Gábriš, 2015: 72). As a result, subsequent compilations of laws played a vital role, such as the *Planum Tabulare* of 1800, which contained i.a. the rules of judicial procedure and practice or the justice system in cities (Visegrády, 2013: 8). In this period, moreover, a significant linguistic change happened, a sign of future ethnic conflicts to rock Hungary. Until 1832, all laws were promulgated in Latin; that year a parallel promulgation of a Hungarian version was introduced, and as soon as in 1836 Latin was abandoned altogether.

As a result, a system based entirely on private collections of laws both customary and judge-made operated in Hungary undisrupted until 1848. This state of affairs was only changed as a result of the failed national liberation movement of 1848, the Hungarian chapter in the story of the Spring of Nations upheaval.

### 3.2. Hungarian law in 19<sup>th</sup> century. Austrian challenges and domestic tradition

The Hungarian Revolution and the War of Independence of 1848-49, whose aim was to create a sovereign Hungarian state, ended in a total and disastrous Hungarian defeat at the hands of the Austrians and Russians. Throughout the entirety of the Habsburg monarchy a ten-year period of neo-absolutism began, known as the "Bach era" (After the name of the then prime minister, Alexander von Bach). It proved to be particularly harsh in Hungary, then a pacified and subjugated country, whose legal and political distinctiveness was to be completely abolished.

To this end, pursuant to the imperial patent of 29<sup>th</sup> November 1852, the Austrian Civil Code of 1811 (ABGB) was extended to Hungary, and, in the following years, a set of other Austrian laws (bills of exchange law, mining law, insolvency law) (Gábriš, 2011: 49 et seq). Unsurprisingly, an attempt to forcefully and immediately revoke an indigenous legal system and have it replaced with foreign laws aroused livid resistance and, ultimately, proved to be only ephemeral. The Hungarian society remained unconvinced by the fact that Austrian law was unquestionably more modern and better suited to contemporary social challenges than the archaic legal system of Hungary.

The disastrous defeat in the Italian War of Independence of 1859 and the growing internal crisis forced deep changes in the Habsburg state (Bokwa, 2012). One of the elements of the resulting transformations was the establishment of a dualistic Austro-Hungarian monarchy in 1867, in which Hungary obtained the status of a de facto independent entity, linked with Austria by a real union – thus achieving a complete reversal of the neo-absolutist practice. This process needed the necessary support of Hungarian elites, for whom, the sine qua non condition of an agreement (*Ausgleich*) with the Habsburgs was, among other issues, that the old legal system in Hungary be restored.

To this end, Emperor Francis Joseph ordered the restoration of a separate Hungarian Supreme Court, i.e. the Royal Curia (Curia Regia), under the leadership of the supreme royal judge (in Hungarian: Országbíró, in Latin: iudex curiae). This position was assumed by an outstanding Hungarian national leader, Count György Apponyi. Under his leadership, a convention was held in Pest from January to March 1861, which went down in history under the name of the Judex-Curial Conference (Országbírói értekezlet, in German: Judexkurialkonferenz). Several dozen prominent figures of Hungarian legal, economic and public life participated therein, including more than forty leading judges and lawyers, as well as merchants, politicians, scientists, mining experts and clergymen (Gábris, 2011: 51).

The Conference was aimed to determine how the old Hungarian law was to be restored. It managed to work out a document that would form the basis of the Hungarian legal system in the coming decades. These were the "Provisional Judicial Rules" (Ideiglenes törvénykezési szabályok); they were intended to provide a manual to the judiciary as to how and which law to apply before a separate Hungarian codification is carried out. The Provisional Judicial Rules were divided into eight parts, pertaining to particular areas of law; civil law (both substantive and procedural) was dealt with in the first part (Gábris, 2011: 119). The regulation of civil law matters was based on three principles (Gábris, 2014: 475-476):

1. in general, the old private Hungarian law and its sources from before 1848 were fully reinstated, while the regulations introduced by the Austrian authorities after 1849 were revoked, declared invalid and non-existent (Almás, 1924: 20); in particular, the old family and inheritance law based on the Tripartite (including status differences, absent in ABGB) was fully reinstated;
2. ABGB's rules regulating the manner and validity of real property transfer, as well as Austrian legislation on land registers, mortgages, etc., in particular the Land Registry Act of 1852, remained in force;
3. the Austrian Mining Law remained in force.

The Provisional Judicial Rules were accepted by resolution of both chambers of the Hungarian Parliament and received the royal assent, and the Royal Curia passed en banc a resolution that the Rules would immediately apply to all court cases until new legal regulations were passed. Finally, copies of these were sent to all municipalities in Hungary, which in turn generally opted to recognize the Provisional Judicial Rules as a binding source of law (Almás, 1924: 19). However, their legal nature remains controversial, as they were not included in the Hungarian catalogue of sources of codified law, which included statutes, regulations, bylaws and privileges.

Absent other options, it may therefore prove appropriate to treat the Provisional Judicial Rules either as customary law (Almás, 1924: 19-20) or as a sui generis source law having no equivalents in other systems (Gábris, 2011: 55 et seq.). This is an acceptable solution, given the customary nature of former Hungarian law, entailing an open catalogue of sources of law. As a result, the Provisional Judicial Rules must be recognized as an exceptional example of not only stopping, but also reversing of the course of events that took place in the whole of Europe in the 19<sup>th</sup> century. Pursuant to these Rules, the law was effectively and permanently "de-unified" (Gábris, 2011: 50) in a large area of the Habsburg monarchy, moreover: by returning to archaic customary law.

The Provisional Judicial Rules, as is often the case with provisional solutions, proved to form the cornerstone of Hungarian private law for nearly a century – having survived the First World War they remained in force in Hungary, after the 1920 Treaty of Trianon, in their entirety, up until the Soviet occupation in 1945, and – formally – until the introduction of the communist Civil Code in 1957. That private law in Hungarian lands was codified that late is a unique feature in continental Europe. This situation resulted from the failure of the projects to codify Hungarian substantive civil law (Civil proceedings were codified by Act No. LIV of 1868. and then by Act No. I of 1911), despite the efforts made and the considerable progress made in the codification work, which had been going on since the 19th century but were cut by the outbreak of the Great War in 1914.

### 3.3. *Stare decisis and judge-made law in Hungarian history*

The importance of custom in Hungarian law was accompanied by its dependence on judge-made law (Luby, 2002: 86). It had grown particularly since 1723, when a coherent, centralized judicial system was first introduced in the lands of the Crown of Saint Stephen (Luby, 2002: 92). The role of the courts equipped with the authority to provide binding precedent was obviously

excluded during the Spring of Nations and the period of Austrian law's dominance (1848–1861). The reforms of the 1860s brought about not only the restoration of this law-making competence but also a new, unified structure of judiciary.

The law-making role of judges was confirmed by the Act No IV of 1869 (The Hungarian legal tradition is to mark statutes (starting from the Middle Ages, which emphasises the continuity of the legal system) by the year of their promulgation and a Roman numeral. This convention is maintained in this article), issued after the establishment of the Austro-Hungarian Empire, which in its § 19 stated that a judge was to adjudicate on the basis of statutes, followed by customs, to which statutory power is attributed, and finally – subordinate legislation. In the following years, the law-making powers of the courts were extended and confirmed by statute. And so, in 1881 (Act No LIX of 1881), it was stated that the decisions of the Royal Curia, made in hard cases (cases controversial or otherwise unresolved), in plenary sessions of the civil senates, were to have, from that moment on, a universally binding legal force – guaranteed by statute. Act No XXV of 1890 extended these powers to appellate courts (*tabulae*), which from then on were authorized to pass resolutions dealing with certain matters. Such resolutions would then form precedent to which the principle of *stare decisis* would apply, binding only, however, on lower courts within the circuit of the appellate court in question.

In particular, the provisions of Act No LIV of 1912 are indicative of the desire to strengthen and sanction the role of judge-made law. The statute in question significantly reformed the law-making role of the judiciary, reserving the authority to set precedent to the Royal Curia, at the same time significantly broadening its competences. Within the Curia four senates were created, tasked with the purpose of unifying the different branches of law (civil law, land law, commercial law, criminal law), each with a chief and ten justices.

These Senates could issue five types of resolutions (Luby, 2002: 96-97):

1. ordinary resolutions – on individual issues, effective only in a given case but indirectly influencing the case law – hence, tantamount to typical cassatory decisions of modern continental systems;
2. basic resolutions (*elvi határozat*) - selected resolutions on individual issues, published in a set of rulings (*Polgárjogi Határozatok Tára*) and binding on the Curia itself – in order to change the precedent established in the holding of a basic resolution, a unificatory resolution had to be passed;
3. unificatory resolutions (*jogegységi döntvény*) – universally binding, disposing not of an individual case but resolving a specific, general legal issue; issued by the relevant unification senate, they created a norm placed on equal footing with a statute that could only be amended by a plenary resolution, by statute or by custom;
4. plenary resolutions (*teljesülési határozat*) – issued by the formation of combined Senates; such resolutions could resolve a general legal issue or amend a unification resolution, and their importance was higher than that of unification resolutions because a plenary resolution could only be amended by a qualified resolution;
5. qualified plenary resolutions – adopted by a supermajority of votes of the merged senates, they could repeal or amend the plenary resolutions.

The resolutions described in points 3-5 had been generally binding – a new type of *sui generis* source of law, referred to as "decision", of equal footing to statute; they established precedent that had to be observed by all courts in Hungary (Beňa, Gábris, 2015: 25). However, due to the outbreak of the First World War, the system thus established (undoubtedly unique and original) survived only six years in majority of the territories of the Crown of Saint Stephen.

#### 3.4. Hungarian law in light of other systems. Comparative remarks

An issue of striking resemblance between common law and old Hungarian law is, obviously, their being based heavily on custom and customary law. Though common law scholars would probably prefer to say that customs in their system were not law proper unless they gained such footing in and owing to a court decision – i.e. an application of customs as law while resolving and actual controversy. Only then, by being featured in a court decision's holding, may a rule become law. However, the practice of common law and its development was such that it never lost touch with custom and customary law, rooted in rules and suggestions of morality (which predominantly shaped customary law).



As O. W. Holmes famously underlined: “the life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed” (Holmes, 2009: 3 et seq). In English law, the existence of “ancient custom”, moreover, is deemed sufficient to operate as far as to include rules of international law in the country’s legal system (Rayner v. DTI, 1989). Similarly, medieval customary law was also based on experience, on decoding the practice of previous generations (Ibbetson, 2007). Hungarian law was no exception as regards the utmost respect for tradition and custom.

Another readily identifiable similarity between ancient Hungarian law and common law systems is that both systems were based on the notion that the law and legal practice be based on precedent. The principle of “stare decisis” (“let the decision stand”) is a vital rule according to which judges are bound by holdings established in decisions made in prior cases – not matter if such decisions rule on issues requiring statutory interpretation or decoding legal rules from existing custom (see *supra*).

As explained by a US judge: “A judicial precedent attaches a specific legal consequence to a detailed set of facts in an adjudged case or judicial decision, which is then considered as furnishing the rule for the determination of a subsequent case involving identical or similar material facts and arising in the same court or a lower court in the judicial hierarchy” (Allegheny General Hospital v. NLRB, 1979). The rules of precedent under Hungarian law operated in a very similar manner. The main difference being that the developed system of precedent in Hungary, created in the 19<sup>th</sup> Century law, was in fact introduced by statute.

Polish medieval law of the nobility was similar, heavily based – unlike burgher laws, usually codified – on custom. Polish early medieval law was not gathered in collections similar to *leges barbarorum* (Collections of early Germanic laws followed by Germanic tribes), hence it may nowadays only be decoded from partial sources, often rooted in legal practice (Bardach et al., 2009: 47 et seq.). The most important sources of Polish medieval law are the Book of Henryków (Liber foundationis claustrae sanctae Mariae Virginis in Heinrichow), and, predominantly, the oldest collection of Polish early medieval law, drafted in German, probably for the purposes of Teutonic Order – the Book of Elbing (Known in Polish as *Najstarszy Zwód Prawa Polskiego* (NZPP), in English: the Oldest Scroll of Polish law), whose only surviving counterpart, unfortunately, is not complete (it is torn mid-sentence). When, after Kingdom of Poland emerged reunified after Poland’s feudal fragmentation, Polish regional assemblies (*sejmiki* - Diminutive of „sejm”, a Polish word denoting “diet” or “parliament”, often translated to English as “dietine” – a local legislature in the Kingdom of Poland) took up the task of codifying Polish law (drafting statutes known as *lauda* – Bardach et al., 2009: 129), they concentrated on collecting existing customary laws of a given region. Polish private law remained predominantly customary up until the period of the Polish-Lithuanian Commonwealth (Bardach et al., 2009: 211, 275), with the Polish nobles being distrustful of Roman-law influences, which they perceived as potential instruments of monarchs’ absolutist tendencies (Bardach et al., 2009: 275). Such tendency is similar to Hungarians’ being wary of Germanistic influences and their perception of their own, national law as guaranteeing their freedoms. It was only when the old Polish law was revoked by the partitioning powers (Austria, Prussia and Russia), substituted with their codifications. Nowadays, after the great codification projects of 19<sup>th</sup> century – as it seems, permanently – reshaped the realm of Polish law, the long-lasting age of customary law’s dominance is over, save for but a few general clauses in Polish codes that refer to local customs.

On the other hand, the peculiar properties of Hungarian law – decentralized, rooted in privately made collections – put it in direct opposition to the legal systems of Russia and of the German states, whose laws were initially customary, yet, with the emergence of absolutist modes of ruling, became centralized and subject to ambitious projects of codification (i.a. Austrian ABGB). German law was also characterized by another significant feature, that was – a deep influence of Roman law, adopted as ‘*gemeines Recht*’ (*ius commune*). This created a framework for the development of a dogmatic (pandectistic) legal school, which then resulted in creation of a systematic model of private law, incorporated in German Civil Code of 1896 (BGB). All those processes, essential for modern civil law of the continental Europe in 18<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> centuries, did not happen in the Hungarian legal area.

#### 4. Results

The Hungarian legal system outlined in this paper, with its peculiarities, its predilection toward judge-fashioned law and respect for custom, nowadays belongs exclusively in the realm of legal history. What was its significance for Hungary and how can it be significant for contemporary lawyers? We agree with the statement that “Hungary has (...) the full right to treat its customary law, leaving full appreciation owing to Germanic influences, as a product of its own national spirit – because of its content, development and composition, but also because due to the thousand years of creative work that the Hungarian people and their scholars have devoted thereto” (Almási, 1924: XI).

#### 5. Conclusion

As regretful as the demise of a rich and unique legal tradition may be, it has not entirely gone extinct: undoubtedly analyzing and reflecting constructively upon it may prove fruitful for European lawyers of early 21<sup>st</sup> century – when, on the one hand, there is an on-going convergence of legal systems belonging to both the common law and civil law traditions, while, on the other hand, virtually all civil law systems witness a process of decodification (Longchamps de Berier, 2019: 19-53; Giaro, 2017: 13-38).

#### References

- [Allegheny General Hospital v. NLRB, 1979](#) – *Allegheny General Hospital v. NLRB*, 608 F. 2d 965, 969-970 (3rd Cir. 1979). Pp. 965-971.
- [Almási, 1924](#) – *Almási, A.* (1924). *Ungarisches Privatrecht*, Vol. 1, Berlin und Leipzig. - 332 p.
- [Beňa, Gábriš, 2015](#) – *Beňa, J., Gábriš, T.* (2015). *Právne dejiny Slovenska I (do roku 1918)*, Bratislava. 298 p.
- [Bardach et al., 2009](#) – *Bardach, J., Leśnodorski, B., Pietrzak, M.* (2009). *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa. 696 p.
- [Ciągwa, 1996](#) – *Ciągwa, J.* (1996). *Recepcja prawa węgierskiego na Spiszu i Orawie po roku 1920*, *Studia Historyczne*, z. 2. Pp. 199-222.
- [Dziadzio, 2009](#) – *Dziadzio, A.* (2009). *Powszechna historia prawa*, Warszawa. 474 p.
- [Gábriš, 2011](#) – *Gábriš, T.* (2011). *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861*, Bratislava. 506 p.
- [Gábriš, 2014](#) – *Gábriš, T.* (2014). *Edition of the Provisional Judicial Rules of the Judex-Curial Conference from 1861 and the Methodology of Editions of Historical Legal Sources [w:] Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, t. 7, z. 3, Kraków. Pp. 463-483.
- [Giaro, 2017](#) – *Giaro, T.* (2017). *Dekodyfikacja. Uwagi historyczno-teoretyczne* [in:] F. Longchamps de Berier, *Dekodyfikacja prawa prywatnego*, Warszawa, pp. 13-38.
- [Hamza, 2014](#) – *Hamza, G.* (2014). *Roman law and the development of Hungarian private law before the promulgation of the civil code of 1959. Fundamina (Pretoria)* [online]. Vol. 20, № 1. Pp. 383-393.
- [Hasnas, 2004](#) – *Hasnas, J.* (2004). *Hayek, the Common Law and Fluid Drive. New York University Journal of Law & Liberty*. Vol. 1. Pp. 79-110.
- [Holmes, 2009](#) – *Holmes, O.W.* (2009). *The Common Law*, reprinted: Cambridge, MA – London, UK, 2009. 289 p.
- [Ibbetson, 2007](#) – *Ibbetson, D.* (2007). *Custom in medieval law* [in:] *A. Perreau-Saussine, J.B. Murphy. The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives: “From whatever standpoint we look at it, a primary characteristic of custom as it was seen in the Middle Ages was that it was discovered by looking backwards?”* Cambridge. Pp. 93-112.
- [Longchamps de Berier, 2017](#) – *Longchamps de Berier, F.* (2017). *Dekodyfikacja prawa prywatnego*, Warszawa. 325 p.
- [Longchamps de Berier, 2019](#) – *Longchamps de Berier, F.* (2019). *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków. 256 p.
- [Luby, 2002](#) – *Luby, Š.* (2002). *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, Bratislava. 545 p.
- [Perreau-Saussine, Murphy, 2007](#) – *Perreau-Saussine, A., Murphy, J.B.* (2007). *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge. 352 p.
- [Rayner v. DTI, 1989](#) – *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry* [1989] 2 A.C. Pp. 418-520.

[Sroka, 2012](#) – *Sroka, S.A.* (2012). Elektroniczne edycje średniowiecznych źródeł węgierskich [w:] *Narodziny Rzeczypospolitej. Studia z dziejów średniowiecza i czasów wczesnonowożytnych*, red. W. Bukowski, T. Jurek, t. 2, Kraków. Pp. 1331-1340.

[Stawarska-Rippel, 2009](#) – *Stawarska-Rippel, A.* (2009). Węgierska procedura cywilna z 1911 r. w pracach sekcji postępowania cywilnego Komisji Kodykacyjnej II RP na przykładzie projektu Tytułu o dowodach. J. J. Litauera [w:] *Państwo, prawo, społeczeństwo w dziejach Europy Środkowej*, red. M. Mikołajczyk, T. Adamczyk, A. Drogoń, W. Organiściak, Katowice – Kraków. Pp. 645-662.

[Sebok, 1995](#) – *Sebok, A.J.* (1995). Misunderstanding Positivism. *Michigan Law Review*. Vol. 93. № 7. Pp. 2054-2132.

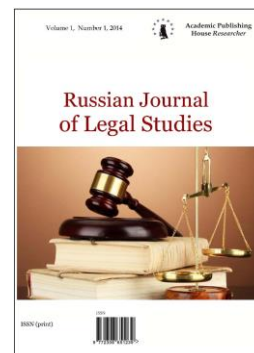
[Visegrády, 2013](#) – *Visegrády, A.* (2013). Prawo sędziowskie na Węgrzech [w:] *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna*. T. II, № 2. pp. 6-21.

Copyright © 2020 by Academic Publishing House Researcher s.r.o.



Published in the Slovak Republic  
Russian Journal of Legal Studies  
Has been issued since 2014.  
E-ISSN: 2413-7448  
2020, 7(2): 77-87

DOI: 10.13187/rjls.2020.2.77

[www.ejournal25.com](http://www.ejournal25.com)

## The Exempt Offerings in the EU and the US-Comparative Perspective

Łukasz Chyla<sup>a,\*</sup><sup>a</sup> Jagiellonian University, Kraków, Poland

### Abstract

The prospectus – exempted offering framework plays a crucial role in the process of creating a more issuers-friendly capital markets by minimizing the “barriers to entry” (such as burdensome prospectus obligations and ongoing disclosure thereafter). Thanks to certain prospectus exemptions, SMEs have better opportunities to access critical funds in order to grow and scale. In recognition of the above, the prospectus law in the European Union and the United States has lately been subject to dynamic reforms, aimed at expanding the exempt offerings frameworks. In the EU, a landmark reform, followed by multiple changes on a national level, has been introduced by the Prospectus Regulation (EU) 2017/1129 (hereinafter – PR). In the US, for many years now, we have been observing major exempt offerings reforms, such as the “JOBS Act”, the “FAST Act” and the “Economic Growth Act”, followed by the SEC rules. The main objective of this article is to analyze and evaluate, from a comparative perspective, the EU and the US legal frameworks for offers exempted from prospectus obligations – especially in light of the latest reforms. The article is based mostly on scrutinizing sources of law, academic literature, reports and data published by market authorities.

**Keywords:** EU prospectus law, US prospectus law, prospectus exemption, EU Regulation 2017/1129, private primary markets.

### 1. Introduction

One of the main challenges faced worldwide by prospectus regulations, is to create a more issuers-friendly environment by minimizing the “barriers to entry”, such as compliance costs. In doing so, a model prospectus law should carefully strike a balance so it can best address the sometimes opposing (albeit equally justified) needs of various actors – not only the issuers’ need for cheap funding without excessive burdens, but also the investors’ need for appropriate disclosure and market oversight, and finally – the general need to increase the competitiveness and attractiveness of the capital markets vis-a-vis banking system.

The exempt offering framework plays a crucial role in this process. It allows certain small capital raisings to skip the burdensome prospectus obligations and ongoing disclosure thereafter. Thanks to certain prospectus exemptions, multiple small companies (from early-stage start-ups seeking seed capital to companies that are on a clear way to go public) have opportunity to access critical funds in order to grow and scale ([Office of the Advocate, 2019](#)). The exempt offerings can also satisfy the capital needs of some SMEs that are unlikely to become public companies due to their size or business nature ([Office of the Advocate, 2019](#)). In other words, the dynamics of the

\* Corresponding author

E-mail addresses: [lukasz.chyla@doctoral.uj.edu.pl](mailto:lukasz.chyla@doctoral.uj.edu.pl) (Ł. Chyla)

capital markets is depends highly on a robust pipeline of new companies-supported by the exempt offering framework—that can eventually enter the public markets “in full grace”.

In pursuit of these goals, prospectus law in the European Union and the United States has lately been subject to dynamic reforms.

**In the EU**, a landmark prospectus law reform, followed by multiple changes on a national level, has lately been introduced by the Prospectus Regulation (EU) 2017/1129 and other secondary laws (such as the Commission Delegated Regulations 2019/980 and 2019/979, [ESMA Guidelines](#)), with the intent to enhance the market’s efficiency and attractiveness against the US counterpart. In addition, further amendments are being discussed and proposed by the experts and political leaders.

**In the US**, for many years now, we have been observing major **exempt offerings** reforms, such as the “JOBS Act” (2012), the “FAST Act” (2015) and the “Economic Growth Act” (2018), followed by multiple rules established by the Securities and Exchange Commission (SEC). In addition, even more laws have lately been proposed, including the “JOBS Act 3.0” and “Facilitating Capital Formation” SEC Proposal (2020).

Changes on both sides of the Atlantic represent a clear, ongoing trend of liberalization towards prospectus obligations to increase the competitiveness and attractiveness of local capital markets vis-a-vis other jurisdiction (this process is often called “regulator shopping”).

Since the European solutions on exempt offerings differ significantly from the American ones, these divergencies may hold the key to understanding the lower efficacy and competitiveness of the European markets. Hence, to draw from the US experience, it is particularly important for European legal scholars to better understand the rationale behind US changes. Meanwhile, for their American peers, it might be equally valuable to grasp some insights into the EU Prospectus Regulation perspective (especially in the face of their own impending reforms). Therefore, the aim of this article is to comparatively analyze and evaluate the exempt offering frameworks in the EU and the US in light of the latest changes.

## 2. Materials and methods

Detailed differences in shaping the prospectus law in the EU and the US are not widely known even to specialists in capital markets law. This is despite the fact that numerous materials and data on this subject are readily available on the Internet, the vast majority of them in English. Nevertheless, prospectus law in the EU and the US is subject to constant and dynamic changes. As a result, most publications on them quickly expire. This study takes into account all recent changes to the exemptions from the obligation to publish a prospectus, both in the EU and the US. The article is based mostly on scrutinizing sources of law, academic literature, reports and data published by competent market authorities in the US and the EU. Legal scientific research methods applied by the author include: the historical method, comparative legal research, critical and systematic analysis, formal-dogmatic method, critical-legal methods, and to some extent- law and economics.

## 3. Discussion

### 3.1. *The exempt offerings in the EU*

Prospectus law in the European Union is governed by the PR 2017/1129, which provides for a single regime throughout the whole Union and European Economic Area (EEA). It lays down the requirements for the drawing up, approval, and distribution of prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market within a Member State. This new prospectus law, which replaced the previous Prospectus Directive 2003/71/EC, entered into force on 20 July 2017 and apply fully from 21 July 2019. As contrary to the Directive, the Prospectus Regulation is directly binding and fully applicable in all EU Member States without any further implementation. The new law is a realization of the European Capital Markets Union Plan ([CMU, 2015](#)). The regulation is also part of the European Commission’s (hereinafter referred to as “EC”) more general commitment to simplifying EU laws and making them more efficient ([REFIT](#)). The flagship EU project which reflects a long-term ambition to expand and diversify sources of funding alternative to bank lending, and to help EU companies to better finance their expansion in order to create jobs and growth (Recital (1) of the PR). One of the major aims of the Regulation is to enhance the internal EU market for capital (Recital (7) of the PR). In order to achieve

this goal, it introduced a number of sweeping changes, including, in particular, a significant increase in the exemption thresholds from the prospectus obligation (the “lower threshold” from EUR 100.000 to 1 million EUR and the “upper threshold” from EUR 5 million to EUR 8 million EUR).

In general, under PR (Art. 3(1)) securities shall only be offered to the public in the EU after the prior publication of an EU-compliant prospectus (unless there is an exemption available). Before a prospectus can be published, it has to be submitted and approved by the relevant national competent authority (Art. 20(1)). Subsequently, the competent national authority notifies the issuer and the Exchange and Securities Market Authority (“ESMA”) of the approval. Once approved, the prospectus has to be made public by the issuer at the latest at the beginning of the offer (Art. 21). Importantly, under the Prospectus Regulation, once a *prospectus* has been approved in one *EU* country, it is valid throughout the whole *EU* (the passporting procedure – Art. 24, 25 of the PR).

In order to promote capital formation by SMEs, the Prospectus Regulation sets forth a number of exemptions from prospectus obligations, of which the two most relevant are described below. Unlike in the US, the EU exempted offers are not subject to any restrictions with respect to advertisement and solicitation. However, making use of exemptions comes at a price. Such offers cannot be subject to the notification procedure (article 25 of the PR 2017/1129), and consequently, cannot benefit from the passporting regime under the Regulation (Recital (13) of the PR 2017/1129). Thus, despite the fact that the exemption framework on the EU level is relatively straightforward, it can still be subject to various disclosure requirements imposed within the states’ discretion and autonomy, which creates confusion – especially for smaller issuers with no adequate research resources.

### *3.2. Offers exempted due to the limited value*

Pursuant to Article 1(3) of the Prospectus Regulation, the obligation to publish a prospectus does not apply to an offer of securities to the public with a total consideration in the EU of less than EUR 1 million over 12 months. According to Article 1(3) subparagraph 2, Member States shall not extend the obligation to draw up a prospectus below EUR 1 million (lower threshold). However, in those cases, Member States may require other disclosure requirements at the national level to the extent that such requirements do not constitute a disproportionate or unnecessary burden.

Additionally, pursuant to Article 3(2) of the PR, Member States may decide to exempt offers from the obligation to publish a prospectus provided that the total consideration of each such offer in the Union does not exceed EUR 8 million over 12 months. Also below that threshold, Member States are free to require other disclosure requirements at the national level so long as such requirements do not constitute a disproportionate or unnecessary burden in relation to such exempted offers of securities. As mentioned before, such offers cannot benefit from the passporting regime under the Recital (12) of the PR 2017/1129. Moreover, the exemption thresholds are not applicable to the admission to trading on regulated markets. These limitations are often heavily criticized by experts (Casale et al., 2017).

Upholding the MS discretion in setting out a threshold between EUR 1 and 8 million (as well their discretion to impose additional national disclosure rules below this threshold), according to their perception of the appropriate level of domestic investor protection, was motivated by the varying sizes of financial markets across the EU (Recital (13) of the PR). Member States are required to notify the European Commission and ESMA of whether and how they decide to use the exemption in Article 3(2), as well as of any subsequent changes to that policy.

The increase in the upper exemption threshold from EUR 5 million to EUR 8 million was almost immediately reflected in the subsequent legislative tendency of the Member States (Table 1). The numbers speak for themselves – since 2016, at least 17 states have used the opportunity to raise their thresholds (Chyla, 2019) – of which 14 raised the threshold to the maximum EUR 8 million, and another 3 are now in the process of implementing higher thresholds (Bulgaria, Greece, Iceland).

**Table 1.** Threshold above which members of the EEA require an EU prospectus to be drawn up (2019)

Threshold (EUR)	1 000 000	2 500 000	3 000 000	5 000 000	8 000 000
Member States	Bulgaria, Czechia, Hungary, Slovakia	Poland, Sweden	<b>Slovenia</b>	<b>Austria, Croatia, Cyprus, Greece, Iceland, Malta, The Netherlands, Portugal, Romania, Spain</b>	<b>Belgium, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Norway, United Kingdom</b>

Expressed as the total consideration of the offer in the EU over 12 months. The countries that raised the exemption thresholds since 2016 are mentioned in bold font.

In consequence, as of 2020, in Belgium, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Norway, and the United Kingdom, the exemption threshold is EUR 8 million. In Austria, Croatia, Cyprus, Greece, Iceland, Malta, the Netherlands, Portugal, Romania, Spain the threshold is EUR 5 million. In Romania, there is a EUR 5 million threshold for offers made exclusively in the Member States other than Romania (Article 5, paragraph 2, Romanian Regulation No 5/2018 on issuers of financial instruments and market operations), and EUR 1 million threshold for offers made within Romania (Article 5, paragraph 1(h) Romanian Law No 24/2017 on issuers of financial instruments and market operations). In Slovenia, the threshold is EUR 3 million, while in Poland and Sweden- EUR 2.5 million. The lowest exemption thresholds of EUR 1 million (the admissible minimum) are in Bulgaria, Czechia, Hungary, Latvia, and Slovakia.

As a consequence, the EU exemption framework seems to be visibly inconsistent. As shown above, full discretion and flexibility in setting the upper exemption threshold result in high diversity among the Member States. The thresholds differ significantly, ranging randomly from EUR 1 to 8 million, often regardless of the economic development of the particular markets. In consequence, issuers from states with a lower threshold have a natural incentive to conduct an offering under a more favorable regime. This, in turn, creates severe cross-border concerns of *forum shopping* (Härkönen, 2017: 130). Moreover, the disclosure requirements faced by the issuers of exempted offerings are extremely diverse across the EU, which might cause even further fragmentation and uncertainty in the markets. Firstly, there are at least 10 states that do not require any particular disclosure for such offers neither to the public nor to the competent national authorities (Bulgaria, Cyprus, Czech, Denmark, Malta, Portugal, Romania, Slovakia, Spain, and Sweden). Secondly, there is a large group of countries that impose very little information obligations- either in the form of short information notes, short documents, or even press releases (Belgium, Finland, France, Lithuania, Netherlands, Latvia, United Kingdom) - majority of which do not require any prior approval by the competent authority (Except for Germany, where the short (up to 3 A4 pages) information document (WIB) needs to be approved by BaFin). In some countries, bare notification of the use of the exemption suffice (Croatia, Slovenia). Thirdly, some countries have more strict disclosure requirements, which require submission of lengthy information documents or special national prospectuses, the majority of which have to be approved by competent authority prior to publication (Estonia, Norway, Greece, Iceland, Poland, Hungary).

As a result, in numerous states, issuers offering securities to the public with a total consideration of EUR 8 million will face significantly fewer obstacles (or even no disclosure requirements at all) than conducting public offering with a total consideration of EUR 1 million in other states (such as Poland or Hungary). This concerns not only more developed economies, such

as Belgium, France, UK, Italy, or Germany, but also countries with modest depth and development levels of the capital markets opportunities – such as Lithuania or Latvia.

Finally, the lack of passporting procedure in case of exempted offerings might deepen the financial fragmentation of the EU markets in the long run. Issuers in member states with higher exemption threshold or with no particular disclosure requirements can only offer their securities to domestic investors. In practice, with the international nature of crowdfunding and the easy Internet access available for potential investors in other states, SMEs using a crowdfunding platform need to be wary of potential liability risk cross-border investors (Härkönen, 2017: 128).

All this lack of coherence and harmonization might have a negative effect on the EU capital markets, hindering the achievements of the PR towards the CMU.

### 3.3. Offers to qualified and a limited number of non-qualified investors

Pursuant to Article 1(4) of the PR 2017/1129, which fully retained the Prospectus Directive solutions in this matter, the obligation to publish a prospectus shall not apply to offers of securities addressed solely to qualified investors or to fewer than 150 non-qualified investors (often referred to as “private placement” exemption). Since under Regulation, various exemptions are not exclusive and can be used jointly with other ones, the issuance of shares to a limited number of 149 non-qualified investors in each of a number of Member States can be further broadened by exemption covering issues of up to EUR 8 million or exemption covering issues to an unlimited number of qualified investors.

The original objective of the exemption was to serve as a kind of '*de minimis*' clause allowing issuers in a private placement to include a restricted circle of non-qualified investors in their offers (Capital Markets Union, 2015: 21). However, as a consequence of the enlargement of the EU, issuers can now offer to sell its securities to more than 4,000 non-qualified investors, without triggering any prospectus requirements whatsoever (Härkönen, 2017: 128; Staff Working Document: 19). This might be problematic at least as it runs counter the objective of investor protection. Surprisingly, the European Commission even considered raising this limit to 300 or even 500 persons in order to further benefit the development of crowdfunding across the EU. It was reported that in the UK, where crowdfunding is most developed, the average number of investors range from 50 to 400 persons (Staff Working Document: 20). However, this idea was abandoned since the vast majority of crowdfunding offers, despite reaching more than 150 non-qualified investors can still enjoy the 8 mln. EU exemption threshold. According to ESMA's report "Investment-based crowdfunding: insights from regulators in the EU" 2015, the average amount raised via the UK crowdfunding platforms between 2011 and the first quarter of 2014 was the equivalent of 270.000 EUR. Nevertheless, the biggest threat to the smooth development of the equity crowdfunding across the EU lies in the Member States' discretion to extend the prospectus disclosure requirements below that threshold because. As shown above, the diversity of domestic regulations is a substantial entry barrier for the issuers.

### 3.4. The exempt offerings in the US

Securities law in the United States involves dual regulation and is facilitated by both federal laws and the laws of the particular state in which securities are offered (the so-called *blue state laws*). The term originated after one of the state lawmakers declared that "if securities legislation was not passed, financial pirates would sell citizens everything in his state but the blue sky", referring to a once widespread problem of financial piracy in the United States. "These financial pirates were engaged in the widespread sale of "pieces of paper" representing ownership in various corporate enterprises, many of which were valueless or nonexistent" (Warren, 1984: 1). The focus of this analysis is on the federal laws only since most federal exempt offerings create securities classified as *covered securities*, which preempt state registration (and other state disclosure requirements) and thus are subject only to federal regulations. Traditionally, blue sky laws were not preempted by Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934. Although many state laws are based on the Uniform Securities Act (USA) of 1956, designed as a template, most of them adopted variations that added to their complexity and diversity across states- not to mention the variation in judicial interpretations. In recent years, there have been continuous efforts to harmonize securities legal framework in order to reduce unnecessary obstacles to capital formation. To achieve uniformity and reduce the burden on issuers, the National Securities Markets Improvement Act (NSMIA) of 1996 has been passed. It classifies certain types of securities



as covered securities, which are exempt from state registration and requirements and thus subject only to federal law.

The Section 5 of the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. § 77a) requires that every offer (15 U.S.C. 77b(a)(3)) and sale of securities be registered with the Securities and Exchange Commission, unless an exemption from registration is available ([Facilitating Capital Formation, 2020: 6](#)). The Securities Act requires a company to file a registration statement with the SEC before it may offer its securities for sale. Issuers are not supposed to sell securities covered by the registration statement until the SEC staff declares the registration statement as "effective". Registration statement contains two essential parts. Part I is the prospectus, in which an issuer must clearly describe important information about its business operations, financial condition, results of operations, risk factors, and management. The prospectus must also include audited financial statements. The prospectus has to be delivered to every offeree (prospective investors). Part II contains additional information and exhibits which must be filed with the SEC but there is no obligation to deliver them to offerees (prospective investors).

An issuer who has filed a registration statement with the SEC becomes subject to regular disclosure obligations under the Securities Exchange Act of 1934. However, taking into account that registration is not always the most effective solution, the Securities Act sets forth a number of exemptions from its registration requirement as well as some additional exemptions the SEC is authorized to adopt. Section 3 of the Securities Act identifies types of securities that are exempt from the registration requirements, whereas section 4 of the Securities Act identify transactions that are exempt from the registration requirements. For instance, section 28 of the Securities Act, authorizes the Commission to exempt other persons, securities, or transactions to the extent "necessary or appropriate in the public interest and consistent with the protection of investors. Section 28 was added by the National Securities Markets Improvement Act of 1996.

Without a doubt, the US exempt offering framework is substantially more complex and diversified than the EU one. It has evolved and significantly expanded over time through SEC rules and major legislative changes, such as Jumpstart Our Business Startups Act of 2012 ("JOBS Act"), Fixing America's Surface Transportation Act of 2015 (the "FAST Act") and the Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act of 2018 (the "Economic Growth Act"). Over the past years, there has been a noticeable trend of increasing liberalization of the US prospectus law by raising the prospectus exemption thresholds and facilitating the use of these thresholds for smaller companies. At the same time, exemptions are still carefully balanced so as to where non-accredited investors are permitted to participate in the offering they usually include more investor protection ([Facilitating Capital Formation: 13](#)). It is worth noting, that the exempt offerings market in the US is highly successful. The SEC estimates that in 2019, exempt offerings accounted for USD 2.7 trillion (69.2 percent) of new capital compared to USD 1.2 trillion (30.8 percent) raised through registered offerings. Based on analyses by staff in the Commission's Division of Economic Risk and Analysis ("DERA") of data collected from SEC filings ([Concept, 2019](#)), at Section II.

Despite the fact that there are many types of exemptions, the focus of this analysis is put only on the following federal regulations: Regulation D, Regulation A and Regulation Crowdfunding. For the reasons specified below, the exemptions excluded from the analysis are: Section 4(a)(2) offerings, Rule 144A offerings, Regulation S offerings, Rule 147 and Rule 147A Intrastate offerings. Section 4(a)(2) of the Securities Act offerings are barely used since its criteria are vague and there is a convenient safe harbor available under Rule 506(b) of SEC Regulation D. Rule 144A is a safe harbor exemption from the registration requirements of Section 5. It applies to resales of securities to qualified institutional buyers only and can be used only by persons other than the issuer of the securities. Regulation S offerings allow for issuers to raise capital only outside the U.S. Rule 147 and Rule 147A provide for the intrastate offerings. Because this type of offering includes no more than one state, it is exempted from the federal law and jurisdiction of the SEC. It does, however, fall under the jurisdiction of particular state authorities. Rule 147 is a "safe harbor" under Section 3(a)(11) of the Securities Act and provides objective standards that an issuer can rely on to meet the requirements of that exemption. Rule 147A is an intrastate offering exemption adopted by the Commission in 2016. According to SEC, it seeks to accommodate modern business practices and communications technology and allows to raise capital locally, for instance by intrastate crowdfunding offerings.

### 3.5. Regulation D

The SEC Regulation D (17 C.F.R. §230.501 et seq.) establishes the most significant exempt offerings regime, by setting forth three separate exemptions from the registration requirements of the Securities Act. The SEC estimates, that in 2019, issuers in the Regulation D market raised approximately USD 1.56 trillion of which the vast majority (USD 1.5 trillion) was raised under **Rule 506(b)** – (Facilitating Capital Formation: 15). The offerings under **Rule 506(c)** raised approximately USD 66 billion, while offerings under **Rule 504** raised only around USD 228 million (Facilitating Capital Formation: 16).

The first one, and by far the most popular one, **Rule 506(b) of Regulation D** (referred to as “private placement”), is considered a “safe harbor” under Section 4(a)(2) of the Securities Act. Section 4(a)(2) only vaguely exempts from registration transactions by an issuer not involving any public offering. The so-called “private placement” exemption under Section 4(a)(2) of the Securities Act requires, that the purchasers of the securities: a) either have enough knowledge and experience in finance and business matters to be “sophisticated investors” (able to evaluate the risks and merits of the investment), or be able to bear the investment’s economic risk, b) have access to the type of information normally provided in a prospectus for a registered securities offering and c) agree not to resell or distribute the securities to the public. If the issuer offers securities to even one person who does not meet these conditions, the entire offering may be in violation of the Securities Act. Hence, the more purchasers are involved in the offering, the higher the risk of not complying with Section 4(a)(2) requirements. To mitigate this risk, the Rule 506(b) provides objective standards that a company can rely on to meet the requirements of Section 4(a)(2) exemption. According to **Rule 506(b)** exemption, an issuer may offer and sell an unlimited amount of securities, provided that offers are made without the use of general solicitation or general advertising (Rule 502 (c)) and sales are made only to accredited investors and maximally 35 non-accredited, yet sophisticated investors. Sophisticated investors shall meet an investment sophistication standard pursuant to Rule 506(b)(2)(ii) (stating that each purchaser who is not an accredited investor either alone or with a purchaser representative has such knowledge and experience in financial and business matters that such purchaser is capable of evaluating the merits and risks of the prospective investment, or the issuer reasonably believes immediately prior to making any sale that such purchaser comes within that description).

The second most popular exemption, **Rule 506(c) of Regulation D**, sets forth an exemption without any limitation on offering amount pursuant to which offers may be made with the use of general solicitation or general advertising. However, the eligible purchasers in the **Rule 506(c)** offering are only limited to accredited investors and the issuer is obliged to take reasonable steps to verify their accredited investor status (because of that, this exemption is often referred to as “accredited investor crowdfunding”).

Both rule **506(b) and 506(c)** provide a federal preemption from state registration and qualification. However, the states still retain the authority to require notice filings and collect state fees (Section 18 of the Securities Act). Purchasers in offerings under both rules receive “restricted securities.”, with limitations on resale. According to rule 502 d, except as provided in §230.504(b)(1), securities acquired in a transaction under Regulation D shall have the status of securities acquired in a transaction under section 4(a)(2) of the Act and cannot be resold without registration under the Act or an exemption therefrom.

A third exemption, and the least popular one, **Rule 504 of Regulation D**, exempts from registration the offer and sale of up to USD 5 million of securities in a 12-month period. It was adopted by the SEC, due to its authority under Section 3(b)(1) of the Securities Act. Section 3(b)(1) of the Securities Act establishes the SEC’s exemptive authority for offerings of up to USD 5 million. Unlike other exempt offerings, rule 504 requires a company to comply with securities laws of states in which securities are offered or sold. In general, like under Rule 506(b) offers are to be made without the use of general solicitation or general advertising, and similarly to Rule 506(b) and 506(c) purchasers receive only “restricted securities” However, these limitations are inapplicable if the issuer complies with certain state registration requirements (Rule 504(b)(1)). Rule 504 is the only Regulation D exemption in which non-accredited investors can freely participate. In order to enhance the attractiveness of the Rule 504, the SEC has recently proposed to raise the exemption threshold to USD 10 million.

All Regulation D offerings are subject to “bad actor” disqualification provisions, which provides extra protection for investors against criminal and fraudulent activity by eliminating certain issuers from exempt offerings. Pursuant to Rule 506(d) bad actor disqualification, an offering is disqualified from relying on exemptions of Regulation D if the issuer or any other person covered by Rule 506(d) has a relevant criminal conviction, regulatory or court order or other disqualifying event.

On the surface, the Regulation D seems to be quite similar to the EU exemption framework. For instance, Rules 506(b) and 506(c) can be compared to Prospectus Regulation articles 1(4)(a) and 1(4)(b) - “private placement” exceptions for qualified and 149 non-qualified investors. In turn, Rule 504 can be confronted with the EU exemption from article 1(3) – first, because of the value of the threshold (EUR 8 million vs USD 5/10 million), and second, because both exemptions do not preempt the laws of particular states. However, there are many differences. Unlike Rules 506(b) and 506(c), the EU exemptions are not preempted from the national laws of the Member States. Second, the EU exemptions can be freely advertised and solicited, unlike Rules 506(b) and Rule 504. Most notably, the EU law lacks certain investor protection safeguards, such as provisions on resales of restricted securities or bad actor disqualification.

### 3.6. Regulation A/A+

The SEC Regulation A (which is often referred to as Regulation A+ after latest reforms) in its current shape was adopted by the SEC in 2015, due to its authority under Section 3(b)(2) of the Securities Act. Section 3(b)(2) directs the Commission to adopt rules adding a class of securities exempt from the registration requirements of the Securities Act for offerings of up to USD 50 million of securities within a 12-month period. Regulation A provides an exemption from registration for public offerings and has two offering tiers: tier 1, for offerings of up to USD 20 million and tier 2, for offerings of up to USD 50 million- both in a 12-month period. For offerings of up to USD 20 million, companies can choose to proceed under the requirements for Tier 2.

Some basic requirements are applicable to both tiers, such as company eligibility (Rule 251(b)), bad actor disqualification provisions (Rule 262), and disclosure obligations, including an offering statement. The offering statement consists of the contents required by Form 1-A filed with the Commission, including two years of financial statements and any other material information necessary to make the required statements, in light of the circumstances under which they are made, not misleading (Rule 252). Additional requirements that apply solely to Tier 2 offerings include requirements for audited financial statements and filing of ongoing reports – such as annual, semi-annual and current reports (Rule 257). Furthermore, there are investment limits on the amount of money a non-accredited investor may invest in a Tier 2 offering. The so-called Main Street investors (as opposed to Wall Street investors) cannot invest greater than 10 % of their annual income or 10 % of their net worth (Rule (d)(2)(i)(C)). However, unlike under the Tier 1 regime, issuances in Tier 2 offerings enjoy preemption of state registration and qualification.

Regulation A carries important benefits. First of all, securities are available not only to accredited but also to non-accredited investors, which on the one hand gives retail investors investment opportunities, and on the other hand, enables issuers to seek more diversified sources of funding. In addition, issuers utilizing Regulation A+ are permitted to “test the waters” with the potential purchaser and use solicitation materials both before and after filing the special offering statement (Rule 255). Moreover, securities purchased in offerings under Regulation A are not restricted on resale.

According to research, Regulation A is particularly favored by mature and later-stage companies, which treat its exemption as a stop on the way to regular initial public offering (Regulation A offerings are often referred to as “Mini IPOs”) – ([Office of the Advocate: 12](#)). The SEC estimates, that from June 2015 till December 2019, issuers under Regulation A reported raising approximately USD 2.4 billion in 382 qualified offerings, the majority of which was raised under Tier 2 (USD 2.2 billion- 90.6 percent) ([Facilitating Capital Formation: 18](#)). Despite the fact that the value and volume of Regulation A offerings remain relatively modest (especially comparing to registered offerings or Rule 506(b) offerings), the financing levels after the 2015 amendments become incomparably higher than before. Moreover, there has been reported a steady increase in the aggregate amount raised annually under Regulation A for the past 3 years (84 % in 2018 and 42 % in 2019).

Considering the Regulation's young age, as well as its growing popularity, it is hard to deny its success. It is worth – noting that the Regulation A original solutions have no equivalent within the EU, not to mention its generous exemptions (USD 20 and 50 million vs. only EUR 8 million). Moreover, the SEC has recently proposed to increase the maximum offering amount under Tier 2 of Regulation A from USD 50 million to USD 75 million. Such move is believed by the US authorities to further facilitate capital formation by attracting the number of larger issuers, qualified and institutional investors as well as intermediaries to the Regulation A environment ([Facilitating Capital Formation: 120-121](#)). Since this measure will make Regulation even more competitive from a comparative perspective, it will definitely widen the gap between the US and the EU prospectus exemption framework. Taking this into account, the EU lawmakers should consider establishing an exemption threshold that would be in nature similar to Regulation A – with a considerably higher threshold and some form of alleviated disclosure requirements.

### 3.7. Regulation Crowdfunding

Regulation Crowdfunding (hereinafter referred to as “Reg. C.”), effective from 2016, was adopted by the SEC, due to its authority under Title III of the JOBS Act which added Securities Act section 4(a)(6). Reg. C. provides an exemption from registration for crowdfunding transactions under certain conditions. “*Crowdfunding generally refers to a method of capital raising in which an entity or individual raises funds via the internet from a large number of people typically making small individual contributions*” ([Facilitating Capital Formation : 19](#)). It permits the offer and sale of up to USD 1,070,000 million of securities in a 12-month period (Rule 100(a)(1) of Regulation Crowdfunding) and introduces investment limits for individual investors. Pursuant to Rule 100 (a)(2), The aggregate amount of securities sold to any investor across all issuers in reliance on section 4(a)(6) of the Securities Act during the 12-month period shall not exceed: (i) The greater of \$2,200 or 5 percent of the lesser of the investor's annual income or net worth if either the investor's annual income or net worth is less than \$107,000; or (ii) 10 percent of the lesser of the investor's annual income or net worth, not to exceed an amount sold of \$107,000, if both the investor's annual income and net worth are equal to or more than \$107,000. General solicitation and advertising are permitted with certain limitations. Pursuant to Rule 203 of Regulation C. Reg. C. requires all transactions to take place online through an SEC-registered intermediary - a broker-dealer or a funding portal (section 4A(a) of the Securities Act (15 U.S.C. 77d-1(a)). Moreover, it requires that issuers and intermediaries provide certain specified information to investors and the SEC. Purchasers receive restricted securities which cannot be freely resold for a period of 12 months unless they are sold to certain persons i.e. the issuer of the securities, an accredited investor. See: Rule 501 of Regulation C. Importantly, crowdfunding offerings enjoy preemption of state registration and qualification. Similarly to other exempt offerings, Reg. C. offerings are also subject to “bad actor” disqualification provisions (Rule 503 of Regulation C).

The SEC estimates that from May 2016 till Dec. 2019, issuers in the Reg. C. raised approximately USD 170 million in 795 completed offerings ([Facilitating Capital Formation : 20](#)). Despite the market's stable growth over time, these numbers should be considered modest ([Regulation Crowdfunding, 2019 : 4](#)) - especially in comparison to main competitors, such as the European Union, United Kingdom or China. For example, in the UK, only in 2017, crowdfunding issuers raised the equivalence of approximately USD 450 million ([3rd Report, 2017](#)). There are many reasons for such a transatlantic gap. First, the UK crowdfunding market is significantly older (operates since 2011) and more developed. Second, alongside other EU states, it offers higher offering thresholds regimes than the US (EUR 8 million compared to USD 1 million) and favorable tax treatments of crowdfunding investments ([Regulation Crowdfunding, 2019 : 15-17](#)).

It is worth noting, that in the field of Crowdfunding the EU holds an undeniable advantage over the US. Although the EU lacks the coherent legal framework regarding crowdfunding and this matter is still under member states' exclusive discretion, multiple national laws allow crowdfunding offerings of up to EUR 8 million (which is the upper exemption threshold of Prospectus Regulation).

However, to significantly strengthen the US capital formation under Reg. C., the SEC lately proposed ([Facilitating Capital Formation : 126](#)) to raise the issuer offering limits to USD 5 million and increase the investment limits for investors (By no longer applying those limits to accredited investors and allowing investors to rely on the greater of their income or net worth in calculating

their investment limit). These changes, if adopted, may fill the gap between the US and the EU crowdfunding and mitigate the European advantage.

#### 4. Results

So, there are several findings that can be drawn from the above analysis.

**Firstly**, the US exempt offerings framework is more developed, complex and diversified than the EU one. In addition to Regulation D, which more or less mirrors the EU exemption system, the US system contains specific laws governing pre-IPO offerings (Regulation A) and crowdfunding (Regulation Crowdfunding) which find no equivalent in the EU. It can be argued, that this original set of rules is more mature and tailored to the specific needs of certain SMEs, rather than the European “one size fits all approach”.

**Secondly**, when it comes to offers involving retail investors (non-accredited/non-qualified investors), the US issuers can raise much larger funds without triggering the obligation to produce a full-blown prospectus. Although, as of 2020, the upper exemption threshold in the EU (EUR 8 million) is higher than under Rule 504 (USD 5 million), the latter will soon likely be increased to USD 10 million. Also, many of the EU Member States (13 out of 27) set up their thresholds at way below EUR 8 million (even EUR 1 million). Moreover, under Regulation A, the issuers in the US can raise up to USD 50 million (USD 75 million due to latest proposal). With this regard, the US regulations give issuers much larger funding opportunities at a lower marginal cost, even though they are connected with some additional disclosure requirements.

**Thirdly**, again from the issuers’ perspective, the US exempted offerings rules are generally more stringent and burdensome than the European ones. This is, among other things, mostly due to several solutions generally no existent in the EU system, such as the restrictions on advertising and general solicitation (Rule 506(b), Rule 504), restrictions on resales (Regulation D, Regulation Crowdfunding), investment limits for non-accredited investors (Regulation A, Regulation Crowdfunding), additional disclosure rules (Regulation D, Regulation A, Regulation Crowdfunding) and ongoing reporting requirements after the offer (Regulation A, Regulation Crowdfunding). **However**, this is partly mitigated by two factors. First, unlike most of the US exemptions, the EU exemptions do not preempt the requirements of the particular Member States, which in many cases are almost as costly and burdensome. Secondly, with the EU exemptions comes a great deal of uncertainty when it comes not only to national rules and competent authorities procedures but also differing civil liability regimes. The above impacts the small issuers’ decision-making process as to conducting the offer. Undoubtedly, the presence of various exemption thresholds and different requirements in each jurisdiction increase transaction costs for small and medium enterprises and may lead to severe fragmentation of the EU capital markets.

**Fourthly**, from the perspective of market oversight and investor protection, the EU prospectus law provides for much more lax rules than its US counterpart (Härkönen, 2017: 140). The Prospectus Regulation completely lacks important investor protection safeguards, such as proportional (yet carefully scaled) disclosure, investment limits for non-qualified investors, provisions on resales of restricted securities, disqualification rules for bad actors or gatekeeper regulations (such as under US Regulation Crowdfunding). Even a limited disclosure regime would probably eliminate many fraudulent issuances and increase investor protection. This would translate into increased public confidence in smaller issuers, who naturally are more prone to investment risk. In turn, the investment limits can prevent retail investors from losing all his money after investing in a risky offering, while the bad actors’ disqualification can eliminate fraudulent persons, who are willing to take advantage of the exemptions under EU law (Härkönen, 2017: 146). When it comes to investor protection in exempted offerings, it seems that the US prospectus law has it right.

#### 5. Conclusion

The comparative analysis indicates, that the US solutions hold certain advantage over their European counterparts. First, they provide issuers with much larger funding opportunities at a lower marginal cost. Secondly, they provide more investment opportunities for retail investors. Last but not least, they provide important investor protection safeguards, which are absent under European law.

## 6. Acknowledgements

The article was written as part of the Polish National Center for Science scientific grant "Preludium" № 2018/29/N/HS5/02977.

## References

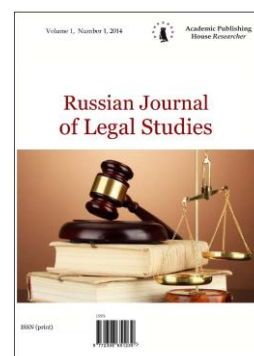
- [3rd Report, 2017](#) – The 3rd European Alternative Finance Industry Report. 2017. Cambridge Center for Alternative Finance, University of Cambridge. [Electronic resource]. URL: [https://www.jbs.cam.ac.uk/faculty-research/centres/alternative-finance/publications/expanding-horizons/#.XKeZSK\\_4fcs](https://www.jbs.cam.ac.uk/faculty-research/centres/alternative-finance/publications/expanding-horizons/#.XKeZSK_4fcs)
- [Capital Markets Union, 2015](#) – Communication of the Commission 'Action Plan on Building a Capital Markets Union' (2015). European Commission, The Commission Staff Working Document Impact Assessment, Brussels, 30.11.2015, Annex 3.
- [Casale et al., 2017](#) – Casale A., Bianchi M., Spatola P. (2017). The new prospectus regulation: A missed opportunity? Oxford B.L. Blog.
- [Chyla, 2019](#) – Chyla, Ł. (2019). Is 2.5 million EUR prospectus exemption threshold enough? *Przeгляд Prawno-Ekonomiczny*. № 47. Pp. 106-123.
- [Concept, 2019](#) – Concept Release on Harmonization of Securities Offering Exemptions, Release № 33-10649 (2019). (June 18). 84 FR 30460.
- [Facilitating Capital Formation, 2020](#) – SEC Proposed Rule on Facilitating Capital Formation and Expanding Investment Opportunities by Improving Access to Capital in Private Markets, Release Nos. 33-10763 (March 31, 2020).
- [Fox, 2018](#) – Fox, M.B. (2018). Initial Public Offerings in the CMU: A US Perspective, in: Busch D.,(ed.), *Capital Market Union in Europe*, Oxford.
- [Härkönen, 2017](#) – Härkönen, E. (2017). Crowdfunding and the Small Offering Exemption in European and US Prospectus Regulation: Striking a Balance Between Investor Protection and Access to Capital? *European Comp. and Financial Law Review*. Pp. 121-148.
- [Howell, 2018](#) – Howell, E. (2018). An Analysis of the Prospectus Regime: The EU Reforms and the 'Brexit' Factor. *European Company and Financial Law Review*, De Gruyter. Vol. 15(1). Pp. 69-100.
- [Langevoort, 2018](#) – Langevoort, D.C. (2018). Primary Markets and the Securities Laws: Capital- Raising and Secondary Trading. *New Special Study*. Pp. 1-61.
- [Moloney, 2016](#) – Moloney, N. (2016). Capital Markets Union: "ever closer union" for the EU financial system. *European Law Review*. 41 (3). Pp. 307-337.
- [Office of the Advocate, 2019](#) – Office of the Advocate for Small Business Capital Formation Annual Report for Fiscal Year, 2019.
- [Office of the Advocate, 2019](#) – Office of the Advocate for Small Business Capital Formation Annual Report for Fiscal Year 2019. [Electronic resource]. URL: [https://www.sec.gov/files/2019\\_OASB\\_Annual%20Report.pdf](https://www.sec.gov/files/2019_OASB_Annual%20Report.pdf)
- [REFIT](#) – The European Commission's regulatory fitness and performance (REFIT) programme. [Electronic resource]. URL: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en)
- [Regulation Crowdfunding](#) – Regulation Crowdfunding (17 C.F.R.)
- [Regulation Crowdfunding, 2019](#) – Regulation Crowdfunding, (2019). SEC Report to the Commission. (June 18).
- [Regulation, 2020](#) – Regulation A Lookback Study and Offering Limit Review Analysis – SEC (2020).
- [Staff Working Document, 2015](#) – The European Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading, Brussels, 30.11.2015.
- [Warren, 1984](#) – Warren, M.G. (1984). Reflections on Dual Regulation of Securities: A Case Against Preemption. *Boston College Law Review*. Vol. XXV, № 3, May. Pp. 495-538.

Copyright © 2020 by Academic Publishing House Researcher s.r.o.



Published in the Slovak Republic  
Russian Journal of Legal Studies  
Has been issued since 2014.  
E-ISSN: 2413-7448  
2020, 7(2): 88-99

DOI: 10.13187/rjls.2020.2.88

[www.ejournal25.com](http://www.ejournal25.com)

## The Principle of Equitable and Reasonable Utilization in the Law of Transboundary Watercourses

Edgar Meyroyan <sup>a, \*</sup><sup>a</sup> Russian-Armenian University, Republic of Armenia

### Abstract

In view of the variance of substantive norms existing in the law of transboundary watercourses, which may also be categorized according to their importance, the author of the present work analyzes the principle of equitable and reasonable utilization of transboundary watercourses which as such stands to be the most progressive and fundamental principle on the basis of which the rest of the substantive norms of this particular sphere operate.

The principle under discussion rests midway between the two competing doctrines of the law of transboundary watercourses: the absolute territorial sovereignty and absolute territorial integrity. Historically, when the rule of equitable and reasonable utilization was formulated, the corpus of international environmental law was premised upon concerns that were either completely unknown or of peripheral importance or contradictory *inter se*. The principle of equitable and reasonable utilization was thus formulated to reconcile many of those concerns and establish a new reality in the sphere under consideration.

**Keywords:** equitable and reasonable utilization, transboundary water resource, Convention on the Law of Non-navigational Uses of International Watercourses of 1997, the Supreme Court of the US, harm.

«Все меняется, со временем и с водой»  
*Леонардо да Винчи*

### 1. Введение

Пресная вода представляется уникально важным природным и незаменимым компонентом людской среды и не только. Из всех природных ресурсов только воздух является более распространённым, жизненно необходимым, чем вода. Лишите нас воздуха, и мы умрем за считанные секунды. Лишите нас воды, и мы умрем за считанные дни.

Во всем мире спрос на воду усиленно растет, что в большинстве своем обуславливается ростом населения, экономическим развитием и, естественно, глобальным изменением климата. Сегодня технологические разработки разного рода, позволяя отводить воды поверхностных водотоков от их естественных течений или же выкачивать воду из водоносных горизонтов и из других подземных вод, во многих регионах мира поставили этот сокровенный ресурс на грани высыхания, чрезмерного засоления и загрязнения. И, естественно, отмеченные факторы в совокупности порождают глобальный кризис неадекватной доступности воды для удовлетворения человеческих и других потребностей.

\* Corresponding author

E-mail addresses: [edgar.meyroyan@yahoo.com](mailto:edgar.meyroyan@yahoo.com) (E. Meyroyan)

В результате за последние несколько десятилетий интерес к международному водному праву вырос как никогда. Ввиду сказанного, сегодня каждое государство разного уровня развития ревностно охраняет свою часть общего водного ресурса. Вместе с тем, растущая глобализация экономики как никогда ведет к более тесной интеграции правовых систем. И сегодня растущее признание того, что проблемы окружающей среды и, в особенности, общих водных ресурсов, являются центральными вопросами национальной безопасности, наличествуют опасения по поводу водных конфликтов разного масштаба.

Государства, следовательно, предпринимая меры различного рода по использованию общего водного ресурса обязаны не только учитывать все возможные обстоятельства в предотвращении трансграничного ущерба, но также и способствовать, с одной стороны, развитию *эффективного* и *действенного* использования, а, с другой, *справедливого* и *разумного* водопользования.

Важность работы проявляется особенно в том плане, что подвергает глубокому анализу концепцию *ущерба* в рамках трансграничных водных ресурсов. И не только, вместе с тем, рассматривается и его *prima facie* противоречащее взаимоотношение с коренными принципами данной области, в частности, *справедливого* и *разумного* использования – задача, которая долгое время проявлялась как нечто из рода прокрастинации.

## 2. Материалы и методы

При изложении данной работы использованы общенаучные методы. В их числе: хронологический и системный методы, анализ, синтез, аналогия, моделирование, методы индукции и дедукции, исторический метод. Применялись и частно-научные методы: сравнительно-правовой и формально-юридический.

Общетеоретическую и специальную базу исследования составили труды следующих зарубежных (европейских и американских) юристов: Д.А. Андерсон, А. Бут, Брукс, Динар С., Дж. Липер, А. Людвик, Н. Клиот и Дж. Трелиз.

Кроме того, базу исследования составила судебная практика разных государств, в том числе и Республики Армения, а также международная судебная и арбитражная практика.

Эмпирическую основу исследования составляют универсальные, региональные и двусторонние инструменты, внутрисударственное законодательство зарубежных стран, проекты Комиссии Международного права и официальные позиции (исторические и современные) государств.

## 3. Обсуждение

### ***Обязанность справедливого и разумного использования.***

Концепция справедливого использования, как она представляется сегодня, рассматривается в значительной степени как развитие другой (ранней) концепции, а именно, *справедливого распределения*, которое в большинстве своем и первоначально применялось Верховным Судом США. Верховный Суд США при подобных спорах (когда предмет спора был в рамках справедливого распределения общих водных ресурсов между штатами) выступал в качестве как международного, так и национального трибунала ([Kansas v. Colorado, 1902](#)). Это делает использование его решений удобным для целей рассмотрения данного принципа.

Выражение «справедливое распределение», как видно из самого названия, акцентирует внимание на распределении долей имеющейся воды, однако, справедливо отметить, что данная фраза постепенно уступила свое место, особенно в рамках международного права, концепции *справедливого использования*, которое более подходящее для достаточно широкого круга интересов в отношении водного ресурса, наряду с распределением выгод от такого использования, а также распределения воды *per se*.

Важно отметить, что в обоих случаях использование слова «справедливый» указывает на то, что акцент делается на *справедливости* между государствами, а не на строгом соблюдении законных прав, что интересным образом наводит на мысль, что данная категория не является принципом «четкого разграничения» (“bright line” rule) ([Anderson, 2003](#); [Dinar, 2003](#)). Примечательно также то, что даже под рубрикой справедливого использования *распределение* водных ресурсов все еще остается в центре договорной практики и судебных решений.



Ввиду сказанного, на данном этапе, нашей задачей является подробный анализ вышеотмеченных концепций и их взаимосвязи с другими коллатеральными принципами.

### **Справедливое распределение**

Принимая решение о справедливом распределении водных ресурсов между государствами, представляется, что три цели должны быть достигнуты:

(a) изучение потребностей прибрежных государств путем объективного рассмотрения различных факторов и противоречивых элементов, имеющих отношение к их использованию водного ресурса,

(b) распределение водных ресурсов государствами, по территории которых протекает река, таким образом, чтобы максимально удовлетворить их потребности, и

(c) распределение водного ресурса, стремясь добиться максимальной выгоды для каждого государства-участника бассейна с минимальным ущербом для каждого (Lipper, 1967).

Несколько решений Верховного Суда США особенно хорошо отражают вышеотмеченные соображения в отношении справедливого распределения. Надо заметить, что исторически (впрочем, также, как и сегодня) центральное значение в этом отношении имеют *существующие виды использования*, однако, сказанное далеко не стоит рассматривать как контролирующий критерий, иначе одно прибрежное государство может в значительной степени монополизировать общие воды посредством более раннего или более быстрого развития. Как верно отмечает по этому поводу судья ВС США Уоррен Бергер в своем мнении по делу *Colorado v. New Mexico*, ни одно государство не имеет приоритета над другим (*Colorado v. New Mexico: 191-192*). В том же решении большинство членов Верховного Суда указали на связь существующего использования с другими использованиями:

Как сказано в решении ВС США *Colorado v. New Mexico*, «поддержание защиты существующих использований обычно всепоглощающе. Вред, который может возникнуть в результате нарушения существующих видов использования, обычно является определенным и немедленным, в то время как потенциальные выгоды от предлагаемого отвода могут быть спекулятивными и отдаленными. Однако при некоторых обстоятельствах компенсационные соображения, поддерживающие отвод для будущего использования в одном штате, могут оправдать ущерб существующим пользователям в другом штате. Это может иметь место, например, когда штат, который намеревается отводить воду из общего ресурса, демонстрирует ясными и убедительными доказательствами, что выгоды от отвода существенно перевешивают вред, который может возникнуть» (*Colorado v. New Mexico: 187-188*).

Кроме того, некоторые виды использования могут быть предпочтительнее других видов использования, включая существующих видов использования. Примером установления преференциальных видов использования является Договор 1909 года между Соединенным Королевством и Соединенными Штатами, касающийся канадско-американских пограничных вод. Договор предусматривает, в частности, что:

«Следующий порядок приоритета должен соблюдаться среди различных видов использования, перечисленных ниже для этих вод, и не допускается использование, которое имеет тенденцию существенным образом противоречить или ограничивать любое другое использование, которое имеет преимущество над ним в этом порядке приоритета:

(1) Использования для бытовых и санитарных целей,

(2) Использования для судоходства, включая обслуживание проходов для целей судоходства,

(3) Использования для питания и для ирригационных целей» (*Treaty of 1909, art. VIII*).

Конечно, порядок предпочтений не обязательно должен быть одинаковым для всех бассейнов.

Один вид использования может быть предпочтительнее другого из-за исторических, географических, экономических и политических характеристик, присущих конкретному бассейну. Так, судоходство на Великих Озерах имеет первостепенное значение и должно учитываться при определении того, сколько воды может быть отведено для другой цели (Ludwik, 1985).

С другой стороны, судоходство не имеет большого значения или вообще не имеет значения (из-за характеристик бассейна) в рамках речного бассейна Кура-Аракс. Преимущественное использование может также варьироваться не только от бассейна к

бассейну, но также время от времени в пределах одного бассейна в зависимости от изменения условий (например, в зависимости от сезона).

В свете сказанного, очень важно, чтобы международное, также, как и внутригосударственное, водное право было достаточно гибким, чтобы соответствовать изменяющимся потребностям общества и характеристикам водного бассейна.

Справедливое распределение, следовательно, стремится максимизировать выгоды и минимизировать ущерб, однако, стремясь увеличить полезное использование воды, обычно невозможно полностью избежать ущерба (соотношение последних двух далее будет анализировано).

В этом отношении, напоследок отметим, что договоры о справедливом распределении водного ресурса имели и имеют довольно широкое распространение в международной практике. Например, Соглашение о Водах Нила 1959 года подтверждает права каждой стороны на определенные количества воды. Договор между Бразилией и Уругваем 1933 года предусматривает, что каждое из двух государств имеет право распоряжаться половиной вод, протекающих в пограничных водотоках. Соглашение Армении с Турцией от 1927 года (Протокол Карса) предусматривает деление пограничных вод между сторонами 50/50.

### **Справедливое использование**

Несмотря на то, что «справедливое распределение» изначально было центральным механизмом для урегулирования вопросов в отношении общих водных ресурсов, данная концепция, как уже отметили, была далее *перефразирована* как «справедливое использование», и, в особенности, на международном уровне. Можно с уверенностью констатировать, что подобный концептуальный переход имеет вескую и обоснованную причину. Постепенно правовое мышление перешло от простого *владения* определенным количеством воды к *праву на использование* воды или на *получение выгоды от использования* воды (Boute, 2016). Так, многие виды использования международных рек, такие как гидроэнергетика и судоходство, очевидно, требуют защиты водопользования, а не владения водой. Имея это в виду, уместнее говорить о праве использовать определенное количество воды, а не о праве владеть ею. Ввиду этого, фраза «справедливое использование» более точно и четко отражает эту мысль, чем выражение «справедливое распределение».

Еще в период после Первой мировой войны договор между Австрией и Баварией закреплял, что «одно распределение по объему не может быть оптимальным решением» (UN Economic Comm. for Europe, 1952). И так, постепенно международная формулировка перешла от права собственности на право пользования водным ресурсом.

Более того, в 1958 году Ассоциация международного права указала:

«если иное не предусмотрено договором или другими документами или же нормами обычного права, обязывающими стороны, каждое прибрежное государство имеет право на разумную и справедливую долю полезного использования вод водосборного бассейна. То, что составляет разумную и справедливую долю, является вопросом, который должен быть определен с учетом всех соответствующих факторов в каждом конкретном случае» (Association, 1958).

Формулировка Ассоциации была уточнена т.н. Хельсинкскими Правилами. В статье «Справедливое использование» подчеркивают, что «Каждое государство бассейна в пределах своей территории пользуется разумной и справедливой долей полезного использования вод международного речного бассейна» (Association, 1966: art. IV). В том же духе, хотя с некоторыми модификациями, Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г. и Берлинские Правила 2004 г. тоже инкорпорируют концепцию справедливого использования.

Интересным представляется ст. 13 формулировка Берлинских Правил (Берлинские правила, 2004), которые, хотя в большинстве аналогичны языковой конструкции Конвенции 1997 года, тем не менее, по некоторым аспектам представляют новое развитие. Правила, в отличие от Конвенции 1997 года, включают, *inter alia*, также и гидрогеологические признаки в качестве факторов, что означает распространение Берлинских Правил на подземные воды. Отметим, однако, что данный фактор используется в рамках других международных договоров, так же, как и в самой Конвенции 1997 года (однако, по неясным причинам в Конвенции 1997 года данный фактор не отмечается в

Статье 6, где закреплены именно соответствующие факторы). Далее, в Статье 14(1) Правил говорится о приоритетности использования, где «при определении справедливого и разумного использования государства первоначально распределяют воды для удовлетворения *насущных потребностей человека*» [подчеркнуто автором] ([Берлинские правила, 2004: ст. 14\(1\)](#)).

Акцентированная часть положения (а именно – насущенные потребности человека), несмотря на аналогичное закрепление и в других международных документах, тем не менее, впервые находит свое определение именно в Берлинских правилах, в частности, в Статье 3(20), где говорится, что «Насущенные потребности человека означает воды, используемые для непосредственного выживания человека, включая потребности для питья, приготовления пищи и санитарные потребности, а также воду, необходимую для непосредственного поддержания домохозяйства» ([Берлинские Правила, 2004 : ст. 3\(20\)](#)).

По мнению отдельных авторов ([Kliot, 1994 : 95-99, 167-72, 259-76](#)), вышеотмеченные соответствующие факторы справедливого использования или распределения необходимо рассматривать как некий алгоритм, при котором можно просто заполнить цифры и автоматически осуществить распределение. Подобное суждение представляется неверным. Любая попытка толковать данные факторы как алгоритм просто полностью упускает всю суть принципа справедливого использования.

Правило справедливого использования в большинстве критикуется за свою расплывчатость, но на самом деле сама гибкость данного принципа и есть одна из его сильных и преимущественных сторон. При распределении видов использования международных водотоков или водоносных горизонтов гибкость предпочтительнее жестких норм, поскольку каждый водный бассейн имеет свои уникальные физические, экономические, социальные и политические характеристики.

Считаю необходимым провести различие между *справедливым* и *разумным* использованием.

Представляется, что эти две категории следует рассматривать как отдельные и разные понятия. Констатировать обратное будет означать, что один или другой будет излишним. В то время как справедливое использование понимается как разделение всего водотока, а также разделение других интересов по отношению водотока между государствами, таких как экологическое сохранение, рыболовство, судоходство и т.д., *разумное использование* рассматривает как вода используется, чтобы определить, является ли данное использование разумным в данных обстоятельствах.

МакКаффри, специальный докладчик Комиссии Международного Права, который подготовил основные положения, принятые в Конвенции 1997 года, дает представление о разумном использовании, цитируя решение Верховного Суда США по делу *Kansas v. Colorado*:

Как указано в решении ВС США *Kansas v. Colorado*, «Право на разумное и выгодное использование потока является общим для всех владельцев прибрежных территорий, и поэтому каждый из них обязан использовать свое общее право так, чтобы не предотвратить или препятствовать одинаково выгодному осуществлению общего права всеми владельцами ...» ([Kansas v. Colorado, 1907](#)).

Интересным представляется изложение принципа разумного права в Своде Норм Права, подготовленного Американским институтом права:

«В соответствии с теорией разумного использования первичное или фундаментальное право каждого прибрежного владельца водотока или озера должно быть свободным от необоснованного вмешательства в использование воды. Акцент делается на полном и выгодном использовании преимуществ ручья или озера, и каждая прибрежная сторона имеет привилегию выгодным образом использовать воду для любых целей, при условии, что такое использование не будет необоснованно мешать выгодному использованию других прибрежных сторон. Разумное использование является единственной мерой прибрежных прав. Разумность, являющаяся вопросом факта, должна определяться в каждом конкретном случае с учетом конкретных фактов и обстоятельств. Разумность определяется с точки зрения суда или присяжных и зависит не только от полезности самого использования, но и от серьезности его последствий для других прибрежных сторон» ([Trelease, 1979](#)).

Комитет отдела планирования и управления водными ресурсами Американского общества инженеров разработал Типовой Водный Кодекс, где разумное использование определяется как «использование воды ... в таком количестве и порядке, которое необходимо для экономичного и эффективного использования без потерь воды, без необоснованного вреда для других правообладателей воды и в соответствии с общественными интересами и устойчивым развитием» ([Model Water Code, 2004: § 2R-2-20](#)).

Интересным представляется подход международных инструментов в отношении принципа разумного использования. И несмотря на то, что почти все международные документы, регулирующие вопросы водных ресурсов, закрепляют разумное использование водных ресурсов, из текстуальной конструкции рассматриваемого принципа в этих документах создается впечатление, что категории «справедливый» и «разумный» рассматриваются как синонимы (иначе говоря, не дается четкого разграничения, впрочем, как и в правовой литературе очень мало внимания уделяется данному вопросу).

Тем не менее, подход Хельсинкских правил 1966 года представляется примечательным в этом отношении. Правила представляют собой всеобъемлющий набор правовых принципов использования международных рек и послужили фундаментальной платформой для последующих аналогичных документов. Из конструкции ст. VII и VIII разумное использование представляется не только инструментом для распределения доли государства в отношении водного ресурса, но и мерой использования. Так, согласно ст. VII, «Государству бассейна не может быть воспрепятствовано в разумном использовании вод международного речного бассейна на основании резервирования вод другим государством». Согласно пар. 1 ст. VIII, «Существующее разумное использование может продолжаться до тех пор, пока факторы, его обуславливающие, не перекрываются другими факторами, приводящими к решению о необходимости изменения или ограничения использования таким образом, чтобы разрешить проблему конкурирующих несовместимых видов использования» ([Association, 1966: art. VII и VIII\(1\)](#)). Отмеченные статьи указывают на то, что защищены только разумные виды использования. Это далее подтверждается в параграфе 3 Статьи VIII, где говорится, что «Использование не должно признаваться существующим, если к началу его осуществления оно являлось несовместимым с уже существующим разумным использованием» ([Association, 1966: art. VIII\(3\)](#)).

Таким образом, понятие разумности, используемое в Хельсинкских Правилах, является одновременно как *мерой* справедливой доли, так и ограничением использования.

*Проанализировав таким образом концепции* справедливого распределения и использования, также, как и концепцию разумного использования, теперь на данном этапе представляется уместным понять концепцию *ущерба*, как неотъемлемую часть данной тематики и ее взаимосвязь с указанными принципами.

При подготовке первого комплекта проектов статей о несудоходном использовании международных водотоков Комиссия международного права выразила позитивные и негативные аспекты справедливого использования в двух отдельных статьях, без четкого указания на взаимосвязь между этими двумя статьями. В ст. 5 речь идет о справедливом и разумном использовании и участии:

«1. Государства водотока используют в пределах своей соответствующей территории международный водоток справедливым и разумным образом. В частности, международный водоток используется и осваивается государствами водотока с целью достижения его оптимального и устойчивого использования и получения связанных с этим выгод, с учетом интересов соответствующих государств водотока, при надлежащей защите водотока.

2. Государства водотока участвуют в использовании, освоении и защите международного водотока справедливым и разумным образом. Такое участие включает как право использовать водоток, так и обязанность сотрудничать в его защите и освоении, как предусмотрено в настоящих статьях» ([ILC, 1992](#)).

Статья 7 называется «Обязательство не наносить ощутимый ущерб»:

«Государства водотока используют международный водоток таким образом, чтобы не причинять *ощутимого* вреда другим государствам водотока» [подчеркнуто автором] ([ILC, 1992](#)).

Из-за формулировки вышеотмеченных статей возникли две проблемы, ни одна из которых не была полностью решена даже при принятии окончательного текста Конвенции

1997 года. Во-первых, не понятно о какой степени ущерба идет речь, а, во-вторых, какова связь между ст. 5 и 7? Автор представляет необходимым рассмотрение данных вопросов.

Различные формулировки принципа «не причинения ущерба», представленные в различных проектах Комиссии Международного Права и в конечном итоге включенные в Конвенцию 1997 года, предусматривают возможность минимального, но не существенного вреда. До и во время процесса разработки проекта, различные ученые-публицисты выдвигали различные степени ущерба, такие как «существенный вред», «значительный вред» или «ощутимый вред». Например, в art. X Хельсинских Правил 1966 года закреплена позиция, по которой обычное международное право требует от государств «предотвращать любые новые формы загрязнения вод ..., которые могли бы причинить существенный ущерб территории другого государства» и «принимать все разумные меры для уменьшения существующего загрязнения вод международного речного бассейна до такой степени, в которой не наносился бы сколько-нибудь существенный вред другим государствам бассейна» (Association, 1966).

В 1980 году Ассоциация приняла еще одну статью, согласно которой развитие и использование государствами водных ресурсов в пределах их юрисдикции не наносило существенного ущерба окружающей среде других государств. Как видно, ни одно из этих положений не исключало загрязнения целиком. Тем самым, как считает Ассоциация, загрязнение может быть результатом разумного и иным образом законного использования вод международного бассейна. К примеру, нормальный процесс орошения засушливых или полусушливых земель обычно вызывает увеличение солености вод ниже по течению. Кроме того, современные промышленные процессы очень ценного и полезного характера могут привести к сбросу вредных отходов, загрязняющих воду.

Таким образом, загрязнение может быть побочным результатом разумного и выгодного использования вод международного бассейна. Однако, международное право не запрещает загрязнение как таковое. Суть в том, что требуется нечто большее, чем *de minimis* ущерб. После всестороннего обзора международной практики сам Швобель выбрал «ощутимый» в качестве правильного и предпочтительного термина и добавляет, что при использовании категории «ощутимый» Комиссия указывает, что ущерб должен иметь, по крайней мере, какое-либо последствие, например, для здравоохранения, промышленности, сельского хозяйства или окружающей среды в затрагиваемом государстве. При этом, однако, не обязательно, чтобы это воздействие серьезно нарушало интересы, защищаемые международным правом.

Термин «ощутимый» был далее заменен категорией «значительный» во втором Проекте Статей, однако все еще оставался вопрос, допустим ли подобный значительный ущерб в контексте того, что является справедливым и разумным использованием общего водного ресурса. Теперь необходимо рассмотреть вопрос о том, является ли принцип непричинения ущерба в области международных водотоков независимой нормой или частью принципа справедливого использования. Если принцип непричинения ущерба является независимой нормой, необходимо изучить его связь с нормой справедливого использования.

Иначе говоря, если представить данную норму независимой, означает ли это, что она защищает прибрежного государства от вредных последствий использования со стороны другого прибрежного государства, который в противном случае является справедливым и разумным? Если да, то норма непричинения ущерба должна быть признана приоритетным по сравнению с принципом справедливого использования в случае конфликта между ними. На этой стадии, однако, будет сделан вывод о том, что, хотя принцип непричинения ущерба действительно представляется как независимая норма, он, тем не менее, не рассматривается как некий абсолютный стандарт и тем самым не заменяет принцип справедливого использования в тех случаях, когда оба эти принципа, *prima facie*, противоречат друг другу.

К сожалению, Проекты статей Комиссии международного права не уточняют и прямо не указывают на связь между справедливым использованием и непричинением ущерба. На самом деле, полемика даже не в том, можно ли считать действительной какую-либо форму ущерба, а в том, как согласовать вышеотмеченные два принципа. Следует констатировать, что строгое применение принципа непричинения ущерба фактически означало бы запрет любого использования государством верхнего бассейна, превратив, тем

самым, данный принцип в некую форму требования абсолютной целостности со стороны государства нижнего потока. Сегодня можно сказать, что ученые-публицисты в рамках международного водного права почти единодушно согласны относительно первенства принципа справедливого использования.

Однако, примечательно отметить, что специальный докладчик по проекту МакКаффри, изначально предлагал обратное. По его мнению, принцип справедливого использования подчиняется принципу непричинения ущерба. Тем не менее, даже сам МакКаффри не казался полностью убежденным по этому поводу. Он впоследствии продолжал заявлять, что отмеченное первенство правила непричинения ущерба не соответствует государственной практике, и позднее утверждал, что существует «*право человека на воду*». Здесь, *in arguendo*, стоит отметить, что право человека на воду вряд ли может существовать или же иметь действительность, если первостепенное юридическое обязательство состоит в том, чтобы правило справедливого использования категорически уступило место принципу непричинения ущерба. Ученые, которые являются сторонниками первенства правила непричинения ущерба, выдвигают три основания. Во-первых, правило защищает более *слабое* государство от ущерба, причиненного более *сильным* государством. Во-вторых, правило четко определяет, какое государство виновно в причинении ущерба. Наконец, в-третьих, наиболее важные проблемы в управлении общими водными ресурсами относятся к *загрязнению*, а не к *распределению per se*.

Однако, опять-таки, проаргументируем *a contrario*. В решении Верховного Суда Германии по делу *Donauversinkung* указано на необходимость «учитывать не только абсолютный ущерб, нанесенный соседнему государству, но также и отношение полученного преимущества одним к ущербу, причиненному другому» ([The Donauversinkung Case, 1927](#)). По логике Суда, принцип непричинения ощутимого ущерба есть не что иное, как выражение ограниченного суверенитета по отношению водных ресурсов. Другими словами, это и есть выражение справедливого использования, которое, на самом деле, зародилось именно через призму ограниченного суверенитета.

Разработка первого проекта статей вызвала значительное негодование среди государств и ученых, которые работали над данной тематикой, главным образом, как увидели, из-за взаимосвязи Статьи 5 (справедливое и разумное использование) и Статьи 7 (правило непричинения ощутимого вреда). В результате Комиссия международного права, вновь пересмотрела формулировки двух статей. В итоге она исправила Статью 7 в полном объеме, оставив Статью 5 без существенных изменений.

Статья 7 Второго Проекта Статей была сформулирована так:

**«Статья 7. Обязательство не наносить значительный ущерб**

1. Государства водотока должны проявлять *должную осмотрительность* при использовании международного водотока таким образом, чтобы не причинять значительный ущерб другим государствам водотока.

2. В том случае, когда другому государству водотока, несмотря на проявление должной осмотрительности, все же наносится значительный ущерб, государство, которое своим использованием наносит такой ущерб, в отсутствие соглашения на такое использование, консультируется с потерпевшим государством в отношении:

(а) степени, в которой такое использование оказалось справедливым и разумным с учетом факторов, перечисленных в Статье 6, ...» [подчеркнуто автором] ([ILC, 1994](#)).

Новая статья 7, признавая стандарт «должной осмотрительности» в параграфе 1 и прямо указав на «справедливый и разумный» в пар. 2, как представляется, подчиняет правило «непричинения ущерба» принципу справедливого использования.

Переформулировка Статьи 7, однако, вновь подвергается резкой критике. Закрепление категории «должная осмотрительность» привело к новым проблемам. По мнению докладчика Розенстока, «должная осмотрительность является обязательством поведения, а не результата» ([ILC Report, 1994](#)).

Таким образом, пересмотренная Статья 7 заняла более дозволительную позицию, несмотря на все более скудное и конкурирующее использование водных ресурсов. Это привело к утверждению о том, что, хотя какое-то действие может нанести значительный ущерб, этот факт не обязательно будет являться основанием для его запрета. Другими словами, обязательство, которое устанавливает Статья, касается средств, а не целей.

Негодование со стороны многих, наконец, привело к завершающей стадии работы Комиссии, которая внесла незначительные изменения в Статью 5, однако, существенно скорректировала Статью 7:

**«Статья 7. Обязательство не наносить значительный ущерб»**

1. Государства водотока при использовании международного водотока на своей территории принимают *все надлежащие меры* для предотвращения нанесения значительного ущерба другим государствам водотока.

2. В том случае, когда государству водотока все же наносится значительный ущерб, государство, которое своим использованием наносит такой ущерб, в отсутствие соглашения о таком использовании, принимает *все надлежащие меры*, с должным учетом положений статей 5 и 6, в консультации с потерпевшим государством, для ликвидации или уменьшения такого ущерба и, при необходимости, для обсуждения вопроса о компенсации» [подчеркнуто автором] (Конвенция 1997).

Таким образом, пар. 1 ст. 7 перешел от требования по предотвращению «ощутимого ущерба» к обязанности проявлять «должную осмотрительность» с целью предотвращения «значительного ущерба» и, далее в конечном итоге, к обязанности предпринять «соответствующие меры» с целью предотвращения «значительного ущерба».

Естественно, могут возникнуть вопросы относительно юридического значения такого выражения, как «соответствующие меры», или же аналогичным образом выражения «все практические меры» (и другие подобные формулировки). Такие выражения принято рассматривать как отражающие обязательства *должной осмотрительности*. Сказанное, в частности, подтверждается в комментариях Комиссии Международного Права. Однако, в этом отношении, с Комиссией можно и не согласиться. Использование таких выражений не обязательно означает, что они представляются как обязательства *должной осмотрительности*. В качестве примера, можно вспомнить Венскую конвенцию о дипломатических сношениях 1961 года. Ст. 22 и 29 Конвенции касаются защиты представительств и дипломатов. В них используется выражение «все надлежащие меры», но которое, как правило, рассматривается как устанавливающее обязательства по предотвращению какого-либо события. Получается, что окончательный текст ст. 7 опять приводит в заблуждение, ведь, если можно аргументировать *a contrario*, не понятно в каких случаях подобные выражения будут действовать как обязательство *поведения*, а в каких *результата*.

В некоторой степени, облегчение этой проблемы можно найти в решении трибунала по известному делу *Alabama Claims* 1872 года. Трибунал определил «должную осмотрительность» как «осмотрительность, которая пропорциональна *магнитуду действия* и *достоинству, и силе власти, которая ее осуществляет...*» [подчеркнуто автором] (*The Alabama Claims: 572-573*). По логике трибунала становится ясно, что концепция *должной осмотрительности* представляется довольно гибкой категорией, которая предназначена для учета фактов и обстоятельств каждого конкретного случая. Становится также ясно то, что *осмотрительность* государства должна быть пропорциональна «магнитуду действия». В контексте международных водотоков это будет относиться к характеру предлагаемой деятельности и риска причинения значительного ущерба. Другой аспект относится к *осмотрительности*, которая пропорциональна «силе власти, которая ее осуществляет». Это позволило бы рассмотреть способности определенного государства по осуществлению конкретных мер, нацеленных на использование определенного водного ресурса, включая также такие важные факторы данного государства, как экономические, научные и технические. Сказанное вполне может означать, что более развитое государство часто будет иметь более высокий уровень *должной осмотрительности*, чем менее развитое государство.

Таким образом, несмотря на определенные недостатки и неопределенность концепции *должной осмотрительности*, следует утверждать, что сама ее гибкость может служить в какой-то мере панацеей для решения сложных проблем, связанных с водными ресурсами. Как бы там ни было, следует признать, что был достигнут значительный прогресс относительно содержания концепции *должной осмотрительности* в международном праве окружающей среды в целом и, в частности, в отношении общих природных ресурсов.

Статья II Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов предусматривает, что договаривающиеся стороны принимают эффективные меры «в зависимости от своих научных, технических и экономических возможностей ...». Согласно ст. 3 Монреальской резолюции о загрязнении водных ресурсов международных дренажных бассейнов, государства обязаны принимать «все необходимые законы и правила и приняли эффективные и адекватные административные меры и судебные процедуры для обеспечения выполнения этих законов и правил».

Подобные подходы, отражающие, по сути, содержание должной осмотрительности отмечаются также и в Конвенции по морскому праву 1982 года и в Базельской Конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года.

#### 4. Результаты

При рассмотрении принципа справедливого использования, автор данного исследования выявляет, что концепция справедливого использования, как она представляется сегодня, рассматривается в значительной степени как развитие другой (ранней) концепции, а именно, *справедливого распределения*, которое, как видно из самого названия, акцентирует внимание на распределении долей имеющейся воды. Тем не менее, справедливо отметить, что данная категория постепенно уступила свое место, концепции *справедливого использования* и сегодня, можно с уверенностью констатировать, что подобный концептуальный переход имеет вескую и обоснованную причину, поскольку постепенно правовое мышление перешло от простого *владения* определенным количеством воды к *праву на использование* воды или на *получение выгоды от использования* воды.

Далее, при рассмотрении взаимосвязи между данным принципом и концепцией *ущерба*, автор приходит к выводу, что ключевая в этом отношении Статья 7 Конвенции 1997 года подверглась ряду существенным изменениям. В частности, статья на пути к добыванию своего кульминационного нормативного облика перешла от требования по предотвращению «*ощутимого ущерба*» к обязанности проявлять «*должную осмотрительность*» с целью предотвращения «*значительного ущерба*» и, далее в конечном итоге, к обязанности предпринять «*соответствующие меры*» с целью предотвращения «*значительного ущерба*». Здесь, естественно, возникли вопросы относительно юридического значения такого выражения, как «*соответствующие меры*», или же аналогичным образом выражения «*все практические меры*» (и другие подобные формулировки). Такие выражения принято рассматривать как отражающие обязательства *должной осмотрительности*. Последнее обязательство, хотя чревато рядом недостатками и неопределенностью, тем не менее, представляется, что сама ее гибкость может служить в какой-то мере панацеей для решения сложных проблем, связанных с водными ресурсами.

#### 5. Заключение

Приходя к выводу, можно констатировать, что в области международных водотоков, это не настолько причинение значительного ущерба как такового, а необоснованное причинение ущерба, который является неприемлемым с точки зрения права трансграничных водных ресурсов. Другими словами, поведение государства, приводящее к некоторому ущербу – даже незначительному ущербу – может быть разумным или обоснованным в определенных обстоятельствах, и, следовательно, такой ущерб может рассматриваться как допустимым со стороны пострадавшего государства. Ущерб подобного рода может быть допустимым для достижения общего режима справедливого и разумного использования. Естественно, причинение ущерба также может быть необоснованным, и в этом случае это повлечет за собой ответственность государства, наносящего такой ущерб.

Таким образом, именно гибкость правила о непричинении вреда/ущерба делает его совместимым с принципом справедливого и разумного использования. И, как *argumentum ad consequentiam*, получается, что нет необходимости *согласовывать* принципы непричинения вреда и справедливого использования. На самом деле, они не что иное, как «две стороны одной медали».



## References

- American Society, 2004** – American Society of Civil Engineers, Regulated Riparian Model Water Code. 2004. [Electronic resource]. URL: <https://ascelibrary.org/doi/book/10.1061/9780784406816>
- Anderson, 2003** – *Anderson, D.A.* (2003). Fairness in the Face of Conflict: Dividing Environmental Assets and Obligations. 3 Int'l J. Global Env'tl. Issues 116.
- Association, 1958** – *Association, I.L.* (1958). Report of the Forty-Eighth Conference of the International Law Association 72. New-York, pp. VIII-X.
- Association, 1966** – *Association, I.L.* (1966). The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Helsinki: Report of the Fifty-Second Conference 447, pp. 7-55.
- Berlin Water Rules 2004** – Berlin Water Rules (2004). [Electronic resource]. URL: [http://cawater-info.net/library/eng/l/berlin\\_rules.pdf](http://cawater-info.net/library/eng/l/berlin_rules.pdf).
- Boute, 2016** – *Boute, A.* (2016). The Energy-Water-Climate Nexus under International Law: A Central Asian Perspective. 5 Mich. J. Env'tl. & Admin. L. 371, pp. 371-434.
- Brooks, 1994** – *Brooks, S.C.* (1994). Watershed: The Role of Fresh Water in the Israeli-Palestinian Conflict, p. 220.
- Colorado v. New Mexico, 1982** – *Colorado v. New Mexico* (Berger concurring), (1982). 459 U.S. 176.
- Convention, 1997** – Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses. 1997. [Electronic resource]. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_3\\_1997.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf)
- Dinar, 2003** – *Dinar, S.* (2003). Environmental Preventive Diplomacy: International Relations, Conflict Resolution and International Water Law: Implications for Success and Failure of the Israeli-Palestinian Water Conflict. 3 Int'l J. Global Env'tl. Issues 188, pp. 188-225.
- The Donauversinkung Case, 1927** – The Donauversinkung Case (Württemberg & Prussia vs. Baden), 1927. 116. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 1 (Staatsgerichtshof 1927), reprinted in *Ann. Digest of Pub. Int'l L. Cases* 128 (Hersch Lauterpacht, ed. 1931).
- UN Economic Comm. for Europe, 1952** – UN Economic Comm. for Europe, (1952). Legal Aspects of Hydro-Electric Development of Rivers and Lakes of Common Interest. 152 UN Doc. E/ECE/136.
- ILC, 1992** – International Law Commission, Draft Articles on the Law of Non-Navigational Use of International Watercourses, (1992). UN Doc. A/CN.4/L.463/Add.4 (1991) reprinted in 3 *Colo. J. Int'l Env'tl. L.* 1. (n.d.).
- ILC, 1994** – International Law Commission, Draft Articles on the Law of Non-Navigational Use of International Watercourses, (1994). 2 May-22 July. Report of the 46th Meeting of the International Law Commission, A/49/10.
- Kansas v. Colorado, 1902** – *Kansas v. Colorado*, (1902). 185 U.S. 125, 146.
- Kansas v. Colorado, 1907** – *Kansas v. Colorado* (1907). 206 U.S. 46, 104.
- Kliot, 1994** – *Kliot, N.* (1994). Water Resources and Conflict in the Middle East, p. 328.
- Lipper, 1967** – *Lipper, J.* (1967). Equitable Utilization, in *The Law of International Drainage Basins* 15, 45. Albert H. Garretson, Robert D. Hayton, & Cecil J. Olmstead eds, pp. 16-26.
- Ludwik, 1985** – *Ludwik A., Teclaff, W.L.* (1985). Water Law in Historical Perspective 432, pp. 1-4.
- Report, 1994** – Report of the International Law Commission of the Work of its Forty-Sixth Session, (1994). U.N. GAOR 6th Comm., 49th Sess., Supp. No 10, at 237, U.N. Doc. A/49/10.
- The Alabama Claims case** – The Geneva Arbitration (the Alabama Claims case). 1 Moore 495.
- Treaty, 1909** – Treaty Relating to Boundary Waters between the United States and Canada, (1909). United Kingdom-United States. (n.d.).
- Trelease, 1979** – *Trelease, F.J.* (1979). Water law: cases and materials 273 (3d ed.). P. 73.

## Принцип справедливого и разумного использования в праве трансграничных водных ресурсов

Эдгар Мейроян<sup>а, \*</sup>

<sup>а</sup> Российско-Армянский Университет, Республика Армения

**Аннотация.** Ввиду разнообразия материальных норм, которые также могут варьироваться по важности и актуальности, автор в рамках данной статьи рассматривает принцип справедливого и разумного использования трансграничных водных ресурсов, который по сути в настоящее время является самым прогрессирующим и фундаментальным принципом, на основе и вокруг которого действуют все остальные материальные нормы данной сферы.

Можно сказать, что обсуждаемый принцип находится между двумя конкурирующими доктринами права трансграничных водных ресурсов: абсолютного территориального суверенитета и абсолютной территориальной целостности

Исторически, когда формулировалось правило справедливого и разумного использования, международное право окружающей среды в основном основывалось на проблемах, которые были либо совершенно неясны, либо имели второстепенное значение, либо противоречили друг другу. Таким образом, именно на этой почве был сформулирован принцип справедливого и разумного использования, чтобы согласовать многие из этих проблем и установить новую реальность в рассматриваемой сфере.

**Ключевые слова:** справедливое и разумное использование, трансграничный водный ресурс, Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 года, Верховный Суд США, ущерб.

---

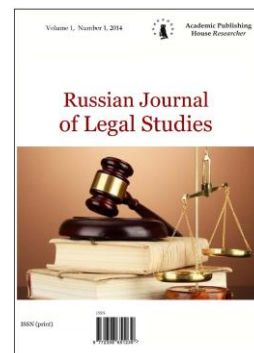
\* Корреспондирующий автор  
Адреса электронной почты: [edgar.meyroyan@yahoo.com](mailto:edgar.meyroyan@yahoo.com) (Э. Мейроян)

Copyright © 2020 by Academic Publishing House Researcher s.r.o.



Published in the Slovak Republic  
Russian Journal of Legal Studies  
Has been issued since 2014.  
E-ISSN: 2413-7448  
2020, 7(2): 100-111

DOI: 10.13187/rjls.2020.2.100

[www.ejournal25.com](http://www.ejournal25.com)

## The Rights of Children with Disabilities in a Changing World Order

Sergey E. Smirnykh <sup>a, \*</sup><sup>a</sup> Russian Association of International Law, Russian Federation

### Abstract

The article deals with the rights of disabled children in changing world order. It is noted that children with disabilities have the right to protection from exploitation, violence and various abuse of their vulnerable position. Trafficking in children with disabilities related to forced begging is one of the criminal acts committed by human traffickers. Child traffickers also force victims to commit sexual exploitation or various street criminal acts. Forced begging by children is a grave violation of children's rights and requires urgent action both by individual States and by the international community as a whole.

To protect children from forced child begging and to fulfil their international obligations, states must ensure that international legal instruments on begging, slavery, child labour, trafficking or child protection can be used to punish those who exploit children.

Prevention was in some cases the only long-term solution to forced child begging, but efforts to achieve that goal took time and must be combined with other strategies, as children already abused needed more urgent assistance.

**Keywords:** rights of disabled children, changing world order, protection from exploitation, trafficking in disabled children, forced begging.

### 1. Введение

В современном мире более 650 миллионов человек являются инвалидами, что составляет 10 % от общего числа людей в мире. 80 % из них живут в развивающихся странах. Некоторые дети-инвалиды полностью интегрированы в общество и вносят в нее активный вклад. Однако подавляющее большинство детей-инвалидов сталкивается с дискриминацией, изоляцией и даже жестоким обращением. Многие дети-инвалиды живут в условиях крайней нищеты, в учебных заведениях, без образования, работы и возможностей для реализации своего потенциала и сталкиваются с целым рядом других проблем.

Феномен инвалидности тесно связан с целым рядом острых проблем. Социальная изоляция и порочный круг «инвалидность – невозможность получить достойное образование – невозможность найти работу – нищета» – это реальность, с которой сталкиваются миллионы детей и от которой не застрахован никто. Повсеместно инвалидность повышает риск безработицы – в некоторых государствах около 80 % инвалидов трудоспособного возраста не могут реализовать свое право на труд (Lykhina, 2011: 3).

\* Corresponding author

E-mail addresses: [marya\\_babanova@inbox.ru](mailto:marya_babanova@inbox.ru) (S.E. Smirnykh)

## 2. Материалы и методы

В процессе исследования применялся комплексный подход к рассмотрению прав детей-инвалидов. Автор руководствовался положениями общей теории права и государства и теории международного права. При подготовке статьи были использованы следующие методы: анализ и синтез, абстрагирование, обобщение, дедукция, моделирование, сравнительно-правовой метод и многие другие. Права детей-инвалидов исследуются в их историческом развитии, учитывая сложный процесс реализации, закономерностей становления и эволюции. Сравнительный метод как один из главных методов современного правоведения использован в сочетании с другими методами научного познания и позволил выявить сходства и различия прав детей-инвалидов в международном и национальном праве. Логический метод исследования прав детей-инвалидов основан на законах формальной логики.

## 3. Обсуждение

Дети-инвалиды и их семьи постоянно сталкиваются с препятствиями на пути осуществления своих основных прав человека и их интеграции в общество. Их способности игнорируются, их возможности недооцениваются, а их потребностям уделяется мало внимания. Тем не менее, барьеры, с которыми они сталкиваются, чаще возникают в результате окружающей среды, в которой они живут, чем в результате их инвалидности.

Инвалидность детей является как причиной, так и следствием бедности. Дети-инвалиды обладают, в частности, сравнительно более низким уровнем образования, более низкой занятостью и более высоким уровнем безработицы, худшими условиями жизни.

Конвенция о правах инвалидов 2006 г. не предусматривает определения понятия «инвалидность», а скорее устанавливает некоторые руководящие указания в отношении понятия «инвалидность» и его актуальности для Конвенции о правах инвалидов 2006 г. В преамбуле Конвенции о правах инвалидов 2006 г. закреплён подход к инвалидности как социальной модели инвалидности путем признания того, что «инвалидность является эволюционирующей концепцией и что инвалидность является результатом взаимодействия между лицами с нарушениями здоровья и барьерами, которые препятствуют их полному и эффективному участию в жизни общества наравне с другими». С этой точки зрения участие инвалидов в жизни общества – будь то работа, учеба, посещение врачей или участие в выборах – ограничивается или исключается не по причине их инвалидности, а из-за различных барьеров, которые могут включать в себя физические барьеры, а также законодательство и политику в некоторых случаях.

Несмотря на то, что дети-инвалиды должны обладать всеми правами человека, их уязвимое положение со временем не меняется. Имеются данные, свидетельствующие о взаимосвязи между социально-экономической уязвимостью детей, инвалидностью и образованием. Дети-инвалиды являются одними из наиболее отчужденных групп детей, сталкивающихся с широко распространенными нарушениями их прав. Сокращения масштабов нищеты и неравенства в мире не удастся достичь без учета прав и потребностей детей-инвалидов.

В современном мире насчитывается от 93 до 150 млн. детей-инвалидов. По оценкам Всемирной организации здравоохранения, около 5 процентов этих детей в возрасте до 14 лет, или 95 миллионов детей, имеют умеренную или тяжелую форму инвалидности. По оценкам Детского фонда Организации Объединенных Наций, 90 процентов детей-инвалидов в развивающихся странах не посещают школы и, в связи с этим фактически оказываются лишены права на образование.

Например, в Уганде 35 % детей-инвалидов являются неграмотными, в то время как среди детей без ограничений жизнедеятельности этот показатель составляет 22,7 %. Во всем мире многие дети-инвалиды никогда не посещают школы. Согласно переписи детей в возрасте 11 лет, вероятность зачисления в школы была на 13 пунктов ниже у детей с ограниченными возможностями по сравнению с детьми без ограничений жизнедеятельности. Тем не менее, несмотря на это, имеется относительно мало данных о детях-инвалидах, а фактические данные основаны на меньшем числе исследований, чем по большинству других групп детей (Walugembe et al., 2019: 172).

С рождения дети-инвалиды могут быть исключены из общества, скрыты от физических контактов, от стимуляции движения и развития языка. Недостаточный уход за детьми-инвалидами, пробелы в их образовании не могут быть компенсированы в более позднем возрасте – это решающий и уникальный этап жизни детей-инвалидов.

В силу ст. 24 Конвенции о правах инвалидов 2006 г. государства признают право инвалидов на образование. В целях осуществления этого права без дискриминации и на основе равенства возможностей государства должны обеспечивать инклюзивное образование на всех уровнях и обучение на протяжении всей жизни, стремясь к этому: полное развитие человеческого потенциала, а также чувства достоинства и самоуважения и повышение уважения к правам человека, основным свободам и человеческому разнообразию; развитие личности, талантов и творчества инвалидов, а также их умственных и физических способностей в максимально возможной степени; расширение возможностей инвалидов для эффективного участия в жизни свободного общества.

При этом дети-инвалиды не должны исключаться из системы бесплатного и обязательного начального или среднего образования. Инвалиды должны иметь доступ наравне с другими лицами к инклюзивному, качественному и бесплатному начальному и среднему образованию по месту своего жительства. Детям-инвалидам должна оказываться необходимая поддержка в рамках системы общего образования в целях содействия их эффективному обучению. В условиях, максимально благоприятствующих обучению и социальному развитию, должны приниматься эффективные меры по оказанию индивидуальной поддержки в соответствии с целью обеспечения реализации прав детей-инвалидов.

Для обеспечения реализации права детей-инвалидов на инклюзивное образование необходимо предоставлять инвалидам возможность приобретать навыки, необходимые для жизни и социализации, с тем, чтобы содействовать их всестороннему и равноправному участию в образовании.

Каждый ребенок-инвалид имеет право на активное, свободное и конструктивное участие в гражданском, экономическом, социальном, культурном и политическом развитии, на внесение в него вклада и на пользование его благами.

Расширение прав и возможностей детей-инвалидов должно заключаться в том, чтобы дать детям возможность требовать осуществления своих прав, с тем, чтобы изменить свою собственную жизнь.

В течение долгого времени дети-инвалиды рассматривались как квази-собственность родителей, и суды неохотно вмешивались в «семейные» дела. Однако с ростом осведомленности о проблемах детей во многих странах начали приниматься законы о защите прав детей-инвалидов.

Несмотря на достижения в области прав человека, дети-инвалиды, продолжают сталкиваться с существенным неравенством в области сексуальных, репродуктивных и родительских прав. Инвалиды стерилизуются в современном мире. Они имеют ограниченный доступ к услугам и информации в области репродуктивного здоровья и сталкиваются с отказом в выполнении родительских обязанностей.

В мире существует практика ограничения сексуальных, репродуктивных и родительских прав инвалидов. Принудительная стерилизация первоначально была основана на положениях евгеники. Со временем эта практика утратила широкое социальное одобрение. Тем не менее идеология евгенической стерилизации по-прежнему ограничивает сексуальные, репродуктивные и родительские права детей-инвалидов, в результате чего дети-инвалиды продолжают подвергаться стерилизации во многих странах мира (Tilley, Earle, 2012: 413, 414).

Основания для стерилизации детей-инвалидов делятся на три категории: евгеническая идеология; отстаивание наилучших интересов детей-индивидов или других лиц; предполагаемая непригодность индивидов к выполнению родительских обязанностей (Dowse, 2004).

В некоторых странах допускается принудительная стерилизация детей-инвалидов, которая началась в начале XX века с движения за евгенику (Lombardo, 1996: 1, 2). Эта теория была основана на предпосылке о том, что «человеческая раса может постепенно улучшаться, а социальные недуги одновременно устраняться посредством программы селективного

деторождения», евгеника была нацелена на «умственно неполноценных, психически больных, физически неполноценных, таких, как слепые, глухие, калеки и больные сердечными болезнями, болезнями почек, туберкулезом и раком. Движение за евгенику было направлено на то, чтобы помешать воспроизводству тех, кого общество считало «непригодными для родительства» (Jaegers, 1993: 947, 948).

Движение за евгенику привело к принятию законов об обязательной стерилизации более чем в 30 штатах Америки, причем к 1970 г. было стерилизовано более 65 000 американцев. Несмотря на то, что данные о фактическом количестве стерилизованных лиц различаются, в целом признается, что в течение одного года после принятия закона о евгенике Германия стерилизовала до 60 000-100 000 человек в попытке запретить размножение тех, кто считался дефектным, и исключить их гены из человеческой расы (Philip, 1985: 227, 236).

Аргументация евгеники в пользу стерилизации детей-инвалидов, особенно с умственными или психическими расстройствами, обосновывается страхом того, что они будут воспроизводить детей с аналогичными расстройствами.

Принудительная стерилизация, как правило, оправдывается тем, что процедура проводится в «наилучших интересах» детей-инвалидов. Действительно, дети с ограниченными возможностями часто подвергаются принудительной стерилизации или принуждаются к прерыванию нежелательной беременности – под патерналистским предлогом «для их собственного блага».

Под наилучшими интересами детей понимается положение, согласно которому интересы детей должны иметь приоритет перед интересами взрослых (Grover, 2002: 332).

Вызывает тревогу тот факт, что некоторые суды оправдывают принудительную стерилизацию детей-инвалидов тем, что это позволит защитить их от сексуальных посягательств.

Несмотря на то, что женщины и девочки с умственными недостатками подвергаются повышенному риску сексуальных посягательств, исследования неизменно свидетельствуют о том, что лишение прав детей-инвалидов не способствует обеспечению их защиты от посягательств и может фактически способствовать увековечиванию этих преступлений вследствие контрацепции или стерилизации, снижая шансы на то, что нарушители будут пойманы (McCarthy, 1998: 557, 571).

Неспособность детей-инвалидов к выполнению родительских обязанностей является еще одним распространенным основанием для стерилизации. Действительно, в национальном законодательстве некоторых государств о стерилизации ставится под сомнение компетентность детей-инвалидов как будущих родителей решать вопрос о том, является ли стерилизация надлежащей. Иными словами, в контексте стерилизации детей-инвалидов основной вопрос заключается в том, смогут ли они выполнять надлежащим образом свои родительские обязанности.

Такие вопросы зависят от типа и степени тяжести инвалидности детей, которая может значительно различаться. В связи с этим дети-инвалиды, особенно с умственными недостатками, должны бороться со стереотипами, касающимися их способности выполнять свои родительские обязанности.

Понятие «инвалидность» сформулировано в Межамериканской конвенции об устранении всех форм дискриминации инвалидов 1999 г. следующим образом: «физическое, умственное или сенсорное нарушение, постоянное, либо временное, которое ограничивает способность осуществлять одно или более естественных действий в повседневной жизни, и которое может быть вызвано или ухудшено экономической и социальной средой».

Согласно ст. 1 Конвенции о правах ребенка 1989 г. детьми являются человеческие существа до достижения ими 18-летнего возраста, если по закону, применимому к ним, они не достигают совершеннолетия ранее.

В современном мире инвалиды продолжают испытывать систематическую и широко распространенную дискриминацию, которая приводит к отрицанию их сексуальных, репродуктивных и родительских прав.

Права детей-инвалидов в международном праве представляют собой возможности, которые признаются и исполняются государствами. Положение о том, что дети-инвалиды в международном праве могут обладать правами и возможностями, имеет давние традиции.

Конвенция о правах инвалидов 2006 г. предусматривает множество прав детей-инвалидов. В частности, дети-инвалиды имеют право на ликвидацию инвалидности в качестве основания для лишения дееспособности, например, путем ликвидации практики назначения опекунов, которые принимают решения от имени инвалидов, и, вместо этого, оказания поддержки инвалидам, с тем чтобы они могли принимать свои собственные решения.

Право детей-инвалидов на свободу и личную неприкосновенность предполагает, в частности, осуществление контроля за психиатрическими и другими учреждениями для обеспечения того, чтобы никто не помещался туда на основании его инвалидности, включая психические и интеллектуальные расстройства, если только с их свободного и осознанного согласия.

Право детей-инвалидов на свободу от пыток требует, в частности, изучения вопроса о том, прибегают ли учреждения к таким видам практики и лечения, как электрошоковая терапия и койки-клетки для инвалидов, или применяют интрузивные или необратимые медицинские методы лечения, направленные на исправление инвалидности против воли того или иного лица.

Право детей-инвалидов на образование предполагает, в частности, необходимость изучения вопроса о том, не исключаются ли они из системы общего образования на основании их инвалидности.

Право детей-инвалидов на участие в культурной жизни требует, в частности, признания и использования в обществе языка жестов и культуры глухих и не препятствует ли защита авторских прав доступу к таким культурным материалам, как разговорные книги.

Гражданские, культурные, экономические, политические и социальные права детей-инвалидов являются неделимыми, взаимозависимыми и взаимосвязанными. Понимание этой взаимозависимости имеет важное значение для мониторинга прав инвалидов. Например, для мониторинга учреждений необходим мониторинг того, были ли дети-инвалиды лишены свободы на основании наличия инвалидности (право на свободу и личную неприкосновенность), подлежат ли дети-инвалиды лечению без их свободного и осознанного согласия (право на здоровье, физическую и психическую неприкосновенность и свободу от пыток), а также получают ли дети-инвалиды, находящиеся в учреждениях, достаточным питанием, одеждой, освещением, санитарными условиями и т.д. (право на достаточный жизненный уровень).

Что касается экономических, социальных и культурных прав, то в Конвенции о правах инвалидов 2006 г. подтверждается обязательство государств постепенно осуществлять их, как это уже признано в статье 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. и в статье 4 Конвенции о правах ребенка 1989 г. Признание того, что полное осуществление экономических, социальных и культурных прав может быть ограничено ограниченными ресурсами, уравнивается требованием о том, что меры должны приниматься в максимальных пределах имеющихся у государства ресурсов и, когда это необходимо, в рамках международного сотрудничества.

Дети-инвалиды имеют право на защиту от эксплуатации, насилия и злоупотреблений, в то же время разграничивая обязательства государств-участников принимать «все надлежащие меры» для предотвращения таких злоупотреблений.

Несмотря на то, что доступ к соответствующим и доступным услугам и информации в области репродуктивного здоровья имеет жизненно важное значение для обеспечения сексуальных, репродуктивных и родительских прав, дети-инвалиды продолжают сталкиваться со значительными препятствиями в доступе к услугам и информации в области репродуктивного здоровья, что пагубно сказывается на их благополучии.

Процедуры стерилизации детей-инвалидов могут проводиться только в тех случаях, когда они дали свое свободное и осознанное согласие. При этом дети-инвалиды должны иметь право добровольно решать вопрос о количестве своих детей и промежутках между их рождениями и право сохранять свою фертильность наравне с другими. Следовательно, дети-инвалиды могут проходить стерилизацию при соблюдении двух условий: они «свободно» решают сделать это, а также дают свое «свободное и осознанное согласие» в письменном виде.

Государства имеют весьма четкие обязательства по обеспечению прав родителей-инвалидов и их детей, многие из которых еще не в полной мере предоставлены инвалидам. Например, «ни в коем случае дети-инвалиды не должны разлучаться с родителями по причине

инвалидности». Однако имеются веские доказательства того, что детей родителей с ограниченными возможностями, как правило, забирают по причине инвалидности их родителей.

Дети-инвалиды все еще остаются той наиболее уязвимой группой населения, правоспособность которой часто отрицается в правовых системах во всем мире. Такое отрицание правоспособности приводит к лишению различных прав, в частности, «права на вступление в брак и создание семьи, репродуктивных прав, родительских прав, и права давать согласие на вступление в интимные отношения и медицинское лечение».

Государства должны предоставлять необходимые средства, позволяющие детям-инвалидам осуществлять свое право свободно принимать решения в отношении стерилизации. Другими словами, вместо того, чтобы установить исключение для детей-инвалидов, которые воспринимаются как неспособные либо принять свободное решение, либо дать свое «свободное и осознанное согласие», Конвенция о правах инвалидов 2006 г., закрепляет позитивное обязательство по принятию мер, с тем чтобы инвалиды могли сами осуществлять это право.

Следует отметить, что вопросы, касающиеся сексуальных, репродуктивных и родительских прав детей-инвалидов, являются сложными и требуют дополнительного рассмотрения. Учитывая исторически сложившееся отношение к сексуальным, репродуктивным и родительским правам детей-инвалидов, эти размышления порой будут иметь значение для тех, кто занимается разработкой законов, а также для тех, кому необходимо будет преодолеть глубоко укоренившиеся и пагубные стереотипы в отношении этой наиболее уязвимой группы населения.

Государства должны оказывать поддержку детям-инвалидам, для того, чтобы обеспечить им возможность принять решение о том, проходить ли процедуру стерилизации - или любое другое решение, затрагивающее их сексуальные, репродуктивные и родительские права (Freeman et al., 2015: 844).

Если дети-инвалиды были сочтены некомпетентными в целях получения осознанного согласия, суды применяют один из трех стандартов для определения того, следует ли приступать к стерилизации или к ее прекращению: замененный стандарт судебного решения; правило обязательных критериев; или стандарт наилучших интересов (McIntyre, 2007: 1303, 1311-1312).

Все эти стандарты требуют санкции суда как способа защиты интересов умственно отсталых. Однако суды испытывают влияние одних и тех же стереотипов в отношении способности инвалидов принимать решения, которые влияют на остальную часть общества, и, как следствие, выносят решения, которые нарушают правосубъектность детей-инвалидов, когда речь идет об их сексуальных, репродуктивных и родительских правах.

Торговцы детьми, действующие за границей, как правило, состоят из лиц с криминальным прошлым, которые со временем ориентировались на этот вид преступности, основываясь на значительном объеме доходов, которые могут быть получены, по сравнению с низким уровнем риска.

В то время торговля детьми, связанная с принуждением к попрошайничеству, представляет собой лишь одно из преступных деяний, совершаемых торговцами людьми, действующими за рубежом, так что торговцы детьми также принуждают жертв к сексуальной эксплуатации или к совершению различных уличных преступных деяний.

Жертвами торговли детьми в целях попрошайничества, как правило, являются инвалиды, находящиеся в специализированных учреждениях, или бездомные дети. Жертвы принуждаются к попрошайничеству под предлогом «защиты», однако большинство из этих жертв уже занимаются попрошайничеством, чтобы получить минимальный уровень повседневной жизни.

Многие дети-инвалиды подвергаются эксплуатации путем попрошайничества со стороны собственных родителей. Причины, связанные с торговлей детьми со стороны родителей, включают нехватку ресурсов, необходимых для достойных условий жизни, а также образовательные и культурные проблемы, которые мешают этой группе населения пользоваться социальной помощью.

В ряде случаев торговля детьми с целью принуждения к попрошайничеству связана с торговлей детьми с целью сексуальной эксплуатации или с мелкими уличными



преступлениями. Соотношение девочек и мальчиков одинаково среди домашней прислуги, причем женщины и мужчины вовлечены как в вербовку, так и в эксплуатацию.

Оценка уязвимости лиц, занимающихся попрошайничеством, показывает, что надлежащее выявление и направление этих жертв для получения помощи может разорвать цепь этого конкретного вида торговли. Если попрошаек удалить с улиц и оказать им надлежащую помощь, торговцы людьми потеряют свое имущество, а жертвам может быть оказана помощь для выхода из цикла торговли людьми. Однако процесс оказания помощи должен быть сфокусирован, так как увеличивается процент жертв, которые повторно становятся жертвами торговли людьми для принуждения к попрошайничеству, в отличие от других форм эксплуатации.

Неоднородность детей, попадающих в сферу торговли людьми для принуждения к попрошайничеству, обуславливает необходимость разнообразных инициатив, которые будут предприниматься для снижения уязвимости перед торговлей детьми. Такие области, как образование, правосудие и права человека, должны приниматься во внимание при борьбе с торговлей детьми в целях принуждения к попрошайничеству.

Профилактические меры должны быть направлены на снижение уязвимости групп риска. Эти изменения должны начинаться с базовых структур, так как системные изменения в образовании или трудовая интеграция уязвимых лиц повышают качество жизни до разработки программ, направленных на повышение и укрепление потенциала и осведомленности местных властей. Местные инициативы также могут быть нацелены на граждан в целом с целью повышения осведомленности, но также и для того, чтобы дать возможность людям реагировать на возможные случаи торговли детьми.

Принудительное попрошайничество является особой формой эксплуатации, связанной с торговлей детьми-инвалидами. Лишь недавно государства во всем мире определили особую необходимость борьбы с этим явлением, его анализа и оценки. Эксплуатация посредством попрошайничества лишь изредка включается в международные или национальные доклады или правовые документы или анализируется в них (Cherneva, 2009). Большинство из них касаются только мер или политики, направленных на борьбу с торговлей детьми для принуждения их к попрошайничеству.

Попрошайничество существует в трех формах. Во-первых, добровольное попрошайничество; во-вторых, эксплуатация добровольного попрошайничества; и, наконец, торговля людьми с целью эксплуатации путем принуждения к попрошайничеству. В исследовании, посвященном организованному попрошайничеству в Вене, К.П. Кирхофер (Kirchofer, 2010) рассмотрел различия между эксплуатацией попрошаек и торговлей людьми с целью попрошайничества. Как правило, вторая инстанция определяется как лицо, извлекающее выгоду из эксплуатации другого лица, занимающегося попрошайничеством. В третьем случае под торговлей людьми для целей попрошайничества понимается принуждение одного человека к попрошайничеству другого, при этом эксплуатация осуществляется в форме принудительной или насильственной вербовки и включает угрозы или действия, обязывающие попрошаек «работать» на торговца людьми, например, изъятие документов, удостоверяющих личность. Однако К.П. Кирхофер отметил, что на практике провести такое разграничение трудно, поскольку ситуации несколько схожи. Эта трудность может повлиять на возможность проведения надлежащей идентификации жертв торговли людьми и оказания им помощи. Увеличение масштабов этого вида торговли людьми требует дальнейшего изучения и анализа.

Несмотря на серьезность и широко распространенный характер проблемы детского попрошайничества, существующие исследования, связанные с принудительным детским попрошайничеством, ограничены, и нет четких рамок, в которых можно было бы решить эту проблему. Более того, такие факторы, как высокий уровень мобильности среди детей, занимающихся попрошайничеством, и связи с преступными группировками и сетями, делают эту тему сложной для изучения.

В 2007 г. Международная организация по борьбе с рабством учредила экспериментальное исследование по проблеме принудительного детского попрошайничества с целью поиска путей преодоления этих проблем при его изучении. Цель этого пилотного исследования состояла в разработке методов выявления детей, которых

принуждали к попрошайничеству другие, а также в изучении причин и последствий с целью улучшения жизни этих детей.

Принудительное попрошайничество детей-инвалидов является рабством, подневольным состоянием или практикой, сходной с рабством. Дополнительная Конвенция ООН об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством 1956 г., определяет «детское подневольное состояние» как практику передачи детей другому лицу «с целью эксплуатации ребенка или молодого человека или его труда». Общие запреты на рабство, изложенные в Конвенции Лиги Наций о рабстве, подневольном состоянии, принудительном труде и аналогичных учреждениях и обычаях 1926 г., распространяются на детей, которые сами решают сбежать из дома, но впоследствии оказываются вовлеченными в принудительное попрошайничество детей.

Принудительное попрошайничество детей-инвалидов можно определить, используя Протокол Организации Объединенных Наций о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г. как «вербовку, перевозку, передачу, укрывательство или получение людей... с целью эксплуатации...».

При этом торговля детьми-инвалидами не должна сопровождаться принуждением или обманом. Любые ситуации, связанные с перемещением детей в целях эксплуатации, представляют собой торговлю людьми независимо от того, согласен ребенок на это или нет.

Акт использования ребенка для целей попрошайничества может быть признан наихудшей формой детского труда несколькими возможными способами, как это определено в Конвенции Международной организации труда № 182 «О наихудших формах детского труда» 1999 г. Например, это может быть рабство или сходная с рабством практика, принудительный труд, конечный результат торговли детьми, а также вовлечение ребенка в попрошайничество как незаконную деятельность. В некоторых странах попрошайничество и принудительное попрошайничество могут также квалифицироваться как «опасная работа» и поэтому строго запрещены для детей.

Принудительное попрошайничество детей-инвалидов происходит во всем мире и принимает различные формы. Принудительное детское попрошайничество можно разделить на две категории.

Дети-инвалиды, которых принуждают к попрошайничеству третьи лица. В эту группу входят мальчики или девочки, которых принуждают к попрошайничеству другие лица, кроме их родителей или опекунов.

Дети-инвалиды, которых родители или опекуны заставляют заниматься попрошайничеством. В данном случае детей обычно заставляют заниматься попрошайничеством с помощью методов, выходящих за рамки обычных или приемлемых средств семейной дисциплины, включая применение насилия или угроз насилия и психологического принуждения.

Трудно определить масштабы торговли детьми с целью попрошайничества. Формы торговли детьми с целью попрошайничества варьируются и адаптируются с течением времени.

Дети, которых заставляют заниматься попрошайничеством, страдают от грубых нарушений их прав. Несмотря на то, что эти нарушения могут быть более экстремальными в случаях, когда детей принуждают к попрошайничеству третьи лица, дети, которых родители заставляют заниматься попрошайничеством, также страдают от многих нарушений прав.

Дети-инвалиды, которые занимаются попрошайничеством, но не принуждаются к этому, вряд ли будут подвергаться таким же уровням эксплуатации, насилия и принуждения, как и дети, которых заставляют заниматься попрошайничеством их родители или третьи стороны. У них также больше выбора в отношении того, как они тратят свои доходы от попрошайничества. Однако дети, которые занимаются попрошайничеством для того, чтобы выжить, страдают от ряда нарушений, как и дети, которых заставляют заниматься попрошайничеством.

Бедность является ключевой причиной принудительного попрошайничества детей-инвалидов и на более широкую проблему попрошайничества во всех рассмотренных ситуациях. Бедность также указывается как главная причина торговли детьми для попрошайничества.

Существуют всеобъемлющие международные и региональные правовые рамки, которые устанавливают контрольные показатели в отношении ответственности государств. Эти согласованные на международном уровне стандарты включают в себя минимальные требования по защите детей, в том числе в ситуациях принудительного попрошайничества детей.

Для защиты детей от принудительного детского попрошайничества и выполнения своих международных обязательств правительства должны обеспечить, чтобы международно-правовые документы по вопросам попрошайничества, рабства, детского труда, торговли людьми или защиты детей, могли быть использованы для наказания тех, кто эксплуатирует детей таким образом, и чтобы оно применялось на практике. Правительства должны также защищать детей, которые сами могут столкнуться с законом, принуждая их к попрошайничеству.

На международном уровне необходимо уделять особое внимание предотвращению принуждения детей к попрошайничеству для решения этой проблемы в долгосрочной перспективе. Работа по предотвращению участия детей-инвалидов в принудительном попрошайничестве должна основываться на правильном понимании причин этого явления.

Причины принуждения детей к попрошайничеству связаны с бедностью, дискриминацией, традициями и культурой, отсутствием доступа к образованию. Однако конкретный характер этих причин в разных странах неодинаков.

При определении путей международно-правового сотрудничества предотвращения принудительного детского попрошайничества и попрошайничества в более широком смысле может существовать напряженность между тем, следует ли сосредоточивать внимание на культурных причинах путем проведения информационно-разъяснительных мероприятий, или же на экономических причинах путем принятия мер по сокращению масштабов нищеты.

Представляется, что профилактика в ряде случаев является единственным долгосрочным решением проблемы принудительного детского попрошайничества, однако усилия по достижению этой цели требуют времени и должны сочетаться с другими стратегиями, поскольку дети, уже подвергающиеся жестокому обращению, нуждаются в более срочной помощи.

Вынужденное попрошайничество детей принимает различные формы и разрушает жизни детей во всем мире. Дети-инвалиды, которых заставляют заниматься попрошайничеством, страдают от ряда нарушений прав человека. Их эксплуатируют торговцы людьми, религиозные учителя или родители, они работают в течение долгого времени, имея ограниченный контроль над своими доходами или не имея его вовсе. Дети обычно подвергаются избиениям со стороны тех, кто заставляет их попрошайничать и испытывает физическое и словесное насилие, а также сексуальные домогательства со стороны тех, с кем они сталкиваются во время работы.

Принудительное детское попрошайничество является грубым нарушением прав детей и требует неотложных действий международных организаций и отдельных государств, которые обязаны защищать права детей. Принудительное детское попрошайничество, осуществляемое третьими лицами, особенно вредно, однако принудительное детское попрошайничество, осуществляемое родителями, также вредно и не должно игнорироваться, несмотря на особые трудности, связанные с решением этой проблемы.

Государствам необходимо обеспечить наличие соответствующего законодательства и его применение таким образом, чтобы оно действовало в наилучших интересах детей и защищало их от принудительного попрошайничества.

Правительства должны обеспечить наличие надлежащего законодательства для защиты детей от всех форм эксплуатации, в том числе путем попрошайничества, и наказать тех лиц, которые эксплуатируют детей в своих собственных интересах. Правовые меры реагирования, вероятно, будут более эффективными в решении более четких дел о принудительном попрошайничестве детей, например дел, связанных с преступными бандами. Поимка или тюремное заключение родителей, которые эксплуатировали своих детей, с меньшей степенью вероятности будет отвечать наилучшим интересам детей-инвалидов. Во многих из этих случаев более успешной будет совместная работа с семьями на основе целостного подхода в целях улучшения общей ситуации.

Необходимо выявлять детей-инвалидов, страдающих от крайнего насилия или эксплуатации посредством попрошайничества во всех его различных проявлениях. Правительствам следует предлагать реабилитационный уход, соответствующий потребностям и условиям каждого ребенка-инвалида, включая, например, здравоохранение, мостовое или профессионально-техническое образование, помощь в борьбе с наркоманией и, в случае необходимости, тщательную поддержку при возвращении в свои семьи и общины.

Правительства должны уделять первоочередное внимание обеспечению недорогого и доступного качественного образования для всех детей, находящихся под их юрисдикцией. Это помогло бы, в первую очередь, предотвратить принуждение многих детей к попрошайничеству и другим формам эксплуатации. Это также необходимо для того, чтобы дать детям-инвалидам возможность вырваться из нищеты.

Социально-экономические проблемы в мире привели к тому, что попрошайничество детей-инвалидов стало более распространенным из-за состояния, с которым им пришлось столкнуться для выживания. Наиболее весомой причиной можно назвать экономические причины, которые запутывают ребенка в грязи попрошайничества. Это делается при двух обстоятельствах: либо ребенок страдает от неблагоприятных экономических условий, либо он попал в ловушку организованного или эксплуатирующего попрошайничества.

Принудительное попрошайничество детей-инвалидов – это вид попрошайничества, при котором мальчиков и девочек в возрасте до 18 лет принуждают к попрошайничеству путем психологического и физического принуждения.

Попрошайничество детей-инвалидов осуществляется различными способами и существует широкий спектр различных форм детского девиантного поведения, которые могут считаться попрошайничеством. Однако эксперты разделяют различные мнения относительно того, какая деятельность фактически представляет собой попрошайничество или какая деятельность может рассматриваться как трудовая.

Попрошайничество детей-инвалидов – это ситуация, когда дети просят у прохожих денег. Когда речь идет об определении попрошайничества как случая, когда взрослые и дети вместе просят деньги, или как случая, когда дети ходят от двери к двери, прося деньги, ситуация практически идентична. Однако мнения респондентов различаются, когда речь идет о детях, продающих материальные вещи, моющих ветровые стекла на перекрестках дорог, помогающих людям парковать машины, поющих на улице, продающих цветы или другие вещи. В связи с этим возникает вопрос - где грань между детским попрошайничеством и детским трудом, поскольку даже сбор вторичного сырья некоторые эксперты считают попрошайничеством.

Детское попрошайничество не признается отдельной категорией в соответствии с действующими международно-правовыми актами, которые регулируют область, охватываемую исследованием. Поэтому в большинстве случаев дети-инвалиды, занимающиеся попрошайничеством, не регистрируются. Даже в случае регистрации попрошайничества, социальные учреждения проводят эту регистрацию по разным основаниям, то есть ребенок, который попрошайничает, регистрируется в рамках существующих категорий детей, подверженных риску: асоциальное поведение, безнадзорные дети, дети, подверженные риску развития, и т.д.

Отсутствие регистрации попрошайничества детей-инвалидов, несоответствие и ненадежность данных о детском попрошайничестве, имеющихся в органах государственной власти, учреждениях и организациях, дополнительно усложняют и затрудняют возможность проведения организованных, согласованных и скоординированных действий по борьбе, предотвращению и искоренению детского попрошайничества как одной из форм жестокого обращения с детьми и их эксплуатации, что является обязательством, взятым на себя региональными государствами при ратификации ими Конвенции о правах ребенка 1989 г.

#### **4. Результаты**

В результате исследования прав детей-инвалидов отмечается, что наибольшему риску эксплуатации в качестве попрошаек подвержены следующие группы детей-инвалидов: дети-инвалиды, оставшиеся без родительской опеки; дети-инвалиды, употребляющие наркотики; дети-инвалиды, подвергшиеся домашнему насилию; дети-инвалиды, которые бросили

обучение в школах; дети-инвалиды, принадлежащие к цыганам; дети-инвалиды с поведенческими расстройствами и диванным поведением.

## 5. Заключение

В заключение указывается, что под детьми-инвалидами представляется возможным понимать человеческие существа до достижения ими 18-летнего возраста, если по закону, применимому к ним, они не достигают совершеннолетия ранее, обладающие физическими, умственными или сенсорными нарушениями, постоянными, либо временными, которые ограничивают их способность осуществлять одно или более естественных действий в повседневной жизни, и которые могут быть вызваны или ухудшены экономической и социальной средой.

Представляется необходимым дополнить п. 3 ст. 23 Конвенции о правах инвалидов 2006 г. положением о том, что дети-инвалиды имеют право на защиту от домашнего насилия, которое представляет собой любые физические, сексуальные, эмоциональные, экономические или психологические действия или угрозы действий, которые оказывают влияние на детей-инвалидов.

## References

- [Cherneva, 2009](#) – *Cherneva, I.* (2009). Trafficking in Persons for the purpose of begging. Old game, new game. Dissertation Thesis. Geneva. 77 p.
- [Dowse, 2004](#) – *Dowse, L.* (2004). Moving Forward or Losing Ground? The Sterilisation of Women and Girls with Disabilities in Australia, *Women with Disabilities Australia*. 26 p.
- [Freeman et al., 2015](#) – *Freeman, M.C., Kolappa, K., Miguel, J.* (2015). Caldas de Almeida et al, Reversing Hard Won Victories in the Name of Human Rights: A Critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2 *The Lancet Psychiatry*. Pp. 844-850.
- [Grover, 2002](#) – *Grover, S.* (2002). On meeting Canada's Charter obligations to street youth. *The International Journal of Children's Rights*. Pp. 313-344.
- [Jaegers, 1993](#) – *Jaegers, E.M.* (1993). Modern Judicial Treatment of Procreative Rights of Developmentally Disabled Persons: Equal Rights to Procreation and Sterilization, 31. *University of Louisville Journal of Family*. Pp. 947-979.
- [Kirchofer, 2010](#) – *Kirchofer, C.P.* (2010). Organized Begging in Vienna: Austria, Right-Wing Propaganda, Benevolent Necessity, Illicit Business, Human Smuggling or Human Trafficking. Vienna: Webster University. 14 p.
- [Lombardo, 1996](#) – *Lombardo, P.* (1996). Medicine, Eugenics, and the Supreme Court: From Coercive Sterilization to Reproductive Freedom, 13. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Pp. 1-25.
- [Lykhina, 2011](#) – *Lykhina, T.A.* (2011). Prava invalidov: problemy mezhdunarodno-pravovogo regulirovaniya i mezhdunarodnye obyazatel'stva Rossiiskoi Federatsii [The rights of persons with disabilities: problems of international legal regulation and international obligations of the Russian Federation]: diss.... kand. jurid. nauk. SPb. 198 p. [in Russian]
- [McCarthy, 1998](#) – *McCarthy, M.* (1998). Whose body is it anyway? Pressures and control for women with learning disabilities. *Disability & Society*. 13 (4). Pp. 557-574.
- [McIntyre, 2007](#) – *McIntyre, M.* (2007). A Revised Standard to Evaluate the Best Interests of the Mentally Disabled in the Sterilization Context. *University of Illinois Law Review*. Pp. 1303-1327.
- [Philip, 1985](#) – *Philip, R.* (1985). Eugenic Sterilization in the United States, in Aubrey Milunsky & George J. Annas eds. *Genetics and the Law III*, Springer. *Genetics and the Law III*. New York. Pp. 227-248.
- [Tilley et al., 2012](#) – *Tilley, E., Earle, S., Walmsley, J.* (2012). The Silence Is Roaring: Sterilization, Reproductive Rights and Women with Intellectual Disabilities. Pp. 413-426.
- [Walugembe et al., 2019](#) – *Walugembe, P., Wamala, R., Misinde, C.* (2019). The Rights of Children with Disabilities and the Influence of Disability on Household Vulnerability: A Case of Vulnerability in Rural Uganda. *Canadian Journal of Children's Rights*. Pp. 169-195.

## Права детей-инвалидов в меняющемся миропорядке

Сергей Евгеньевич Смирных <sup>а, \*</sup>

<sup>а</sup> Российская ассоциация международного права, Российская Федерация

**Аннотация.** В статье рассматриваются права детей-инвалидов в меняющемся миропорядке. Отмечается, что дети-инвалиды имеют право на защиту от эксплуатации, насилия и различных злоупотреблений их уязвимым положением. Торговля детьми-инвалидами, связанная с принуждением к попрошайничеству, представляет собой одно из преступных деяний, совершаемых торговцами людьми. Торговцы детьми также принуждают жертв к сексуальной эксплуатации или к совершению различных уличных преступных деяний. Принудительное детское попрошайничество является грубым нарушением прав детей и требует неотложных действий со стороны как отдельных государств, так и всего мирового сообщества в целом.

Для защиты детей от принудительного детского попрошайничества и выполнения своих международных обязательств государства должны обеспечить, чтобы международно-правовые документы по вопросам попрошайничества, рабства, детского труда, торговли людьми или защиты детей, могли быть использованы для наказания тех, кто эксплуатирует детей.

Профилактика в ряде случаев является единственным долгосрочным решением проблемы принудительного детского попрошайничества, однако усилия по достижению этой цели требуют времени и должны сочетаться с другими стратегиями, поскольку дети, уже подвергающиеся жестокому обращению, нуждаются в более срочной помощи.

**Ключевые слова:** права детей-инвалидов, меняющийся миропорядок, защита от эксплуатации, торговля детьми-инвалидами, принуждение к попрошайничеству.

---

\* Корреспондирующий автор  
Адреса электронной почты: [marya\\_babanova@inbox.ru](mailto:marya_babanova@inbox.ru) (С.Е. Смирных)