

თამარ ზარანდია, ევგენია კურზინსკი-სინგერ (რედ.)

Tamar Zarandia, Eugenia Kurzynsky-Singer (Hrsg.)

საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა:
საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია

EIGENTUM UND RECHTSSICHERHEIT:

WANDEL DES EIGENTUMSBEGRIFFS

СОБСТВЕННОСТЬ И ПРАВОВАЯ СТАБИЛЬНОСТЬ:

ТРАНСФОРМАЦИЯ ПОНЯТИЯ СОБСТВЕННОСТИ

OWNERSHIP AND THE LEGAL STABILITY:

TRANSFORMING THE CONCEPT OF OWNERSHIP



თამარ ზარანდია, ევგენია კურზინსკი-სინგერ (რედ.)

Tamar Zarandia, Eugenia Kurzynsky-Singer (Hrsg.)

საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა:
საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია

**Eigentum und Rechtssicherheit:
Wandel des Eigentumsbegriffs**

**Собственность и правовая стабильность:
трансформация понятия собственности**

**Ownership and the legal stability:
Transforming the concept of ownership**

საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა:
საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტისა (თსუ)
და
მაქს პლანკის სახელობის საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო
სამართლის ინსტიტუტის

ერთობლივი კონფერენცია

გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების ევროპულ
სტანდარტებთან სამხრეთ კავკასიის სამართლებრივი დაახლოების პროგრამის
მხარდაჭერით (GIZ)

5-6 ნოემბერი, 2015

თბილისი, საქართველო

Eigentum und Rechtssicherheit: Wandel des Eigentumsbegriffs

Gemeinsame Konferenz

der Staatlichen Ivane-Javakhishvili-Universität Tbilisi (TSU)

und

des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht

mit Unterstützung

**des Vorhabens „Support to the Development of Private and Administrative Law
System in Georgia“, durchgeführt durch
die Deutschen Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ)**

5. und 6. November, 2015

Tbilisi, Georgien

**Собственность и правовая стабильность:
трансформация понятия собственности**

Совместная конференция

Тбилисского Государственного университета им. Иванэ Джавахишвили (ТГУ)

и

Института зарубежного и международного частного права

им. Макса Планка

при поддержке

**программы «Развитие систем частного и административного права в Грузии»,
проводимой Немецким обществом международного сотрудничества (GIZ)**

5-6 ноября, 2015

Тбилиси, Грузия

Ownership and the legal stability:

Transforming the concept of ownership

Ivane Javakhishvili Tbilisi State University (TSU)

and

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law

Joint conference

Supported by

**Program “Support to the Development of Private and Administrative Law
System in Georgia” carried out by German Corporation for International
Cooperation (GIZ)**

5-6 November, 2015

Tbilisi, Georgia

წინამდებარე წიგნი 2015 წელს თბილისში ჩატარებული საერთაშორისო კონფერენციის „საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა: საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია“ მასალების კრებულია. კონფერენციის მუშაობაში მონაწილეობა მიიღეს ექსპერტებმა როგორც საქართველოს, აღმოსავლეთ ევროპის და ყოფილი საბჭოთა კავშირის ქვეყნებიდან ასევე გერმანიიდან.

კონფერენცია კონცეპტუალურად მომზადდა და ჩატარდა თსუ იურიდიული ფაკულტეტის, ჰამბურგის მაქს-პლანკის სახელობის საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტისა და გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) ევროპულ სტანდარტებთან სამხრეთ კავკასიის სამართლებრივი დაახლოების პროგრამის ერთობლივი ძალისხმევით.

კრებულში მოცემული მოსაზრებები არ უნდა იქნეს გაგებული როგორც თსუ იურიდიული ფაკულტეტის, მაქს-პლანკის სახელობის საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტისა და გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) პოზიცია.

სამეცნიერო რედაქტორები: თამარ ზარანდია
ევგენია კურზინსკი-სინგერი
ლია შატბერაშვილი

მთარგმნელები: გურანდა ჯაჭვლიანი
მარიამ კობიაშვილი
მანანა მანჯგალაძე

თარგმანის რედაქტორები: ვიკრამ კონა
გიორგი შატბერაშვილი

Scientific editors: Tamar Zarandia
Eugenia Kurzynsky-Singer
Lia Shatberashvili

Translators: Guranda Jachvliani
Mariam Kobiashvili
Manana Manjgaladze

Proof-Readers: Vikram Kona
Giorgi Shatberashvili



Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales
Privatrecht | Hamburg



Ivane Javakhishvili
Tbilisi State University



giz Deutsche Gesellschaft
für internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 20

ISBN 978-9941-13-977-2

შინაარსი ♦ Inhaltsverzeichnis ♦ Содержание ♦ Contents

წინათქმა.....	9
Vorwort.....	11
Предисловие.....	12
I. რეფორმები სამართლებრივი კონსულტირების გადასახედიდან	
I. Reformen aus der Rechtsberatungssicht	
I. Реформы из перспективы правового консультирования	
I. Reforms from the Perspective of Legal Consultations	
როლფ კნიპერი	
საკუთრების სუბიექტების, ობიექტებისა და საკუთრების უფლების გადატანის ძიება კოდიფიკაციის დონეზე	15
Rolf Knieper	
Die kodifikatorische Suche nach den Subjekten, den Objekten und den Übertragungen des Eigentums	29
იენს დეპე	
საქართველოს სამოქალაქო და კომერციული სამართლის რეფორმები (ბოლო დროს განვითარებული მოვლენების მიმოხილვა საკუთრების უფლების მიხედვით)..	40
Jens Deppe	
Reformen im Zivil- und Wirtschaftsrecht Georgiens (Überblick über die jüngere Entwicklung anhand des Eigentumsrechts).....	50
II. საკუთრების უფლება ევროკავშირსა და პოსტსოციალისტურ ქვეყნებში	
II. Eigentumsrecht in der EU und in den postsozialistischen Staaten	
II. Право собственности в ЕС и в постсоциалистических странах	
II.Right to Property in the EU and Post-Socialist Countries	
იურგენ ბაზედოვი	
საკუთრების სამართლის განვითარება ევროპულ კავშირში	61
Jürgen Basedow	
Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union.....	75
Майдан Сулейменов	
Проблемы правового регулирования отношений собственности в Казахстане	86
Maydan Suleymenov	
Problems of Legal Regulation of Ownership Relations in Kazakhstan	97
ბესარიონ ზოიძე	
საკუთრების უფლების ევოლუცია ქართულ სამართალში.....	107
Besarion Zoidze	
Evolution of the Right of Ownership under the Legislation of Georgia	120
Евгений Суханов	
Проблемы развития вещного права в современной России	131

Yevgeny Sukhanov	Issues of Development of Rights in Rem in Contemporary Russia	136
Наталья Кузнецова	Право собственности Украины: состояние, проблемы, перспективы.....	141
Natalia Kuznetsova	Ownership Right in Ukraine: Status, Problems, Prospects.....	146
რობერტ დობროვოდსკი	მომხმარებლის (მესაკუთრის) სამართლებრივი დაცვა ლიბერალიზაციისა და დერეგულაციის შედეგებისგან. გამოცდილების გაზიარება სლოვაკეთის მაგალითზე.....	150
Róbert Dobrovodský	Rechtsschutz des Verbrauchers (Eigentümers) vor Folgen der Liberalisierungs- und Deregulierungsschritte. Erfahrungsbericht aus der Slowakei.	159

III. საკუთრების რეგულირების ცალკეული ასპექტები

III. Einzelne Aspekte der Regelung des Eigentums

III. Отдельные аспекты регулирования права собственности

III. Certain Aspects of Property Regulation

Наталья Панкевич	Социологические аспекты огосударствления отношений собственности на примере экономики РФ.....	169
Natalia Pankevich	Sociological Aspects of Transferring Ownership Relations into State Ownership Domain Illustrated by the Example the evidences from today's Russia's Economy	179
Ерлан Осипов	Вопросы разработки и основные положения Закона о государственном имуществе в Республике Казахстан.....	188
Erlan Osipov	Issues of Development and Basic Provisions of the Law of the Republic of Kazakhstan „On State Property“	194
დავით მაისურაძე	საწარმოში სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა საქართველოს მაგალითზე.....	199
Davit Maisuradze	State Shareholding Enterprise in Georgia	205

IV. საკუთრების უფლების გადაცემის სანივთოსამართლებრივი ასპექტები

IV. Sachenrechtliche Aspekte der Übertragung des Eigentums

IV. Вещно-правовые аспекты передачи собственности

IV. Jus in Rem Aspects of Transfer of the Right to Property

Роман Майданик	Фидуциарный титул и передача собственности в праве Украины.....	211
Roman Maydanyk	The Fiduciary Title and Transfer of Ownership in the Ukrainian Law	226

თამარ ზარანდია	
საკუთრების უფლების სავინდიკაციო დაცვა ქართულ სამართალში	239
Tamar Zarandia	
Protection of the Property Right through Replevin under Georgian Legislation	249
Сергей Скрябин	
Соотношение виндикации и реституции в гражданском праве Казахстана.....	258
Sergey Skryabin	
Correlation of Vindication and Restitution in the Civil Law of Kazakhstan.....	267
Константин Скловский	
Реституция, виндикация, кондикция в современном российском гражданском праве	276
Konstantin Sklovsky	
Restitution, vindication and unjust enrichment in the Russian modern civil law.....	280
ეკატერინე მესხიძე	
ქონების სარეგისტრაციო სისტემა საქართველოში	283
Ekaterine Meskhidze	
Property Registration System in Georgia	294
ნინო ხოფერია	
ნოტარიუსის როლი უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ ტრანსაქციებში.....	304
Nino Khoperia	
The Role of a Notary in a Real Estate Transaction	308

წინათემა

წინამდებარე კრებული შეიცავს მოხსენებებს საერთაშორისო კონფერენციისას – „საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა: საკუთრების გაგების ტრანსფორმაცია“, – რომელიც შედგა 2015 წლის 5 და 6 ნოემბერს თბილისში.

კონფერენცია ჩატარდა ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტისა (TSU) და მაქს პლანკის სახელობის ჰამბურგის საზღვარგარეთის და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტის (MPI) მიერ, ევროკავშირის და გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) ერთობლივი პროგრამის – „კერძო და ადმინისტრაციული სამართლის სისტემის განვითარება საქართველოში“ – მხარდაჭერით. კონფერენცია ორგანიზებული იყო ამ კრებულის პასუხისმგებელი რედაქტორების მიერ. უნდა აღვნიშნოთ, რომ იგი ჩამოთვლილი სამეცნიერო დანესებულებებისა და საორგანიზაციო კომიტეტის რიგით მეორე საერთო კონფერენციაა. პირველი კონფერენცია „კერძო სამართლის განვითარება კავკასიასა და ცენტრალურ აზიაში. ტრანსფორმაცია სამართლებრივი გადაწვევების გზით?“ ჩატარდა 2012 წელს და მიეძღვნა კერძო სამართლის განვითარებას პოსტსაბჭოთა სივრცეში¹. კონფერენცია, რომლის შედეგები ასახულია წინამდებარე კრებულში, აგრძელებს ამ საკითხის განვითარებას კერძო სამართლის ერთ-ერთი ცენტრალური ინსტიტუტის მაგალითზე.

სამართლის განვითარება პოსტსაბჭოთა სამართლებრივ სივრცეში განისაზღვრება ცნებით „ტრანსფორმაცია“, რაც გულისხმობს ყოფილი სოციალისტური რესპუბლიკების სახელმწიფოებრივი და საზოგადოებრივი სტრუქტურების შეცვლას საბაზრო ეკონომიკაზე გადასვლის პროცესში. ამ პროცესში მნიშვნელოვანი როლი ენიჭება სამოქალაქო სამართლის რეფორმას, განსაკუთრებით იმ ნაწილში, რომელიც არეგულირებს ქონებრივ ურთიერთობებს, და რომელმაც ფუნდამენტური ტრანსფორმაცია განიცადა მას შემდეგ, რაც უარი ითქვა სოციალისტური საკუთრების კონცეფციაზე, ასევე მასთან დაკავშირებულ პრივატიზაციაზე.

მიუხედავად იმისა, რომ ამ პროცესის დასაწყისში აღმოსავლეთ ევროპის ყველა ქვეყანა მსგავსი პრობლემების წინაშე დადგა, სამოქალაქო სამართლის ტრანსფორმაცია სხვადასხვა ქვეყანაში სხვადასხვანაირად ხორციელდება, რაც განაპირობებს მის შედარებით შესწავლას. განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს ის ფაქტი, რომ სხვადასხვა ქვეყანა სამოქალაქო სამართლის განვითარების სხვადასხვა მოდელს მიჰყვება. ზოგიერთი ქვეყანა, საკუთრივ საქართველო და თურქმენეთი, ახალი სამოქალაქო კოდექსების მიღებისას ორიენტირებული იყვნენ გერმანიის სამოქალაქო სამართალზე, რაც, გარკვეულწილად, GIZ-ის პროექტებთან თანამშრომლობის შედეგია. სხვა ქვეყნები ცდილობდნენ, შეენარჩუნებინათ უკვე არსებული სამართლებრივი ტრადიციები და მოერგოთ არსებული სამოქალაქო სამართალი საბაზრო ეკონომიკის საჭიროებებზე. კერძო სამართლის რეფორმები ამ შემთხვევებში ეყრდნობოდა დსთ-ის ქვეყნების მოდელურ სამოქალაქო კოდექსსა და ამგვარად ამ ქვეყნებში შენარჩუნდა საბჭოთა სამოქალაქო სამართლის ის ნორმები, რომლებიც არ ატარებდნენ იდეოლოგიურ ხასიათს.

სამოქალაქო სამართლის რეფორმასთან მიდგომის ასეთივე განსხვავებები ვლინდება საკუთრების უფლების რეფორმებშიც. მაგალითად, ქვეყნები, რომლებიც მეორე მოდელს მიჰყვებიან, დღემდე აღიარებენ საკუთრების განსხვავებულ ფორმებს, მაშინ, როდესაც, მაგალითად,

¹ კონფერენციის ანგარიში, ცალკეული მოხსენებები და ასევე კვლევები, რომლებიც მოხსენებების საფუძველს წარმოადგენდა, გამოქვეყნებულია 2014 წელს Mohr Siebeck გამომცემლობაში გამოცემულ წიგნში „ტრანსფორმაცია რეცეფციის გზით? - სამართლის ექსპორტის შესაძლებლობები და ფარგლები კავკასიის და ცენტრალური აზიის სამოქალაქო რეფორმების კონტექსტში“ (გამოცემულია კურზინსკის ინგერის რედაქტორობით).

საქართველომ უარი თქვა ამ მოდელზე უკვე რეფორმის დასაწყისშივე. ასევე რესტიტუცია, რომელიც ბათილი შეთანხმების საწყის მდგომარეობაში დაბრუნების განსაკუთრებულ ფორმად გვევლინება, შენარჩუნებულია რუსეთისა და ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსებში, მაგრამ არ შევიდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში.

წინამდებარე კრებულში გამოქვეყნებულ მოხსენებებში ავტორები მსჯელობენ საკუთრების უფლების ტრანსფორმაციის ამ და ზოგიერთი სხვა პრობლემის ირგვლივ.

ევგენია კურზინსკი-სინგერი

თამარ ზარანდია

Vorwort

Der vorliegende Band beinhaltet Vorträge der internationalen Konferenz „Eigentum und Rechtssicherheit: Wandel des Eigentumsbegriffs“, die am 5. und 6. November 2015 in Tiflis, Georgien stattfand.

Die Konferenz wurde gemeinsam von der Staatlichen Ivane-Javakishvili-Universität Tbilisi (TSU) und dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (MPI) durchgeführt. Dies geschah mit der Unterstützung des EU-Programms „Support to the Development of Private and Administrative Law System in Georgia“, durchgeführt durch die Deutsche Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ). Die Konferenz wurde von den Herausgeberinnen dieses Bandes organisiert. Zu erwähnen ist, dass es sich bereits um die zweite gemeinsame Konferenz dieser wissenschaftlichen Einrichtungen und dieses Organisationskomitees handelte. Die erste Konferenz fand 2012 statt und trug den Titel „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels legal transplants?“¹ Sie lieferte Einsichten in die Rechtsentwicklung im postsowjetischen Rechtsraum, die nunmehr anhand eines zentralen Rechtsbegriffs des Privatrechts weiterverfolgt wurde.

Die Rechtsentwicklung im postsowjetischen Rechtsraum wird mit dem Schlagwort der „Transformation“ bezeichnet. Gemeint ist der Prozess der Veränderung von Staats- und Gesellschaftsstrukturen einer ehemals sozialistischen Republik hin zu einer marktwirtschaftlich organisierten Eigenstaatlichkeit. Eine zentrale Rolle kommt dabei den Reformen des Zivilrechts, vor allem einer Neuregelung der Eigentumsverhältnisse, zu, die durch die Aufgabe des Konzepts des sozialistischen Eigentums und entsprechende Privatisierungsvorgänge eine grundlegende Umgestaltung erfahren haben.

Auch wenn alle Staaten des ehemaligen Ostblocks zu Anfang dieses Prozesses mit ähnlichen Problemen konfrontiert waren, so verläuft die Transformation des Zivilrechts in den verschiedenen Staaten sehr unterschiedlich, was eine vergleichende Untersuchung der Reformen nahelegt. Zu beachten ist insbesondere, dass bei den Reformen verschiedene Modelle der Zivilrechtsentwicklung verfolgt wurden. Einige Staaten, insbesondere Georgien und Turkmenistan, orientierten sich bei der Verabschiedung der neuen Zivilgesetzbücher an dem deutschen BGB, was nicht zuletzt auf die rechtliche Zusammenarbeit im Rahmen von GIZ-Projekten zurückzuführen war. Andere Länder versuchten dagegen an die bereits bestehenden rechtlichen Traditionen anzuknüpfen und das bereits bestehende Zivilrecht an die Erfordernisse der Marktwirtschaft anzupassen. Die Reformen berücksichtigten das Modellzivilgesetzbuch der GUS, was zur Beibehaltung solcher Vorschriften des sowjetischen Rechts führte, die keine ideologische Komponente beinhalteten.

Diese unterschiedlichen Ansätze können anhand der Eigentumsordnungen gut nachverfolgt werden. So führen die Länder, die dem zweiten Entwicklungsmodell folgen, z.B. die Unterscheidung verschiedener Eigentumsformen fort, während z.B. Georgien darauf bereits zu Beginn der Reformen verzichtete. Auch die Restitution, eine als ein Relikt des sowjetischen Rechts einzustufende besondere Form der Vertragsabwicklung, ist in den Zivilgesetzbüchern Russlands und Kasachstans, nicht jedoch im georgischen Zivilgesetzbuch zu finden. Diese und einige weitere Probleme der Transformation von Eigentumsordnungen können anhand der abgedruckten Vorträge nachvollzogen werden.

**Eugenia Kurzynsky-Singer
Tamar Zarandia**

¹ Der Konferenzbericht, einzelne Vorträge, sowie Untersuchungen, die einem Teil der Vorträge zugrunde lagen, sind in einem 2014 beim Mohr Siebeck Verlag in der Schriftenreihe „Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ erschienenem Band „Transformation durch Rezeption? – Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien“ (Herausgegeben von Kurzynsky-Singer) abgedruckt.

Предисловие

Настоящий сборник включает в себя доклады международной конференции «Собственность и правовая стабильность: трансформация понятия собственности», которая состоялась 5-го и 6-го ноября 2015 года в Тбилиси.

Конференция была проведена Тбилиским государственным университетом им. Иванэ Джавахишвили (TSU) и Гамбургским Институтом зарубежного и международного частного права (MPI) им. Макса Планка при содействии программы ЕС „Support to the Development of Private and Administrative Law System in Georgia“, проводимой Немецким обществом международного сотрудничества (GIZ). Конференция была организована ответственными редакторами указанного сборника. Следует отметить, что это уже вторая совместная конференция этих научных учреждений и данного организационного комитета. Первая конференция «Развитие частного права на Кавказе и в Центральной Азии. Трансформация посредством правовых заимствований?»¹ была проведена в 2012 г. и была посвящена развитию частного права на постсоветском пространстве. Конференция, результаты которой отражены в данном сборнике, продолжает развивать данную тему на примере одного из центральных понятий частного права.

Развитие права на постсоветском правовом пространстве определяется понятием «трансформация», что подразумевает изменение государственных и общественных структур бывших социалистических республик в процессе перехода к рыночной экономике и суверенности. В данном процессе важную роль играет реформа гражданского права, особенно регулирование имущественных отношений, претерпевших фундаментальную трансформацию после отказа от концепции социалистической собственности и связанной с ним приватизации.

Несмотря на то, что в начале этого процесса все страны Восточной Европы столкнулись с похожими проблемами, трансформация гражданского права в различных странах протекает по-разному, что предполагает сравнительное изучение данных процессов. Особого внимания заслуживает тот факт, что разные страны следуют различным моделям развития гражданского права. Некоторые страны, в частности, Грузия и Туркменистан при принятии новых гражданских кодексов ориентировались на гражданское право Германии, что не в последнюю очередь является результатом правового сотрудничества в рамках проектов GIZ. Другие страны старались сохранить уже существующие правовые традиции и приспособить существующее гражданское право под нужды рыночной экономики. Реформы частного права опирались в этих случаях на Модельный гражданский кодекс стран СНГ и в итоге в этих странах были сохранены те нормы советского гражданского права, которые не имели идеологического характера.

Данные различия в подходе к реформам гражданского права проявляются также в реформах права собственности. Так, например, страны, которые следуют второй модели, до сих пор признают различные формы собственности, в то время как, например, Грузия отказалась от этого института уже на начальной стадии реформ. Также и реституция, которая является особой формой возвращения сторон недействительного договора в первоначальное положение, унаследованной от советского права, была сохранена в гражданских кодексах России и Казахстана, но не в ГК Грузии. Вошедшие в данный сборник доклады ознакомят читателя с этими и некоторыми другими проблемами трансформации права собственности.

**Евгения Курзински-Сингер
Тамар Зарандия**

¹ Отчет о конференции, отдельные доклады и исследования, которые положены в основу некоторых докладов, опубликованы в 2014 г. в сборнике «Трансформация посредством рецепции? Возможности и границы экспорта права на примере правовых реформ стран Кавказа и Центральной Азии» в рамках серии издательства Mohr Siebeck «Сообщения по иностранному и международному частному праву» (под редакцией Курзински-Сингер).

I. რეფორმები სამართლებრივი კონსულტირების გადასახედოდან

I. Reformen aus der Rechtsberatungssicht

I. Реформы из перспективы правового консультирования

I. Reforms from the Perspective of Legal Consultations

საკუთრების სუბიექტების, ობიექტებისა და საკუთრების უფლების გადატანის ძიება კოდიფიკაციის დონეზე

1. შესავალი

საბჭოთა კავშირის ნანგრევებზე ახალი სახელმწიფოების წარმოშობიდან ერთი მეოთხედისა და საქართველოს ახალი სამოქალაქო კოდექსის ძალაში შესვლიდან დაახლოებით 2 ათეული წლის გასვლის შემდეგ, ალბათ, უპრიანია, შევაჯამოთ მოვლენები და ვნახოთ, თუ როგორ განვითარდა სამოქალაქო სამართლის ერთ-ერთი ისეთი მთავარი ინსტიტუტი, როგორცაა საკუთრება.

იმ სირთულეებისა და პრობლემების დასაწინააღმდეგებლად, რომელთა დაძლევასაც ცდილობენ პოსტკომუნისტურ სახელმწიფოთა კანონმდებლები, – აქ ვგულისხმობ ახალ სახელმწიფოებს, რომლებიც საბჭოთა კავშირიდან იღებენ სათავეს და ასევე ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკასა და მონღოლეთს, – საჭიროდ მიმაჩნია, გავიაზროთ საკუთრების შესახებ კონცეფციის მიერ შესრულებული მთავარი როლი კომუნისტურ იდეოლოგიაში. ამასთან, გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება იმ ძალადობრივ ჩარევას, რომელიც სახელმწიფო ძალაუფლების რევილუციის გზით მოპოვებით იქნა განხორციელებული. იმ დროს, როდესაც კომუნიზმის თეორეტიკოსები, რომლებიც, სხვა ფაქტორებთან ერთად, ქრისტიანული ტრადიციის ზეგავლენის ქვეშ იმყოფებოდნენ და კერძო საკუთრების საზოგადოებრივი საკუთრებით ჩანაცვლებაზე ოცნებობდნენ, როდესაც სხვა ადამიანებთან სოლიდარობით ყოველ ადამიანს საკუთარი მოთხოვნილებების დასაკმაყოფილებლად ერთი მთლიანიდან განსაზღვრული ნაწილის მიღება და მოხმარება შეეძლო კლასებისა თუ კერძო ინტერესებისგან შეუფერხებლად, რითაც სახელმწიფო, ვითარცა ბატონობის ინსტრუმენტი, შეიძლება ზედმეტი გამხდარიყო და სულაც გაუქმებულიყო, რევილუციის პრაქტიკოსებმა ამ უტოპიას ბოლო მოუღეს და მოახდინეს საკუთრების კონცენტრირება სახელმწიფოს ხელში.

ამ გლობალური გარდატეხის იდეოლოგიური ხაზი, მაგალითისთვის, ფორმულირებულია საბჭოთა კავშირის 1977 წლის კონსტიტუციის მე-10 და მე-11 მუხლებში, რომლებშიც წერია:

„საბჭოთა კავშირის ეკონომიკური სისტემის საფუძველია წარმოების საშუალებებზე სოციალისტური საკუთრება სახელმწიფო (მთელი ხალხის) საკუთრებისა და კოლექტიური ამხანაგობების საკუთრების ფორმით. სოციალისტურ საკუთრებას წარმოადგენს აგრეთვე პროფკავშირული და სხვა სახის საზოგადოებრივი ორგანიზაციების ქონება... სახელმწიფო იცავს სოციალისტურ საკუთრებას...“

სახელმწიფო საკუთრება მთელი საბჭოთა ხალხის საერთო სიკეთეა“...

ეს ნორმა სავსებით შეესაბამება 1964 წელს მიღებულ სამოქალაქო კოდექსებს: ჩინეთის 2007 წლის სანივთო სამართლის შესახებ კანონში დღესაც წერია: „სახელმწიფო საკუთრება, ეს არის მთელი ხალხის საკუთრება“¹. ეს იყო კანონმდებლის მიდგომა, რომელიც სამართალმცოდნეთა პროფესიულ მენტალიტეტს ათეული წლების განმავლობაში განსაზღვრავდა. ნათქვამი განსაკუთრებით ეხება მეცნიერებას, რომელიც უფრო აკადემიური დებატებით, და არა საქმიანი ბრუნვის პრაქტიკული პრობლემების გადაწყვეტით, არის დაკავებული.

კანონმდებლობის ამ მიდგომებისა და მენტალობის გათვალისწინებით უნდა დაწყებულიყო და დაიწყო კიდევ საკუთრების სუბიექტების, ობიექტებისა და საკუთრების უფლების გადას-

¹ ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის 2007 წლის პირველი ოქტომბრის სანივთო სამართლის შესახებ კანონის 45-ე მუხლი.

ვლის მექანიზმების ძიება ცენტრალიზებული პრინციპით მართული სახელმწიფოების ეკონომიკების ნგრევის შემდეგ. აშკარაა, რომ ძიების ეს პროცესი კომპლექსური და განსაკუთრებით რთულია, და სწორხაზოვანი ვერ იქნება.

2. სუბიექტები

პირველი მოცემულობა და სირთულე გამომდინარეობს იმ ფაქტიდან, რომ კომუნისტურმა სამართალმა კვლავ შემოიღო კანონმდებლობაში განსხვავება საკუთრების სხვადასხვა ფორმას შორის, რაც დასავლეთ ევროპაში მე-19 საუკუნის პოსტფეოდალური კოდიფიკაციებით დაიძლია, კერძოდ მოახდინა საკუთრების შინაარსის დიფერენცირება სუბიექტების მიხედვით: სახელმწიფო, კოლმეურნეობები, მუნიციპალიტეტები, პროფკავშირები და სხვა საზოგადოებრივი ორგანიზაციები ცალსახად აღიარა მესაკუთრებად; ამასთან, განსხვავებულად იყო ფორმულირებული უფლებამოსილებები მესაკუთრე სუბიექტის სახეობიდან გამომდინარე.

ეს „ლოგიკა“ გულისხმობდა, ახალ კანონებში, უბრალოდ, გაზრდილიყო სუბიექტების რიცხვი და განსაზღვრულიყო, რომ სხვა მესაკუთრეების გვერდით კერძო პირებსაც შეეძლოთ მესაკუთრეებად ყოფნა. ვინაიდან მრავალი ახალი და უკვე არსებული სახელმწიფოს სამოქალაქო სამართალში უფრო მოქალაქეებზე იყო საუბარი, ვიდრე პირებზე, სუბიექტების ჩამონათვალი ზედმეტი ცერემონიების გარეშე გაიზარდა მოქალაქეებითა და იურიდიული პირებით; მეორე მხრივ, გაუქმების გზით ამოვარდა ზოგიერთი სუბიექტი, მაგალითად, კოლმეურნეობები და მეურნეობები, ასევე ზოგიერთი სახელმწიფო ან სახელმწიფოს მიერ მართული ამხანაგობა და პროფკავშირები.

ასეთი მიდგომა დამახასიათებელია მრავალი პოსტსაბჭოური ქვეყნისათვის, რომელთა რიცხვში არიან: რუსეთის ფედერაცია (სკ-ის 214-ე-215-ე მუხლები), ყაზახეთი (სკ-ის 192-ე მუხლი), უზბეკეთი (სკ-ის 168-ე მუხლი), აზერბაიჯანი (153-ე მუხლი) ან სომხეთი (168-ე-169-ე მუხლები). უზბეკეთის კონსტიტუციის 53-ე მუხლი კი განსაზღვრავს, რომ ეკონომიკა „საკუთრების სხვადასხვა ფორმას ეფუძნება, მათ შორის კერძო საკუთრებას. კანონებში რეგულარულად არის საუბარი, გამონაკლისი აზერბაიჯანია, „მოქალაქეებისა და იურიდიული პირების საკუთრებაზე“ (მდრ. მხოლოდ სომხეთის სკ-ის 167-ე მუხლი). უკრაინაში სახელმწიფო, კომუნალურ და კერძო საკუთრებასთან ერთად ნახსენებია კიდევ „უკრაინელი ხალხის საკუთრება“.

საქმე რომ არ შეეხება მხოლოდ მცდელობებს, რომლებიც რეფორმის ახალ ფაზებში უჩინარდება, გვიჩვენებს სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის (ZGB) ნაწილობრივი რეფორმის ამსახველი პროექტი აღნაგობისა და სერვიტუტის სანივთო უფლებების² შესახებ. მის მიხედვითაც უცვლელად უნდა მოქმედებდეს სპეციალური წესები „მინის იმ ნაკვეთებისათვის, რომლებიც სახელმწიფო ან კომუნალურ საკუთრებას წარმოადგენენ“ (2015 წლის კანონპროექტის მუხლები: 202.8 და 209.2); აგრეთვე, ჩინეთის სანივთო სამართლის შესახებ 2007 წლის კანონს ადევს „სახელმწიფო საკუთრებაზე დაფუძნებული წყობილების“ დალი (§3). მის 39-ე და შემდეგ პარაგრაფებში უმეტესად ჩამოთვლილია იმ სასაქონლო სიკეთეთა დიდი ჯგუფები, რომლებიც სახელმწიფოს საკუთრებაში იმყოფება, მათ შორის, 2004 წლის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის ხაზგასმით, საკუთრება უძრავ ნივთებზეც. კერძო საკუთრება, როგორც საკუთრების ერთ-ერთი ფორმა, მხოლოდ მათ გვერდით არსებობს. იგი ცალსახად დასაშვები და დაცული 2004 წლის კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის შემდეგ გახდა (კონსტიტუციის მე-10 მუხლი).

თუმცა ზოგიერთმა სახელმწიფომ „ერთი ამოსუნთქვით“ შექმნა საკუთრების ისეთი ცნება, რომელიც აღარ არის დანაწევრებული მესაკუთრე სუბიექტების მიხედვით. მათ შორის არის სა-

² იხ. ამასთან დაკავშირებით J. Porzucek, *Zivilrechtsreform in Armenien* (სამოქალაქო სამართლის რეფორმა სომხეთში), ნიგნში: WIRO 2015, 257 და შემდეგ.

ქართველო, თურქმენეთი და მოლდავეთი. ამით ისინი შეუერთდნენ კონტინენტურევროპული სამოქალაქო კოდექსების საკმაოდ გავრცელებულ საკოდიფიკაციო პრაქტიკას, რომელიც უარს აცხადებს საკუთრების ფორმების დიფერენციაციას სამართლის სუბიექტების მიხედვით.³

გამორიცხული არ არის, რომ განმსაზღვრელი ფაქტორი იყოს ის სიამაყე, რომელიც ძველი ინსტიტუტების შენარჩუნებასა და მათ განგრძობითობას უკავშირდება. ამას ადასტურებს რუსეთის 1994 წლის სამოქალაქო კოდექსის ერთ-ერთი რედაქტორის განცხადება, რომ 1964 წლის სამოქალაქო კოდექსის 3/5-ის შენარჩუნება გახდა შესაძლებელი.⁴ საკუთრების ფორმების შენარჩუნების შინაარსობრივი დასაბუთების მიზნით გამოითქმება არგუმენტი, რომ აუცილებელია იმ განსაკუთრებული საჯარო და სახელმწიფოებრივი ინტერესების გათვალისწინება, რომლებიც მჭიდროდაა დაკავშირებული სახელმწიფო საკუთრებასთან.

ამ არგუმენტთან მჭიდროდ არის დაკავშირებული მოსაზრება, თუ რატომ იქნა შენარჩუნებული სასაქონლო ბრუნვაში მონაწილე სამართლებრივი სუბიექტების განსხვავებული ორგანიზაციული ტიპი, რომლისთვისაც საკუთრების მსგავსი უფლებამოსილებების განსაკუთრებული ფორმის მოძებნა გახდა შესაძლებელი. საქმე ეხება ე.წ კომუნალურ საზოგადოებასა და ფისკალურ სანარმოებს, რომლებიც მონყობილია იურიდიული პირების სახით, თუმცა მათ არ გააჩნიათ თავიანთი საკუთრება. ეს უკანასკნელი სახელმწიფოს ან კომუნების ხელშია, ამასთან, სახელმწიფო სანარმოებზე მინდობილი ე. წ. ეკონომიკური ან ოპერატიული მმართველობა. ეკონომიკური მმართველობის უფლებამოსილება მოიცავს უფლებას, ფლობდეს და იყენებდეს ქონებას და განკარგავდეს მას მიწის ნაკვეთების გამოკლებით. ამით ძირითადად გამოხატულია საკუთრების კლასიკური ატრიბუტები, მიუხედავად იმისა, რომ ფორმალურად და რამდენადმე გაუგებრად, სახელმწიფო ან კომუნა მესაკუთრედ რჩება. ისინი ჯერ პასუხისმგებლობიდან გამოირიცხებიან, მაგრამ პასუხს აგებენ **სუბსიდიარულად** ან გაკოტრების შემთხვევაში. მე ვუთითებ აქ რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის შემდეგ მუხლებზე: 113-ე –115-ე, 294-ე – მე-300, 56-ე, 3, რომლებიც ასევე ჩაიდო სხვა სახელმწიფოთა კანონებში და სწორედ ეს სახელმწიფოები დაადგინენ მოდელური სამოქალაქო კოდექსის გზას.

საკუთრების უფლების გაგების დანაწევრება სხვადასხვა სუბიექტის მიხედვით, ეხმიანება იმ სამართლებრივ განვითარებას, რომელსაც ბიძგი მე-12 საუკუნეში რომაული სამართლის იტალიელმა გლოსატორებმა მისცეს და რომელიც შენარჩუნებულ იქნა პრუსიის 1794 წლის ზოგად მიწის სამართალსა (I 8 §10, შემდეგ ALR) და ავსტრიის 1811 წლის სამოქალაქო კოდექსში (ABGB). ავსტრიის სამოქალაქო კოდექსის დღემდე მოქმედი §§357-359 განასხვავებენ ფეოდალური ტრადიციის გავლენით განკარგვის უფლების მქონე მთავარ მესაკუთრესა და სარგებლობის უფლების მქონე მესაკუთრეს, *dominium plenum*-სა და *dominium utile*-ს ისე, რომ ამას არანაირი პრაქტიკული შედეგი არ მოაქვს. მე-19 და მე-20 საუკუნეების მსხვილმა ევროპულმა კოდიფიკაციებმა გააუქმეს სხვადასხვა სუბიექტის ბაზაზე არსებული საკუთრების უფლების გაგების დანაწევრება (Lehnscherr – Vasall), რაც შეუთავსებელი იყო ბურჟუაზიული თანასწორობის იდეასთან და უპირატესობა მიანიჭეს საკუთრების ერთიან ცნებას.⁵ კვლავაც ძალაშია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის პროექტთან დაკავშირებით „მოტივების“ შესახებ გამონათქვამები, რომლებშიც საკუთ-

³ შდრ. აგრეთვე. L. Chanturia, Sachenrecht (სანივთო სამართალი), ნიგნში: R. Knieper/L. Chanturia/H.J. Schramm, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien (კერძო სამართალი კავკასიასა და ცენტრალურ აზიაში), 2010, 268 და შემდეგ.

⁴ A. L. Makowskyi, Einige Einschätzungen der Hilfe bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung und des Standes der internationalen Zusammenarbeit (ზოგიერთი შეფასება კანონმდებლობის შემუშავებისას დახმარების გაწევისა და საერთაშორისო თანამშრომლობის შესახებ), ნიგნში: M.M. Boguslawskij/R. Knieper, Wege zu neuem Recht (გზები ახალი სამართლისაკენ), 1998, 340.

⁵ დანვრილებით ზემდგომთან დაკავშირებით იხ. R. Knieper, Gesetz und Geschichte (კანონი და ისტორია), 1996, 201 და შემდეგ; R. Knieper, Rechtsform und Gesellschaftsform: Einige Anmerkungen zum (post-) sowjetischen Zivilrecht (სამართლის ფორმა და საზოგადოებრივი ფორმა: ზოგიერთი შენიშვნა პოსტსაბჭოურ სამოქალაქო კოდექსთან მიმართებით), ნიგნში: R. Knieper, Rechtsreformen entlang der Seidenstraße (სამართლის რეფორმები აზრეშუმის გზის გასწვრივ), 2006, 89 და შემდეგ.

რების ერთიანი ცნების გახლეჩის შედეგად ზოგიერთ ქვეყანაში ნაშთების სახით აქამდე შემორჩენილი საკუთრების სხვადასხვა ფორმის თაობაზე ვკითხულობთ: „გახლეჩილი ცნებისეული საკუთრების შემორჩენილი ნაშთები გაქრობისთვისაა განწირული და ამიტომ არ შეიძლება ამ ცნების შეტანა სამოქალაქო კოდექსში“.⁶

დანაწევრებული საკუთრების ფორმების გაცოცხლება ჩადებული იყო უკვე საბჭოურ საკონსტიტუციო და სამოქალაქო სამართალში, სადაც უნდა მოძებნილიყო პრაქტიკული გადაჭრის გზები სახელმწიფოს ხელში კონცენტრირებული მთავარი საკუთრების ნაწილობრივ დეცენტრალიზებული მართვისათვის. საკუთრების ასეთი ფორმების გადატანა (პოსტ)საბჭოურ სამოქალაქო კოდექსებში საბუთდებოდა უზარმაზარი „სამხედრო ინდუსტრიული კომპლექსის“ რეალური არსებობით, რომელსაც სახელმწიფო ასე მარტივად არ უშვებდა ხელიდან და ამიტომ მხოლოდ ძალიან ნელ ტემპებში შეეძლო მისი „სამოქალაქოსამართლებრივ ბრუნვაში“ ჩართვა.⁷ ერთმანეთში არეულია ზრუნვა ამ ქონების დაცვაზე იმ არგუმენტთან, რომ საჯარო მიზნების განხორციელება მოითხოვს სახელმწიფოს განსაკუთრებული ფორმის საკუთრების არსებობას.

ორივე არგუმენტი ადრევე იქნა გაკრიტიკებული არარუსი მრჩეველების მიერ. მიუხედავად იმისა, რომ არცთუ იშვიათად ხდება სახელმწიფოს ინტერესების აღრევა სახელმწიფოს ადმინისტრაციულ ინტერესებთან (სახელმწიფოს მართვა), განუწყვეტლივ ხდებოდა მითითება სახელმწიფოს იანუსისებურ ორსახოვნებაზე: იგი, ერთი მხრივ, სუვერენულ ფუნქციებს/ამოცანებს ახორციელებს და, ამასთან, იყენებს თავის საკუთრებას. იმისთვის, რომ სამართლის უზენაესობის ფარგლებში შესაძლებელი იყოს ამის გაკეთება, იგი ამ საკუთრებას საჯაროსამართლებრივი განსაკუთრებული სტატუსის მიმნიჭებელი (ადმინისტრაციული) აქტის მეშვეობით მიაქცევს ამ სუვერენულ ამოცანებზე, რომლებითაც ობიექტი „საჯაროსამართლებრივ“ ნივთად იქცევა მანამ, სანამ არ მოხდება ამ სტატუსის მოხსნა; მეორე მხრივ, იგი მონაწილეობს ბაზარზე კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში. ასეთ შემთხვევაში მასზე ვრცელდება იგივე პრინციპები, როგორც ასეთ ურთიერთობებში მონაწილე სხვა სუბიექტებზე. ამ საკითხს რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის 124-ე მუხლი და სხვა სამოქალაქო კოდექსები მეტ-ნაკლებად იდენტურად აწესრიგებენ.⁸

აქ არ არსებობს არავითარი საფუძველი იმისა, რომ მოხდეს დიფერენციაცია ერთი ან მეორე საკუთრების ფორმების მიხედვით. რაც შეეხება სახელმწიფო საკუთრების აუცილებლად დაცვის არგუმენტს გარდამავალ პერიოდში, ეს მოსაზრება ისტორიული ემპირიზმის მეშვეობით ცალსახად, რომ არ ვთქვათ სასტიკად, იქნა უარყოფილი. ნათელი ის არის, რომ საკუთრების გაყოფამ სახელმწიფოსა და კომუნალურ და ფისკალურ სანარმოებს შორის ხელი შეუწყო პოსტსაბჭოური სახელმწიფო ქონების ძარცვასა და მის ოლიგარქთა ხელში მოხვედრას.

ღრმად ვარ დარწმუნებული, რომ სამართლებრივ უსაფრთხოებას წაადგებოდა, თუ გარდამავალი პერიოდის გასვლიდან ათეული წლების შემდეგ ყველა ეროვნული კანონმდებელი შეძლებდა, გადაეწყვიტა, სხვადასხვა სუბიექტის ბაზაზე განხორციელებული განსხვავების გაუქმება საკუთრების ფორმებს შორის და შემოეღო საკუთრების ერთიანი ცნება. ამით რომ არ მოხდება საკუთრების სოციალური განზომილების ჩამოცილება, გამომდინარეობს გერმანიის კონსტიტუციის მე-14 მუხლიდან. ბუნებრივია, ისიც შესაძლებელია, დავინყებას მიეცეს შესაბამისი ნორმები და გამოუყენებლობის შედეგად გაუქმდნენ კიდეც, როგორც ეს დაემართა ავსტრიის სამოქალაქო კოდექსის შესაბამის ნორმებს.

⁶ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (გერმანული რაიხის სამოქალაქო კოდექსის პროექტთან დაკავშირებით გამოთქმული მოტივები), 1888, ტომი III, 6.

⁷ A.L. Makowsky, Die neuen Zivilgesetzbücher der GUS-Staaten: Stabilität und Übergangscharakter der Regelungen (დსთ-ის ქვეყნების ახალი სამოქალაქო კოდექსები: სტაბილურობა და რეგულაციების გარდამავალი ხასიათი), წიგნში: M.M. Boguslawskij/R. Knieper, Wege zu neuem Recht (გზები ახალი სამართლისაკენ), 1998, 134.

⁸ დანვრით ამასთან დაკავშირებით იხ. R. Knieper, Der Staat im Zivilrecht (სახელმწიფო სამოქალაქო სამართალში), წიგნში: WiRO 2008, 193 და შემდეგ.

3. ობიექტები

საბჭოთა კავშირის კონსტიტუციის ზემოთ ნახსენებ მე-11 მუხლში, დანყებული მინით და დამთავრებული საბინაო ფონდით, ჩამოთვლილია ყველა ობიექტი, რომლებიც სახელმწიფოს საკუთრებაში უნდა იყვნენ. მსგავს წესს ადგენს რუსეთის ფედერაციის 1964 წლის სამოქალაქო კოდექსის 95-ე მუხლი, რომლის მიხედვითაც „მოქალაქეების ხელში რჩება მხოლოდ პირადი მოხმარებისა და კომფორტის საგნები“ (ZGB-ის 105-ე მუხლი).

პოსტსაბჭოურმა სამოქალაქო კოდექსებმა მოახდინეს იმ „სამოქალაქო სამართლის ობიექტების“⁹ ან „სიკეთეების [...]“, რომლებსაც იყენებენ და განკარგავენ ფიზიკური ან იურიდიული პირები,¹⁰ სხვადასხვა აბსტრაქციის ხარისხში დეფინირება. მე არ მინდა, აქ შევეხო ცალკეულ, ძალზე სადავო საკითხს, მაგალითად: აქვს თუ არა სანარმოების, ცხოველების, ფულისა და ვალუტის ჩამოთვლას, როგორც ამას რუსული ZGB-ის 132-ე – 142-ე მუხლები ახდენენ, კოდიფიკატორული სარგებლობა, ან არის თუ არა გამართლებული საქართველოს სამართლის აბსტრაქციის უფრო მაღალი დონე. ამიტომ არ მინდა შევეხო არც გერმანიის BGB-ის რეფორმას, რომლის შედეგადაც დადგინდა, რომ ცხოველები არ არიან „ნივთები“, მაგრამ რომ მათ მიმართ, ანალოგიის წესით, გამოიყენება „ნივთებისათვის განკუთვნილი ნორმები.“ (Y90a BGB).

ჩემს მოსაზრებებში ყურადღებას შევაჩერებ ორ „ობიექტზე“, რომლებიც სხვადასხვა მიზეზის გამო კერძო სამართლის კოდიფიკაციისათვის დიდი რეალური და ასევე სიმბოლური მნიშვნელობის მქონენი არიან და რომელთა რეგულაციებიც ამის გამო ავლენენ როგორც შინაარსობრივი, ასევე სისტემური ხასიათის განსხვავებებს, კერძოდ, ერთი მხრივ, ეს არის ინტელექტუალური საკუთრების სამართალი და, მეორე მხრივ, უძრავი ქონების სამართალი.

ორივე სფეროს ის აქვს საერთო, რომ ეკონომიკური განვითარებისათვის მათი მნიშვნელობის არასათანადოდ შეფასება არ შეიძლება. თუ გადავავლებთ თვალს მათ ისტორიულ განვითარებას, ვნახავთ, რომ განსხვავება მათ შორის ძალიან დიდია. ინტელექტუალური საკუთრების შინაარსის მქონე უფლებები მე-19 საუკუნის შვილებია. მათ სწორედ ამ პერიოდიდან, რთული სანყისი პოზიციის მიუხედავად, რადგან მანამდე, როგორც საკუთრების ობიექტები, ეკონომიკურ და სამართლებრივ ბრუნვაში საერთოდ არ არსებობდნენ, თავი დაიმკვიდრეს ცალკეული ქვეყნების საპატენტო, სასარგებლო მოდელის, სავაჭრო ნიშნისა და საავტორო სამართალთა კანონებსა და თანმხლებ საერთაშორისო კონვენციებში ასახვით, რითაც სწრაფად ჩამოყალიბდნენ ნარმოებისა და ქონების მნიშვნელოვან ფაქტორებად. მინამ, ნიადაგმა, სასოფლო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთებმა კი ამასობაში ამ კუთხით, გარკვეულწილად, საპირისპირო განვითარება გაიარეს. მე-19 საუკუნიდან და მას შემდეგ, რაც ნელ-ნელა გაქრა მიწის დამუშავებასა და სოფლის მეურნეობაზე¹¹ დაფუძნებული აგრარული საზოგადოება, მინამ თავისი თითქმის მითური, „წმინდა“ მნიშვნელობა დაკარგა და მისი გარდაქმნა სიცოცხლისუნარიან, ფულად ღირებულებაში გამოხატულ ეკონომიკურ სიკეთედ, ეკონომიკური გათვლის შესაბამისად, – ყიდვა-გაყიდვა, დანაწევრება, გაერთიანება, ბეტონის საფარით დაფარვა, ნაგვით ავსება თუ შემკობა და სხვ., – სავსებით შესაძლებელი გახდა.¹²

ა) არამატერიალური სიკეთეები

ალბათ, ნიდერლანდელი კანონმდებლის წამხედურობით, რომელსაც ახალი „Burgerlijk Wetboek“-ის მე-9 წიგნად სურდა არამატერიალური სიკეთეების უფლებების, როგორც „გონებრივი შემოქმედების შედეგად წარმოშობილი პროდუქტის უფლებების“ კოდიფიცირება, ზოგიერთმა პოსტსაბჭოთა სამოქალაქო კოდექსმა – მათ რიცხვშია: სომხეთი, რუსეთი და თურქმენეთი – მო-

⁹ ასეთია პირველი ნაკვეთის სათაური, რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-3 ქვენაკვეთი.

¹⁰ ამის მსგავსად საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 147-ე მუხლი.

¹¹ სხვაგვარად მოდურად „სასიცოცხლო სივრცედ“ წოდებული.

¹² R. Knieper, *Gesetz und Geschichte* (კანონი და ისტორია), 206; იხ. ასევე ინტელექტუალური სამართლის შესახებ, 210 და შემდეგ.

ახდინა „ინტელექტუალური საკუთრების ობიექტების¹³ ინტეგრირება. საქართველოში ინტეგრაციის პირველი მცდელობის შემდეგ გავრცელდა აზრი, რომ მატერიები მეტისმეტად სპეციფიკურია, მოქცეულია საერთაშორისო სამართლის დინამიკური განვითარების მეტისმეტად ძლიერი გავლენის ქვეშ და, ამასთან, ძლიერ საჯაროსამართლებრივ ელემენტებს შეიცავს, რათა შესაძლებელი ყოფილიყო მათი სამოქალაქო კოდექსში სრულყოფილი ინტეგრაცია. თავდაპირველად „ინტელექტუალური საკუთრებისადმი“ მიძღვნილი სკ-ის IV ნიგნი ამის გამო უმეტეს ნაწილში გაუქმდა ძალაში შესვლიდან ორი წლის შემდეგ და გადანაწილდა სპეციალურ კანონებში.¹⁴ სრულიად მსგავსი მიზეზებიდან გამომდინარე, ნიდერლანდმა, სხვათა შორის, უარი თქვა თავდაპირველ გეგმებზე.¹⁵

ვფიქრობ, მინიშნება, რომ საჯარო სამართალი მნიშვნელოვანი წილით არის წარმოდგენილი ინტელექტუალური საკუთრების სფეროში, არ არის მხოლოდ ფორმალური არგუმენტი მისი გამორიცხვისათვის სამოქალაქო ნიგნებიდან. ობიექტი „არამატერიალური სიკეთე“ შინაარსითაც განსხვავდება ობიექტისაგან „ნივთი“, როცა საქმე საკუთრების განსაზღვრას ეხება. თუმცა, მართალია, რომ „საკუთრება, როცა მას სამართლებრივი სიკეთის უფლების მატარებლად განვიხილავთ [...], სამართლებრივ ცხოვრებაში, პრაქტიკულობის არგუმენტით, აუცილებლად სამართლებრივ ფორმულირებას“ საჭიროებს.¹⁶ ეს, პირველ რიგში, სწორედ არამატერიალური ქონებრივი სიკეთეებისთვისაა რელევანტური. იმ დროს, როცა ნივთების ღირებულება და ეკონომიკური სარგებლიანობა, მათი სხვისი ქონებიდან გამოცალკევების ფაქტობრივი შესაძლებლობა და მესამე პირთა მიერ მათი ხელყოფის თავიდან აცილების საშუალება თვით მათში დევს და მათგან მოიაზრება, არამატერიალური საკუთრება იღებს „თავის რეალობასა და სრულყოფას“ (სავინი), უწინარესად, ზუსტი სახელმწიფოებრივ-კანონისმიერი დეფინიციებისა და შინაარსობრივი დაზუსტებების მეშვეობით. უპირველეს ყოვლისა, ამ დებულებებს უკავშირდება გამორიცხვისა და თავდაცვის უფლებები, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ: მიმოქცევაში ყოფნის უნარიანობა ეკონომიკური და სამართლებრივი თვალსაზრისით. პატენტი, ისევე როგორც სავტორო უფლება, თავიდანვე მხოლოდ განსაზღვრული ვადისათვის და მხოლოდ კანონით დაზუსტებულ შემთხვევებში გაიცემა „საკუთრებასთან“ დაკავშირებით, და ამით, ექსკლუზიური გამოყენებისა და განკარგვისათვის ხდება ხელმისაწვდომი.

მე-19 საუკუნეში არამატერიალური სიკეთეების დაცვის მიზნით შექმნილი კანონების ავტორებს გაცნობიერებული ჰქონდათ, რომ მათ ამ კანონებით მონოპოლიები შექმნეს, რომლებიც უპირისპირდებიან თავისუფალი კონკურენციის პრინციპს. მათ მიიღეს ეს, ვინაიდან ისინი იქიდან ამოდიდნენ, რომ, ერთი მხრივ, დაცვა წაახალისებდა ინოვაციურ საქმიანობას და, მეორე მხრივ, სავალდებულო გასაჯაროების ფაქტი გააუმჯობესებდა საზოგადოებრივი ცოდნის დონეს და, რაც მთავარია, დაცვის დროის ფარგლებში მოქცევა უზრუნველყოფს სამართლიან ბალანსს ინდივიდუალურ დაცვასა და, ზოგადად, მოქმედ თავისუფლებას შორის. ჩემი აზრით, ეს კომპრომისული ხასიათი თითოეულის/ცალკეულის მონოპოლიისაგან დროთი შეზღუდულ დაცვასა

¹³ იხ. სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის 1100-ე მუხლი და თურქმენეთის სამოქალაქო კოდექსის 1052-ე მუხლი.

¹⁴ საქართველოში წარმოებულ დისკუსიასა და განვითარების შესახებ შდრ.: E. Kurzynsky-Singer და T. Zarnadzia, *Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien* (სანივთო სამართლის რეცეფცია საქართველოში), ნიგნში: E. Kurzynsky-Singer (Hrsg.), *Transformation durch Rezeption?* (ტრანსფორმაცია რეცეფციის გზით?), 2014, 114 და შემდეგ.

¹⁵ A.S. Hartkamp, *Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992*, ნიგნში: *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law, 1990*, XIX.

¹⁶ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, ტომი 58, 300 და შემდეგ, 330; ამ კავშირს ყურადღება უკვე სავინიმ მიაქცია და თქვა, რომ „ყოველი უფლება, უპირველესად, სახელმწიფოში ხორციელდება ამ სახელმწიფოს პოზიტიური სამართლის სახით, და საკუთრებასაც მხოლოდ იმით შეეძლო საკუთარი ფორმის მიღწევა, რომ იგი, უპირველესად, სახელმწიფოსა და სახელმწიფოს პოზიტიურ სამართალში ჩამოყალიბებული წესების საშუალებით სახელმწიფოში თითოეული სამართლის სუბიექტს, როგორც მესაკუთრეს, დაუკავშირდებოდა“: F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts, Erster Band*, 1940, 374.

და ნებისმიერის თავისუფალ სამეწარმეო საქმიანობას შორის სულ უფრო და უფრო იკარგებოდა. მე სხვადასხვაგვარად ვწერდი „განვითარების პრობლემური ტენდენციების“ შესახებ, რომელთა მიხედვით, კანონის დონეზე ხდება საკუთრების „ობიექტების“ ნუსხის გაზრდა და იგი მოიცავს, მაგალითად, მედიკამენტებს, მცენარეებს, კომპიუტერულ პროგრამებსა და სხვას, ასევე, დაცვა ვრცელდება „მომსახურებასა და ბიზნესის საიდუმლოებაზე“ (რუსეთის სამოქალაქო კოდექსი, 139-ე მუხლი) ან „Know-how“-ზე (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 1105-ე მუხლი).¹⁷ სწორედ ამ უკანასკნელთან მიმართებით ვერ ვხედავ საფუძველს, თუ რატომ უნდა უზრუნველყოფდეს მართლწესრიგი საკუთრების მსგავს გამომრიცხავ უფლებას მაშინ, როდესაც საიდუმლოების მატარებელი პირი საზოგადოების წინაშე გასაჯაროების ვალდებულებასაც კი არ ასრულებს, თუმცა მას ეს ვალდებულება, როგორც პატენტის მფლობელს, ეკისრება.

მას შემდეგ, რაც დიდხანს და უიმედოდ მჯეროდა, რომ სრულიად ამაოდ ვწერდი განსხვავებულად მოაზროვნე „არმიის“ წინააღმდეგ, დიდი სიხარულით წავიკითხე 2015 წლის 8 აგვისტოს ლიბერალურ ჟურნალ „The Economist“-ში გამოთქმული შეშფოთება, რომ ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიოს მასშტაბით არსებული არაკეთილსინდისიერი სისტემა ინოვაციებს, წინსვლასა და დინამიკას კი არ უწყობს ხელს, არამედ პირიქით, მონოპოლისტურად ზღუდავს მათ.¹⁸

მიუხედავად იმისა, რომ მასალას ძლიერად ატყვია საერთაშორისო სამართლის კვალი, ყველა სახელმწიფოში კარგად უნდა გაიაზრონ, კანონის მეშვეობით შეიქმნას თუ არა, და თუ კი, რა მოცულობით და რა პერიოდისათვის საკუთრების „ობიექტები“ და საჭიროა თუ არა მათი დაცვა, მაშინ, როდესაც ხდება ბაზრის ყველა დანარჩენი მონაწილის თავისუფლების შეზღუდვა.

ბ) მინის ნაკვეთები

მას შემდეგ, რაც ნიადაგი ასე დიდხანს იყო საზოგადოებრივი ცხოვრების, ეკონომიკური პროდუქციისა და პოლიტიკური ბატონობის საფუძველი, გასაკვირი არ არის, რომ იგი საბჭოთა და პოსტსაბჭოთა სამართალში განსაკუთრებულად დიდ როლს ასრულებდა და მხოლოდ გაუბედავად იქცა კერძო მესაკუთრებისათვის ხელმისაწვდომი. ზოგიერთი კონსტიტუციით, მოხდა მინის კონცენტრაცია სახელმწიფოს ხელში, სხვებმა კი, როგორც უზბეკეთის კონსტიტუციამ, მხოლოდ სიფრთხილით მოახდინეს ფორმულირება, რომ ნიადაგი და წიაღისეული „ეროვნულ სიმდიდრეს“ განეკუთვნებიან და ექვემდებარებიან სახელმწიფოს მხრიდან განსაკუთრებულ დაცვას; მაგალითად, ყაზახეთის კონსტიტუცია კი ადგენს, რომ ნიადაგი და წიაღისეული სახელმწიფო საკუთრებაა, თუმცა კანონით განსაზღვრულ შემთხვევაში იგი შეიძლება კერძო საკუთრებად იქცეს; და ბოლოს, ზოგიერთი კონსტიტუცია დუმს, იმ ლოგიკით, რომ ნიადაგის საკუთრებაში ქონა კერძო საკუთრების ზოგადი უფლებით არის მოცული.¹⁹

მინის ნაკვეთებზე კერძო საკუთრების პრინციპის შემოღება წარმოშობს მთელ რიგს ფაქტობრივი და საკანონმდებლო პრობლემებისას: პირველი, სრულიად პრაქტიკული ხასიათისაა ის, რომ, სანამ მხოლოდ სახელმწიფო და, ალბათ, მუნიციპალიტეტებიც მინის ნაკვეთების მესაკუთრები იყვნენ, ზედმეტი იყო მინის ზუსტი აზომვების განხორციელება და საკადასტრო წარმოების დაარსება. მინის ნაკვეთებზე კერძო საკუთრების შემოღებასთან ერთად უმაღლესი იცვლება სიტუაცია – მხოლოდ ზუსტი აზომვების ბაზაზე შეიძლება რეესტრების დაფუძნება, რომლებშიც აისახება საკუთრებითი ურთიერთობები და მინის ნაკვეთზე მიზმული სხვა უფლებები. ამ აუცილებლობის ხაზგასასმელად, მაგალითად, სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის 135-ე მუხლი, ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის 118-ე მუხლი, უზბეკეთის სამოქალაქო კოდექსის 84-ე მუხლი და რეგისტრირების ვალდებულებას უძრავი ნივთების დამახასიათებელ ნიშნად აცხადებენ. ეს ძალზე ძვირადღირებული ამოცანები ამასობაში გადაუდებლად წარმოეშვა ყველა პოსტსაბჭოთა სახელმწიფოს და საჭიროა, ფრთხილად შემუშავდეს გარდამავალი პერიოდისათვის მარეგულირე-

¹⁷ მაგ. იხ. R. Knieper, Von Sachen und Gütern – in neuen und alten Kodifikationen (კნიპერი ნივთებისა და სიკეთეების შესახებ ძველსა და ახალ კოდიფიკაციებში), ნიგნში: S. Lorenz დ სხვა (გამომც.), საიუბილეო კრებული A. Heldrich-ისათვის, 2005, 759 და შემდეგ.

¹⁸ The Economist, 2015 წლის 8 აგვისტოს ნომერი, 9, 43-45.

¹⁹ სხვა მაგალითები იხ. ლ. ჭანტურიასთან, დასახ. ნაშრომი, 271 და შემდეგ.

ბელი ნორმები, რათა თავიდან იქნეს აცილებული სოციალური უსამართლობები და სახელმწიფო გადატრიალების მცდელობები. საბედნიეროდ, ამასობაში გაქრა ექსტრემალური ხასიათის შეხედულებები, რომელთა თანახმადაც მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების რეგისტრაციის ვალდებულება კონსტიტუციის საწინააღმდეგო მოქმედებად კვალიფიცირდებოდა, თუმცა ისევ მუსირებს თვალსაზრისი, რომ საჭირო არ არის მიწის ნაკვეთებსა და მათზე მიბმულ უფლებებთან დაკავშირებულ გარიგებებში ნოტარიუსის მონაწილეობა.

სხვა მრავალ პრობლემას შორის მინდა დავასახელო კიდევ ორი: უნდა გაირკვეს, არის თუ არა მიწის ნაკვეთზე საკუთრების საგანი აზომილი და შემოსაზღვრული მიწის ზედაპირი, თუ იგი მოიცავს ასევე მიწის ქვეშ, სავარაუდოდ, ჩაფლულ ნიაღისეულსაც – დასარეგულირებელი საგანი 1 – და, აგრეთვე, მიწასთან მყარად დაკავშირებულ საგნებს – დასარეგულირებელი საგანი 2.

რაც შეეხება მიწის შიგნითა ნაწილს, ამასთან დაკავშირებით ახალი სამოქალაქო კოდექსების უმრავლესობა – გერმანიის BGB-ის 93-ე და 94-ე პარაგრაფებისაგან განსხვავებით – „ჯერ კიდევ განუცალკევებელ ნიაღისეულ სიმდიდრეებს,²⁰ „მიწის შიგნით არსებულს,²¹ ცალსახად უძრავი ნივთების დეფინიციის შემადგენელ ნაწილად მოიხსენიებს.

ამით ჯერ კიდევ არაფერია ნათქვამი ნიაღისეულთან დაკავშირებული საკუთრებითი ურთიერთობების შესახებ. რომის სამართლის პრინციპი, – რომლის მიხედვითაც, მიწის ზედაპირთან მყარად დაკავშირებული საგნები, მაშასადამე: შენობები, სხვა სახის ნაგებობები და მიწასთან დაკავშირებული ნაყოფი, იმყოფება მიწის ნაკვეთის მესაკუთრის საკუთრებაში, – არ მოქმედებს ნიადაგში არსებულსა და ნიაღისეულზე. შუა საუკუნეებიდან მოყოლებული ჩვეულებითმა სამართალმა და კანონთა მთელმა რიგმა მათზე განსაკუთრებული უფლებები განავითარა. ამ კონტექსტში შესაძლებლად მოჩანს რეგულირების სამი ვარიანტი: ნიაღისეული მის მოპოვებამდე შეიძლება ჩაითვალოს უპატრონო ქონებად; იგი შეიძლება ჩაითვალოს მთლიანად სახელმწიფოს საკუთრებად; იგი შეიძლება მიჩნეულ იქნეს მიწის ნაკვეთის განუყოფელ შემადგენელ ნაწილად და ამიტომ განხილულ იქნეს ამ მიწის ნაკვეთის მესაკუთრის საკუთრებად.

რამდენადაც ვიცი, პოსტკომუნისტურმა სახელმწიფოებმა გადანყვიტეს, გამოუცალკევებელი ნიაღისეული მიწის ზედაპირთან დაკავშირებული საკუთრებითი ურთიერთობებისაგან დამოუკიდებლად, სახელმწიფოს ექსკლუზიურ საკუთრებად განიხილონ. ისინი ამით ძალზე უახლოვდებიან ფრანგულ მოდელს. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 93-ე და 94-ე პარაგრაფებიდან კი შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ მიწის ნაკვეთზე საკუთრება ვრცელდება მიწის ნიაღისეულზეც. ამ დასკვნას §905-იც ადასტურებს, როდესაც ვკითხულობთ, რომ საკუთრების უფლება ასევე ვრცელდება „მიწის ზედაპირის ქვევით არსებულ ნაწილზეც“. მაგრამ ეს მიდგომა იმდენად შეზღუდული შემთხვევების მიმართ მოქმედებს, რომ თითქმის შეუძლებელია სრულყოფილ პრინციპზე საუბარი. გერმანიის ფედერაციის 1980 წლის მთის შესახებ კანონში (BbergG) კი, რომლითაც პირველად განხორციელდა ფედერაციის მასშტაბით მთის ერთიანი სამართლის დადგენა, განსაზღვრულია, რომ ნიაღისეულის უმრავლესობა და ეკონომიკური თვალსაზრისით მნიშვნელოვანი ნიაღისეული, შეიძლება ითქვას, „უპატრონოა“ და რომ ნედლეულის მხოლოდ უმნიშვნელო ჯგუფი არის მიწის საკუთრებასთან დაკავშირებული (§ 3, BbergG). ე.წ. უპატრონო ნიაღისეულისთვის ფუძნდება საკუთრივ სამთო საქმიანობის საკუთრების ცნება, რომელიც ცალსახად გამიჯნულია საკუთრებისაგან მიწაზე (§ 9, BbergG). მიწის საკუთრებასთან დაკავშირებული ნედლეულის „უპატრონო ნედლეულად“ გამოცხადება და ამით განკარგვის უფლების ჩამორთმევა არ ითვლება ექსპროპრიაციად.²²

გერმანიის სამთო სამართალი რთულია და შეიძლება მხოლოდ საკუთარი ისტორიიდან გამომდინარე იქნეს გაგებული. თუნდაც მისი ტრადიციულობის გამო არ არის რეკომენდებული მისი გადმოღება. იგი დოკუმენტურად ადასტურებს, რომ ნედლეულის მოპოვების პროცესის უსაფრთხოება, მისი გადამუშავების უსაფრთხოება და ზიანის პრევენციასთან (§1, BbergG) და-

²⁰ იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 149-ე მუხლი.

²¹ იხ., მაგალითად, რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის 139-ე მუხლი, სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის 134-ე მუხლი, აზერბაიჯანის სამოქალაქო კოდექსის 135-ე მუხლის მე-4 პუნქტი და უზბეკეთის სამოქალაქო კოდექსის 83-ე მუხლი.

²² H. Zydek, Bundesberggesetz (გფრ-ის მთის კანონი), მასალები, 1980, 68.

კავშირებული მიზნები წინა პლანზეა წამოწეული და ფარავს საკუთრებასთან დაკავშირებულ მოსაზრებებს. თითქმის არცერთ სხვა ობიექტთან მიმართებით არ გამოიხატება საკუთრების უფლების ნორმასთან ისეთი მჭიდრო კავშირი, როგორც წიაღისეულის შემთხვევაში. ნათქვამი ვრცელდება, აგრეთვე, კერძო საკუთრებაში არსებულ წიაღისეულზეც, რომელთა აღმოჩენა, მოპოვება და გადამუშავება ასევე მჭიდრო საჯაროსამართლებრივ კონტროლს ექვემდებარება, რაც, ზოგადად, კონსტიტუციის შესაბამისად განიხილება.

მიუხედავად იმისა, რომ ეს საკითხი სხვადასხვა სახელმწიფოში სხვადასხვაგვარად არის დარეგულირებული, წიაღისეულზე სუვერენიტეტის საერთაშორისო პრინციპის მიხედვით, რომელსაც, მაგალითად, 1998 წლის Energy Charter Treaty-ის მე-18 მუხლი ადასტურებს, თითქმის არ არსებობს პრაქტიკული განსხვავება – გამოუცალკევებელი წიაღისეული უპატრონო ქონებაა, მიწის საკუთრებასთანა დაკავშირებული თუ სახელმწიფოს ეკუთვნის.

ბევრად უფრო არსებითია, რომ შესაძლებელია ნიადაგიდან გამოცალკევებულ წიაღისეულზე როგორც სახელმწიფო, ასევე კერძო საკუთრების წარმოშობა, რათა შეიძლებოდეს მოპოვებული წიაღისეულის განკარგვა და მისი გადამუშავება-მოხმარება. თუმცა, რამდენადაც ჩემთვის ცნობილია, ეს საკითხი თითქმის ყველა პოსტსაბჭოურ სახელმწიფოში დარეგულირებულია.

აშკარა გახდა, რომ კანონით ერთმანეთისაგან იმიჯნება საკუთრება მიწის ნაკვეთზე და საკუთრება წიაღისეულზე, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი, ფაქტობრივად, განუყოფელია. სულ სხვაგვარად არის საქმე შენობების, მცენარეებისა და სხვა, მიწის ზედაპირთან მყარად დაკავშირებული, საგნების შემთხვევაში: მათთან მიმართებით, მე-19 და მე-20 საუკუნეების სამოქალაქო სამართლის დიდი კოდიფიკაციების შესაბამისად, მოქმედებს წესი, რომ საკუთრების უფლება ამ ნივთებზე მიწის ნაკვეთის მესაკუთრეს ეკუთვნის.

გერმანიაში ეს პრინციპი გამომჟღავნდა იმით, რომ BGB-ის §873-სა და მის მომდევნო პარაგრაფებში საუბარია მიწის ნაკვეთთან მიმართებით არსებულ უფლებებზე, ხოლო, BGB-ის §94 კი შენობა-ნაგებობებს მიწის ნაკვეთის არსებით შემადგენელ ნაწილებად აცხადებს და ამით ამორიცხავს შესაძლებლობას, რომ ისინი, თავის მხრივ, საკუთრების უფლებების ობიექტები იყვნენ. მიწის ნაკვეთთან შეერთებით მოძრავი ნივთი მიწის ნაკვეთის მესაკუთრის საკუთრებაში გადადის (§ 946, BGB). ბინის საკუთრებაც არ არის გამონაკლისი ამ პრინციპიდან, ვინაიდან ბინის საკუთრება წარმოიშობა „მიწის ნაკვეთზე თანასაკუთრების წილიდან“ გამომდინარე (§1, ბინის საკუთრების კანონი (WEG)). საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 171-ე მუხლი მისასაღმებელი სიცხადით განსაზღვრავს, რომ რაიმე ქონებასთან დაკავშირებული საკუთრების უფლება „ასევე მოიცავს არსებით შემადგენელ ნაწილებს“, როგორც ეს დეფინირებულია სამოქალაქო კოდექსის 150-ე მუხლში. აქაც ერთმანეთისაგან განუყოფლადა დაკავშირებული „ბინის საკუთრება და შენობაზე წილობრივი საკუთრება“ (საქართველოს სკ, 208-ე მუხლი).

სამოქალაქო კოდექსებმა, რომლებიც დსთ-ის მოდელურ კოდექსს გაჰყვნენ, სხვა გზა აირჩიეს. მართალია, ისინიც ახდენენ მიწასთან მჭიდროდ დაკავშირებული ობიექტების, როგორც უძრავი ნივთების განუყოფელი ნაწილების, დეფინიციას, თუმცა შემდეგ „შენობებზე, ნაგებობებსა და სხვა ქონებრივ სიკეთეებზე“ დამოუკიდებელი საკუთრების უფლების არსებობაზე საუბრობენ,²³ ან განასხვავებენ და ერთმანეთის გვერდით აყენებენ მიწაზე საკუთრებასა და შენობა-ნაგებობებზე დამოუკიდებელ საკუთრებას.²⁴ ეს არასწორია არა მხოლოდ სამართლებრივი ტექნიკის თვალსაზრისით და უთიერთსაწინააღმდეგო წესის დადგენის გამო, არამედ, რადგან აფერხებს ეკონომიკის მდგრად განვითარებას.

ჩინეთში ვითარება იმით რთულდება, რომ კონსტიტუციის მე-10 მუხლი ცალსახად ადგენს, მიწა ქალაქებში სახელმწიფოს საკუთრებააო. ამის შესაბამისად, სანივთო სამართლის კანონის

²³ ამგვარად, მაგ., რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის 130-ე და 219-ე მუხლები, ამის მსგავსად ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის 117-ე და 194-ე მუხლები.

²⁴ ამგვარად, 83-ე და 169-ე მუხლები უზბეკეთის სამოქალაქო კოდექსიდან.

135-ე და შემდეგი პარაგრაფები ადგენენ სანივთო უფლებას „შენობა-ნაგებობებზე“, რაც უფლებამოსილ პირს აძლევს შესაძლებლობას, ფლობდეს ქალაქის მიწის ნაკვეთს 50-იდან 70-ამდე წლის განმავლობაში, გაანაშენიანოს იგი, ისარგებლოს მისით და განკარგოს. ასეთი შესაძლებლობა მილიონჯერ იქნა გამოყენებული. მიუხედავად იმისა, რომ სანივთო სამართლის კანონის 70-ე პარაგრაფი ადგენს თანასაკუთრებას ბინებზე, ადვილია განვჭვრიტოთ, რომ ბინების მრავალი მესაკუთრე, რომლებმაც ბოლო ხანებში ბინები ძალიან მაღალ ფასად შეიძინეს, გაურკვეველ სიტუაციაში გრძნობენ თავს – მათ არ იციან, შეინარჩუნებენ ამ ბინებს კიდევ დიდი ხნის განმავლობაში და შეძლებენ თუ არა, გადასცენ ისინი საკუთარ შთამომავლებს. ჩემი აზრით, აქ „სოციალური დინამიტის“ აფეთქების საშიშროებაა და გადაუდებელი რეფორმების საჭიროებაც აშკარად იკვეთება.

ზოგიერთი სამოქალაქო კოდექსი, როგორებიცაა საქართველოს²⁵, თურქმენეთის და მოლდავეთისა, თავიდანვე სერიოზულად მიუდგა მიწის ნაკვეთსა და მასზე მყარად დაკავშირებული საგნების ერთიანი საკუთრების პრინციპს, თუმცა თურქმენეთში არსებობს სირთულე იმის გამო, რომ იქ არსებობს და, როგორც ჩანს, გამოიყენება კიდევ სამოქალაქო კოდექსიდან ცალკე გამოყოფილი კანონი ბინათმესაკუთრების შესახებ, რომელშიც შენარჩუნებულია მიწის ნაკვეთიდან გამოცალკევებით ბინებზე საკუთრების უფლება.

სომხეთის სამოქალაქო კოდექსი გაჰყვავა, უპირველესად, სამოდელო კანონს და მიწის ნაკვეთზე საკუთრებისა და ცალკე შენობა-ნაგებობებზე საკუთრების პრინციპს, თუმცა შემდეგ სწრაფადვე ჩატარდა ამ რეგულირების რეფორმა და შემოღებულ იქნა საკუთრების ერთიანი პრინციპი – საკუთრება მიწის ნაკვეთსა და შენობა-ნაგებობაზე. პარლამენტის იურიდიულ საკითხთა კომიტეტის თავმჯდომარემ, დავით არუთუნიანმა, დამარწმუნა, რომ რეფორმის შემდეგ ძალზე პოზიტიურად განვითარდა იპოთეკური კრედიტი და სამშენებლო საქმიანობა.

აზერბაიჯანის სამოქალაქო კოდექსი ჯერ კიდევ მერყეობს სისტემებს შორის. მაშინ, როცა სამოქალაქო კოდექსის 240-ე, 2 მუხლი და რეგისტრაციის შესახებ კანონის მე-13,7 მუხლი ცალსახად განსაზღვრავენ, რომ მიწის ნაკვეთი და შენობა-ნაგებობა „ერთიან უძრავ ქონებრივ ობიექტს“ წარმოადგენენ, სამოქალაქო კოდექსის 135-ე,4, 180-ე,3, 243-ე,1, 244-ე და მე-3 მუხლები ან 245-ე მუხლის 1-ლი წინადადება ტოვებენ შთაბეჭდილებას, რომ მიწის ნაკვეთი და შენობა-ნაგებობა ერთმანეთის გვერდით დგანან; მათ შეიძლება, ერთმანეთისაგან განსხვავებული სამართლებრივი „ბედი“ ეწიოს და საკუთრება მიწის ნაკვეთსა და საკუთრება შენობაზე შესაძლებელია სხვადასხვა პირს ეკუთვნოდეს. აქედან გამონაკლისია სამოქალაქო კოდექსის 227-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი, რადგან იგი განსაზღვრავს ბინის საკუთრებასთან დაკავშირებით, რომ მიწის ნაკვეთი, რომელზეც შენობა-ნაგებობა იმყოფება, ეკუთვნის ბინის მესაკუთრეებს, როგორც წილობრივი საკუთრება. იმედა, რომ ამჟამად, სანივთო სამართლის მოსალოდნელი რეფორმირების შედეგად, მიწის ნაკვეთზე ერთიანი საკუთრების თვალსაზრისით, სიცხადე იქნება შეტანილი.

ეს იმედი არ შემოიფარგლება მხოლოდ აზერბაიჯანით. მე ეჭვი არ შემაქვს ბატონი არუთუნიანის გამონათქვამების ემპირიულ შინაარსში და დარწმუნებული ვარ, ყველა სახელმწიფოში სამართლებრივ უსაფრთხოებასა და ასევე ეკონომიკურ განვითარებას წაადგებოდა, თუ საკუთრება შენობაზე მიწის ნაკვეთზე საკუთრებასთან გაერთიანდებოდა.

თუმცა დამაფიქრებელია ერთი სირთულე, რომელიც გარდამავალი პერიოდის მოქნილი და მგრძობიარე კანონმდებლობით უნდა იქნეს დაძლეული. მიმაჩნია, აუცილებელია სიტუაციის გამოსწორება, როდესაც პრივატიზაციის პროცესში, ასევე ახალი ბინების მშენებლობისას, შენობასა და შენობა-ნაგებობების ნაწილებზე საკუთრების უფლების რეგისტრაცია და საკუთრების უფლების მინიჭება მიწის ნაკვეთზე საკუთრებისაგან დამოუკიდებლად ხდება. გერმანიაც იდგა კვლავ გაერთიანების დროს ამ სიტუაციის წინაშე, რომელიც სოციალური დაძაბულობის განსაზღვრულ პოტენციას შეიცავდა. მან ეს პრობლემა გადაჭრა 1994 წლის სანივთო სამართლის კონსოლიდაციის კანონის მეშვეობით და უჩვენა მხარეებს ალტერნატივა იმისა, თუ რო-

²⁵ ქართულ სამართალსა და მის სირთულეებთან დაკავშირებით შდრ. Kurzynsky-Singer/Zarandia, იხ. ზემოთ,131.

გორ შეიძლება, წარმატებული ყოფილიყო ეს გაერთიანება. ამ ალტერნატივების ზედმეტი ქე-ბის გარეშე აღვნიშნავთ, რომ დაინტერესებულმა სახელმწიფოებმა მალევე უნდა დაიწყონ ამ პრობლემებთან ჩიდილი. ამასთან, ვფიქრობ, პრივატიზაციის ფარგლებში უნდა მოხდეს მესა-კუთრებისათვის არა მხოლოდ ბინებზე საკუთრების უფლების გადაცემა, არამედ, აგრეთვე, (ნილობრივი) საკუთრების გადაცემა მიწაზე, რომელიც ჯერ კიდევ სახელმწიფოს ხელშია.

4. საკუთრების უფლების გადატანა

ა) მოძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების გადატანა

მიუხედავად ცალკეული განსხვავებებისა, ზოგადად, უნდა ითქვას, რომ არსებობს მოძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების გადასვლის სამი ერთმანეთთან დაპირისპირებული მოდელი: პირველი მოდელი ფრანგული სამართალია, რომლის სამოქალაქო კოდექსის (Code Civil) 1138-ე მუხლის თანახმად, მხოლოდ მხარეებს შორის უბრალო შეთანხმება აფუძნებს საკუთრების უფ-ლების გადაცემის ვალდებულებას და ამის საფუძველზე (შეთანხმების საფუძველზე) კრედიტო-რი ხდება მესაკუთრე; გერმანული სამართალი შეიცავს მეორე მოდელს. იგი სამოქალაქო კოდექ-სის 929-ე პარაგრაფში მოითხოვს, რომ მესაკუთრემ ნივთი შემძენს გადასცეს და რომ ორივე მხა-რე საკუთრების უფლების გადასვლასთან დაკავშირებით შეთანხმდეს.

პირველ ყოვლისა, ორივე მოდელი ძლიერ განსხვავდება ერთმანეთისაგან, ვინაიდან ფრან-გული ვარიანტი გადაცემას არ ითვალისწინებს და საკმარისად მიიჩნევს მხოლოდ კონსენსუსს, მაშინ, როცა გერმანული ვარიანტი, საკუთრების უფლების წარმოშობისათვის საკუთრების გა-დაცემის ვალდებულებასთან ერთად, როგორც ეს – ვალდებულებითსამართლებრივ – ნასყიდო-ბის ხელშეკრულებაშია (§433, BGB) მოცემული, დამატებით კიდევ სხვა შეთანხმებას, სანივთო შე-თანხმებას, მოითხოვს. მაშასადამე, გერმანული მოდელი ერთმანეთისაგან მიჯნავს სანივთო გა-რიგებას და ვალდებულებითსამართლებრივ გარიგებას (ე.წ. გამიჯვნის პრინციპი) და სანივთო გარიგების ნამდვილობას ვალდებულებითსამართლებრივი გარიგების ნამდვილობას არ უკავში-რებს (ე.წ. აბსტრაქციის პრინციპი);²⁶ ორივე მოდელი კი განსხვავდება ყველაზე მეტად გავრცე-ლებული მოდელისაგან: მესამე მოდელის თანახმად, რომელიც, მაგალითად, მოცემულია შვეი-ცარიის კანონმდებლობაში, კანონი ითხოვს, პირველ ყოვლისა, ხელშეკრულების არსებობას, მა-გალითად, ნასყიდობის ხელშეკრულებას, რომელშიც გამყიდველი იღებს ვალდებულებას, გადას-ცეს მყიდველს საკუთრების უფლება (ვალდებულებითი სამართლის 184-ე მუხლი) და შემდეგ მე-საკუთრის მხრიდან „შემძენის ხელში მფლობელობის წარმოქმნის“ უზრუნველყოფას (714-ე მუხ-ლი, ZGB). მსგავსად, თუმცა არა იდენტურად, ახდენს ავსტრიის სამოქალაქო კოდექსი ფორმუ-ლირებას, რომ „უბრალო ტიტული [...] ჯერ კიდევ არ იძლევა საკუთრებას“, არამედ იგი მხოლოდ „სამართლებრივი გადაცემისა და მიღებით შეიძინება“ (§ 425, ABGB), ამასთან, „ტიტული“ ABGB-ის §424-ის თანახმად, „ხელშეკრულებაშია“ ჩადებული. ნიდერლანდის Wetboek ადგენს, რომ საკუთ-რების გადასვლა ითვალისწინებს ნივთის მიწოდებას ნამდვილი ტიტულის საფუძველზე (ნიგნი 3, 84-ე მუხლი, (3.4.2.2)).

ახალმა პოსტსაბჭოთა სამოქალაქო კოდექსებმა, ჩინეთის სანივთო სამართლის შესახებ კა-ნონის მსგავსად, უპირატესობა მესამე მოდელს მიანიჭა. ისინი მოითხოვენ ნივთის გადაცემას ხელშეკრულების საფუძველზე,²⁷ ან ნივთის გადაცემას „ფაქტობრივი უფლების საფუძველზე“ (მე-18 მუხლი, აზერბაიჯანის სამოქალაქო კოდექსი), ან ნივთის გადაცემას „ნამდვილი მოთხო-ვის საფუძველზე“ (186-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი),²⁸ ან მფლობელობაში გა-დაცემას (§23, ჩინეთის სანივთო სამართლის შესახებ კანონი).

მიუხედავად, ჩემი აზრით, ამ ერთმნიშვნელოვანი ტერმინოლოგიისა, ლიტერატურაში ყო-

²⁶ ამასთან დაკავშირებით შდრ. დანვრილებით Kurzynsky-Singer/Zarandia, იხ. ზემოთ, 119 და შემდეგ.

²⁷ ასევე სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის 176-ე მუხლი, რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის 223-ე მუხლი, ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის 238-ე მუხლი.

²⁸ 186-ე მუხლში გამოყენებულ ცნებებთან დაკავშირებით იხ. Kurzynsky-Singer/Zarandia, დასახ. ნაშ-რომი, 121.

ველთვის არსებობს თვალსაზრისები, რომელთა თანახმადაც, ორივე ელემენტის, გადაცემისა და ვალდებულებითსამართლებრივი ხელშეკრულების გვერდით, დამატებით საჭიროა კიდევ ერთი ფაქტორის, სანივთოსამართლებრივი თანმხვედრი ნების გამოვლენის კონსტრუირება.²⁹ ამით, მართალია, არ ხდება აბსტრაქციის პრინციპის ბატონობის შეტანა კანონების ტექსტში „უკანა კარიდან“, თუმცა გამიჯვნის პრინციპისა – კი. ეტყობა, გერმანულ მოდელს მიმზიდველობის დიდი ძალა აქვს.

ჩემი აზრით, ასეთ ინტერპრეტაციას ეწინააღმდეგება არა მხოლოდ კანონების ტექსტის ფორმულირება, არამედ ავსტრიის სამოქალაქო კოდექსის ტექსტიც, სადაც გამოიყენება ცნება „სამართლებრივი“, რათა გამოირიცხოს არასამართლებრივი გადაცემა. იგი არც პრაქტიკული თვალსაზრისით და არც გონივრულ ინტერესთა ბალანსისათვის არის საჭირო, არც კეთილსინდისიერი შეძენისა და არც პირობადებული საკუთრების კონსტრუქცია გართულებდა, თუ სახეზე არ იქნება გამიჯვრული სანივთო შეთანხმება, როგორც აქამდე ცდილობენ ამის მტკიცებას.

იმ დროს, როცა, ჩემი აზრით, არ არსებობს იძულება, რომ იურიდიული სწავლების გზით გერმანული სამართლის ელემენტები ძალდატანებით აითვისოს სხვადასხვაგვარად ფორმულირებულმა სამოქალაქო კოდექსებმა, აუცილებელია, უფრო დიდი ყურადღება მიექცეს უფლების გადასვლის ელემენტს – ეს ელემენტია მფლობელის შეცვლა. სწორედ მფლობელობის სამართლებრივი ინსტიტუტია, რომელიც ტიტულთან ერთად მოძრავ ნივთზე საკუთრების გადასვლისას მთავარ როლს ასრულებს ისევე, როგორც ორივე ზემოთ დასახელებული პრობლემათა წრისათვის, როგორცაა კეთილსინდისიერი შეძენის ინსტიტუტი და პირობადებული საკუთრება.

სავინიმ თავის ცნობილ ნაშრომში „ფლობის უფლება“ (1803)³⁰ შეიმუშავა ორივე ნიშანი, რომლებიც მფლობელობას ახასიათებს, კერძოდ „*factum* და *denanimus*“ – ფაქტობრივი კონტროლი და ფლობის ნება. ავსტრიის სამოქალაქო კოდექსის §309 განსაკუთრებით ნათლად ახდენს ფორმულირებას: „მას, ვისაც ნივთი თავისი ბატონობის ქვეშ აქვს, ან ინახავს მას, ჰქვია მპყრობელი, თუ მპყრობელს ნებაც გააჩნია, შეინარჩუნოს იგი, როგორც თავისი, მაშინ მას მფლობელი ჰქვია.“ ზოგადად, მფლობელობის მჭიდრო ორიენტირება მესაკუთრის მიერ საკუთარი ნივთის ფლობაზე მოგვიანებით გაუქმდა, როგორც ეს გერმანული სამოქალაქო კოდექსის §854-ში მოხდა. თუმცა, ფლობის ნებისა და ფაქტობრივი ბატონობის ამ ორივე წინაპირობის თვალსაზრისით, ამას არაფერი შეუცვლია. ამდენად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 155-ე მუხლის, აზერბაიჯანის სამოქალაქო კოდექსის 159-ე მუხლის, თურქმენეთის სამოქალაქო კოდექსის 179-ე მუხლისა და მოლდავეთის სამოქალაქო კოდექსის 303-ე მუხლის, ასევე ჩინეთის სანივთო სამართლის შესახებ კანონის 241-ე მუხლის მსგავსად, ნათლად აყალიბებს, რომ „მფლობელობა წარმოიშობა ნივთზე ფაქტობრივი ბატონობის ნებითი მოპოვებით“.

ნებითი მფლობელობისა და საკუთრების გამიჯვნა ერთმანეთისაგან საშუალებას იძლევა, თანამიმდევრულად, კანონისმიერად დასაბუთდეს პირობადებული საკუთრება, ისევე, როგორც კეთილსინდისიერი შეძენა. საჭირო არ არის განსაკუთრებული სანივთო შეთანხმების კონსტრუირება.³¹

მოძრავი ნივთის კეთილსინდისიერი შეძენის საფუძველი არის „ვარაუდი, რომ ნივთის მფლობელი მისი მესაკუთრეა.“³² საკუთრების ამ ვარაუდს უკავშირდება შემძენის კეთილი რწმენა

²⁹ შვეიცარიულ სამართალთან დაკავშირებით შდრ. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum (სანივთო სამართლის საფუძველები და საკუთრება), 3, 2007, 440 და შემდეგ; საქართველოს სამართალთან დაკავშირებით იხ. Kurzynsky-Singer/Zarandia, დასახ. ნაშრომი, 123 და შემდეგ; შდრ., აგრეთვე, L. Chanturia, დასახ. ნაშრომი, 321 და შემდეგ.

³⁰ F.K. von Savigny, Das Recht des Besitzes, 1, 1803 (აქ ციტირებულია უცვლელად გადაბეჭდილი ტექსტის მიხედვით (ფლობა/მფლობელობა).

³¹ შდრ. დანვრილებით R. Knieper, Besitz und Eigentum (ფლობა და საკუთრება), კრებულში: WiRO 2012, 289 და შემდეგ.

³² იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 158-ე მუხლის მოკლე, ლაკონიური ფორმულირება; მსგავსია: გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §1006-ისა, აზერბაიჯანის სამოქალაქო კოდექსის 166-ე მუხლისა, თურქმენეთის სამოქალაქო კოდექსის 179-ე მუხლისა.

და კეთილსინდისიერი შექმნის შესაძლებლობა. მხოლოდ ბოლო წლებში ინსტიტუციურმა ეკონომიკამ დაადასტურა, რაც უკვე BGB-ის რედაქტორებისათვის ცნობილი იყო, სახელდობრ ის, რომ კეთილსინდისიერი შექმნის ლეგალიზაცია არაუფლებამოსილი პირის მიერ მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტია ტრანსაქციების ხარჯების შემცირებისა და ამით ვაჭრობის გაადვილებისათვის.³³

ამდენად, მფლობელობა მნიშვნელოვანი სანივთოსამართლებრივი ინსტიტუტია, აგრეთვე საკუთრების უფლების გადატანის კონტექსტშიც. სამწუხაროდ, მხოლოდ ჩვენ მიერ დასახელებულმა სახელმწიფოებმა – აზერბაიჯანმა, საქართველომ, მოლდავეთმა და თურქმენეთმა, ასევე ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკამ – გამოიყენეს შანსი, სანივთო სამართლის მოდერნიზაციის გზით მოეხდინათ მფლობელობის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის, ჩამოყალიბება. სახელმწიფოებში, რომლებიც დსთ-ის სამოქალაქო კოდექსის მოდელურ კანონს გაჰყვნენ, ნახავთ მხოლოდ მიმოფანტულ ნორმებს, სადაც მფლობელობა მოიხსენიება ან გათვალისწინებულია სამართლის ინსტიტუტის სახით. მაგალითად, სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის 163-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი განსაზღვრავს, რომ მფლობელობის უფლება პირის უფლებაა, ფაქტობრივად, ფლობდეს ნივთს, სამოქალაქო სამართლის 274-ე–278-ე მუხლები კი აკანონებენ მესაკუთრის მოთხოვნებს მფლობელის წინააღმდეგ, და პირიქით, მფლობელისას მესაკუთრის მიმართ.³⁴ სომხეთის სამოქალაქო კოდექსის 275-ე მუხლი, ამის გარდა, კეთილსინდისიერი შექმნის შესაძლებლობასაც ითვალისწინებს, რომელიც მფლობელობას კი არ ებმის, არამედ განკარგვის უფლებამოსილებას, მსგავსად იმისა, როგორც რუსეთის სამოქალაქო კოდექსის 302-ე მუხლი, ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის 261-ე მუხლი და უზბეკეთის სამოქალაქო კოდექსის 229-ე მუხლი.

განვითარებული მფლობელობის სამართლებრივი ინსტიტუტის არარსებობა თავს იჩენს პრაქტიკაშიც. გამოქვეყნებულია სამოქალაქო კოდექსების რეფორმირების კონცეფციები, რომლებიც მფლობელობასაც ეხება. მიუხედავად იმისა, რომ რუსეთში ამჟამად, ეტყობა, არ აპირებენ ცალკე მფლობელობის სამართლებრივი ინსტიტუტის შემოღებას, ეს იქაც არსებობდა.³⁵ სომხეთში მთავრობამ შეიმუშავა „სტრატეგიული პროგრამა სამართლისა და იუსტიციის რეფორმირებისათვის 2012–2016 წლებში“, რომლის ფარგლებშიც გადამუშავდება სამოქალაქო კოდექსი და, სხვათა შორის, *ius in rem*-იც, რომლებსაც მფლობელობაც განეკუთვნება. პირველი კანონპროექტი უკვე წარმოდგენილია.³⁶

ბ) საკუთრების უფლების გადატანა უძრავ ნივთებზე

არსებობს აშკარა თანხმობა კოდიფიკაციის სფეროში, რომ უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების გადატანისას მფლობელობის გადაცემას რეგისტრაცია ჩაენაცვლება.

ჰოლანდიის *Wetboek*-ი ლაკონიურად აყალიბებს, რომ უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების გადაცემა ნოტარიულად დადასტურებული დოკუმენტით და შემდეგ საჯარო რეესტრში რეგისტრაციით ხორციელდება (ნიგნი 3, 89-ე მუხლი, (3.4.2.4.)). იგივე წესი მოქმედებს რეგისტრაციისთვის ან „ინტაბულაციისთვის“ გერმანულ (§873, BGB), შვეიცარიულ (656-ე მუხლი, ZGB) ან ავსტრიულ (§431, ABGB) კოდექსებშიც. პოსტსაბჭოურ სამოქალაქო კოდექსებსა და, ასევე, ჩინეთის სანივთო სამართლის კანონშიც სავალდებულოა რეგისტრაცია, თუმცა ყოველ ჯერზე სამართლიანადაც განიმარტება, რომ „შემქმნის საკუთრება რეგისტრაციით წარმოიშობა.“³⁷

დასავლეთის სამოქალაქო კოდექსებში დადგენილია, რომ რეგისტრაცია მზადდება ნოტარიულად დამონმებული დოკუმენტით. ამას ითვალისწინებს, ასევე, ახალი კოდექსების უმეტესობა.

³³ D.C. North, *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung* (ინსტიტუციები, ინსტიტუციური ძვრები და ეკონომიკური წინსვლა), 1992.

³⁴ მაგალითები/დამადასტურებელი მასალა იხ. ლ. ჭანტურიასთან, დასახ. ნაშრომი, 251 და შემდეგ.

³⁵ Joachim Schramm, *Die große ZGB-Novelle – welche Änderungen sind zu beachten* (ZGB-ის დიდი შესწორება – რომელ ცვლილებებს უნდა მიექცეს ყურადღება), ნიგნი: *Ost/Mag*, 1/2014,1 და შემდეგ, საიტზე: <http://www.ostinstitut.de>.

³⁶ ამასთან დაკავშირებით იხ. დანვრილებით J. Porzucek, დასახ. ნაშრომი, 258 და შემდეგ., მფლობელობასთან დაკავშირებით, 261.

³⁷ მსგავსად სომხეთის ZGB-ის 176-ე მუხლის მე-2 პუნქტისა; რუსეთის ZGB-ის 223-ე მუხლის მე-2 პუნქტისა; საქართველოს ZGB-ის 183-ე მუხლისა.

ადრე საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 183-ე მუხლიც ითვალისწინებდა ასეთი ნოტარიული დოკუმენტის სავალდებულობას. თუმცა მსოფლიო ბანკის მიერ ატეხილი იდეოლოგიური ხასიათის განგაშის ჰანგებით ცდუნებულმა, ქიმიურული საბაზრო თავისუფლების იდეით შთაგონებულმა, ქართველმა კანონმდებელმა ეს დებულება შეცვალა. მაგრამ ამან, – როგორც მოსალოდნელი იყო, – ხელი შეუწყო არა თავისუფლებას, არამედ არასტაბილურობას და საფრთხის ქვეშ დააყენა იურიდიულად არაინფორმირებულ ხელშემკვრელ მხარეთა ინტერესები.³⁸

ნოტარიუსის კონსულტაცია და მის მიერ დამონმებული დოკუმენტი, ასევე რეგისტრაცია რეესტრში აფრთხილებენ და იცავენ ხელშემკვრელ მხარეებს უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული ტრანსაქციების განხორციელებისას. ეს ფუნქციები ზოგიერთ სამოქალაქო კოდექსში, რომლებიც დაადგინეს დსთ-ის სამოქალაქო კოდექსის მოდელს, იმის გამო ჩაიკარგება, რომ ერთ-ერთი მხარის განცხადებით სასამართლოს შეუძლია, ჩანაცვლოს როგორც ნოტარიული მომსახურება, ასევე რეგისტრაცია, თუ მეორე მხარე პროცედურის წინააღმდეგი იქნება და თუ განმცხადებელმა მხარემ უკვე განხორციელა შესრულება.³⁹ ეს ნორმები ეწინააღმდეგება ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს, ასევე ნოტარიული დამონმებისა და რეგისტრაციის მიზნებს და უნდა გაუქმდეს. ამის ნაცვლად კი დაზარალებულ მხარეს ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობა უნდა შეექმნას.

კეთილსინდისიერი შეძენის ფარგლებშიც ცვლის უძრავ ნივთებზე უფლებების რეგისტრაცია მოძრავ ნივთებზე მფლობელობის ფუნქციას. აზერბაიჯანის სამოქალაქო კოდექსის 140-ე მუხლი და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 312-ე მუხლი ადგენენ: „რეესტრის მონაცემების მიმართ მოქმედებს უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია“. ის, ვინც რეესტრში მესაკუთრედ დარეგისტრირებული პირისაგან საკუთრებას შეიძენს, შეიძლება დაეყრდნოს სარეესტრო ჩანაწერის სისწორეს. რუსეთის სამოქალაქო კოდექსი 2014 წელს, მე-8 მუხლის 1-ლი პუნქტის შეცვლით, დაადგა კეთილსინდისიერების დაცვის გზას. ყველა სამოქალაქო კოდექსი ვერ მიდის ასეთ ერთმნიშვნელოვან დებულებამდე. მსგავსი დებულების წინაპირობა არის ის, რომ რეესტრს უძღვეს დამოუკიდებელი მაღალკვალიფიციური ორგანიზაცია, რომელიც უზრუნველყოფს სარეესტრო ჩანაწერების უტყუარობას. გერმანიაში ამის უზრუნველყოფა ხდება რეესტრის წარმოებით სასამართლოში, იმავდროულად რეესტრის მანარმოებელი სასამართლოების მჭიდრო თანამშრომლობით ნოტარიუსებთან. შეცდომები იშვიათი მოვლენაა. სავალდებულო არ არის ამ მოდელის განმეორება, მაგრამ ხანგრძლივი სამართლებრივი უსაფრთხოებისა და უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული ფინანსურად ეკონომიური საქმისწარმოებისათვის აუცილებელია, რომ რეესტრის უტყუარობა და ხარისხი საჯარო ფუნქციის სახით იყოს განხორციელებული და უზრუნველყოფილი.

გერმანულიდან თარგმნა მანანა მანჯგალაძემ

³⁸ ასევეა Kurzynsky-Singer/Zarandia, იხ. დასახ. ნაშრომი, 133 და შემდეგ.; T. Zarandia, Das Problem der Vertragsform im georgischen Recht (ხელშეკრულების ფორმის პრობლემა ქართულ სამართალში), კრებულში: R. Knieper/L. Chanturia/ H.-J. Schramm (გამომც.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens (სახელშეკრულებო სამართლის პრობლემები კავკასიისა და ცენტრალური აზიის სახელმწიფოებში), 2009,137 და შემდეგ,142.

³⁹ მაგ., მე-300 და 302-ე მუხლები სომხეთისა და 165-ე მუხლი რუსეთის სამოქალაქო კოდექსებისა.

Die kodifikatorische Suche nach den Subjekten, den Objekten und den Übertragungen des Eigentums

1. Einleitung

Ein viertel Jahrhundert nach dem Entstehen neuer Staaten auf den Trümmern der Sowjetunion und mehr oder weniger 2 Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten ihrer neuen Zivilgesetzbücher scheint es angemessen, eine Bilanz zu ziehen und zu schauen, wie sich eines der zentralen Institute des Zivilrechts, das Eigentum, entwickelt hat.

Um die Schwierigkeiten und Probleme zu verstehen, mit denen die Gesetzgeber der postkommunistischen Staaten zu kämpfen haben – und damit meine ich die neuen Staaten, die aus der Sowjetunion entsprungen sind ebenso wie etwa die VR China oder die Mongolei – scheint es mir notwendig, sich der zentralen Rolle zu vergewissern, die die Konzeption des Eigentums in der kommunistischen Ideologie gespielt hat. Dabei wiederum ist ein scharfer Bruch von ganz entscheidender Bedeutung, der mit der revolutionären Eroberung der staatlichen Macht vollzogen worden ist. Während die Theoretiker des Kommunismus, die auch durch christliche Traditionen beeinflusst waren, von der Aufhebung des Privateigentums durch gesellschaftliches Eigentum träumten, an dem jeder Mensch in Solidarität mit allen anderen Menschen nach seinen Bedürfnissen partizipieren konnte, ohne durch Klassen oder private Interessen abgelenkt zu sein, wodurch der Staat als Herrschaftsinstrument überflüssig werden und absterben konnte, haben die Praktiker der Revolution dieser Utopie rasch ein Ende gemacht und das Eigentum auf den Staat konzentriert.

Die ideologische Verbrämung dieses vollkommenen Bruchs formulieren zum Beispiel Artikel 10 und 11 der Verfassung der UdSSR von 1977, in denen es heißt:

„Grundlage des Wirtschaftssystems der UdSSR ist das sozialistische Eigentum an den Produktionsmitteln in Form von Eigentum des Staates (des gesamten Volkes) und des kollektivwirtschaftlich-genossenschaftlichen Eigentums. Sozialistisches Eigentum ist auch das Vermögen der gewerkschaftlichen und anderen gesellschaftlichen Organisationen...

Der Staat schützt das sozialistische Eigentum...

Das Staatseigentum ist das Gemeingut des gesamten Sowjetvolkes...“

Diese Vorschrift entspricht vollständig den um das Jahr 1964 erlassenen Zivilgesetzbüchern. Noch heute heißt es im chinesischen Sachenrechtsgesetz von 2007: „Staatseigentum, das heißt Eigentum des ganzen Volkes“¹. Dies war der Stand der Gesetzgebung, der die Mentalitäten des juristischen Personals über Jahrzehnte geprägt hatte. Die Prägung gilt insbesondere für die Wissenschaft, die eher akademischen Debatten als praktischen Problemen des Geschäftsverkehrs verpflichtet ist.

Von diesem Stand der Gesetzgebung und der Mentalitäten aus musste und muss die kodifikatorische Suche nach den Subjekten, den Objekten und den Übertragungen des Eigentums nach dem Zusammenbruch der zentralistisch gelenkten Staatswirtschaften ihren Ausgang nehmen. Es leuchtet unmittelbar ein, dass diese Suche außerordentlich komplex und schwierig ist und nicht gradlinig sein kann.

1. Subjekte

Eine erste Dimension und Schwierigkeit folgt aus der Tatsache, dass das kommunistische Recht eine Unterscheidung von Eigentumsformen in die Gesetzgebung wieder eingeführt hatte, die mit den post-

¹ Artikel 45 des Sachenrechtsgesetzes der VR China vom 1.10.2007.

feudalen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts Westeuropas überwunden worden waren, nämlich eine Differenzierung des Inhalts nach Subjekten. Der Staat, die Kolchosen, Munizipalitäten, Gewerkschaften und andere gesellschaftliche Organisationen waren ausdrücklich als Eigentümer anerkannt, wobei die Befugnisse je nach innehabendem Subjekt unterschiedlich ausgestaltet waren.

In dieser ‚Logik‘ bot es sich an, in den neuen Gesetzen die Zahl der Subjekte einfach zu erweitern und zu bestimmen, dass neben den anderen Eigentümern auch Privatpersonen Eigentümer sein könnten. Da auch im Zivilrecht vieler neuer und alter Staaten eher von Bürgern als von Personen die Rede war, wurde die Reihe der Subjekte kurzerhand um Bürger und um juristische Personen verlängert. Andererseits entfielen einige Subjekte durch ihre Auflösung, zum Beispiel die Sowchosen und Kolchosen sowie manche staatliche oder staatlich gelenkte Genossenschaften und Gewerkschaften.

Das ist noch heute der Stand der Gesetzgebung in mehreren post-sowjetischen Staaten, etwa in der Russischen Föderation (Artikel 214/215 ZGB), Kasachstan (Artikel 192 ZGB, Usbekistan (Artikel 168 ZGB), Aserbaidschan (Artikel 153 ZGB) oder Armenien (Artikel 168/169 ZGB). Artikel 53 der Verfassung Usbekistans bestimmt, dass die Wirtschaft auf „verschiedenen Formen des Eigentums“ gegründet sei, darunter auch dem Privateigentum. In den Gesetzen wird regelmäßig, mit der Ausnahme Aserbaidschans, auch vom Eigentum „der Bürger und juristischen Personen“ gesprochen (vergleiche nur Artikel 167 des armenischen ZGB). In der Ukraine ist zusätzlich zum staatlichen, kommunalen und privaten Eigentum noch das „Eigentum des ukrainischen Volkes“ erwähnt.

Dass es sich nicht um eine Übung handelt, die in den neueren Reform-Bemühungen verschwindet, belegt ein armenischer Entwurf zur Teilreform des ZGB im Bereich des dinglichen Rechts auf Bebauung und des Rechts der Dienstbarkeiten,² wo unverändert für „Grundstücke, die staatliches oder kommunales Eigentum sind“ (Artikel 202.8 und 209.2 des Entwurfs vom August 2015) Sonderregeln gelten sollen. Auch das chinesische Sachenrechtsgesetz von 2007 ist noch weitgehend von der „öffentlichen Eigentumsordnung“ geprägt (§3). In seinen §§ 39 ff. sind denn auch überwiegend die großen Gruppen von Gütern aufgelistet, die sich im Eigentum des Staates befinden, darunter, im Vollzug der Verfassung von 2004, das Eigentum an unbeweglichen Sachen. Erst daneben erscheint das private Eigentum als weitere Eigentumsform, das immerhin seit den Verfassungsänderungen von 2004 ausdrücklich zulässig und geschützt ist (Artikel 10 der Verfassung)

Einige Staaten haben hingegen in einem einzigen großen Schritt einen nach Subjekten nicht mehr geschiedenen Eigentumsbegriff geschaffen. Dazu gehören Georgien, Turkmenistan und Moldawien. Sie haben sich damit der ganz überwiegenden Kodifikationspraxis in den kontinental-europäischen Zivilgesetzbüchern angeschlossen, die eine Differenzierung von Eigentumsformen nach Rechtssubjekten ablehnen.³

Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Stolz auf Kontinuität zur Beibehaltung von Rechtsinstituten drängt. Das zeigt sich, wenn einer der Redakteure des russischen ZGB von 1994 verkündet, dass es gelungen sei, etwa 3/5 des ZGB von 1964 zu erhalten.⁴ Zu einer eher inhaltlichen Begründung der Beibehaltung von Eigentumsformen wird ausgeführt, dass es notwendig sei, die besonderen öffentlichen und staatlichen Zwecke berücksichtigen zu können, die an das staatliche Eigentum geknüpft seien.

Eng mit diesem letzten Argument hängt die Begründung für die Beibehaltung eines anderen Organisationstypus von am Wirtschaftsverkehr beteiligten Rechtssubjekten zusammen, für die eine besondere Form eigentumsähnlicher Befugnisse gefunden worden ist. Es handelt sich um die sogenannten Einheitsunternehmen und Fiskalunternehmen, die als juristische Personen organisiert sind, ohne eigenes Eigentum zu haben. Dieses liegt in den Händen des Staates oder der Kommunen, wobei den Staatsunternehmen die sogenannte wirtschaftliche oder die operative Verwaltung überlassen wird. Die Befugnis zur wirtschaftlichen Verwaltung umfasst das Recht, die Vermögensgegenstände zu besitzen und zu nutzen und mit der Ausnahme von Grundstücken über sie zu verfügen. Damit sind im Prinzip die klassischen Attribute des Eigentums

² Dazu im einzelnen J. Porzucek, Zivilrechtsreform in Armenien, in: WiRO 2015, 257 ff.

³ Vergleiche auch die Darstellung bei L. Chanturia, Sachenrecht, in R. Knieper/L. Chanturia/H.J. Schramm, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010, S. 268 ff.

⁴ A.L. Makowsky, Einige Einschätzungen der Hilfe bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung und des Standes der internationalen Zusammenarbeit, in: M.M. Boguslawskij/R. Knieper, Wege zu neuem Recht, 1998, S. 340.

zugewiesen, obwohl formal und einigermaßen verwirrend der Staat oder die Kommunen Eigentümer bleiben. Diese werden zunächst von der Haftung ausgenommen, haften aber subsidiär oder im Fall der Insolvenz. Ich verweise hier auf Artikel 113 bis 115, 294 bis 300 und 56.3 des russischen ZGB, die ähnlich in den Gesetzen einiger anderer Staaten formuliert wurden, die dem Modell-Zivilgesetzbuch gefolgt sind.

Die Aufspaltung des Eigentums auf verschiedene Subjekte greift eine Rechtsentwicklung auf, die von den italienischen Glossatoren des römischen Rechts im 12. Jahrhundert angestoßen worden war und die sich bis ins Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (I 8 §§ 10 ff ALR) und das österreichische ABGB von 1811 gehalten hatte: Die bis heute geltenden §§ 357/359 ABGB unterscheiden in feudaler Tradition noch immer zwischen dem verfassungsberechtigten „Obereigentümer“ und dem „Nutzungseigentümer“, dem *dominium plenum* und dem *dominium utile*, ohne dass dies allerdings irgend eine praktische Konsequenz hätte. Die großen europäischen Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts haben die Aufspaltung des Eigentums auf der Basis der Stellung unterschiedlicher Subjekte (Lehnsherr – Vasall), die mit dem Selbstverständnis der bürgerlichen Gleichheit nicht zu vereinbaren waren, zugunsten eines einheitlichen Eigentumsbegriffs aufgegeben.⁵ Nach wie vor gelten die Aussagen der „Motive“ zum Entwurf des deutschen BGB, die im Hinblick auf die fortbestehenden Reste gespaltenen Eigentums in einigen Ländern formulierten: „Die verbleibenden Reste derselben sind dem Absterben verfallen und deshalb zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet.“⁶

Die Wiederbelebung der gespaltenen Eigentumsformen war bereits im sowjetischen Verfassungs- und Zivilrecht angelegt, wo praktische Lösungen für eine jedenfalls teilweise dezentralisierte Verwaltung des beim Staat konzentrierten Obereigentums gefunden werden mussten. Ihr Fortschleppen in die (post-)sowjetischen Zivilgesetzbücher hinein wurde mit dem realen Fortbestand eines „riesigen Militär-Industrie-Komplexes“ begründet, den der Staat nicht einfach aus der Hand geben und erst allmählich in den „zivilrechtlichen Verkehr“ einbeziehen könne.⁷ Es mischt sich die Sorge um den Schutz dieses Vermögens mit dem Argument, die Verfolgung öffentlicher Zwecke verlange nach einem besonderen Eigentum des Staates.

Beide Argumente sind von nicht-russischen Beratern früh kritisiert worden. Abgesehen davon, dass nicht selten die Interessen des Staates mit den Interessen der Staatsführung verwechselt werden, ist immer wieder darauf verwiesen worden, dass der Staat ein „Janus-Gesicht“ habe: Zum einen nimmt er hoheitliche Aufgaben wahr und bedient sich dabei auch seines Eigentums. Um dies in Rechtssicherheit tun zu können, orientiert er dieses Eigentum durch einen öffentlich-rechtlichen Widmungsakt auf diese hoheitlichen Aufgaben, durch den der Gegenstand zur ‚öffentlichen Sache‘ wird, bis zu seiner Entwidmung. Zum anderen nimmt er auf dem Markt an privatrechtlichen Rechtsverhältnissen teil. Dann gelten für ihn „die gleichen Grundätze wie für die anderen Beteiligten dieser Verhältnisse“, wie es Artikel 124 des russischen ZGB und in mehr oder weniger identischer Formulierung die anderen Zivilgesetzbücher formulieren.⁸

Es gibt hier keinen Grund, nach Eigentumsformen des Einen oder des Anderen zu differenzieren. Was das Argument des notwendigen Schutzes des Staatseigentums im Übergang angeht, so ist es durch die historische Empirie eindeutig, ja man ist versucht zu sagen brutal widerlegt worden. Es ist offensichtlich, dass die Aufspaltung des Eigentums auf den Staat und auf die Einheits- und Fiskalunternehmen die Plünderung und Oligarchisierung des (post-)sowjetischen Staatsvermögens begünstigt hat.

Ich bin der festen Überzeugung, dass es der Rechtssicherheit dienlich wäre, wenn nach Jahrzehnten des Übergangs alle nationalen Gesetzgeber sich dazu entschließen könnten, die auf der Basis verschiedener Subjekte vorgenommene Unterscheidung der Eigentumsformen aufzugeben und einen einheitlichen Eigentumsbegriff einzuführen. Dass damit eine soziale Dimension des Eigentums nicht abgeschnitten wird, ergibt sich etwa aus Artikel 14 des deutschen Grundgesetzes. Es ist natürlich auch möglich, die entspre-

⁵ Ausführlich zum Vorstehenden R. Knieper, *Gesetz und Geschichte*, 1996, S. 201 ff; R. Knieper, *Rechtsform und Gesellschaftsform: Einige Anmerkungen zum (post-)sowjetischen Zivilrecht*, in: R. Knieper, *Rechtsreformen entlang der Seidenstraße*, 2006, S. 89 ff.

⁶ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1888, Band III, S. 6.

⁷ A.L. Makowsky, *Die neuen Zivilgesetzbücher der GUS-Staaten: Stabilität und Übergangscharakter der Regelungen*, in: M.M. Boguslawskij/R. Knieper, *Wege zu neuem Recht*, 1998, S. 134.

⁸ Ausführlich dazu R. Knieper, *Der Staat im Zivilrecht*, in: *WiRO* 2008, 193 ff.

chenden Normen einfach zu vergessen und durch Nicht-Anwendung außer Kraft zu setzen, wie es offensichtlich mit den Vorschriften des österreichischen ABGB geschehen ist.

3. Objekte

Der oben genannte Artikel 11 der Verfassung der Sowjetunion hatte vom Boden bis zum Wohnungsgrundfonds genau alle Objekte aufgelistet, die sich im Staatseigentum befinden müssen, im Anschluss an Artikel 95 des Zivilgesetzbuches der Russischen SFSR von 1964, in dem den Bürgern die „Gegenstände des persönlichen Bedarfs und Komforts“ blieben (Artikel 105 ZGB).

Die post-sowjetischen Zivilgesetzbücher haben die „Objekte bürgerlicher Rechte“⁹ oder die „Güter[...] die der Nutzung und Verfügung durch natürliche oder juristische Personen zugänglich sind“¹⁰ in unterschiedlichen Abstraktionsgraden definiert. Ich will hier nicht den im Einzelnen sehr streitigen Fragen nachgehen, ob die Aufzählung von Unternehmen, Tieren, Geld und Devisen, wie es das russische ZGB in den Artikeln 132 bis 142 tut, einen kodifikatorischen Nutzen hat, oder ob die höhere Abstraktionsebene des georgischen Rechts angemessen ist. Ich will mich deshalb auch nicht zu der Reform des deutschen BGB äußern, gemäß der nun definiert ist, dass Tiere „keine Sachen“ sind, dass auf sie aber die „für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden“ sind (§90a BGB).

Vielmehr beschränke ich meine Ausführungen auf zwei „Objekte“, die aus unterschiedlichen Gründen für die Kodifikationen des Privatrechts von großer realer wie symbolischer Bedeutung sind und deren Regelungen wohl auch deshalb inhaltliche ebenso wie systematische Unterschiede aufweisen, nämlich zum einen das Immaterialgüterrecht und zum anderen das Grundstücksrecht.

Beiden Gebieten ist gemeinsam, dass sie für die wirtschaftliche Entwicklung von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind. Wenn man allerdings ihre geschichtliche Entwicklung anschaut, könnten die Unterschiede nicht größer sein. Die Immaterialgüterrechte sind Kinder des 19. Jahrhunderts. Nachdem sie vorher als Eigentum in einem wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne überhaupt nicht existierten, haben sie sich nach schwierigen Anfängen, begründet durch nationale Gesetze zum Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken- und Urheberrecht und begleitende internationale Konventionen rasch zu zentralen Produktionsfaktoren und Vermögenspositionen entwickelt. Die Grundstücke, der Boden, das Land hingegen haben in gewisser Weise eine umgekehrte Entwicklung durchlaufen. Seit dem 19. Jahrhundert und dem langsamen Verschwinden der durch Bodennutzung und Landherrschaft¹¹ geprägten agrarischen Gesellschaften hat der Boden seine beinahe mythische, ‚heilige‘ Bedeutung verloren und ist zum langlebigen geldwerten Wirtschaftsgut mutiert, das „gekauft und verkauft, geteilt und zusammengelegt, zubetoniert, mit Unrat gefüllt oder verschönert wird, je nach wirtschaftlichem Kalkül“¹².

a) Immaterialgüter

Wahrscheinlich angestoßen durch den Elan des niederländischen Gesetzgebers, der die Immaterialgüterrechte als Buch IX des neuen Burgerlijk Wetboek zu den „Rechten an den Produkten des Geistes“ kodifizieren wollte, haben auch einige post-sowjetische Zivilgesetzbücher wie das armenische, das russische oder das turkmenische die „Objekte des geistigen Eigentums“¹³ integriert. Andere, wie das aserbaidshische, haben von vornherein davon Abstand genommen und besondere Gesetze geschaffen. In Georgien hat sich nach einem ersten Versuch der Integration die Einsicht durchgesetzt, dass die Materien zu speziell seien, zu stark von dynamischen Entwicklungen des internationalen Rechts beeinflusst seien und insbesondere sehr starke

⁹ So die Überschrift des Abschnitts 1, Unterabschnitt 3 des russischen ZGB.

¹⁰ So Artikel 147 des georgischen ZGB.

¹¹ In pervertierter Sprache ‚Lebensraum‘ genannt.

¹² R. Knieper, *Gesetz und Geschichte*, S. 206, dort auch zu den Immaterialgüterrechten, S. 210 ff.

¹³ So Artikel 1100 des Armenischen ZGB und 1052 des Turkmenischen ZGB.

öffentlich-rechtliche Elemente enthalten, um eine vollständige Integration im ZGB zu ermöglichen. Das ursprünglich dem „Intellektuellen Eigentum“ gewidmete IV. Buch des ZGB ist deshalb nur zwei Jahre nach dem Inkrafttreten weitestgehend aufgehoben und in besondere Gesetze überwiesen worden.¹⁴ Aus ganz ähnlichen Gründen hatten im Übrigen die Niederlande von den ursprünglichen Planungen Abstand genommen.¹⁵

Mir scheint, dass der Hinweis auf den großen Anteil des öffentlichen Rechts im Bereich der Immaterialgüter nicht nur ein formales Argument zum Ausschluss aus den Zivilgesetzbüchern ist. Auch inhaltlich unterscheidet sich das Objekt „Immaterialgut“ von dem Objekt „Sache“, wenn es um die Eigentumsbestimmung geht. Obwohl es richtig ist, dass „das Eigentum als Zuordnung eines Rechtsgutes an einen Rechtsträger [...], um im Rechtsleben praktikabel zu sein, notwendigerweise der rechtlichen Ausformung“ bedarf¹⁶, gilt dies für Immaterialgüter in besonderer Weise. Während die Wertigkeit und wirtschaftliche Nutzbarkeit von körperlichen Sachen und die faktische Möglichkeit des Ausschlusses und der Abwehr Dritter in ihnen selbst angelegt ist, erhalten die Immaterialgüter „ihre Realität und Vollendung“ (Savigny) erst mit ihren genauen staatlich-gesetzlichen Definitionen und Inhaltsbestimmungen. Erst an diese Bestimmungen schließen sich Ausschluss- und Abwehrrechte an, mit anderen Worten: die Verkehrsfähigkeit im geschäftlichen und rechtlichen Sinne. Das Patent wird ebenso wie das Urheberrecht von vornherein nur für eine bestimmte Dauer und nur in den gesetzlich präzisierten Präzisierungen zum „Gut“ und damit der ausschließlichen Nutzung und Verfügung zugänglich.

Den Schöpfern der Gesetze zum Schutz der Immaterialgüter im 19. Jahrhundert war bewusst, dass sie durch die Gesetze Monopole geschaffen haben, die im Prinzip der Freiheit des Wettbewerbs entgegenstehen. Sie nahmen das in Kauf, weil sie davon ausgingen, dass einerseits der Schutz die Innovationstätigkeit beflügeln würde, dass andererseits die Tatsache der vorgeschriebenen Veröffentlichung den gesellschaftlichen Wissensstand verbessern würde und dass endlich die zeitliche Begrenzung des Schutzes einen fairen Ausgleich zwischen Individualschutz und der allgemeinen Handlungsfreiheit gewährleistet. Nach meiner Meinung ist dieser Kompromisscharakter zwischen zeitlich begrenztem Monopolschutz des Einzelnen und der Gewerbefreiheit Aller immer mehr verloren gegangen und ich habe verschiedentlich gegen die „problematischen Entwicklungstendenzen“ angeschrieben, die in der immer stärkeren gesetzlichen Ausdehnung der „Objekte“ des Eigentums auf Medikamente, auf Pflanzen, auf Computerprogramme und Anderes liegen, ebenso wie im sich ausdehnenden Schutz der „Dienst- und Geschäftsgeheimnisse“ (Artikel 139 des russischen ZGB) oder des „Know-how“ (Artikel 1105 des georgischen ZGB).¹⁷ Gerade für letzte sehe ich keinen Grund, warum die Rechtsordnung ein eigentumsähnliches Ausschlussrecht gewähren sollte, weil der Geheimnisträger ja nicht einmal seine Pflicht der Veröffentlichung gegenüber der Gesellschaft erfüllt, die dem Patent-Inhaber obliegt.

Nachdem ich lange und resigniert geglaubt habe, vollständig vergeblich gegen ein Heer von Anderdenkenden anzuschreiben, habe ich mit großer Freude in der liberalen Zeitschrift „The Economist“ vom 8. August 2015 gelesen, dass die Sorge sich verbreitet, dass das weltweit wuchernde System der Immaterialgüter Innovationen, Fortschritt und Dynamik nicht unterstützen, sondern im Gegenteil monopolistisch erdrücken.¹⁸

¹⁴ Zur georgischen Diskussion und Entwicklung vergleiche E. Kurzynsky-Singer und T. Zarandia, Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien, in: E. Kurzynsky-Singer (Hrsg.), Transformation durch Rezeption?, 2014, S. 114 ff.

¹⁵ A.S. Hartkamp, Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992, in New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law, 1990, S. XIX.

¹⁶ Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, Band 58, S. 300 ff/330; bereits Savigny hat diese Verbindung artikuliert und gemeint, dass „alles Recht seine Realität und Vollendung erst im Staate erhält, als positives Recht dieses Staates, und so konnte auch das Eigentum zu seinem wirklichen Daseyn nur dadurch gelangen, dass es zunächst auf den Staat und vermittels der im positiven Recht des Staates ausgebildeten Regeln auf die einzelnen Rechtsgenossen im Staate, als Eigentümer, bezogen wurde“: F.K. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, 1940, S. 374.

¹⁷ Zum Beispiel R. Knieper, Von Sachen und Gütern – in neuen und alten Kodifikationen, in S. Lorenz u.a. (Hrsg.), Festschrift für A. Heldrich, 2005, S. 759 ff.

¹⁸ The Economist, Ausgabe vom 8. August 2015, S. 9, 43-45.

Obwohl die Materie sehr stark durch internationales Recht geprägt ist, sollte jeder Staat überlegen, ob, in welchem Umfang und für welche Dauer er durch Gesetz „Objekte“ des Eigentums schafft und schützt, die die Freiheit aller anderen Marktteilnehmer einschränken.

b) Grundstücke

Nachdem der Boden so lange die Basis des gesellschaftlichen Lebens, der wirtschaftlichen Produktion und der politischen Herrschaft war, ist es nicht erstaunlich, dass er im sowjetischen und post-sowjetischen Recht eine hervorragende Rolle gespielt hat und nur zögerlich für private Eigentümer zugänglich gemacht worden ist. Einige Verfassungen haben das Eigentum am Boden weiterhin beim Staat konzentriert; andere, wie die usbekische, haben vorsichtiger formuliert, dass der Boden und die Bodenschätze „nationalen Reichtum“ darstellen und vom Staat besonders geschützt werden; wieder andere, wie die kasachische bestimmen zwar, dass der Boden und seine Schätze in staatlichem Eigentum stehen, dass er auf der Grundlage von Gesetzen aber auch in privatem Eigentum stehen kann; endlich bleiben weitere Verfassungen stumm, so dass der Boden vom allgemeinen Grundsatz des Rechts auf Privateigentum umfasst wird.¹⁹

Die Einführung des Prinzips des Privateigentums an Grundstücken generiert eine beachtliche Menge von tatsächlichen und gesetzgeberischen Problemen. Das erste ist ganz praktischer Art: Solange der Staat und vielleicht die Gemeinden ausschließliche Grundeigentümer waren, war es weitgehend überflüssig, eine genaue Landvermessung durchzuführen und ein Katasterwesen aufzubauen und zu unterhalten. Mit der Einführung von privatem Bodeneigentum ändert sich die Situation schlagartig. Nur auf der Basis einer genauen Vermessung können Register erstellt werden, in denen die Eigentumsverhältnisse und andere Rechte an Grundstücken festgehalten werden. Um diese Notwendigkeiten zu unterstreichen, haben beispielsweise Artikel 135 des armenischen ZGB, Artikel 118 des kasachischen ZGB, Artikel 84 des usbekischen ZGB die Registrierungspflicht zu den Charakteristika der unbeweglichen Sachen erklärt. Diese sehr teuren Aufgaben stellen sich inzwischen allen post-sowjetischen Staaten mit Dringlichkeit, und es wird sensibler Übergangsvorschriften bedürfen, um soziale Ungerechtigkeiten und Aufruhr zu verhindern. Zum Glück sind extreme Auffassungen, gemäß derer die Pflicht zur Registrierung von Bodeneigentum als verfassungswidrige Eigentumsbeschränkungen qualifiziert worden sind, inzwischen verschwunden, wenn auch leider nicht die Meinung, dass es unnötig sei, einen Notar an den Geschäften mit Grundstücken und Grundstücksrechten zu beteiligen.

Von den vielen weiteren Problemen will ich zwei benennen. Es muss geklärt werden, ob das Eigentum an Grundstücken lediglich das Eigentum an der vermessenen und abgegrenzten Erdoberfläche zum Gegenstand hat, oder ob es auch die im Erdinnern möglicherweise verborgenen Bodenschätze umfasst – Regelungsgegenstand 1 – sowie die mit dem Boden fest verbundenen Sachen – Regelungsgegenstand 2.

Was das Erdinnere angeht, so erwähnen die meisten neueren Zivilgesetzbücher – im Gegensatz etwa zu den §§ 93 und 94 des deutschen BGB – die „noch ungetrennten Bodenschätze“²⁰, „Teile des Erdinnern“²¹ ausdrücklich zur Definition der unbeweglichen Sachen.

Damit ist noch nichts über die Eigentumsverhältnisse an diesen Bodenschätzen gesagt. Der römisch-rechtliche Grundsatz, nach dem die mit der Erdoberfläche fest verbundenen Sachen, also Gebäude, Anlagen und noch mit dem Boden verbundene Erzeugnisse im Eigentum des Grundstückseigentümers stehen, gilt für das Erdinnere und die Bodenschätze nicht. Seit dem Mittelalter haben eine Vielzahl von Gewohnheitsrechten und Gesetzen besondere Rechte an ihnen entwickelt. Drei Regelungs-Varianten scheinen in diesem Zusammenhang möglich. Die Bodenschätze können bis zu ihrer Förderung als herrenlos betrachtet werden; sie können als ausschließliches Eigentum des Staates betrachtet werden; sie können als Bestandteil des Grundstücks verstanden und deshalb als Eigentum des jeweiligen Grundstückseigentümers betrachtet werden.

Soweit ich weiß, haben sich alle post-kommunistischen Staaten entschlossen, die ungetrennten Bodenschätze unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an der Erdoberfläche als ausschließliches

¹⁹ Weitere Beispiele finden sich bei L. Chanturia, a.a.O., S. 271 ff.

²⁰ So Artikel 149 des georgischen ZGB.

²¹ So zum Beispiel Artikel 130 des russischen ZGB, Artikel 134 des armenischen ZGB, Artikel 135.4 des aserbaidzhanischen ZGB und Artikel 83 des usbekischen ZGB.

Eigentum des Staates zu bestimmen. Sie befinden sich damit in der Gesellschaft etwa mit dem französischen Modell. In Deutschland könnte man aus den Bestimmungen der §§ 93 und 94 BGB den Schluss ziehen, dass sich das Grundstückseigentum auch auf die Bodenschätze erstreckt. § 905 scheint diesen Schluss zu bestätigen, wenn er formuliert, dass sich das Recht des Eigentümers „auf den Erdkörper unter der Oberfläche“ erstreckt. Der Grundsatz gilt jedoch in einem so eingeschränkten Maße, dass von einem Grundsatz kaum noch die Rede sein kann. Vielmehr ist im Bundesberggesetz (BbergG) von 1980, mit dem das Bergrecht zum ersten Mal bundesweit vereinheitlicht wurde, festgelegt, dass die Mehrzahl und die wirtschaftlich wichtigen Bodenschätze „bergfrei“, man könnte auch sagen herrenlos ist, und dass nur eine verschwindend kleine Gruppe von Rohstoffen „grundeigen“, das heißt mit dem Bodeneigentum verbunden ist (§ 3 BbergG). Für die bergfreien Bodenschätze wird ein eigenes Bergwerkseigentum begründet, das vom Eigentum am Boden ausdrücklich getrennt ist (§ 9 BbergG). Die Überführung von grundeigenen in bergfreie Rohstoffe und damit die Entziehung des Verfügungsrechts gilt nicht als Enteignung.²²

Das deutsche Bergrecht ist komplex und nur aus seiner Geschichte zu verstehen. Schon wegen dieser Traditionsgebundenheit empfiehlt sich seine Übernahme nicht. Es dokumentiert, dass die Zwecke der Sicherung der Rohstoffversorgung, der Sicherheit der Betriebe sowie die Schadensprävention (so § 1 BbergG) ganz im Vordergrund stehen und Erwägungen des Eigentums überragen. Bei kaum einem anderen Objekt kommt die Normgebundenheit des Eigentumsrechts so klar zum Ausdruck wie bei Bodenschätzen. Das gilt auch für die im Privateigentum stehenden Rohstoffe, deren Auffinden, Gewinnen und Aufbereiten ebenfalls engen öffentlich-rechtlichen Kontrollen unterliegen, die allgemein als verfassungskonform betrachtet werden.

Es erhellt, dass es kaum einen praktischen Unterschied macht, ob die nicht getrennten Bodenschätze herrenlos sind, mit dem Bodeneigentum verbunden sind oder dem Staat gehören, wie es in verschiedenen Staaten verschieden gesetzlich geregelt ist, gemäß dem völkerrechtlichen Grundsatz der Souveränität über Bodenschätze, wie sie zum Beispiel in Artikel 18 des Energy Charter Treaty von 1998 bestätigt ist. In allen Konstellationen bestehen enge staatliche Kontrollen und öffentlich-rechtliche Systeme von Genehmigungen, Konzessionen und Aufsichten. Es diene deshalb meines Erachtens weder der Rechtssicherheit noch wäre es für eine nachhaltige marktwirtschaftliche Entwicklung geboten, die Gesetzgebung von Staaten, die das Staatseigentum an ungetrennten Bodenschätzen festgelegt haben, zugunsten des Eigentums des Grundstückseigentümers zu reformieren.

Wesentlich ist vielmehr, dass an den vom Boden getrennten Bodenschätzen sowohl Eigentum des Staates wie auch Privateigentum entstehen kann, dass über die gewonnenen Rohstoffe verfügt werden und dass sie verarbeitet werden können. Das aber ist meines Wissens ebenfalls in allen post-kommunistischen Staaten der Fall.

Es ist deutlich geworden, dass zwischen dem Eigentum an Grundstücken und dem Eigentum an Bodenschätzen gesetzlich getrennt wird, obwohl sie faktisch ungetrennt sind. Das ist ganz anders bei den Gebäuden, den Pflanzen und allen anderen mit der Erdoberfläche fest verbundenen Gegenständen. Hier gilt gemäß den großen Kodifikationen des Zivilrechts im 19. und 20. Jahrhunderts, dass das Eigentum an diesen Gegenständen dem Grundstückseigentümer zusteht.

In Deutschland ist dieser Grundsatz dadurch realisiert, dass in den §§ 873 ff. BGB von den Rechten an Grundstücken die Rede ist und in § 94 BGB die Gebäude zu den wesentlichen Bestandteilen gehören, die ihrerseits nicht Gegenstand eigener Rechte sein können. Mit der Verbindung zum Grundstück gehen die beweglichen Sachen ins Eigentum des Grundstückseigentümers über (§ 946 BGB). Auch das Wohnungseigentum macht von diesem Grundsatz keine Ausnahme, weil das Eigentum an der Wohnung „in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil“ am Grundstück entsteht (§ 1 WEG). In Georgien bestimmt Artikel 171 ZGB mit begrüßenswerter Klarheit, dass Eigentumsrecht an einem Gut „auch die wesentlichen Bestandteile“ umfasst, wie sie in Artikel 150 ZGB definiert werden. Auch hier sind „Wohnungseigentum und Gebäudeteileigentum“ (Artikel 208 ZGB) unlösbar miteinander verbunden.

²² H. Zydek, Bundesberggesetz – Materialien, 1980, S. 68.

Die dem Modell-ZGB der GUS folgenden Zivilgesetzbücher haben einen anderen Weg beschritten. Zwar definieren sie ebenfalls die mit dem Boden fest verbundenen Objekte als Teil der unbeweglichen Sache, um dann aber von einem selbständigen „Eigentum an Gebäuden, Anlagen und sonstigen Vermögensgegenständen“ zu sprechen²³ oder das Eigentum am Boden getrennt neben das Eigentum an Gebäuden zu stellen.²⁴ Das ist nicht nur gesetzestechnisch unbefriedigend weil widersprüchlich, sondern hemmt eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung.

Die Rechtslage in China wird dadurch kompliziert, dass Artikel 10 der Verfassung noch immer ausdrücklich festlegt, dass der Boden in Städten Eigentum des Staates ist. Damit im Einklang haben §§ 135 ff. des Sachenrechtsgesetzes ein dingliches Recht an „Gebäudeland“ geschaffen, das dem Berechtigten erlaubt, städtische Grundstücke für eine Dauer von 50 bis 70 Jahren zu besitzen, zu bebauen, Nutzungen aus ihnen zu ziehen und über sie zu verfügen. Davon ist millionenfach Gebrauch gemacht worden. Obwohl § 70 des Sachenrechtsgesetzes das Miteigentum an Wohnungen eingerichtet hat, lässt sich unschwer nachvollziehen, dass viele der Wohnungsinhaber, die in den letzten Jahren Wohnungen zu sehr hohen Preisen erworben haben, sehr unsicher sind, ob sie diese dauerhaft im Genuss der Wohnungen bleiben werden und sie an ihre Nachkommen weitergeben können. Nach meiner Meinung gibt es hier sozialen Sprengstoff und dringenden Reformbedarf.

Einige Zivilgesetzbücher wie das georgische,²⁵ das turkmenische und das moldawische haben von vornherein mit dem Grundsatz eines einheitlichen Eigentums am Grundstück und den mit ihm fest verbundenen Gegenständen ernst gemacht, wobei in Turkmenistan die Schwierigkeit besteht, dass ein vom ZGB getrenntes und ihm teilweise widersprechendes Wohnungsgesetz existiert und offensichtlich praktiziert wird, in dem ein besonderes Eigentum an den Wohnungen beibehalten worden ist.

Das Zivilgesetzbuch Armeniens ist zunächst dem Modellgesetz und der Trennung von Eigentum an Grundstücken und an Gebäuden gefolgt, hat aber in einem energischen Reformschritt diese Situation korrigiert und ein einheitliches Grundstücks- und Gebäude-Eigentum geschaffen. Der Vorsitzende des Rechtsausschuss im Parlament, Davit Harutunyan, hat mir versichert, dass sich seit dieser Reform der Bodenkredit und die Bautätigkeit sehr positiv entwickelt haben.

Das Zivilbuch Aserbaidschans pendelt noch unschlüssig zwischen den Systemen. Während einerseits Artikel 240.2 ZGB und Artikel 13.7 Registergesetz eindeutig bestimmen, dass Grundstück und Gebäude ein „einheitliches unbewegliches Vermögenobjekt“ sind, vermitteln andere Vorschriften wie zum Beispiel die Artikel 135.4, 180.3, 243.1, 244 und 3 oder auch 245 Satz 1 ZGB den Eindruck, dass Gebäude und Grundstück nebeneinander stehen, voneinander unabhängige Schicksale haben können und dass insbesondere das Eigentum am Grundstück und das Eigentum am Gebäude verschiedenen Personen zustehen kann. Davon macht Artikel 227.1 ZGB eine Ausnahme, indem er für das Wohnungseigentum bestimmt, dass das Grundstück, auf dem sich das Gebäude befindet, den Eigentümern an den Wohnungen als Bruchteilseigentum gehört. Es ist zu hoffen, dass mit den im Moment diskutierten Reformen des Sachenrechts Klarheit geschaffen werden kann im Sinne eines einheitlichen Eigentums am Grundstück.

Diese Hoffnung beschränkt sich nicht auf Aserbaidshan. Ich zweifle nicht am empirischen Gehalt der Aussagen von Herrn Harutunyan und bin davon überzeugt, dass es in allen Staaten zur Rechtssicherheit ebenso wie zur wirtschaftlichen Entwicklung beitrüge, wenn das Gebäudeeigentum mit dem Grundstückseigentum vereinigt würde.

Allerdings ist eine Schwierigkeit zu bedenken, die durch eine geschickte und sensible Übergangsgesetzgebung überwunden werden müsste. Mir scheint unabdingbar, die Situation zu bereinigen, dass insbesondere im Zuge der Privatisierung, aber auch des Neubaus von Wohnungen, an Gebäuden und Gebäudeteilen Eigentum unabhängig vom Grundstückseigentum eingeräumt und registriert worden ist. Auch Deutschland hat bei der Wiedervereinigung vor dieser Situation gestanden, die einigen sozialen Sprengstoff

²³ So zum Beispiel Artikel 130 und 219 des russischen ZGB; ähnlich Artikel 117 und 194 des kasachischen ZGB.

²⁴ So Artikel 83 und 169 des usbekischen ZGB.

²⁵ Zum georgischen Recht und den dortigen Schwierigkeiten vergleiche Kurzynsky-Singer/Zarandia a.a.O., S. 131 ff.

birgt, und hat mit der Hilfe des Gesetzes zur Bereinigung des Sachenrechts von 1994 den betroffenen Parteien Alternativen aufgezeigt, wie die Zusammenführung mittelfristig gelingen könnte. Ohne diese Alternativen anzupreisen, müssten die betroffenen Staaten bald beginnen, sich dem Problem zu stellen. Dabei bin ich der Meinung, dass jedenfalls im Rahmen der Privatisierungen diese dadurch vollendet werden sollten, dass den Eigentümern an den Wohnungen auch noch das (Anteils-)Eigentum am Boden übertragen werden sollte, das sich ja immer noch in der öffentlichen Hand befindet.

6. Die Übertragung des Eigentums

a) Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen

Bei gewissen Unterschieden im Einzelnen lässt sich feststellen, dass sich drei unterschiedliche Regelungsmodelle für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen gegenüberstehen. Das erste Modell repräsentiert das französische Recht, gemäß dessen Artikel 1138 Code Civil die bloße Übereinstimmung der Parteien die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung vollständig begründet und mit ihr der Gläubiger zum Eigentümer wird. Das deutsche Recht enthält das zweite Modell. Es verlangt in seinem § 929 BGB, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und dass beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.

Diese beiden Modelle unterscheiden sich zunächst stark untereinander, weil die französische Variante keine Übergabe voraussetzt und den reinen Konsens ausreichen lässt, während die deutsche Variante zusätzlich zu einer Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung, wie sie etwa im – schuldrechtlichen – Kaufvertrag (§ 433 BGB) enthalten ist, noch eine weitere Vereinbarung, eine dingliche Einigung verlangt. Sie trennt also das dingliche Rechtsgeschäft von einem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft (sogenanntes Trennungsprinzip) und bindet die Gültigkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes nicht an die des schuldrechtlichen (sogenanntes Abstraktionsprinzip).²⁶ Beide unterscheiden sich auch von dem am weitesten verbreiteten Modell. Gemäß diesem Modell, das zum Beispiel durch die Schweiz repräsentiert wird, verlangt das Gesetz zunächst das Bestehen eines Vertrages, zum Beispiel eines Kaufvertrages, in dem sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen (Artikel 184 des Obligationenrechts) und sodann den Übergang „des Besitzes auf den Erwerber“ (Artikel 714 ZGB). Ähnlich, wenn auch nicht identisch, formuliert das österreichische ABGB, dass „der bloße Titel [...] noch kein Eigentum“ gibt, sondern dass es nur durch die „rechtliche Übergabe und Übernahme erworben“ wird (§ 425 ABGB), wobei der „Titel“ gemäß § 424 ABGB „in einem Vertrage“ liegt. Das niederländische Wetboek legt fest, dass die Übertragung des Eigentums die Lieferung des Gegenstandes auf der Basis eines gültigen Titels voraussetzt (Buch 3, Artikel 84 (3.4.2.2)).

Die neuen post-sowjetischen Zivilgesetzbücher ebenso wie das chinesische Sachenrechtsgesetz haben sich übereinstimmend für das dritte Modell entschieden. Sie verlangen die Übergabe der Sache aufgrund eines Vertrages²⁷ oder die Übergabe der Sache „auf der Grundlage eines tatsächlichen Rechts“ (Artikel 181 des aserbaidschanischen ZGB) oder die Übergabe der Sache „aufgrund eines wirksamen Anspruchs“ (Artikel 186 des georgischen ZGB)²⁸ oder die Übergabe des Besitzes (§ 23 des chinesischen Sachenrechtsgesetzes).

Trotz dieser meines Erachtens eindeutigen Terminologie finden sich in der kommentierenden Literatur immer wieder Stimmen, die über die beiden Elemente der Übergabe und des schuldrechtlichen Vertrages ein zusätzliches Erfordernis konstruieren, eine Art dinglicher Willensübereinstimmung.²⁹ Damit wird zwar nicht die Herrschaft des Abstraktionsprinzips durch die Hintertür in einen Gesetzestext eingeführt, wohl aber die des Trennungsprinzips. Das deutsche Modell scheint eine starke Sogwirkung zu entfalten.

Meines Erachtens steht nicht nur der Wortlaut der Gesetze einer solchen Interpretation entgegen, unter Einschluss des österreichischen ABGB, wo der Begriff „rechtlich“ lediglich die nicht-rechtliche Übergabe aus-

²⁶ Vergleiche dazu ausführlich Kurzynsky-Singer/Zarandia, a.a.O., S. 119 ff.

²⁷ So Artikel 176 des armenischen ZGB; ebenso Artikel 223 des russischen ZGB; Artikel 238 des kasachischen ZGB.

²⁸ Zu den verschiedenen Lesarten des in Artikel 186 verwendeten georgischen Begriffs Kurzynsky-Singer /Zarandia, a.a.O., S. 121.

²⁹ Für das schweizerische Recht vergleiche etwa H. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage 2007, S. 440 ff.; für das georgische Recht Kurzynsky-Singer/Zarandia, a.a.O., S. 123 ff; vergleiche auch L. Chanturia, a.a.O., S. 321 ff.

schließen will. Sie ist auch weder aus Gründen der Praktikabilität noch eines angemessenen Interessenausgleichs erforderlich. Weder die Konstruktion des gutgläubigen Erwerbs noch die des Eigentumsvorbehalts wird durch das Fehlen einer getrennten dinglichen Einigung erschwert, wie bisweilen behauptet wird.

Während also meines Erachtens nichts dazu zwingt, über eine Rechtsfortbildung Elemente des deutschen Rechts anderslautenden Zivilgesetzbüchern aufzuzwingen, sollte größere Aufmerksamkeit auf das Element der Übergabe gelegt werden. Dieses Element impliziert einen Besitzwechsel. Es ist dieses Rechtsinstitut des Besitzes, das neben dem Titel für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen eine zentrale Rolle spielt, und zwar auch für die beiden oben genannten Problembereiche des gutgläubigen Erwerbs und des Eigentumsvorbehalts.

Savigny hat in seiner berühmten Schrift „*Das Recht des Besitzes*“ aus dem Jahre 1803³⁰ die beiden Merkmale herausgearbeitet, die den Besitz charakterisieren, nämlich das *factum* und den *animus*, die tatsächliche Sachherrschaft und den Besitzwillen. § 309 des österreichischen ABGB formuliert besonders klar: „Wer eine Sache in seiner Macht oder in seinem Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer“. Die enge Orientierung am Eigenbesitzer ist später aufgegeben worden, etwa im deutschen § 854 BGB. An den beiden Voraussetzungen des Besitzwillens und der tatsächlichen Herrschaft hat dies aber nichts geändert. Insofern formuliert Artikel 155 des georgischen ZGB besonders klar, dass der Besitz „durch die willentliche Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache“ erworben und erhalten wird, ähnlich wie Artikel 159 des aserbaidzhanischen, Artikel 179 des turkmenischen und Artikel 303 des moldauischen ZGB sowie Artikel 241 des chinesischen Sachenrechtsgesetzes.

Die Trennung von willensgetragenem Besitz und Eigentum ermöglicht eine konsistente gesetzliche Begründung des Eigentumsvorbehalts ebenso wie des gutgläubigen Eigentumserwerbs. Der Konstruktion einer besonderen dinglichen Einigung bedarf es nicht.³¹

Die Basis für den gutgläubigen Erwerb an beweglichen Sachen ist die „Vermutung, dass der Besitzer einer Sache ihr Eigentümer ist“³². An diese Eigentumsvermutung knüpfen der gute Glaube eines Erwerbers und die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs an. Erst in jüngerer Zeit ist von der Institutionen-Ökonomik bestätigt worden, was bereits den Redakteuren des BGB bekannt war, nämlich dass die Legalisierung des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten ein wesentliches Instrument zur Senkung der Transaktionskosten und damit zur Erleichterung des Handels ist.³³

Der Besitz ist also ein wichtiges sachenrechtliches Institut, auch im Zusammenhang der Übertragung von Eigentum. Leider haben nur die bereits genannten Staaten Aserbaidschan, Georgien, Moldawien und Turkmenistan sowie die VR China die Chance genutzt, in der Modernisierung des Sachenrechts das Besitzrecht auszubauen. In den Staaten, die dem Modell-ZGB der GUS gefolgt sind, finden sich lediglich verstreute Normen, wo der Besitz erwähnt oder als Rechtsinstitut vorausgesetzt wird. So bestimmt Artikel 163.1 des armenischen ZGB, dass das Besitzrecht das Recht sei, die Sache tatsächlich zu besitzen, und in den Artikeln 274 bis 278 ZGB werden Ansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer sowie solche des Besitzers konstituiert.³⁴ Artikel 275 des armenischen ZGB sieht darüber hinaus die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vor, die allerdings nicht an den Besitz anknüpft, sondern an die Verfügungsberechtigung, ähnlich wie Artikel 302 des russischen, Artikel 261 des kasachischen und Artikel 229 des usbekischen ZGB.

Das Fehlen eines entwickelten Besitzrechts scheint sich in der Praxis bemerkbar zu machen. Konzepte zur Reform der Zivilgesetzbücher unter Einschluss des Besitzes sind veröffentlicht worden. Das war auch in Russland der Fall, obwohl dort allerdings im Moment die Einführung eines gesonderten Besitzrechts aufgegeben zu sein scheint.³⁵ In Armenien hat die Regierung ein „Strategie-Programm für die Rechts- und

³⁰ F.K. von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 1. Auflage 1803 (hier zitiert nach einem unveränderten Neudruck) (Besitz).

³¹ Vergleiche ausführlich R. Knieper, *Besitz und Eigentum*, in: *WiRO* 2012, 289 ff.

³² So die treffende knappe Formulierung in Artikel 158 des georgischen ZGB; ähnlich § 1006 des deutschen BGB; Artikel 166 des aserbaidzhanischen und Artikel 179 des turkmenischen ZGB.

³³ D.C. North, *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung*, 1992.

³⁴ Nachweise bei L. Chanturia, a.a.O., S. 251 ff.

³⁵ Dazu Joachim Schramm, *Die große ZGB-Novelle – welche Änderungen sind zu beachten*, in: *Ost/Mag*, 1/2014, S. 1 ff, unter <http://www.ostinstitut.de>.

Justizreform 2012-2016“ verabschiedet, in dessen Rahmen auch das Zivilgesetzbuch und hier unter anderen das *ius in rem* überarbeitet werden, zu denen auch das Besitzrecht gehört. Ein erster Gesetzesentwurf liegt inzwischen vor.³⁶

b) Die Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen

Es besteht weitest gehende kodifikatorische Übereinstimmung, dass bei der Übertragung von Eigentum an unbeweglichen Sachen die Registrierung an die Stelle der Übergabe des Besitzes tritt.

Knapp formuliert das niederländische Wetboek, dass die Übertragung unbeweglicher Sachen durch notarielle Urkunde, gefolgt von der Eintragung ins öffentliche Register vollzogen wird (Buch 3, Artikel 89 (3.4.2.4)). Nicht anders sehen das deutsche (§ 873 BGB), das schweizerische (Artikel 656 ZGB) oder das österreichische (§ 431 ABGB) eine Eintragung oder „Intabulation“ im Register vor. Auch in den post-sowjetischen Zivilgesetzbüchern und dem chinesischen Sachenrechtsgesetz ist durchgängig die Registrierung erforderlich, wobei regelmäßig zu Recht klargelegt wird, dass „das Eigentum des Erwerbers mit der Registrierung“ entsteht.³⁷

In den westlichen Zivilgesetzbüchern ist festgelegt, dass die Registrierung durch eine notarielle Urkunde vorbereitet wird. Überwiegend ist das auch in den neuen Zivilgesetzbüchern der Fall. Ursprünglich sah auch Artikel 183 des georgischen ZGB die notarielle Beurkundung vor. Verführt von den ideologisierten Sirenengesängen der Weltbank über eine chimärische Marktfreiheit, ist diese Bestimmung gestrichen worden. Die hat – erwartbar – nicht zu Freiheit, sondern zu Unsicherheit und insbesondere zur Benachteiligung juristisch uninformativer Vertragsparteien beigetragen.³⁸

Die notarielle Beratung und Beurkundung sowie die Registereintragung warnen und schützen die Parteien bei Transaktionen über unbewegliche Sachen. Diese Funktionen werden in einigen Zivilgesetzbüchern, die dem Modell-ZGB der GUS gefolgt sind, dadurch unterlaufen, dass auf Antrag einer Partei ein Gericht sowohl die Beurkundung als auch die Registrierung ersetzen kann, wenn sich die andere Partei der Prozedur verweigert und wenn die antragstellende Partei bereits geleistet hat.³⁹ Diese Vorschriften verstoßen gegen die Vertragsfreiheit und gegen die Zwecke der Beurkundung und Registrierung und sollten gestrichen werden. Stattdessen sollte die geschädigte Partei auf Schadensersatz verwiesen werden.

Auch im Rahmen des Gutgläubenserwerbs ersetzt die Registereintragung von Rechten an unbeweglichen Sachen die Funktion des Besitzes beweglicher Sachen. Artikel 140 des aserbaidzhanischen und Artikel 312 des georgischen ZGB formulieren: „Es gilt die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts des Registers“. Wer Eigentum von einer als Eigentümer im Register eingetragenen Person erwirbt, darf sich auf die Richtigkeit der Eintragung verlassen. Im Jahre 2014 ist das russische ZGB mit der Novellierung des Artikels 8.1 diesen Bestimmungen zum Schutz des guten Glaubens gefolgt. Nicht alle Zivilgesetzbücher wagen eine so deutliche Festlegung. Tatsächlich setzt sie voraus, dass die Register von einer unabhängigen und hoch professionellen Organisation geführt werden, die die Richtigkeit der Registereintragungen gewährleistet. In Deutschland wird dies durch die Führung der Register bei Gerichten bei gleichzeitiger enger Zusammenarbeit zwischen den Registergerichten und Notaren sichergestellt. Fehler sind sehr selten. Diesem Modell muss nicht gefolgt werden. Es ist jedoch langfristig für die Rechtssicherheit und für einen kostengünstigen Geschäftsverkehr mit Immobilien unabdingbar, dass die Qualität und Richtigkeit des Registerwesens als öffentliche Aufgabe wahrgenommen und gesichert wird.

³⁶ Dazu ausführlich J. Porzucek, a.a.O., S. 258 ff., zum Besitz: S. 261.

³⁷ So Artikel 176.2 des armenischen ZGB; 223.2 des russischen ZGB; ähnlich Artikel 183 des georgischen ZGB.

³⁸ So auch Kurzynsky-Singer/Zarandia, a.a.O., S. 133 f.; T. Zarandia, Das Problem der Vertragsform im georgischen Recht, in: R. Knieper/L. Chanturia/ H.-J. Schramm (Hrsg.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, 2009, S. 137 ff./142 ff.

³⁹ So zum Beispiel Artikel 300 und 302 des armenischen und Artikel 165 des russischen ZGB.

სამართლის დოქტორი, GIZ-ის პროგრამის –
„ევროპულ სტანდარტებთან სამხრეთ
კავკასიის სამართლებრივი დაახლოების
პროგრამის“ – ჯგუფის ხელმძღვანელი
თბილისი/საქართველო

საქართველოს სამოქალაქო და კომერციული სამართლის რეფორმები

(ზოლო დროს განვითარებული მოვლენების მიმოხილვა
საკუთრების უფლების მიხედვით)

1. პრეზიდენტ სააკაშვილის ნეოლიბერალური რეფორმატორი მთავრობა

საქართველო თავისი 3,7 მილ. მოსახლეობით (შდრ. *GEOSTAT* 30.4.2015) სახელმწიფოებრივი გარდაქმნების ქვეყანაა, რომელიც ბოლო 20 წლის განმავლობაში გეგმიური ეკონომიკის მქონე ყოფილი საბჭოთა რესპუბლიკიდან ლიბერალურ, დასავლური ტიპის საბაზრო ეკონომიკად განვითარდა. საქართველომ თანაბრად ისარგებლა აშშ-ის თანადგომითა და ევროპული კავშირის სახელმწიფოებთან, მათ შორის გერმანიასთან, თანამშრომლობით.¹ სამართლის ამ სფეროებში აშკარად შესაცნობია ორივე ქვეყნის გავლენა, თუ თვალს გადავავლებთ რეფორმირებულ კანონმდებლობას. ნათქვამი ვრცელდება, ერთი მხრივ, სისხლისა და სამოქალაქო სამართლის პროცესებზე,² და, მეორე მხრივ, სამოქალაქო კოდექსის მატერიალურსამართლებრივ საფუძვლებზე.³

¹ გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოებამ (GIZ) უკვე ადრევე (1993-1994 წლებში) დაიწყო გერმანიის თანამშრომლობის ფედერალური სამინისტროს (BMZ) დავალებით კონსულტაციები საქართველოს სამოქალაქო სამართლის სფეროში. 1994 წლის 28 ოქტომბრის კანონი მენარმეთა შესახებ და 1997 წლის 26 ივნისის სამოქალაქო კოდექსი იყო პირველი დიდი კანონები, რომლებიც გერმანული კონსულტაციების შედეგად შეიქმნა. პირველი შეიცავს პირებისა და კაპიტალური საზოგადოებების სამართალს და ამჟამად ისევ და ისევ გერმანული თანადგომით განიცდის გადამუშავებასა და შევსებას.

² საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესი გეთავაზობს ამერიკული ტიპის ადვერზატორულ წარმოებას მსაჯულთა სისტემით და გამოირჩევა „Plea Bargaining“ (საპროცესო შეთანხმება)-ის ხშირი გამოყენებით. ყველა პროცესის დაახლ. 70% შეთანხმებით მთავრდება (შდრ. 2011 წელს 92%). სამოქალაქო პროცესი კი გამოირჩევა კონტინენტურევროპული სამართლით. იგი ეფუძნება დისპოზიციურ პრინციპს, შეჯიბრებითობის პრინციპსა და კონკურენციის პრინციპს და პროცესის მართვას მიანდობს მოსამართლეს.

³ 1997 წლის 26 ივნისის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ემყარება გერმანულსა და ნიდერლანდურ სამართალს. მან დატოვა საბჭოთა სამართლის ნიადაგი ბევრად უფრო თანმიმდევრულად, ვიდრე დსთ-ის სხვა ქვეყნების პოსტკომუნისტურმა სამოქალაქო კოდექსებმა, რომლებიც ნაწილობრივ რეფორმირებულია. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის კოდექსის ავტორთა თქმით, სანივთო სამართალში საკუთრების უფლების გადატანისათვის არც გამიჯვნისა და არც აბსტრაქციის პრინციპი იქნება ამოქმედებული (შდრ. §186, ZGB).

შდრ. E. Kurzynsky-Singer, T. Zarandia, *Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien* (გერმანული სანივთო სამართლის რეცეფცია საქართველოში), *Vestnik Grazhdanskogo Prava* No. 1 2012, Bd. 12, S. 221–257 (*Russisch*). მართალია, „superficies solo cedit“-ის პრინციპს (შდრ. Art. 150 Abs. 2 ZGB) სამოქალაქო კოდექსი ადგენს, მაგრამ მან ვერ მოიკიდა ფეხი მემკვიდრეობით მიღებული (პოსტსაბჭოური) სამართლებრივი მდგომარეობის საფუძველზე. ამდენად, კანონი საჯარო რეესტრის შესახებ ეწინააღმდეგება სამოქალაქო კოდექსს (იხ. 250-252).

შდრ. აგრეთვე ლ. ჭანტურია, *Die Europäisierung des georgischen Rechts: bloßer Wunsch oder große Herausforderung?* (ქართული სამართლის ევროპიზაცია. უბრალო სურვილი თუ დიდი გამოწვევა?), იხ. ინტერნეტგვერდი: <http://www.cac-civillaw.uni-bremen.de/publikationen.html>.

იურისტები დღემდე აგრძელებენ ორივე სამართლებრივი წრიდან, მაშასადამე, Common Law-ისა და კონტინენტურეგროპული სივრცეიდან, თანამშრომლობას კონსულტაციების სახით, სამართლისა და მართლმსაჯულების რეფორმების ხელშეწყობის მიზნით.

გარდა ამისა, თითქმის შეუძლებელია, რაიმე ითქვას საკუთრების უფლებისა და საქართველოში სამართლებრივი უსაფრთხოების შესახებ, თუ მოკლედ მაინც არ შევეხებით წინამორბედი მთავრობის ეკონომიკურ პოლიტიკას მიხედვით სააკაშვილის მეთაურობით (2004 – 2013).⁴ ეს პოლიტიკა მიზნად ისახავდა ფართომასშტაბიან/ფართო მოცულობით დერეგულირებას. მაგ., 2009 წელს სააკაშვილმა, როცა მიღებულ იქნა კანონი ეკონომიკური თავისუფლების შესახებ, გამოაცხადა საკანონმდებლო მორატორიუმი სხვა მარეგულირებელ უწყებებზე, დამატებით ლიცენზიებსა და ნებართვებზე. სიტყვასიტყვით მან თქვა: „ჩვენი გამოცდილება გვასწავლის, რომ იქ, სადაც სახელმწიფო აფათურებს ხელს, კარგი არაფერი ხდება“.⁵ კახა ბენდუქიძემ, მაშინდელმა ეკონომიკურ-სტრუქტურული რეფორმების სახელმწიფო მინისტრმა, სხვა ვითარებაში სააკაშვილის ნათქვამს დასძინა: „ჩვენ ყველაფერს გავყიდით, სინდისის გარდა!“⁶

ბოლოს რეფორმატორმა მთავრობამ სცადა, თავისი ლიბერალური კურსი ეკონომიკაში კონსტიტუციურ-სამართლებრივადაც გაემყარებინა, ანუ შეუქცევადი გაეხადა იგი. ამ პერიოდს დაემთხვა, სხვათა შორის, მუშა-მოსამსახურეთა შრომითსამართლებრივი დაცვის გაუქმება სამსახურიდან დათხოვნისას, ანტიმონოპოლიური უწყების ლიკვიდაცია/გაუქმება, რომელიც მხოლოდ 2014 წლიდან ისევ სტრუქტურირდება/შენდება, და გაკოტრების შესახებ ახალი კანონის მიღება (2007). ეს უკანასკნელი მრავალჯერ იქნა გაკრიტიკებული ამ სფეროში აქტიური საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ, სხვათა შორის იმიტომაც, რომ მას თითქმის არ მიჰყავს სანარმო რეკონსტრუქცია-აღდგენამდე, შესაბამისად, არ ქმნის პრაქტიკულად გზას ამ მიმართულებით.⁷

ამ პერიოდიდან მოყოლებული, საქართველოს მთავრობები მათი რეფორმების წარმატებების შეფასებისათვის ორიენტაციას იღებდნენ მსოფლიო ბანკის *Doing Business Reports*-ზე.⁸ სანარმოების დაარსების სისწრაფე და სიმარტივე, სწრაფად გაცემული ლიცენზიები და უფლებების რეგისტრაციები უპირატეს მიზნებად განიხილებოდა. შედეგად, საქართველო მსოფლიო მასშტაბით 2016 წლის *Doing Business Report*-ში 24-ე ადგილს იკავებს – საკმაოდ ყურადსაღები მიღწევა! გერმანიაში უძრავი ქონების რეგისტრაციისათვის საჭირო დრო, *Doing Business*-ის ანგარიშის მიხედვით, 39 დღეა. საქართველოში ამისათვის საჭირო დრო საშუალოდ ერთი დღეა, ვინაიდან 2009–2010 წლებში ელექტრონული საჯარო რეესტრი შევიდა ექსპლუატაციაში.⁹ ანგარიშის

⁴ შდრ. შეფასება J. Lazarus-თან, Neo-liberal State Building and Western ‘Democracy Promotion’: the case of Georgia <http://www.eisa-net.org/be-bruga/eisa/files/events/stockholm/Neo-liberal%20state%20building%20and%20democracy%20in%20Georgia.pdf>.

⁵ Saakashvili Lays Out ‘Act on Economic Freedom’”, Civil.ge, 6.10.2009, იხ. ვებგვერდი: http://www.civil.ge/eng/_print.php?id=21541.

⁶ ციტატა მოტანილია Carnegie Endowment-ის მიხედვით: Georgia’s Choices, 2011, 27 და შემდეგ.

⁷ შდრ. საექსპერტო დასკვნა „Assessment of Insolvency System of Georgia“ R. Gourley USAID-ისათვის/G4G 2015. 2015 წლის მარტში თბილისის საქალაქო სასამართლოში 51 გაკოტრების საქმე იყო განხილვაში. 2009 წლის იანვრიდან დაწყებული 2015 წლის მარტამდე პერიოდში სულ 315 განაცხადი იყო იდენტიფიცირებული. განაცხადების 3/4 უარყოფილ ან დაუშვებლად იქნა ცნობილი. ამის მიზეზი, უმეტეს შემთხვევაში, ის იყო, რომ არ არსებობდა საკმარისი სახსრები ამ წარმოების ხარჯების დასაფარავად (13).

⁸ იხ. ვებგვერდი <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016>. Doing Business Report-ის საფუძველზე შექმნილ ამ „იდეალურ სურათზე“ კრიტიკა იხ.: R. Knieper, Eine ökonomische Analyse des Notariats (ნოტარიატის ეკონომიკური ანალიზი), München 2010, 22 – 26. მსოფლიო ბანკის ჯგუფის მიდგომა შეიძლება აღწერილ იქნეს როგორც სახელმწიფო-მინიმალისტური. მიკროეკონომიკური სამოდელო ვარაუდები, რომლებსაც Doing Business Report ეფუძნება, უყურადღებოდ ტოვებს მთელ რიგს საჯარო ფაქტორებისას ხელსაყრელი ბიზნესგარემოსა და ეკონომიკური წარმატების მოპოვებისათვის, კერძოდ, „ქვეყნის მაკროეკონომიკურ პირობებს, თავისი ინფრასტრუქტურებისა და ინსტიტუციების ხარისხს ან მოსახლეობის განათლების დონეს“ (23). ხდება რა ტრანსპარენტების სამართლებრივი უსაფრთხოების არასათანადოდ შეფასება, გაუთვალისწინებელი რჩება მყარი სამართლებრივი ჩარჩოს სარგებელი/პოზიტიური ხასიათი ბაზრის მონაწილეთათვის. მაგრამ ამაზე ორიენტაციას იღებენ, როგორც ეს არაერთხელ იქნა აღნიშნული, უცხოელი ინვესტორები.

⁹ საჯარო რეესტრის მიერ ამასთან დაკავშირებული ინფორმაცია ასეთია: მაქსიმუმ ოთხი დღე, მოსაკ-

თანახმად, გერმანიაში საჭიროა 5 პროცედურა, საქართველოში კი მხოლოდ ერთი. ხელშეკრულებების აღსრულების საკითხშიც საქართველო, სულ ცოტა, ყოველივე ამისათვის საჭირო დროის თვალსაზრისით, ბევრად უფრო წინაა გერმანიაზე (დღეებში გამოხატული შეფარდება ასეთია: 285 დღე 429 დღის ნაცვლად).

საქართველოს მუდმივ მცდელობებს, გაიუმჯობესოს *Doing Business Report*-ში სარეიტინგო ადგილი, თავისი საფასური აქვს. თუ სამართლებრივ ურთიერთობებში ტრანსაქციების სისწრაფისა და სიმარტივის ხარისხი და სამართლებრივი უსაფრთხოება დიდწილად მსხვერპლად მიიტანება, ვინაიდან ისინი რეფორმების ძირითად მიზნად განიხილება, მაშინ, რა თქმა უნდა, ძალაუვნებურად შეიქმნება კონკრეტული სარისკო სიტუაცია ყველა ჩვეულებრივი, ე. ი. სპეციალური ცოდნით აღუჭურველი, მოქალაქეებისა და ბაზრის მონაწილეთათვის.

მაგალითად, ხშირად არ არსებობს პროფესიონალური სამართლებრივი რჩევა უძრავ ქონებაზე გარიგებების დადებისას. ამიტომ საქართველოში მაღალია სამართლებრივი დავების რიცხვი უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლებების გამო.¹⁰ ზედმეტი იქნებოდა ამის აღნიშვნა, ასე დიდი რომ არ იყოს *Doing Business Reports*-ის გავლენა: მინის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების გადატანასთან დაკავშირებით ხელშეკრულებების დადებისას პროფესიონალური დახმარების გაწევა, მაგალითად ნოტარიუსების მხრიდან, შეამცირებდა სასამართლო დავებს უფლებებსა და უფლებების დაკარგვასთან დაკავშირებით.

2. სამართლებრივი უსაფრთხოება – ახალი თემა? როგორ გამოიყურება ნოტარიატის როლი?

ამასობაში ჩნდება კითხვა: ხომ არ უნდა მიექცეს არა მხოლოდ სისწრაფეს, არამედ, აგრეთვე, **სამართლებრივი ბრუნვის უსაფრთხოებასაც** უფრო დიდი ყურადღება?¹¹ ამ მიმართულებით იკვეთება 2012 წლიდან, როგორც მინიმუმ, საქართველოს მთავრობის დაინტერესება ლათინური ნოტარიატის ინსტიტუტით.¹² საქართველო 2007 წლიდან არის ნოტარიუსების საერთაშორისო კავშირის წევრი (UINL). 2009 წლის 4 დეკემბრის კანონი ნოტარიატის შესახებ აყალიბებს ნოტარიატს თავისუფალი, თვითმმართველობაზე დაფუძნებული, საჯარო სტრუქტურის (*public legal institution*) სახით, რომელიც იმყოფება იუსტიციის სამინისტროს ზედამხედველობის ქვეშ. იყო ნოტარიუსი, საქართველოში ნიშნავს, გეკავოს საჯარო თანამდებობა. საქართველოს ნოტარიუსთა პალატის წევრობა სავალდებულოა, ასევე პროფესიული დაზღვევაც. ნოტარიუსები სთავაზობენ საზოგადოებას საკუთარ მომსახურებას, მაგალითად, საჯარო რეესტრში რეგისტრაციას, დღეს ონლაინრეჟიმშიც.¹³

თუმცა სააკაშვილის რეფორმატორმა მთავრობამ 2006 წელს დაუყოვნებლივ გააუქმა სამოქალაქო¹⁴ კოდექსში გათვალისწინებული მინის ნაკვეთებთან დაკავშირებულ გარიგებებში ნოტარიუსული დამონშების¹⁵ სავალდებულობა. მხოლოდ სააკაშვილის შემდეგ მოსულმა მთავრობამ

¹⁰ 2010 წელს 1585 სამოქალაქო სამართლებრივი სარჩელი იქნა შეტანილი უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლების საკითხთან დაკავშირებით. მონაცემები სხვა წლებთან დაკავშირებით: 2011–1822, 2012–2052, 2013–1520, 2014–1419, აგრეთვე, ადმინისტრაციულ სამართლებრივი სარჩელები სარეესტრო რეგისტრაციებთან დაკავშირებით. იხ.: <http://www.supremecourt.ge/eng/statistics/>.

¹¹ ზოგადად, საქართველოს მთავრობის რეფორმისტული ძალისხმევების შესახებ იხ.: http://www.transparency.ge/sites/default/files/post_attachments/two_years_in_government_performance_review_may_2015.pdf (Justiz: S. 18 ff.) (მართლმსაჯულება: 18 და შემდეგ). შდრ., აგრეთვე: Agenda.ge „Minister Tsulukiani: Justice Ministry made huge gains in past three years“, <http://agenda.ge/news/44962/eng>.

¹² იხ. მაგ., <http://www.notary.ge/eng-1859-notariatis-sistemis-reforma-grdzeldeba>; იხ., აგრეთვე, TI-დისკუსიასთან დაკავშირებით: [Shttp://www.notary.ge/eng-2586-notary-chamber-of-georgia-responds-to-the-application-of-EF%BF%BDinternational-transparency-georgia%EF%BF%BD](http://www.notary.ge/eng-2586-notary-chamber-of-georgia-responds-to-the-application-of-EF%BF%BDinternational-transparency-georgia%EF%BF%BD), აგრეთვე: <http://www.transparency.ge/en/node/5615>.

¹³ <http://www.notary.ge/index.php?id=1314 &lang=eng>.

¹⁴ აქტუალიზებული ინგლისურ ენაზე თარგმანი იხ.: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/en/pdf>.

¹⁵ შდრ. სამოქალაქო კოდექსის 69-ე, 183-ე, 323-ე მუხლები; ასევე ქონებაზე საკუთრების უფლების გადატანასთან დაკავშირებით 321-ე, და ჩუქების დაპირების შესახებ, 525-ე მუხლები.

ისევე წამოწია წინ უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ გარიგებებში ნოტარიატის მნიშვნელობის საკითხი. მაგრამ დღემდე ისევე არ არის შემოტანილი წესი უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ გარიგებებში ნოტარიული დამოწმების სავალდებულოდ გამოყენების შესახებ.

მხოლოდ იპოთეკის დასარეგისტრირებლად სავალდებულოა ხელშეკრულების ნოტარიულად დამოწმება, თუ იგი შეეხება მოთხოვნის უზრუნველყოფას სესხის ხელშეკრულებიდან. თუმცა მნიშვნელოვანი შემთხვევისათვის, როცა საქმე ბანკის მიკროსაფინანსო დაწესებულების ან საკრედიტო კავშირის მოთხოვნას შეეხება, კვლავ გაკეთდა გამონაკლისი და დაირღვა ვალდებულება ნოტარიული დამოწმების შესახებ – დათმობა ახალი რეფორმისტული მთავრობის მხრიდან საბანკო ლობისადმი (იხ. 289-ე მუხლის 1-ლი – მე-3 პუნქტი, კანონი ცვლილებების შესახებ 25.12.2013 №1864-RS).

დღეს ნოტარიატი საქართველოს საზოგადოებაში იბრძვის საზოგადოებრივი აღიარების მოპოვებისათვის. მას შეუძლია ამ ბრძოლის მოგება, თუ იგი თავისი მომსახურების მოცულობასა და ხარისხს გაზრდის და, წმინდა ნოტარიული დამოწმების გარდა, თავის მოვალეობად გაიხდის ნოტარიუსის მეშვეობით მოქალაქეთა კონსულტირებასა და ტრანსაქციითა უზრუნველყოფას.¹⁶ რეფორმისათვის ნიმუშად აღებულია ნოტარიუსთა წარმატებები ლათინური სამართლის ნოტარიატების ქვეყნებიდან, მაგ., გერმანიის მაგალითი:

„გერმანელი ნოტარიუსი უზრუნველყოფს საბაზრო-ეკონომიკური ტრანსაქციების ეფექტურობის მაღალ ხარისხს. სამართლებრივ გარიგებაში ორივე ხელშემკვრელი მხარის ნოტარიუსის მიერ კონსულტირება და განმარტება დაუყოვნებლივ წარმოშობს ნდობას და აფერხებს ოპორტუნისტულ ქცევას. ინფორმაციის გამჭვირვალობა და საჯარო/სახელმწიფო დოკუმენტების მტკიცებულებასთან გათანაბრებული ძალა გარანტიანა ხელშემკვრელი მხარეების ხელშეკრულების შესატყვისი ქცევისა. ხელშეკრულების დარღვევისა და სხვა ოპორტუნისტული ქცევის გამო თანამშრომლობის განყვეტა დიდ რისკებთან არის დაკავშირებული.“¹⁷

3. ასოცირების შეთანხმება ევროპულ კავშირთან არის თუ არა კონტინენტურეევროპული სამართლისაკენ მოზრუნება?

ევროპულ კავშირთან დადებულმა ასოცირების შეთანხმებამ, რომელსაც ხელი მოეწერა 2014 წლის ივნისში, მრავალი თვალსაზრისით ახალი სიტუაცია შექმნა ქართველი რეფორმატორებისათვის.¹⁸ მისი მიზანია, გააღრმავოს საქართველოს პოლიტიკური და ეკონომიკური კავშირები ევროპულ კავშირთან და ეტაპობრივად მოახდინოს ქვეყნის ინტეგრაცია ევროპული კავშირის შიდა ბაზარში. იგი მოიცავს, კერძოდ, „ღრმა და ყოვლისმომცველი თავისუფალი სავაჭრო ზონის“ შექმნას (*Deep and Comprehensive Free Trade Area DCFTA*). შეთანხმების შედეგად დემოკრატია, სამართლებრივი სახელმწიფო, ადამიანის უფლებები, მთავრობის მხრიდან კარგი მმართველობა, თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკა და მდგრადი განვითარება გამოცხადებულია სავალდებულო ღირებულებებად. ისინი ითვალისწინებენ სამართლებრივ უსაფრთხოებას და კარგად ფუნქციონირებად მართლმსაჯულებას, ასევე ყველა მოქალაქის რეალურ თანასწორუფლებიანობას და კერძო საკუთრების ეფექტიან დაცვას.

¹⁶ R. Bock, V. Schmitkel, Reform des Notariatsystems in Georgien, Gutachten für die GIZ vom August 2014 (სანოტარო სისტემის რეფორმა საქართველოში. 2014 წლის აგვისტოს საექსპერტო დასკვნა GIZ-ის დაკვეთით).

¹⁷ ციტატა მოტანილია რ. კნიპერის მოხსენებიდან: „Der ökonomische Wert der vorsorgenden Rechtspflege“ (პრევენციული იუსტიციის ეკონომიკური ღირებულება), რომელიც წაკითხულ იქნა ჰამბურგის სანოტარო პალატის წინაშე 2012 წლის 13 ნოემბერს.

¹⁸ იხ.: http://eeas.europa.eu/georgia/docs/Index_en.htm. შდრ. აგრეთვე: http://ec.europa.eu/enlargement/neighbourhood/countries/georgia/index_en.htm.

2014 წლის ასოცირების შეთანხმების აგენდა ითვალისწინებს მართლმსაჯულებისათვის სტრატეგიისა და სამოქმედო გეგმის შემუშავებას; საამისოდ მონოდებული არიან არა მხოლოდ იუსტიციის სამინისტრო, არამედ აგრეთვე იუსტიციის უმაღლესი საბჭოც. ამჟამად წინა პლანზეა სისხლისსამართლებრივი თემები (შდრ. აგენდის გვ. 4, პუნქტი „მართლმსაჯულება/იურისდიქცია“). საერთაშორისო დონეზე მხარდაჭერილი „Criminal Law Reform Council“ ახორციელებს, სხვათა შორის, იუსტიციის სამინისტროს მეთაურობით არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის იმპლემენტაციას, ასევე პროკურატურისა და სასჯელაღსრულების სისტემის ფართომასშტაბიან რეფორმას; მეორე მხრივ, გერმანიის თანამშრომლობის ფედერალური სამინისტროსა (BMZ) და ევროპული კავშირის (EU) ხელშეწყობით დაფინანსებული GIZ-ის პროგრამით გათვალისწინებულია ევროპულ სტანდარტებთან სამართლებრივი დაახლოება (ფაზა 2015-2017) „Private Law Reform Councils“-ის გაზრდილი მხარდაჭერით, რათა ახალი იმპულსები მიეცეს სამოქალაქო და კომერციული სამართლის შემდგომ განვითარებას.

ასოცირების შეთანხმების აგენდა ასევე მოითხოვს ადამიანის უფლებების პატივისცემას. იგი გვაგონებს თომას ჰამარბერგის ანგარიშს სათაურით „Georgia in Transition“.19 ამ 2013 წლის სექტემბრის ანგარიშში საუბარი იყო ცუდ საპატიმრო პირობებსა და სამართლებრივ-სახელმწიფოებრივ დეფიციტებზე Plea Bargaining-ის შემთხვევაში. მაგრამ არასამთავრობო ორგანიზაციების ანგარიშებზე დაყრდნობით უთითებდნენ ხოლმე აგრეთვე საკუთრების უფლებების შესაძლო მასობრივად დარღვევებზე ბოლო წლების განმავლობაში. ანგარიშებში წარმოდგენილი საკუთრების ხელყოფის ზოგიერთი მაგალითი შეიძლება დაკავშირებულ იქნეს სახელმწიფოსათვის ჯგუფურად განხორციელებულ ქონების „ჩუქებასთან“ ან სახელმწიფოს სასარგებლოდ „საკუთარი ქონების ნებაყოფლობით ჩაბარებასთან“ („abandonment“).20 სხვა შემთხვევები დაკავშირებულია სახელმწიფო ექსპროპრიაციასთან, ან საჯარო რეესტრში არასწორად განხორციელებულ ან საერთოდ განუხორციელებელ (გამოტოვებულ) ჩანაწერებთან.

4. მაგალითი: კერძო ქონების ექსპროპრიაცია სახელმწიფოს სასარგებლოდ

ამასთან დაკავშირებით ჩნდება კითხვა: ხომ არ არის ეს ნაწილობრივ საკუთრების უფლების გადაცემისა და საკუთრების სამართლებრივი დაცვის სტრუქტურის ბრალი. თომას ჰამარბერგის ანგარიში, ყოველ შემთხვევაში, შემდეგი სიტყვებით მთავრდება: „სავარაუდოდ, საჭირო იქნება, გადაიხედოს კანონმდებლობა.“ (მოხსენების გვ. 40).

ამ მიზნით GIZ-ისათვის 2013 წლის ოქტომბერში ჰ. იოახიმ შრამის მიერ დაწერილი საექსპერტო დასკვნა კრიტიკულად აფასებს უძრავ ქონებაზე კერძო საკუთრების საკითხსა და სახელმწიფოს სასარგებლოდ განხორციელებული ექსპროპრიაციის სამართლებრივ საფუძვლებს. დასკვნაში გამოთქმულია აზრი, რომ 1999 წლის კანონი ექსპროპრიაციის შესახებ მრავალი თვალსაზრისით გადახედვას საჭიროებს – პირველ რიგში, არასაკმარისი კომპენსაციის რეგულაციების, ასევე ექსპროპრიაციის ობიექტების საბაზრო ღირებულების განსაზღვრასთან დაკავშირებული ბუნდოვანი დებულებების თვალსაზრისით, ასევე მის ზოგადადმინისტრაციულ კოდექსსა და სხვა საჯაროსამართლებრივ კანონებთან თანხვედრის თვალსაზრისით (ადმინისტრაციული სამართალწარმოების, იძულებითი აღსრულების თვალსაზრისით).21

19 http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/virtual_library/cooperation_sectors/georgia_in_transition-hammarberg.pdf.

20 შდრ. 2012 წლის მარტის Transparency International-ის ანგარიში „Stripped Property Rights“ ინტერნეტში: http://www.transparency.ge/sites/default/files/post_attachments/StrippedPropertyRights_April 2012_Eng_0.pdf.

21 მაგ., ერთ-ერთი რეკომენდაციით, სარჩელს ექსპროპრიაციის წინააღმდეგ, როგორც ეს ზოგადადმინისტრაციულ სამართალშია, უნდა ჰქონდეს შემაჩერებელი ეფექტი.

საექსპერტო დასკვნა მოკლედ ეხება ასევე **საჯარო ინტერესის** საკითხს, რომელიც უნდა დასაბუთდეს, რათა გამართლდეს ექსპროპრიაცია. ინფრასტრუქტურის გაფართოების მიზნით, კერძო ეკონომიკური პროექტების თვალსაზრისით, დაისმის, მაგ., კითხვა: ხომ არ არის ყოველ აქ წარმოდგენილ შემთხვევაში საჯარო ინტერესი და ხომ არ უნდა განხორციელდეს ურთიერთსაწინააღმდეგო ინტერესების, სულ მცირე, ზუსტი შედარება მაინც?

საინტერესოა საექსპერტო დასკვნის არა მხოლოდ დასკვნები, არამედ, აგრეთვე, ჩამონათვალი იმ მეთოდებისა, რომლებიც გამოიყენებოდა უძრავ ქონებაზე საკუთრების დაკარგვისას. კომპლექსური გარემოებებისას მნიშვნელოვანია, რომ ერთმანეთისაგან გაიმიჯნოს საჯარო და კერძო სამართალი, ასევე პრივატიზაციის, რეგისტრაციისა და საკუთრების დაცვის სხვადასხვა ასპექტი ჯერ ცალ-ცალკე იქნეს განხილული. მაგ., თუ ვინმემ პრივატიზაციის შედეგად ადმინისტრაციული სამართლის მიხედვით საკუთრება შეიძინა (საკუთრების სერტიფიკატის გზით ადმინისტრაციული აქტის ფორმით), მაშინ ამ პირის მიერ საკუთრების შექმნა აღარ შეიძლება დამოკიდებული გახდეს სამოქალაქოსამართლებრივად აუცილებელ რეგისტრაციაზე საჯარო რეესტრში. რეესტრში რეგისტრაცია ამ შემთხვევაში დეკლარაციული აქტია.

5. სხვა რეფორმებისათვის ამოსავალი სიტუაციის აღწერა.

არასრულყოფილი რეესტრი

დასახელებული საექსპერტო დასკვნა და სხვა ანგარიშები²² გვიჩვენებს, რომ დღეს საკმაოდ **რთული და კომპლექსური საწყისი სიტუაციაა** სამართლებრივი უზრუნველყოფისათვის, საკუთრების დაცვის გარანტირებისათვის, დაკარგული საკუთრებითი უფლებების აღდგენისათვის. თავდაპირველად გასათვალისწინებელია მთელი რიგი კანონებისა: სამოქალაქო კოდექსისა და ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის გარდა, ეს არის კანონი საჯარო რეესტრის შესახებ, კანონი ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირების მფლობელობაში (სარეგებლობაში) მყოფ მინის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების აღიარების შესახებ, კანონი სახელმწიფო ქონების (პრივატიზაციის) შესახებ და კანონი ადგილობრივი თვითმმართველობის (ადმინისტრაციული ერთეულების) შესახებ. გარდა ამისა, კიდევ ორი კანონი, რომლებიც ამჟამად გადამუშავების პროცესში იმყოფება, ესენია: კანონი საკუთრების უფლების რეგისტრაციის შესახებ და კანონი რეგისტრაციის წინაპირობებისა და რეგისტრაციის მოსაკრებლების შესახებ.

საჯარო რეესტრი, რომელიც 2004 წელს დაარსდა, აწარმოებს როგორც კადასტრს გაზომილი მინის ნაკვეთების გეგმებითურთ, ასევე რეესტრს რეგისტრირებული საკუთრების უფლებით მინის ნაკვეთზე. 50 ტერიტორიული დეპარტამენტით, 15 საჯარო სამსახურით, 25 საჯარო ცენტრით („Public Service Halls“) და საშუალოდ ერთიდან მაქსიმუმ 4 დღის ვადაში რეგისტრაციის სწრაფი მეთოდით შეიქმნა უდავოდ მოსახერხებელი და გამჭვირვალე სარეგისტრაციო სისტემა („One-Stop-Shop“-Prinzip). 2010 წლიდან კი საჯარო რეესტრი იმავდროულად სავაჭრო რეესტრიცაა და 2012 წლიდან კი იგი პოლიტიკური პარტიების რეგისტრაციასაც ახორციელებს. საჯარო რეესტრის მომსახურებას მოსახლეობას ნაწილობრივ ნოტარიუსები და სხვა ავტორიზებული მომხმარებლებიც (მაგ., ბანკები) სთავაზობენ, რომლებსაც, თავის მხრივ, შეუძლიათ რეესტრაციის განხორციელება.²³

საჯარო რეესტრი მომდევნო 5 წლისათვის ითვალისწინებს რეფორმების 4 ასპექტს: ინსტიტუციურს, ტექნოლოგიურს, საკანონმდებლოსა და ადმინისტრაციულს. მონაცემთა ხარისხის

²² იხ. მაგ., Landesa, Assessment of citizens' property rights in Georgia, 2013 წლის სექტემბერი.

²³ ეს მონაცემები ემყარება საჯარო რეესტრის მიერ საერთაშორისო კონფერენციაზე წარმოდგენილ პრეზენტაციას თემაზე – „საკუთრება და სამართლებრივი უსაფრთხოება: საკუთრების კონცეფციის ცვლილება“, თბილისის ივ. ჯავახიშვილის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტისა (თსუ) და უცხოური და საერთაშორისო კერძო სამართლის მაქს პლანკის ინსტიტუტის ერთობლივი კონფერენცია გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) დაფინანსებით, 2015 წლის 5-6 ნოემბერი, თბილისი.

გაუმჯობესება და პირველადი რეგისტრაციების დასრულება სამომავლო გამონვევებია. ეს ნიშნავს, რომ რეგისტრაცია მომავალში უწყების ინიციატივით უნდა მოხდეს. ადგილობრივი თვითმმართველობები აქტიურად უნდა იყვნენ პროცესში ჩართული. მთელი ქვეყნის მასშტაბით გათვალისწინებული გაუმჯობესების განხორციელებამდე ამუშავდება 11 საპილოტე პროექტი. დავების მოსაგვარებლად შემოღებულ უნდა იქნეს ალტერნატიული მექანიზმი (მედიაცია). რეფორმის ამ ეტაპების განხორციელებაში ფინანსურ და ტექნოლოგიურ დახმარებას, სხვათა შორის, განეც მსოფლიო ბანკის პროექტი. ფაქტობრივი ვითარება შემდეგნაირად წარმოჩნდება:

თავდაპირველად ქალაქებში და საქართველოს სხვადასხვა ადგილას რეგისტრირებული მიწის ნაკვეთების და მასთან დაკავშირებული უფლებების **ტრანსფერი** ელექტრონულ საჯარო რეესტრში ჯერ არ დასრულებულა. დღემდე ამ სახით რეგისტრირებულია საქართველოს მიწის ნაკვეთების 40%, პირველ რიგში, ქალაქებში (2014 წლის მდგომარეობით). ჯერ კიდევ არ არის ყველა, ქალაქებში არსებული, საკადასტრო მონაცემი დიგიტალიზებული. არც საჯარო რეესტრშია ჯერ კიდევ ყველა მიწის ნაკვეთზე არსებული უფლება დარეგისტრირებული. უფლებების დარეგისტრირება სავალდებულო არ არის. როგორც ჩანს, ჯერ ბევრ მოქალაქეს ვერ გაუცნობიერებია ახალი სამართლებრივი სიტუაცია, ან კიდევ, მათ უფრო მეტი ნდობა აქვთ ქალაქებში დოკუმენტების სახით დაფიქსირებული საკუთარი უფლებების მიმართ. მაგრამ დოკუმენტები ხშირად ნაკლოვანია. საქართველოს რეგიონებში შეიქმნა ამასობაში „საკუთრების უფლებების აღიარების კომისიები“, რომლებიც ლეგალიზაციის მიზნით გასცემენ საკუთრების დამადასტურებელ ტიტულებს და რომლებიც ნაწილობრივ შეეცდებიან, გადაჭრან დავები მეზობლებს შორის. ახალი კანონი „ნაკვეთების რეგისტრაციისა და საკადასტრო მონაცემების განვითარების შესახებ სახელმწიფო პროექტის ფარგლებში“ ანიჭებს საჯარო რეესტრს უფლებამოსილებას, „საკუთარი დისკრეციის შესაბამისად“ წინ წაწიოს მიწის ნაკვეთებისა და მათზე დამატებული უფლებების სისტემური ასახვის საკითხი.

1997-2007 წლების **პრივატიზაციის** შემდეგ კიდევ ბევრია გასაკეთებელი. ჯერ ერთი, არ არის რეგისტრირებული, როგორც ჩანს, ყველა საკუთრების უფლება, ვინაიდან გარკვეული მოსაკრებელი იყო გადასახდელი; მეორეც, პრივატიზაციის ზოგიერთი შედეგი უზუსტობების გამო დღემდე ვერ იქნა აღიარებული და შესაბამისად რეგისტრირებული უფლებების სახით. მაშინ გაცემული საკუთრების დამადასტურებელი სერტიფიკატები კი დღემდე სამართლებრივი საფუძველია საკუთრების შექმნისათვის. მოგვიანებით განხორციელებული რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში მხოლოდ დეკლარაციული ხასიათისაა; მესამეც, იმის გამო, რომ არსებობდა არალეგალური მშენებლობები და მიწის უფლებრივი თუ არაუფლებრივი ფლობა, წარმოიშვა მრავალრიცხოვანი პრობლემა, რომლებიც დღემდე ელიან გადაჭრას.²⁴

საერთო ჯამში, დღემდე არ არსებობს სისტემური **ინვენტარიზაცია** და არ არის რეგისტრირებული საქართველოში არსებული ყველა მიწის ნაკვეთი, კერძოდ, სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულებისა.²⁵ ბევრი რამ ამასობაში იშვიათად და გაფანტულად არის რეგისტრირებული, რის გამოც არსებობს ხარვეზები ან, სულაც, დამთხვევები. მაგალითად, საჯარო რეესტრი არეგისტრირებს მიწის ნაკვეთებს, თუ ისინი სამართლებრივად მიკუთვნებულია და არ არეგისტრირებს, თუ ისინი ფაქტობრივ მოხმარებაში იმყოფება. ამ ვითარებამ სოფლად ის გამოიწვია, რომ რეგისტრირებული მიწის ნაკვეთების ირგვლივ მრავალი ზოლი თუ მიწის მცირე „ნაგლეჯი“ არ არის რეგისტრირებული. სხვა პრობლემა ისაა, რომ ადგილობრივი კომისიები, შექმნილი მიწის ნაკვეთებზე უფლებების აღიარებისათვის, ყოველთვის ვერ იქცეოდნენ ერთგვაროვნად და არ შეეძლოთ, გადაეწყვიტათ ყოველი დავა. სოფლად არსებული დავები სხვადასხვაგვარად წყდებოდა.

²⁴ ამჟამად საქართველოში ჯერ კიდევ 450 000 ლტოლვილია (internally displaced people, IDP).

²⁵ 2013 წლის ივნისიდან მოყოლებული, შეზღუდულია საკუთრება სასოფლო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთებზე. მხოლოდ ქართველ ფიზიკურსა და იურიდიულ პირებს შეუძლიათ, საქართველოში სასოფლო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთების ყიდვა ან მემკვიდრეობით მიღება.

ასე რომ, ჯერ კიდევ არსებობს ბევრი ამოცანა, მათ შორის მუნიციპალური და რაიონული საზღვრების საბოლოოდ დადგენა; ასევე დასადგენია **მინის რესურსების მართვის** თანმიმდევრული ეროვნული **სტრატეგია**. ერთმანეთთან შესაბამისობაში უნდა იყოს მოყვანილი საჯარო რეესტრში არსებული მონაცემები, გათვალისწინებული მინათსარგებლობის შესახებ დაგეგმარების სამსახურის მონაცემებთან. დაგეგმარების სამსახურის მონაცემები წინმსწრებია. და ბოლოს, საქმე ეხება სივრცითი მონაცემებისათვის ნაციონალური სტრუქტურისა (*national spatial data infrastructure NSDI*) და ასევე ყველა საჯარო სამსახურებს შორის, კერძოდ რეესტრსა და დაგეგმარების სამსახურს შორის, შეთანხმებული მინის რესურსების მართვის სისტემის შექმნას.²⁶ ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტრო ამზადებს ამჟამად ახალ სამშენებლო კოდექსს (GIZ-ის დახმარებით), რომელიც ითვალისწინებს გამჭვირვალე და **პარტიციპატიულ** სამშენებლო დაგეგმარების პროცესს.

6. საკუთრების უფლების მარტივი გადატანა და უტყუარობის პრეზუმფცია

მინის ნაკვეთებისა და მათზე დამაგრებული უფლებების საჯარო რეესტრში რეგისტრაციისას ზემოთ აღნიშნული შესაძლო შეცდომების წყაროს გათვალისწინებით დაისმის კითხვა: არის თუ არა სარეესტრო მონაცემების უტყუარობისა და სისრულის ნორმატიული პრეზუმფცია ამჟამად მართლაც გამართლებული. სამოქალაქო კოდექსის 312-ე მუხლში ნათქვამია:

„მუხლი 312. რეესტრის მონაცემთა უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია

(1) რეესტრის მონაცემების მიმართ მოქმედებს უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია, ე. ი. რეესტრის ჩანაწერები ითვლება სწორად, ვიდრე არ დამტკიცდება მათი უზუსტობა.

(2) იმ პირის სასარგებლოდ, რომელიც გარიგების საფუძველზე იძენს რომელიმე უფლებას და ეს უფლება გამსხვისებლის სახელზე იყო რეესტრში რეგისტრირებული, რეესტრის ჩანაწერი ითვლება სწორად, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ამ ჩანაწერის სანინააღმდეგოდ შეტანილია საჩივარი, ან შემძენმა იცოდა, რომ ჩანაწერი უზუსტოა. (...)

312-ე (1) მუხლი მოქმედებს, როგორც ჩანს, ცალკეულ შემთხვევაში, ისტორიული ან პრივატიზებული უფლებების გამო, არცთუ მთლად ცალსახად – პირველი და ასევე გარიგების საფუძველზე შექმნილ რეგისტრაციის მიმართ; მეორე შექმნის შემთხვევაში, სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლი დამატებით იცავს მინის ნაკვეთის კეთილსინდისიერ შექმნას, თუმცა იმ წინაპირობით, რომ გამსხვისებლის უფლებები რეესტრში იყო დარეგისტრირებული.

„მუხლი 185. შემძენის ინტერესების დაცვა

შემძენის ინტერესებიდან გამომდინარე, გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჯარო რეესტრში, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა შემძენმა იცოდა, რომ გამსხვისებელი არ იყო მესაკუთრე.“

2006 წლის ცვლილების შემდეგ **რეესტრის თანამშრომელს** შეუძლია, განახორციელოს რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში ისე, რომ არ მოითხოვოს გარიგების ნოტარიული ფორმით დამონება. ნორმა ახალი რედაქციით ასეთია:

„მუხლი 183 (1). საკუთრების შექმნა უძრავ ნივთზე

უძრავი ნივთის შესაძენად აუცილებელია გარიგების წერილობითი ფორმით დადება და შემძენზე ამ გარიგებით განსაზღვრული საკუთრების უფლების რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში.“

183-ე (1) მუხლი, როგორც ჩანს, ხელს უნდა უწყობდეს სწრაფ რეგისტრაციას. მაგრამ ჩნდება კითხვა: რა და როგორ უნდა გადაამონმოს რეესტრის თანამშრომელმა, როცა იგი საჯარო რეესტრში უფლების რეგისტრაციას ახდენს? თუ აუდიტის მოცულობა საკმარისი არ არის, მაგალი-

²⁶ შდრ. GIZ-ის დავალებით შექმნილი „Recommendations for a Georgian Land Administration Strategy“ „Zülsdorf / Wehrmann, 2015 წლის მარტი.

თად იმიტომ, რომ ვერ ხდება ყველა მნიშვნელოვანი უწყების გადამონმება, მაშინ იზრდება ამ რეგისტრაციის შესაძლებლობის ბოროტად გამოყენების რისკი. როგორც პრაქტიკამ გვიჩვენა, 185-ე მუხლის რეგულირების წესი შეიძლება იმისთვისაც გამოდგეს, რომ (შეგნებულად) უსამართლოდ დარეგისტრირებული უფლებები შემდგომ კეთილსინდისიერი შემძენის დაცვის გზით ნამდვილი გახდეს. ამავე დროს, ეს სამართლებრივი მდგომარეობა მოქმედებს უფლებების იმ მფლობელების საზიანოდ, რომლებმაც საკუთარი ფაქტობრივად არსებული უფლებები არასათანადოდ უზრუნველყვეს, კერძოდ ჯერ კიდევ არ დაარეგისტრირეს. რეესტრის თანამშრომლის პასუხისმგებლობა განზრახვისა და დაუდევრობისათვის არასათანადოდ განხორციელებული რეგისტრაციის შემთხვევაში კი დაფიქსირდა, მაგრამ ასეთი რამ ვლინდება წელიწადში ძალიან იშვიათ შემთხვევაში.

ზოგადად თუ შევხედავთ, დაისმის კითხვა: აკმაყოფილებს თუ არა რეგისტრაციის სამართლებრივი და რეალური წინაპირობები იმ მოთხოვნებს, რომლებიც საქართველოში ხშირად რთული სამართლებრივი ვითარების შედეგია. ნათქვამი განსაკუთრებით ვრცელდება პირველ რეგისტრაციებზე, რომლებიც ჯერ კიდევ ხშირად გვხვდება. რეგისტრაციის წინაპირობები ძალზე დაბალი რომ იყოს, ანუ რეგისტრაცია ძალზე მარტივი რომ იყოს, მაშინ საჯარო რეესტრის კანონისმიერი უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია ნაკლებად გამართლებული იქნებოდა.

7. სხვა ცვლილებები

2007 წელს სამოქალაქო კოდექსში შევიდა ბევრი **სხვა ცვლილება**, რომლებიც დაკავშირებულია საქართველოში საკუთრების სამართლებრივ ფორმირებასთან. მაგალითად, სააკაშვილის მთავრობის პერიოდში ფართომოცულობით ცვლილებებს დაექვემდებარა ისეთი ნორმები, როგორებიცაა: იურიდიული პირის უფლება, ბინის საკუთრების მარეგულირებელი სპეციალური წესები და იპოთეკის მარეგულირებელი ნორმები. თვით იურიდიული პირების ახლებურად რეგულირების დროსაც გარკვეულ როლს ასრულებდა მიზანი, მომხდარიყო ბიუროკრატიის შემცირება და დაჩქარებულიყო პროცედურები. სანივთო სამართალშიც განხორციელდა ცვლილებები სწრაფი, სამართლებრივი წინააღმდეგობისაგან თავისუფალი, ეკონომიკური განვითარების ინტერესებში.

გირაოსა და იპოთეკის სამართალში ლიბერალმა კანონმდებელმა შეიტანა გამარტივებული გამოყენების პროცედურა (შდრ. 284-ე (1), 260-ე, 276-ე, 279-ე და მე-300 მუხლები, იხ. 2007 წლის რედაქცია სამოქალაქო კოდექსისა). ამასთან დაკავშირებით, როგორც აღნიშნა ეს ალექსანდრე ჰელგარდტმა თავის GIZ-ის დაკვეთით დაწერილ 2010 წლის საექსპერტო დასკვნაში, უყურადღებოდ იქნა დატოვებული ვადის გასვლასთან დაკავშირებით უფლების დაკარგვის აკრძალვა. სახელშეკრულებო დათქმის მეშვეობით კრედიტორის სასარგებლოდ შეიძლება დათქმულ იქნეს, რომ ეს უკანასკნელი უშუალოდ მესაკუთრე შეიძლება გახდეს გირაოს საგნის შესაბამისად იპოთეკით უზრუნველყოფილი მიწის ნაკვეთისა, თუ მოვალემ ვალი არ დაფარა (Verfallsvereinbarung); ამასთან, შემცირდა დამგირავებლის კანონისმიერი დაცვა. ეს უკანასკნელი, კაცმა რომ თქვას, დაცულ უნდა იქნეს, თუ გირაოს საგნის ღირებულება არსებითად აჭარბებს უზრუნველყოფილ მოთხოვნას; და ბოლოს, რეგულირების ახალი წესი დასაშვებს ხდის, რომ საეჭვოობისას რანგით მომდევნო უზრუნველყოფილი კრედიტორები ვერ დაკმაყოფილდებიან. ზუსტად ასეთი ეფექტი აქვს საბოლოო შედეგად 2007 წლის შეცვლილ გაკოტრების კანონს.

მეორე მხრივ, სამოქალაქო კოდექსში შევიდა, მაგალითად, ნორმა, რომელმაც უნდა დაიცვას უპირატესად **მესაკუთრეთა ინტერესები**. ZGB-ის 172-ე (2) მუხლი ადგენს:

„თუ საკუთრების ხელყოფა ან სხვაგვარი ხელშეშლა ხდება ნივთის ამოღების ან მისი ჩამორთმევის გარეშე, მაშინ მესაკუთრეს შეუძლია, ხელის შემშლელს მოსთხოვოს ამ მოქმედების აღკვეთა. თუ ამგვარი ხელშეშლა კვლავ გაგრძელდება, მესაკუთრეს შეუძლია მოითხოვოს მოქმედების აღკვეთა სასამართლო გადაწყვეტილების გარეშე პოლიციაში საკუთრების დამადასტურ-

რეგული დოკუმენტის წარდგენით, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა ხელშემშლელის მიერ წარდგენილ იქნა საკუთრების, მართლზომიერი ფლობის ან/და მართლზომიერი სარგებლობის უფლების დამადასტურებელი დოკუმენტი“.

ეს ნორმა პოლიციას გადასცემს სასამართლოს ფუნქციას. ეს არის, კაცმა რომ თქვას, რეგულირების წესი პოლიციური სამართლისა, რომელიც შემთხვევით მოხვდა სამოქალაქო კოდექსში. იგი პოლიციას ანიჭებს უფლებამოსილებას, სასამართლო გადაწყვეტილების გარეშე იმოქმედოს მესაკუთრის სასარგებლოდ, რაც თავიდანვე სადავო იყო და ამჟამად კანონმდებელს უდევს ცვლილების შეტანის მიზნით.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ეს და მრავალი სხვა ნორმა შესწორებულ ან გაუმჯობესებულ უნდა იქნეს. ჰელგარდტის 2010 წლის საექსპერტო დასკვნა უთითებს აგრეთვე მრავალრიცხოვან ნაკლზე საკანონმდებლო ტექნიკის თვალსაზრისით. **სამოქალაქო კოდექსის გადამუშავება** უნდა განხორციელდეს არა მხოლოდ EU-acquis-სთან ჰარმონიზაციის განხორციელების თვალსაზრისით. იგი სასარგებლო იქნებოდა სამოქალაქო კოდექსის შინაგანი წინააღმდეგობრიობის დაძლევის, სამართლებრივი უსაფრთხოებისა და მოქალაქეთა სოციალური დაცვის თვალსაზრისითაც.

ამჟამად უკვე მუშაობს უფრო დიდი, USAID-ისა და გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის მიერ დაფინანსებული სამუშაო ჯგუფი, რომელიც 30 ქართველ ავტორს აერთიანებს, **სამოქალაქო კოდექსის** სამეცნიერო-პრაქტიკულ **კომენტარზე**. ისინი აანალიზებენ სამოქალაქო კოდექსის ნორმებს, ყურადღებას ამახვილებენ სარედაქციო შეცდომებსა და წინააღმდეგობებზე. მათი შენიშვნები გასათვალისწინებელი იყო სამოქალაქო კოდექსის რევიზიისას. ეს კარგ საფუძველს ქმნიდა სამოქალაქო კოდექსის ფართომოცულობითი, ყველა დაინტერესებული ჯგუფის მონაწილეობით განხორციელებული მონესრიგებითა და ნაწილობრივი განახლებით.

გერმანულიდან თარგმნა მანანა მანჯგალაძემ

Reformen im Zivil- und Wirtschaftsrecht Georgiens (Überblick über die jüngere Entwicklung anhand des Eigentumsrechts)

1. Hintergrund: Die neoliberale Reformregierung von Präsident Saakashvili

Georgien ist mit seiner Bevölkerungszahl von 3,7 Mio. Einwohnern (vgl. *GEOSTAT* 30.4.2015) ein Transformationsstaat, der sich in den letzten zwanzig Jahren von einer Republik in der Planwirtschaft der früheren Sowjetunion zu einer liberalen Marktwirtschaft mit westlicher Prägung entwickelt hat. Georgien profitierte dabei gleichermaßen von der Unterstützung der USA als auch von der Zusammenarbeit mit den Staaten der Europäischen Union, unter anderem auch mit Deutschland.¹ Im Bereich des Rechts sind beide **Einflüsse** deutlich erkennbar, so zum Beispiel bei einem Blick auf die reformierten Gesetzbücher. Das gilt zum einen für den Straf- und Zivilprozess,² zum anderen aber auch, mit Abstrichen, für die materiell-rechtlichen Grundlagen des Zivilrechts.³ Bis heute leisten Juristen aus beiden Rechtskreisen, also aus dem Common Law wie auch aus dem kontinental-europäischen Raum, beratende Unterstützung für die weitergehenden Rechts- und Justizreformen.

Außerdem ist es fast unmöglich, etwas zum Eigentumsrecht und zur Rechtssicherheit in Georgien zu sagen, ohne wenigstens kurz auf die Wirtschaftspolitik der vorhergehenden Regierung unter Präsident Micheil **Saakashvili** (2004 – 2013) einzugehen.⁴ Diese Politik setzte alles auf weitgehende Deregulierung. Zum Beispiel verkündete Präsident Saakashvili im Jahr 2009, als das Gesetz über wirtschaftliche Freiheit

¹ Die Deutsche Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH hat schon früh (1993/94) im Auftrag des BMZ mit der Beratung des Zivilrechts in Georgien begonnen. Das Gesetz über die gewerblichen Unternehmer vom 28.10.1994 und das Zivilgesetzbuch vom 26.6.1997 waren die ersten beiden größeren Gesetze, die mit deutscher Beratung entstanden. Ersteres enthält das Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften und wird zurzeit, wiederum mit Unterstützung der GIZ, überarbeitet und ergänzt.

² Der Strafprozess Georgiens bietet ein adversatorisches Verfahren amerikanischer Prägung mit Jury-System und wird durch die häufige Anwendung des sog. „Plea Bargaining“ geprägt. Ca. 70 % aller Verfahren werden durch eine Verständigung beendet (vgl. 2011: 92 %). Der Zivilprozess ist hingegen vom kontinentaleuropäischen Recht geprägt. Er gründet sich auf die Dispositionsmaxime, das Wettbewerbsprinzip und den Beibringungsgrundsatz und gibt die Prozessleitung dem Richter in die Hand.

³ Das Zivilgesetzbuch vom 26. Juni 1997 lehnte sich ans deutsche und niederländische Recht an. Es verließ den Boden des sowjetischen Rechts weitaus konsequenter als die postsowjetischen Zivilgesetzbücher der meisten anderen GUS-Staaten, die teilweise auch reformiert wurden. Im Sachenrecht soll nach Auskunft der Autoren des ZGB für die Eigentumsübertragung weder das Trennungsprinzip, noch das Abstraktionsprinzip gelten (vgl. 186 ZGB). Vgl. den Aufsatz E. Kurzynsky-Singer, T. Zarandla, Rezeption des deutschen Sachenrechts In Georgien, *Vestnik Grazhdanskogo Prava* No. 1 2012, Bd. 12, S. 221 – 257 (*Russisch*). Der Grundsatz „superficies solo cedit“ (vgl. Art. 150 Abs. 2 ZGB) wird zwar vom Zivilgesetzbuch angeordnet, er konnte sich aber aufgrund der überkommenen (postsowjetischen) Rechtslage noch nicht durchsetzen. Das Gesetz über das öffentliche Register widerspricht insofern dem Zivilgesetzbuch (siehe S. 250 – 252). Vgl. auch L. Chanturia, Die Europäisierung des georgischen Rechts: bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, abrufbar unter: <http://www.cac-civillaw.uni-bremen.de/publikationen.html>.

⁴ Vgl. die Bewertung bei J. Lazarus, Neo-liberal State Building and Western ‘Democracy Promotion’: the case of Georgia <http://www.eisa-net.org/be-bruga/eisa/files/events/stockholm/Neo-liberal%20state%20building%20and%20democracy%20promotion%20in%20Georgia.pdf>.

verabschiedet wurde, einen gesetzlichen Bann gegen weitere Regulierungsbehörden, gegen zusätzliche Lizensierungen und Genehmigungen. Er sagte wörtlich: „*Unsere Erfahrung ist, dass nichts Gutes geschieht, wo der Staat am Werke ist*“.⁵ Kakha **Bendukidze**, damals Staatsminister für wirtschaftsstrukturelle Reformen, fügte dem bei anderer Gelegenheit hinzu: „*Wir werden alles verkaufen, außer unserem Gewissen!*“⁶

Die Reformregierung versuchte schließlich sogar, ihren liberalen Wirtschaftskurs verfassungsrechtlich abzusichern, also irreversibel zu machen. In diese Zeit fielen unter anderem die Aufhebung des arbeitsrechtlichen **Kündigungsschutzes**, die **Auflösung der Antimonopolbehörde**, die erst seit 2014 wieder aufgebaut wird, und die **Verabschiedung eines neuen Insolvenzgesetzes** (2007). Letzteres ist inzwischen von den in diesem Bereich tätigen internationalen Organisationen mehrfach kritisiert worden, u.a. auch deswegen, weil es kaum zur Sanierung eines Unternehmens führt bzw. die Wege dahin praktisch verbaut.⁷

Seit dieser Zeit haben sich die georgischen Regierungen für die Einschätzung ihrer Reformfolge häufig an den *Doing Business Reports* der Weltbankgruppe orientiert.⁸ Die Schnelligkeit und Einfachheit der Betriebsgründungen, rasche Genehmigungen und Registrierungen von Rechten wurden stets als vorrangige Ziele angesehen. In der Folge hält Georgien im *Doing Business Report 2016* den **24. Rangplatz** weltweit – eine beachtliche Leistung! Die Zeit für die Registrierung von Grundstückseigentum in Deutschland wird vom *Doing Business* – Bericht mit 39 Tagen angegeben. In Georgien beträgt die hierfür notwendige Zeit durchschnittlich einen Tag, denn es wurde 2009/10 ein elektronisches Öffentliches Register eingeführt.⁹ In Deutschland sind laut Bericht fünf Verfahren notwendig, in Georgien nur eines. Auch bei der Frage der Vollstreckung von Verträgen liegt Georgien, zumindest was die hierfür erforderliche Zeit betrifft, deutlich vor Deutschland (285 Tage gegenüber 429 Tagen).

Die stetigen Bemühungen um die Verbesserung der Rangplätze Georgiens im *Doing Business Report* haben allerdings auch ihren Preis. Wenn Qualität und Rechtssicherheit der Schnelligkeit und Einfachheit der Transaktionen im Rechtsverkehr weitgehend geopfert werden, weil diese als das Hauptziel der Reformen gelten, dann ergibt sich natürlich zwangsläufig eine besondere Gefährdungslage für alle gewöhnlichen, d. h. nicht mit Sonderkenntnissen ausgestatteten, Bürger und Marktteilnehmer.

Es fehlt zum Beispiel oft an professioneller Rechtsberatung beim Abschluss von Grundstücksgeschäften. Die Zahl der Rechtsstreitigkeiten um Eigentumsrechte an Immobilien ist daher in Georgien entsprechend hoch.¹⁰ Es wäre überflüssig, es zu sagen, wenn nicht der Einfluss der *Doing Business Reports* so groß wäre: die professionelle Begleitung von Vertragsschlüssen zur Übertragung von Grundstücken, z. B. durch Notare, würde gerichtlichen Streitigkeiten über Rechte sowie dem Verlust von Rechten vorbeugen.

⁵ „Saakashvili Lays Out ‘Act on Economic Freedom’“, Civil.ge, 6.10.2009, abrufbar unter: http://www.civil.ge/eng/_print.php?id=21541.

⁶ Zitiert nach Carnegie Endowment: *Georgia’s Choices*, 2011, S. 27 f.

⁷ Vgl. zuletzt das Gutachten „Assessment of Insolvency System of Georgia“, R. Gourley für USAID / G4G 2015. Im März 2015 waren am Stadtgericht von Tbilisi lediglich 51 Insolvenzverfahren anhängig. In der Zeit von Januar 2009 bis März 2015 hatte es insgesamt 315 Anträge gegeben. Drei Viertel der Anträge wurden abgelehnt oder nicht weiterbearbeitet. In den meisten Fällen war der Grund hierfür, dass nicht einmal mehr genügend Mittel zur Verfügung standen, um die Kosten des Verfahrens zu begleichen (S. 13).

⁸ Im Internet abrufbar unter: <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016>. Siehe zur Kritik an diesem „Idealbild“ des *Doing Business Report*: R. Knieper, *Eine ökonomische Analyse des Notariats*, München 2010, S. 22 – 26. Der Ansatz der Weltbankgruppe kann als staatsminimalistisch beschrieben werden. Die mikroökonomischen Modellannahmen, auf denen der *Doing Business Report* beruht, lassen eine Reihe von offensichtlichen Faktoren für die Gewinnung eines vorteilhaften Geschäftsklimas und für wirtschaftlichen Erfolg außer Acht, so insbesondere „*die makroökonomischen Bedingungen eines Landes, die Qualität seiner Infrastrukturen und Institutionen oder den Ausbildungsstand der Bevölkerung*“ (S. 23). Indem die rechtliche Sicherheit von Transaktionen geringgeschätzt wird, bleiben die Vorteile eines festen rechtlichen Rahmens für die Marktteilnehmer unberücksichtigt. Hieran orientieren sich aber, wie wiederholt festgestellt wurde, insbesondere die ausländischen Investoren.

⁹ Das Öffentliche Register gibt hierzu an: höchstens vier Tage, Gebühr 50 GEL = 20 USD. Siehe hierzu weiter unten im Text unter 5. „Darstellung der Ausgangssituation für weitere Reformen“.

¹⁰ Im Jahr 2010 wurden 1585 zivilrechtliche Klageeingänge wegen Eigentums an Immobilien verzeichnet. Weitere Jahrgänge: 2011: 1822, 2012: 2052, 2013: 1520; 2014: 1419. Hinzu kommen noch die verwaltungsrechtlichen Klagen wegen Registereintragungen. Vgl. <http://www.supremecourt.ge/eng/statistics/>.

2. Rechtssicherheit – ein neues Thema? Wie sieht die Rolle des Notariats aus?

Mittlerweile fragt sich, ob nicht nur der Schnelligkeit, sondern auch der **Sicherheit des Rechtsverkehrs** wieder ein größerer Stellenwert eingeräumt werden sollte.¹¹ In diese Richtung weist zumindest das seit 2012 wieder erstarkte Engagement der georgischen Regierung für das Institut des lateinischen Notariats.¹² Georgien ist zwar schon seit 2007 Mitglied der Internationalen Union der Notare (UINL). Das Gesetz über das Notariat vom 4. Dezember 2009 richtet das Notariat als eine freie, selbstverwaltete öffentliche Einrichtung (*public legal institution*) unter der Aufsicht des Justizministeriums ein. Notar zu sein heißt in Georgien, ein öffentliches Amt zu bekleiden. Die Mitgliedschaft in der georgischen Notarkammer ist verpflichtend, ebenso eine berufliche Versicherung. Die Notare bieten ihre Dienstleistungen, z. B. Eintragungen im Öffentlichen Register, heute sogar online an.¹³

Allerdings hatte die Reformregierung von Saakashvili die im Zivilgesetzbuch¹⁴ vorgesehene Pflicht der notariellen Beurkundung von Grundstücksgeschäften im Jahr 2006 kurzerhand beseitigt.¹⁵ Erst die nachfolgende Regierung hob demgegenüber die Bedeutung des Notariats für die Sicherheit von Grundstücksgeschäften wieder hervor. Bis heute ist die Beurkundungspflicht von Grundstücksgeschäften aber nicht wiedereingeführt worden.

Lediglich für die Eintragung von Hypotheken ist der Vertrag notariell zu *beglaubigen*, falls er die Sicherung einer Forderung aus Darlehensvertrag betrifft. Allerdings ist hier für den wichtigen Fall, dass es sich um die Forderung einer Bank, Mikrofinanzinstitution oder einer Kreditvereinigung handelt, wiederum eine Ausnahme von der Pflicht der notariellen Beglaubigung gemacht worden – ein Zugeständnis der neuen Reformregierung an die Bankenlobby (siehe Art. 289.1-1 bis 1-3, Gesetzesänderung vom 25.12.2013 N1864-RS).

Heute kämpft das Notariat in der Öffentlichkeit Georgiens um die gesellschaftliche Anerkennung. Es kann diesen Kampf gewinnen, wenn es Umfang und Qualität seiner Dienstleistungen weiter ausbaut und über die reine Beurkundung hinaus auch die rechtliche Beratung des Bürgers durch den Notar und die Sicherstellung der Transaktion zur Pflicht macht.¹⁶ Als Leitbild der Reform dient der Erfolg der Notare in den Ländern des lateinischen Notariats, z. B. in Deutschland:

„Tatsächlich gewährleistet der deutsche Notar ein hohes Maß an marktwirtschaftlicher Transaktionseffizienz. Beratung und Belehrung beider Parteien in einem Rechtsgeschäft durch einen Notar lassen Vertrauen unbedenklich erscheinen und discouragieren opportunistisches Verhalten. Die Transparenz der Informationen und die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunden garantieren vertragstreues Verhalten von Geschäftspartnern. Das Ausbrechen aus der Kooperation durch Vertragsverletzungen und anderes opportunistisches Verhalten ist mit hohen Risiken verbunden.“¹⁷

3. Das Assoziierungsabkommen mit der EU als Wende zum kontinental-Europäischen Recht?

Das **Assoziierungsabkommen** Georgiens mit der Europäischen Union, das im Juni 2014 unterzeichnet wurde, hat nun in vieler Hinsicht zu einer neuen Situation für die georgischen Reformer geführt.¹⁸ Es zielt ab

¹¹ Allgemein zu den Reformbemühungen der georgischen Regierung: http://www.transparency.ge/sites/default/files/post_attachments/two_years_in_government_performance_review_may_2015.pdf (Justiz: S. 18 ff.). Vgl. auch Agenda.ge „Minister Tsulukiani: Justice Ministry made huge gains in past three years“, <http://agenda.ge/news/44962/eng>.

¹² Siehe z. B. <http://www.notary.ge/eng-1859-notariatis-sistemis-reforma-grdzeldeba>. Siehe auch zur Diskussion mit TI: <http://www.notary.ge/eng-2586-notary-chamber-of-georgia-responds-to-the-application-of-%EF%BF%BD-international-transparency-georgia-%EF%BF%BD> sowie <http://www.transparency.ge/en/node/5615>.

¹³ <http://www.notary.ge/index.php?id=1314&lang=eng>.

¹⁴ Aktualisierte englische Übersetzung: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/en/pdf>.

¹⁵ Vgl. Art. 69, 183, 323 sowie zu Vermögensübertragungen 321 und zu Schenkungsversprechen 525 ZGB.

¹⁶ R. Bock, V. Schmitkel, Reform des Notariatssystems in Georgien, Gutachten für die GIZ vom August 2014.

¹⁷ Zitiert aus: R. Knieper, Der ökonomische Wert der vorsorgenden Rechtspflege, Vortrag vor der Hamburgischen Notarkammer am 13. November 2012.

¹⁸ Documents EU-Georgia relations: http://eeas.europa.eu/georgia/docs/index_en.htm. Vgl. auch <http://ec.europa.eu>.

auf die Vertiefung der politischen und wirtschaftlichen Beziehungen Georgiens mit der Europäischen Union und auf eine **schrittweise Integration** Georgiens in den internen Markt der Europäischen Union. Es beinhaltet insbesondere die Schaffung einer „tiefen und umfassenden Freihandelszone“ (*Deep and Comprehensive Free Trade Area* DCFTA). Infolge der Vereinbarung sind Demokratie, Rechtsstaat, Menschenrechte, gute Regierungsführung, freie Marktwirtschaft und nachhaltige Entwicklung zu besonders verpflichtenden Werten erklärt worden. Sie setzen Rechtssicherheit und eine gut funktionierende Justiz voraus, nicht zuletzt auch die tatsächliche Gleichberechtigung aller Bürger und den wirksamen Schutz des privaten Eigentums.

Die **Agenda** des Assoziierungsabkommens von 2014 sieht für die Justiz die Entwicklung eines Strategie- und Aktionsplans vor; hierzu sind nicht nur das Justizministerium Georgiens, sondern auch der Höchste Justizrat aufgerufen. Momentan stehen strafrechtliche Reformthemen im Vordergrund (vgl. S. 4 der Agenda zum Punkt „Gerichtbarkeit“). Der international unterstützte „*Criminal Law Reform Council*“ unter der Federführung des Justizministeriums betreibt unter anderem die Einführung und Implementierung des Jugendstrafrechts, sowie auch die weitergehende Reform der Staatsanwaltschaft und des Justizvollzugs. Demgegenüber ist es der Auftrag des vom BMZ und von der EU geförderten GIZ-Programms zur rechtlichen Annäherung an europäische Standards (Phase 2015-2017), mit einer verstärkten **Unterstützung** des „*Private Law Reform Councils*“ für die Weiterentwicklung des Zivil- und Wirtschaftsrechts neue Impulse zu geben.

Die **Agenda** des Assoziierungsabkommens verlangt nicht zuletzt auch die **Beachtung der Menschenrechte**. Sie erinnert an den Bericht von Thomas Hammarberg „*Georgia in Transition*“.¹⁹ In diesem Bericht vom September 2013 war von schlechten Haftbedingungen und rechtsstaatlichen Defiziten beim Plea Bargaining die Rede. Unter Berufung auf die Berichte von Nichtregierungsorganisationen wurde aber auch auf die Möglichkeit der massenhaften Verletzung von Eigentumsrechten in den zurückliegenden Jahren hingewiesen. Einige der im Bericht angeführten Eigentumsverletzungen können vermutlich auf gruppenweise erfolgte „Schenkungen“ an den Staat oder „die freiwillige Aufgabe von Eigentum“ („*abandonment*“) zugunsten des Staates zurückgeführt werden.²⁰ Andere Fälle hängen mit staatlicher Enteignung zusammen, mit unzutreffenden Eintragungen oder auch einfach mit nicht vorgenommenen (unterlassenen) Eintragungen im Öffentlichen Register.

4. Beispiel: Enteignungen Privater zugunsten des Staates

Es stellt sich somit die **Frage**, ob auch die Ausgestaltung der Eigentumsübertragung und des rechtlichen Schutzes des Eigentums mitursächlich hierfür gewesen sein könnte. Der Bericht von Thomas Hammarberg schließt jedenfalls mit den Worten, dass es „*vermutlich auch notwendig sein wird, die Gesetzgebung zu revidieren*“ (S. 40 des Berichts).

Zu diesem Zweck wirft ein für die GIZ erstelltes **Gutachten** von H.-J. Schramm vom Oktober 2013 einen kritischen Blick auf das Privateigentum an Immobilien und die rechtlichen Grundlagen für die Enteignung zugunsten des Staates. Es kommt zu dem Schluss, dass das **Enteignungsgesetz von 1999** in vieler Hinsicht überarbeitungsbedürftig ist – vor allem hinsichtlich der unbefriedigenden Entschädigungsregelungen, hinsichtlich der unklaren Bestimmungen über die Ermittlung des Marktwertes von Enteignungsobjekten, sowie auch ganz grundsätzlich hinsichtlich seiner Übereinstimmung mit dem Allgemeinen Verwaltungskodex und mit weiteren öffentlich-rechtlichen Gesetzen (Verwaltungsverfahren, Zwangsvollstreckung).²¹

Das Gutachten geht auch kurz auf die **Frage des öffentlichen Interesses** ein, das zur Rechtfertigung einer Enteignung begründet werden muss. Hinsichtlich der privatwirtschaftlichen Projekte zum Ausbau der touristischen Infrastruktur ließe sich z. B. fragen, ob hier tatsächlich in jedem Fall ein legitimes öffentliches

eu/enlargement/neighbourhood/countries/georgia/index_en.htm .

¹⁹ http://eeas.europa.eu/delegations/georgia/documents/virtual_library/cooperation_sectors/georgia_in_transition-hammarberg.pdf .

²⁰ Vgl. Bericht von Transparency International „*Stripped Property Rights*“ vom März 2012. Im Internet abrufbar: http://www.transparency.ge/sites/default/files/post_attachments/StrippedPropertyRights_April2012_Eng_0.pdf .

²¹ Z. B. lautet eine Empfehlung, dass die Klage gegen die Enteignung wie im allgemeinen Verwaltungsrecht üblich grundsätzlich aufschiebende Wirkung entfalten sollte.

Interesse vorliegt, und ob nicht zumindest eine genaue Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen sei.

Interessant sind nicht nur die Schlussfolgerungen des Gutachtens, sondern auch die Auflistung der vielen Arten und Weisen, wie in Georgien in der Vergangenheit privates Eigentum an Grundstücken verloren werden konnte. Bei komplexeren Sachverhalten gilt es, das öffentliche und private Recht auseinander zu halten, sowie die verschiedenen **Aspekte** der Privatisierung, der Registrierung und des Eigentumsschutzes zunächst getrennt voneinander zu betrachten. Hat jemand zum Beispiel infolge der Privatisierung nach Verwaltungsrecht Eigentum erworben (durch ein Eigentums-Zertifikat in Form eines Verwaltungsaktes), dann kann sein Eigentumserwerb nicht mehr von der zivilrechtlich notwendigen Eintragung ins Öffentliche Register abhängig gemacht werden. Die Eintragung ins Register kommt in diesem Fall als deklaratorischer Akt hinzu.

5. Darstellung der Ausgangssituation für weitere Reformen: Das unvollständige Register

Das genannte Gutachten und weitere Berichte²² führen zu der Erkenntnis, dass heute für die Schaffung von Rechtssicherheit, für die Garantie des Eigentumsschutzes und für die Wiederherstellung verlorener Eigentumsrechte eine recht **komplizierte Ausgangssituation** besteht. Zunächst sind eine Reihe von Gesetzen zu berücksichtigen: neben dem Zivilgesetzbuch und dem Allgemeinen Verwaltungsgesetzbuch sind weiter auch das Gesetz über das Öffentliche Register, das Gesetz über die Anerkennung der Eigentumsrechte an in Nutzung/Besitz befindlichen Grundstücken, das Gesetz über die Privatisierung des staatlichen Vermögens und das Gesetz über die örtlichen Selbstverwaltungseinheiten einschlägig. Ferner auch zwei Gesetze, die zurzeit bearbeitet werden: das Gesetz über die Eintragung von Immobilienrechten und das Gesetz über die Eintragungsvoraussetzungen und Eintragungsgebühren.

Das **Öffentliche Register**, das im Jahr 2004 gegründet wurde, führt sowohl das Kataster mit den vermessenen Grundstücksplänen als auch das Register mit den eingetragenen Grundstücksrechten. Mit 50 territorialen Dienststellen, 15 Bürgerämtern, 25 öffentlichen Zentren („Public Service Halls“) und einer schnellen Registrierung innerhalb von durchschnittlich einem und höchstens vier Tagen ist ohne Zweifel ein nutzerfreundliches und transparentes Eintragungssystem entstanden („One-Stop-Shop“-Prinzip). Seit 2010 ist das Öffentliche Register auch Handelsregister und seit 2012 ist es zudem für die Eintragung von politischen Parteien zuständig. Die Dienstleistungen des Öffentlichen Registers werden zudem teilweise auch von Notaren und anderen autorisierten Nutzern (z. B. Banken) angeboten, die ihrerseits Eintragungen vornehmen können.²³

Das Öffentliche Register sieht für die weitere Entwicklung in den nächsten fünf Jahren vier Reformaspekte: institutionell, technologisch, gesetzgeberisch und administrativ. Die Verbesserung der Datenqualität und die Beendigung von Ersteintragungen werden als künftige Herausforderungen bezeichnet. Das bedeutet, dass künftig auch Eintragungen von Amts wegen vorgenommen werden müssen. Die Kommunen müssen aktiver in den Prozess einbezogen werden. Vor einer landesweiten Verbesserung sollen zunächst elf Pilotgebiete eingerichtet werden. Für die Beilegung von Streitigkeiten soll zudem ein Mechanismus zur alternativen Streitbeilegung eingeführt werden (Mediation). Bei diesen Reformschritten wird übrigens auch ein Projekt der Weltbank finanzielle und technische Unterstützung leisten. Die tatsächliche Situation stellt sich in etwa wie folgt dar:

Der **Transfer** der ursprünglich auf Papier und an verschiedenen Orten Georgiens eingetragenen Grundstücke und grundstücksbezogenen Rechte in das elektronische Öffentliche Register ist noch nicht

²² Siehe z. B. Landesa, Assessment of citizens' property rights in Georgia, September 2013.

²³ Diese Angaben beruhen auf der Präsentation des Öffentlichen Registers (Frau Eka Meskhidze) auf der internationalen Konferenz „Eigentum und Rechtssicherheit: Wandel des Eigentumsbegriffs“, gemeinsame Konferenz der Staatlichen Ivane-Javakhishvili-Universität Tbilisi (TSU) und des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht mit Unterstützung der Deutschen Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ), 5. und 6. November 2015 in Tbilisi.

abgeschlossen. Bisher sind **ca. 40 %** aller Grundstücke Georgiens eingetragen, vor allem in den Städten (Stand 2014). Bei weitem nicht alle auf dem Papier stehenden Katasterdaten sind inzwischen digitalisiert worden. Auch nicht alle an Grundstücken bestehenden Rechte sind im Öffentlichen Register eingetragen worden. Die Registrierung von Rechten ist nicht obligatorisch. Viele Bürger sind sich offenbar der neuen Rechtssituation nicht alle bewusst, oder sie vertrauen noch weitgehend auf ihre durch Titel und Urkunden verbürgten Rechte. Die Urkunden sind jedoch häufig mangelhaft. In den Regionen Georgiens sind inzwischen lokale „Kommissionen für die Anerkennung von Eigentumsrechten“ eingerichtet worden, die zur Legalisierung Eigentumstitel ausgeben und z. T. bereits versuchen, Streitigkeiten unter Nachbarn beizulegen. Ein neues „Gesetz über die Registrierung von Grundstücken und die Entwicklung von Katasterdaten im Rahmen des staatlichen Projekts“ ermächtigt das Öffentliche Register, die systematische Erfassung von Grundstücken und Rechten an diesen „nach eigenem Ermessen“ voranzutreiben.

Im Anschluss an die **Privatisierung** von 1997 -2007 gibt es noch einiges zu tun. Erstens wurden offenbar nicht alle Eigentumsrechte registriert, weil hierfür eine Gebühr zu entrichten war. Zweitens konnten einige Ergebnisse der Privatisierung wegen Ungenauigkeiten bis heute nicht als registrierte Rechte anerkannt bzw. eingetragen werden. Die damals ausgestellten Eigentums-Zertifikate bilden aber gleichwohl bis heute den rechtlichen Grund für den Eigentumserwerb. Die nachfolgende Eintragung im Öffentlichen Register ist lediglich deklaratorisch. Drittens sind durch illegales Bauen und durch die Inbesitznahme von Land mit oder ohne Berechtigung zahlreiche Probleme entstanden, die noch auf eine Lösung warten.²⁴

Insgesamt gesehen fehlt bisher eine **systematische Erfassung** und Registrierung aller Grundstücke Georgiens, insbesondere auch der landwirtschaftlichen.²⁵ Vieles ist inzwischen sporadisch und stückweise eingetragen, mit der Folge von Lücken oder auch Überlappungen. Zum Beispiel erfasst das Öffentliche Register die Grundstücke nur insoweit, als sie rechtlich zugewiesen wurden, nicht insoweit sie tatsächlich im Gebrauch stehen. Dieser Umstand hat auf dem Land vielfach zu nicht registrierten Stücken und Streifen rund um registrierte Parzellen geführt. Ein weiteres Problem besteht darin, dass die lokalen Kommissionen für die Anerkennung von Landrechten nicht immer einheitlich gehandelt haben, und auch nicht jeden Streit lösen konnten. So wurden Landstreitigkeiten z. T. auf verschiedene Weise gelöst.

Es stehen also noch viele Aufgaben an, einschließlich der endgültigen Festlegung von Gemeinde- und Kreisgrenzen und der Verabredung einer landesweiten und konsistenten **Strategie für die Landverwaltung**. Angaben zur vorgesehenen Landnutzung im Öffentlichen Register sollten mit denjenigen der Planungsbehörde in Übereinstimmung gebracht werden. Die Angaben der Planungsbehörde sollten vorgehen. Letztlich geht es um die Schaffung einer nationalen Infrastruktur für räumliche Daten (*national spatial data infrastructure NSDI*) und eine zwischen allen beteiligten öffentlichen Stellen, insbesondere zwischen Registrierungs- und Planungsbehörden abgestimmte Landverwaltung.²⁶ Das Ministerium für Wirtschaft und nachhaltige Entwicklung legt außerdem zurzeit (mit beratender Unterstützung der GIZ) ein neues Baugesetzbuch vor, das ein transparentes und partizipatives Bauplanungsverfahren vorsieht.

6. Einfache Eigentumsübertragung und dann Richtigkeitsvermutung?

In Anbetracht der erwähnten möglichen Fehlerquellen für die Eintragung von Grundstücken und Rechten an ihnen im Öffentlichen Register lässt sich letzten Endes sogar die Frage stellen, ob die gesetzliche Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Registerangaben zurzeit wirklich gerechtfertigt ist. Art. 312 des Zivilgesetzbuchs lautet:

Art. 312 Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Registerangaben

(1) *Die Registerangaben haben die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich, dass heißt, Registereintragungen gelten als richtig, bis ihre Unrichtigkeit bewiesen wird.*

²⁴ Zurzeit gibt es in Georgien noch ca. 450.000 Flüchtlinge (internally displaced people, IDP).

²⁵ Seit Juni 2013 ist das Eigentum an landwirtschaftlichen Flächen beschränkt. Nur georgische natürliche oder juristische Personen dürfen landwirtschaftlichen Flächen in Georgien kaufen oder erben.

²⁶ Vgl. Die im Auftrag der GIZ verfassten „Recommendations for a Georgian Land Administration Strategy“, Zülsdorf / Wehrmann, März 2015.

(2) *Zugunsten desjenigen, der durch Rechtsgeschäft ein beliebiges Recht von einer anderen Person erwirbt, das im Register unter dem Namen des Veräußerers eingetragen war, gilt die Registereintragung als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Eintragung eingelegt oder dass die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt war. (...)*

Art. 312 (1) gilt offensichtlich sowohl für die – im Einzelfall infolge von historischen oder privatisierten Rechten nicht immer zweifelsfreien – Ersteintragungen als auch für Eintragungen aufgrund rechtsgeschäftlichen Erwerbs. Im Falle des Zweiterwerbs schützt zusätzlich auch Art. 185 Zivilgesetzbuch den guten Glauben des Erwerbers eines Grundstücks, allerdings unter der Voraussetzung, dass die Rechte des Veräußerers im Öffentlichen Register eingetragen waren:

Art. 185 Interessenschutz des Erwerbers

Zugunsten der Interessen eines Erwerbers gilt der Veräußerer als Eigentümer, wenn er als solcher im öffentlichen Register eingetragen ist, es sei denn, der Erwerber wusste, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer war.

Seit der Gesetzesänderung von 2006 kann der **Registerbeamte** die Eintragung im Öffentlichen Register vornehmen, ohne nach einer notariellen Beurkundung des betreffenden Rechtsgeschäfts fragen zu müssen. Die Vorschrift lautet in ihrer neuen Fassung:

Art. 183 (1) Eigentumserwerb an unbeweglichen Sachen

„Zum Erwerb einer unbeweglichen Sache sind ein schriftlich abgeschlossenes Rechtsgeschäft und die Eintragung des in diesem Rechtsgeschäft vorgesehenen Eigentumsrechts ins Grundbuch zugunsten des Erwerbers erforderlich.“

Art. 183 (1) soll offensichtlich zugunsten schneller Eintragungen von Rechten wirken. Es fragt sich aber, was und wie genau der Registerbeamte prüfen muss, wenn er ein Recht im Öffentlichen Register einträgt. Ist der Umfang der Prüfung nicht ausreichend, zum Beispiel, weil nicht bei allen relevanten Ämtern Einsicht genommen wird, so vergrößert sich das Risiko des Missbrauchs dieser Eintragungsmöglichkeit. Wie Fälle aus der Praxis gezeigt haben, kann die Regel des Art. 185 auch dazu genutzt werden, um (bewusst) zu Unrecht eingetragene Rechte nachträglich durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gültig werden zu lassen. Zugleich wirkt diese Rechtslage zu Lasten von Rechtsinhabern, die ihre tatsächlich bestehenden Rechte nicht ausreichend gesichert haben, insbesondere noch nicht eingetragen haben. Die Amtshaftung des Registerbeamten für Vorsatz und Fahrlässigkeit bei unzutreffenden Eintragungen ist grundsätzlich zwar gegeben; sie realisiert sich bisher aber erst in wenigen Fällen pro Jahr.

Insgesamt gesehen stellt sich somit die Frage, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der Eintragung von Rechten im Öffentlichen Register wirklich den Anforderungen genügen, die sich aufgrund der komplizierten Rechtslage in Georgien öfter ergeben. Das gilt insbesondere für die Fälle der Ersteintragung, die immer noch häufig vorkommen. Wären die Voraussetzungen der Eintragung zu niedrig, d. h. wäre die Eintragung von Rechten zu einfach, so erschiene auch die gesetzliche Vermutung der Richtigkeit des Öffentlichen Registers als kaum gerechtfertigt.

7. Weitere Änderungen

Im Jahr 2007 sind außerdem viele **weitere Änderungen** ins Zivilgesetzbuch eingetragen worden, die sich auf die rechtliche Ausgestaltung des Eigentums in Georgien auswirken. Zum Beispiel sind die Vorschriften des Rechts der juristischen Person, die Sonderregeln zum Wohnungseigentum und die Vorschriften zur Hypothek in der Zeit der Regierung Saakashvili weitgehenden Veränderungen unterzogen worden. Selbst bei der Neuregelung der juristischen Personen spielte anscheinend das Ziel der Entbürokratisierung und Verfahrensbeschleunigung eine Rolle. Auch im Sachenrecht ergingen die Änderungen im Interesse einer zügigen, durch etwaige rechtliche Hindernisse nicht gebremsten, wirtschaftlichen Entwicklung.

Im Pfand- und Hypothekenrecht führte der liberale Gesetzgeber insbesondere ein **vereinfachtes Verwertungsverfahren** ein (vgl. insbes. Art. 284 (1), 260, 276, 279 und 300 ZGB i.d.F. von 2007). Hierbei wurde, wie Alexander Hellgardt in einem Rechtsgutachten für die GIZ von 2010 feststellte, das Verbot der

Verfallsvereinbarung missachtet. Durch eine vertragliche Klausel kann zugunsten des Gläubigers vereinbart werden, dass dieser bei Nichtbegleichung der Schuld unmittelbar Eigentümer des Pfandgutes bzw. des mit der Hypothek gesicherten Grundstücks wird (=Verfallsvereinbarung). Zudem wurde auch der gesetzliche Schutz des Verpfänders verringert. Dieser ist sinnvoller Weise vor einer Verwertung zu schützen, wenn der Wert des Pfandgegenstands die gesicherte Forderung erheblich übersteigt. Die Neuregelung bewirkt schließlich auch, dass die nachrangigen Sicherungsnehmer im Zweifel leer ausgehen. Ganz genau diesen Effekt hat im Ergebnis auch das geänderte Insolvenzgesetz von 2007.

Andererseits wurde z. B. eine Vorschrift ins Zivilgesetzbuch eingefügt, die vorrangig die **Interessen der Eigentümer** wahren soll. Art. 172 (3) ZGB statuiert:

„Wird das Eigentum an einer unbeweglichen Sache beeinträchtigt oder anderweitig gestört, so ist der Eigentümer ermächtigt, von der störenden Person zu verlangen, diese Handlung einzustellen. Bei wiederholender Störung kann der Eigentümer ohne eine gerichtliche Entscheidung die Einstellung bei der Polizei durch Vorlage einer das Eigentum bestätigenden Urkunde beantragen, es sei denn, von dem vermeintlichen Störenfried wurde eine das Eigentum, rechtmäßigen Besitz oder/und rechtmäßige Nutzung bestätigende Urkunde vorgelegt.“

Diese Vorschrift überträgt der Polizei Gerichtsaufgaben. Sie ist eigentlich eine Regel des Polizeirechts, die sich ins Zivilgesetzbuch verirrt hat. Sie ermächtigt die Polizei zum Einschreiten zugunsten der Eigentümer ohne gerichtliche Entscheidung. Sie war von Anfang an umstritten und liegt gegenwärtig dem Gesetzgeber zur Änderung vor.

Diese und viele andere Vorschriften des georgischen Zivilgesetzbuchs sollten korrigiert oder verbessert werden. Das Rechtsgutachten von Hellgardt aus dem Jahr 2010 weist auch auf zahlreiche Mängel hinsichtlich der Technik der Gesetzgebung hin. Die **Überarbeitung des Zivilgesetzbuchs** wäre nicht nur im Sinne der Rechtsangleichung an den EU-acquis vorzunehmen. Sie wirkte auch zugunsten der inneren Widerspruchsfreiheit des Zivilgesetzbuchs, der Rechtssicherheit und des sozialen Schutzes der Bürger.

Gegenwärtig arbeitet bereits eine größere, von USAID und von der deutschen Zusammenarbeit unterstützte Arbeitsgruppe, bestehend aus bis zu 30 georgischen Autoren, an der wissenschaftlich-praktischen **Kommentierung des Zivilgesetzbuchs**. Sie analysieren hierbei die Vorschriften des Zivilgesetzbuchs, machen auf Redaktionsfehler und Inkonsistenzen aufmerksam. Ihre Anmerkungen wären bei einer Revision des Zivilgesetzbuchs zu berücksichtigen. Sie wären eine gute Grundlage für eine breit angelegte, unter Beteiligung aller Interessengruppen durchgeführte Bereinigung und partielle Novellierung des Zivilgesetzbuchs.

II. საკუთრების უფლება ევროკავშირსა და პოსტსოციალისტურ ქვეყნებში

II. Eigentumsrecht in der EU und in den postsozialistischen Staaten

II. Право собственности в ЕС и в постсоциалистических странах

II. Right to Property in the EU and Post-Socialist Countries

იურგენ ზაზდლოვი

სამართლის დოქტორი, პროფესორი, Dr. h.c. mult., LL.M.,
ჰარვარდის უნივერსიტეტი,
საერთაშორისო და შედარებითი კერძო სამართლის
Max-Planck-Institut-ის დირექტორი და ჰამბურგის
უნივერსიტეტის დირექტორი,
Institut de Droit International-ის წევრი
ჰამბურგი/გერმანია

საკუთრების სამართლის განვითარება ევროპულ კავშირში

I. შესავალი

ის, ვინც რომაულ ხელშეკრულებებს ნაიკითხავს, ამ სტატიის თემას ანათემად ჩათვლის. 1957 წლის¹ ევროპული ეკონომიკური კავშირის დაარსების შესახებ ხელშეკრულების 222-ე, ამჟამად ევროპული კავშირის მუშაობის მეთოდების შესახებ ხელშეკრულების (AEUV) 345-ე მუხლი, როგორც ჩანს, სრულიად გამორიცხავს ევროკავშირის მხრიდან საკუთრების სამართლით დაკავებულობას. ნორმა მოკლედ და კონკრეტულად ასე უდერს: „ეს ხელშეკრულებები ხელუხლებლად ტოვებენ საკუთრებასთან დაკავშირებულ წესრიგს სხვადასხვა წევრ სახელმწიფოში“.²

ქვემოთ ჯერ თვალს გადავავლებთ საკუთრების ცნების კონცეპტუალურ ფარგლებს (იხ. ქვემოთ, II). ამ საფუძველზე უნდა აიხსნას, რატომ იყო AEUV-ს 345-ე მუხლის გამოყენების სფერო დასაწყისიდანვე უფრო შეზღუდული, ვიდრე ეს შეიძლება წარმოვიდგინოთ (ქვემოთ, III). იქ, სადაც 345-ე მუხლი არ გამოიყენება, ჩნდება სივრცე კავშირის სამართლის სხვა ნორმებისათვის, რომლებიც წლების განმავლობაში იქმნებოდა. საკუთრების სამართლის ზოგიერთი ასპექტი ამასობაში კავშირის კონსტიტუციური რანგის სამართალში რეგულირდება (ქვემოთ, IV). ევროკავშირის ადმინისტრაციის მიერ მიღებული აქტების მეშვეობით კავშირის კანონმდებელი აქცენტს აკეთებს ინტელექტუალურ საკუთრებაზე (ქვემოთ, V), უზრუნველყოფის უფლებებსა (ქვემოთ, VI) და საერთაშორისო გაკოტრების სამართალზე (ქვემოთ, VII).

II. საკუთრება სამოქალაქო სამართალში, პოლიტიკურ ფილოსოფიასა და ეკონომიკურ კონსტიტუციაში

საკუთრების ცნება ძალიან კომპლექსურია: იგი, ერთი მხრივ, სამართლებრივ-ტექნიკური ბუნებისაა და ეხება კერძო სამართლის ცენტრალურ ინსტიტუტს; მეორე მხრივ, ის არის შიფრი მწირი რესურსების საზოგადოების წევრებზე მიკუთვნებისათვის, ე.ი. გადანაწილების სამართლიანობისათვის და ამით კი პოლიტიკური ფილოსოფიის ძირითადი ელემენტი; მესამე მხრივ, საკუთრების უფლებები გაცვლის ობიექტებია და საბაზროეკონომიკური წყობის ესენციალური შემადგენელი ნაწილი. სხვადასხვა ცნება ერთმანეთთან არაპირდაპირაა დაკავშირებული.

1. სამოქალაქო სამართალი

კერძო სამართალში საკუთრება გამოიხატება პირის ბატონობით – ყველა სხვა დანარჩენ პირთან მიმართებით (*erga omnes*) – უძრავ ან მოძრავ ნივთზე. ორი ათასი წლის განვითარების

¹ რომის 1957 წლის 25 მარტის ხელშეკრულება ევროპული ეკონომიკური ერთობის (EWGV) დაარსების შესახებ, 294 UNTS 17.

² ხელშეკრულება ევროპული კავშირის მუშაობის მეთოდის შესახებ (AEUV), კონსოლიდირებული ვერსია კრებულში: ABI. 2012 C 326/47.

განმავლობაში სამართლის ამ ინსტიტუტმა რეგულაციების საკმაოდ რთული ქსელი შექმნა, რომლებიც სხვადასხვა ქვეყანაში ნაწილობრივ განსხვავებული და ღირებულია სამართლებრივი შედარებისათვის.³

საკუთრებას მრავალი ფუნქცია აქვს: მესაკუთრეს ეკუთვნის ნივთის ღირებულება, რომლის განკარგვაც შეუძლია გაცვლის ან დატვირთვის გზით (ღირებულების ქონის ფუნქცია); მესაკუთრე უფლებამოსილია, თავისუფლად გადაწყვიტოს ნივთით სარგებლობის საკითხი (სარგებლობის ფუნქცია), მიითვისოს ნივთის ნაყოფი (ნაყოფის მითვისების ფუნქცია) და გამორიცხოს სხვების მიერ ნივთის განკარგვა, მისი გამოყენება და მისგან ნაყოფის მიღება (სხვების გამორიცხვის ფუნქცია).

ჩვენს დროში მატერიალური საკუთრების უფლების გვერდით, მსგავსად, გაჩნდა სტრუქტურირებული უფლებები სხვა ქონებრივ სიკეთეებზე: უფლებები გამოგონებებსა და ინტელექტის სხვა ქმნილებებზე, ასევე სხვა უფლებებზე, როგორებიცაა: მოთხოვნები, საწარმოო ღირებულებები, *good will*, *know how* და ა. შ.

2. საკუთრება და განწილების სამართლიანობა

მწირ ეკონომიკურ რესურსებზე ყოვლისმომცველი კონტროლი არის სოციალური ძალაუფლების მიმნიჭებელი ფაქტორი. იგი შუა საუკუნეებში ფეოდალურ პირამიდაში პერსონალური კავშირების მეშვეობით იქნა რელატივირებული. ფეოდალიზმის ხანის დასრულებასთან ერთად, ყველაზე გვიან საფრანგეთის რევოლუციით, საკუთრება განთავისუფლდა ამ შეზღუდვებისგან. წარმოების საშუალებებზე საკუთრება – მაშინ არსებულ თითქმის შეუზღუდავ ხელშეკრულების თავისუფლებასთან ერთად – მე-19 საუკუნის განმავლობაში ადამიანის მიერ ადამიანის ექსპლუატაციის იურიდიულ ინსტრუმენტად გადაიქცა. ამან, როგორც ცნობილია, მოახდინა მარქსისტული ფილოსოფიის ინსპირირება; მისი მოთხოვნა, რომ განხორციელებულიყო წარმოების საშუალებების საზოგადოებრივ საკუთრებაში გადასვლა, განხორციელდა 1917 წლის ოქტომბრის რევოლუციის შემდეგ. სოციალისტურ ქვეყნებში ამან საწარმოებზე საკუთრების ახლებურ კონცეფციას მისცა დასაბამი: სამართლის სუბიექტებს მოშორდა გამოყენებისა და მითვისების ფუნქცია და იგი ოპერატიული მმართველობის ცნების ქვეშ მოექცა.⁴

დასავლეთშიც ჩანს ასეთი განვითარების კვალი. საფრანგეთსა და დიდ ბრიტანეთში, უშუალოდ მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ განხორციელდა განსაზოგადოებრიობის მოცულობითი კამპანიები ენერგეტიკისა და ტრანსპორტის სფეროებში, საფრანგეთში ასევე საფინანსო სფეროში, დიდ ბრიტანეთში ასევე ჯანდაცვის სფეროში. გერმანიის 1949 წლის ძირითად კანონში დღემდე არსებობს წარმოების საშუალებების სოციალიზაციის პრინციპული შესაძლებლობა.⁵ თვალსაზრისის ცვლილება სამოქალაქო სამართლის მიმართ გამომდინარეობს ძირითადი კანონის (GG) მე-14 მუხლის მე-2 აბზაციდან, რომლის მიხედვითაც „საკუთრება ავალდებულებს. მისი გამოყენება იმავდროულად უნდა ემსახუროდეს საყოველთაო კეთილდღეობას“. ამ გაგებით საკუთრება უფლებაც არის და მოვალეობაც. ამის საფუძველზე საკუთრების კონსტიტუციურსამართლებრივი, საყოველთაო კეთილდღეობაზე ორიენტირებული გაგება წლების განმავლობაში ფარავდა კლასიკურ ლიბერალურ კონცეფციას.

³ სანივთოსამართლებრივი შედარებისათვის იხ. Ulrich Drobnič/Ole Böger, Proprietary Security ნიგნში: Movable Assets, Munich 2015; Christian von Bar, Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses (ევროპული სანივთო სამართლის გაგების მთავარი საკითხები), JZ 2015 წ., 845 და შემდეგ სხვადასხვა მტკიცებულებით; მისივე., Gemeineuropäisches Sachenrecht (საერთოევროპული სანივთო სამართალი), ტ. I, München: C.H.Beck 2015.

⁴ იხ. დანვრილებით Valentin Petev, Sozialistisches Zivilrecht (სოციალისტური სამოქალაქო სამართალი) – შედარებითსამართლებრივი შესავალი ბულგარეთის სახალხო რესპუბლიკის, CSSR-ის, DDR-ის, პოლონეთის სახალხო რესპუბლიკის, რუმინეთის სოციალისტური რესპუბლიკის, უნგრეთის სახალხო რესპუბლიკისა და საბჭოთა კავშირის უფლებების გათვალისწინებით, Berlin: De Gruyter 1975, 113 და შემდეგ.

⁵ მე-15 მუხლი, ძირითადი კანონი.

3. საკუთრება საბაზრო ეკონომიკაში

საკუთრების უფლებები იმავდროულად გაცვლის ობიექტები და გარანტიებია ინვესტიციების დასაცავად. ხელშეკრულების თავისუფლებასთან კავშირში ისინი ნებისმიერი საბაზრო ეკონომიკის საჭირო საფუძველს ქმნიან, იქნება ეს ნაციონალურ თუ სუპრანაციონალურ დონეზე. ნაციონალური ბაზრების განსაზოგადოება ევროპულ ეკონომიკურ ერთობაში, რომელმაც ფუნქციონირება 1950 წლიდან დაიწყო, იმპლიციტურად ეფუძნება კერძო საკუთრების აღიარებასა და წევრ სახელმწიფოებში სახელშეკრულებო თავისუფლებას. მან მოახდინა საკუთრების უფლებების საბაზრო ფასეულობად ჩამოყალიბება.

საკუთრების უფლების ნაციონალურ დონეზე განსხვავებულად გაგება პოტენციურად ბაზრის შემაფერხებელი ელემენტია. ეს აფერხებს ქვეყნებს შორის ეკონომიკურ საქმიანობას, კერძოდ უფლებრივი სიკეთეების გაცვლას, ინვესტიციებსა და ფილიალების გახსნას. უფრო ყოველდღიური მაგალითი რომ დავასახელო: გერმანული სამართლით შეთანხმებული პირობადებული საკუთრება ესპანეთში ექსპორტისას კარგავს პირობადებულის ფუნქციას. იქ მისი მესამე პირების მიმართ ნამდვილობისათვის სავალდებულოა რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში, რაც ძვირადღირებული, შრომატევადი და გერმანელი ექსპორტიორებისათვის ზოგადად უცნობი მოთხოვნაა.⁶

განსაკუთრებით სერიოზულ ბარიერს ბაზარზე ქმნის სიტუაცია, როცა რომელიმე წევრი - სახელმწიფო წარმოების საშუალებებზე კერძო საკუთრებას ნაწილობრივ ან მთლიანად აუქმებს. წარმოების საშუალებების განსაზოგადოების პოლიტიკური ტენდენცია ნაწილობრივ ჯერ კიდევ წარმოდგენილი იყო 1950-იანი წლების სულისკვეთებაში და ეწინააღმდეგობოდა ერთიანი ბაზრის მიზანს, როგორც ეს იმ დროს EWG-ის ხელშეკრულებით იქნა გათვალისწინებული.

III. AEUV-ის ხელშეკრულების 345-ე მუხლის რეგულირების სფერო და მისი ფარგლები

ამ პრობლემებს ეხება ზემოთ ციტირებული AEUV-ის 345-ე მუხლი. თუ მის მიხედვით EWG-ის ხელშეკრულება „საკუთრების ეროვნულ წესრიგს ხელუხლებლად ტოვებს“, მაშინ ეს შეიძლება სხვადასხვას ნიშნავდეს; ყოველ შემთხვევაში, საკუთრების ცნება აქ სცილდება ნივთზე საკუთრებას და მოიცავს ასევე უფლებებს ისეთ ქონებრივ სიკეთეებზე, როგორიცაა, მაგალითად, ინტელექტუალური საკუთრების უფლების დაცვა⁷. ზოგადად კი იდენტიფიცირდება სამი შესაძლო ინტერპრეტაცია.

პირველ რიგში, 345-ე მუხლმა უნდა დაადასტუროს წევრი სახელმწიფოების უფლებამოსილება, განახორციელონ ფართომოცულობითი ცვლილებები საკუთრებით ურთიერთობებში, როგორცაა, მაგალითად, 1940-იანი წლების ნაციონალიზაცია. ავტორებმა ეს დებულება დასაწყისში ცალსახად „კომპანიებს“ დაუკავშირეს.⁸ მაშასადამე, საქმე ეხება საკუთრებით ურთიერთობებს პროდუქტულ ქონებაზე, როგორც ეკონომიკური კონსტიტუციის ცენტრალურ ნაწილზე. ეს გამოიხატება, აგრეთვე, ცნებაში „საკუთრებითი წესრიგი“ (*régime de la propriété, system of property ownership*), რომელიც შეეხება არა ცალკეულ დებულებას, არამედ მათ ერთობლიობას.⁹

მეორეც, მუხლი შეიძლება ისეც იქნეს წაკითხული, თითქოს ამით, ზოგადად, გამოირიცხე-

⁶ იხ. Eva-Maria Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt* (მოძრავი ნივთების უზრუნველყოფა ევროპულ შიდა ბაზარზე), Baden-Baden, 1996, 60–62; მსგავს სამართლებრივ კოლიზიებთან დაკავშირებით სხვა ნაციონალური სამართალი იხ. Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies*, The Hague 2015, para. 335.

⁷ შდრ. Bertold Bär-Bouysière in von der Groeben/Schwarze/Hatje, გამომც. ევროპული კავშირის სამართალი, მე-7 გამოცემა, Baden-Baden, 2015, 345-ე მუხლი, მე-20 ველი.

⁸ შდრ. დანწერილებით Eveline Ramaekers, *European Union Property Law*, Cambridge und Antwerpen 2013, 107.

⁹ შდრ. Bertold Bär-Bouysière in von der Groeben/Schwarze/Hatje, ზემოთ მე-7 სქოლიო, 345-ე მუხლი, მე-6 ველი.

ბა ევროპული კავშირის კომპეტენცია, გამოსცეს ნორმები საკუთრების უფლებასთან დაკავშირებით. მაგრამ ტექსტი მეტყველებს სანინაალმდეგოს: „ხელუხლებელი“ რჩება საკუთრებითი წესრიგი, ერთიანი კონცეფცია, რომელიც სავალდებულოდ არ ირღვევა ცალკეული რეგულაციის ჰარმონიზაციის შედეგად. ეს ნორმა არ დგას ევროპული კავშირის პოლიტიკის შესახებ ხელშეკრულების არცერთ თავში, სადაც დარეგულირებულია უფლებამოსილებით აღჭურვის საფუძვლები და მათი ფარგლები, მაგალითად, სამართლის ჰარმონიზაციის 114-ე მუხლში. 345-ე მუხლის სისტემატური მდებარეობა არის EWG-ის ან ევროგაერთიანების ხელშეკრულების ნაწილი, რომელიც დასკვნით ნორმებს ეძღვნება. ხელშემკვრელი მხარეები იქ ათავსებენ ზოგად დებულებებს, ასევე პირობითი დათქმებისა და კონფლიქტური სიტუაციებისათვის გათვალისწინებულ ნორმებს.

მესამეც, 345-ე მუხლის კიდევ უფრო ფართოდ გაგება შეიძლება იმ მიმართულებით, რომ EWG-ის ხელშეკრულების სხვა ნორმებსა და მათ გამოყენებას არ შეიძლება რაიმე ზემოქმედება ჰქონდეს საკუთრების მოცულობაზე, როგორც ეს დეფინირებულია ან დეფინირდება ნაციონალურ სამართალში. მაგრამ სასამართლომ ეს განმარტება საქონლის თავისუფალი მიმოქცევის კონტექსტში უარყო: „EWG-ის ხელშეკრულების დებულებები, კერძოდ, 222-ე მუხლი..., არ შეიძლება განიმარტოს იმ მიმართულებით, რომ ისინი ნაციონალურ კანონმდებელს სამენარმეო და კომერციული საკუთრების სფეროში უტოვებენ უფლებამოსილებას, გაატაროს ღონისძიებები, რომლებიც საერთო ბაზრის შიგნით საქონლის თავისუფალი მიმოქცევის პრინციპის სანინაალმდეგო იქნებოდა, რაც EWG-ის ხელშეკრულებაშია გათვალისწინებული და ფორმულირებული“.¹⁰

ამგვარად, AEU-ის ხელშეკრულების 345-ე მუხლის ინტერპრეტირება შეიძლება ისე, რომ ამ მუხლით არ შეიზღუდება ხელშეკრულების სხვა ნორმების, მათ შორის არც კომპეტენციის მარეგულირებელი წესების, მოქმედების სახე, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა რომელიმე წევრი სახელმწიფო მოისურვებს, განახორციელოს საკუთრებით ურთიერთობათა ფართო ახლებური წესრიგი მეურნეობის რომელიმე დარგში მთლიანად, როგორც ეს 1980 წელს განახორციელა საფრანგეთმა, როცა კომერციული ბანკების ნაციონალიზაცია ჩაატარა. ვინაიდან 345-ე მუხლს რეგულირების მხოლოდ შეზღუდული არე აქვს, ჩნდება კითხვა: როგორ შეუძლია კავშირის სამართალს, სხვაგვარად არეგულიროს და დაიცვას საკუთრება?

IV. კავშირის პირველადი სამართლის სხვა ნორმები

1. უფლებამოსილებით აღჭურვის საფუძვლები

ცალკეულ შემთხვევებში, უფლებამოსილებით აღჭურვის პრინციპის მიხედვით, კავშირს შეუძლია, მხოლოდ მასზე მინიჭებული კომპეტენციების ფარგლებში მოქმედებდეს.¹¹ წევრი სახელმწიფოების მიერ კომპეტენციების გადაცემა დიდწილად მოხდა არა მთელი სამართლებრივი სფეროების ან ინსტიტუტების ფარგლებში, არამედ პოლიტიკური მიზნების მიღწევის ქრილში, მაგ., მხოლოდ ერთიანი ბაზრის ან სხვა პოლიტიკური სფეროების, როგორცაა სატრანსპორტო პოლიტიკა. ამდენად, საკანონმდებლო ღონისძიებები მიმართული უნდა იქნეს ფუნქციურად მხოლოდ ხელშეკრულებაში ჩამოყალიბებულ პოლიტიკურ მიზნებზე; მაშინ, ძირითადად, სულ ერთია, ითვალისწინებენ ისინი კერძოსამართლებრივ თუ საჯაროსამართლებრივ წესებს – მათი საგანი კერძო საერთაშორისო თუ მატერიალური სამართალია, შეეხებიან ისინი სახელშეკრულებო სამართალს, თუ ასევე სანივთო სამართალს.

მაშასადამე, ევროპული კავშირის სამართლის სისტემა სრულიად განსხვავდება ევროპული კოდექსების სისტემისაგან. უფლებამოსილებით აღჭურვის საფუძვლების ფუნქციური კავშირის

¹⁰ EuGH 18.2.1992, Rs. C-30/90 (Kommission ./ Vereinigtes Königreich), Slg. 1999, I-857, Erw. 18; GA Alber 1999 წლის 22 ივნისის საბოლოო შუამდგომლობები, კრებულში: Rs. C-38/98, Slg. 1999, I-2977, 99.

¹¹ ევროპული კავშირის შესახებ ხელშეკრულების (EUV) მე-5.2 მუხლი, კონსოლიდირებული რედაქცია კრებულში: ABL. 2012 C326-13.

შესაბამისად, ევროპული კავშირის ქვემოთ ჩამოთვლილ ღონისძიებებს, გარკვეულწილად, წერტილოვანი გამოყენების სფეროები აქვს – ისინი საკუთრების სრულიად სპეციფიკურ კონტექსტებს ეხება, ამიტომ ღონისძიებების ერთიანობა შემთხვევით შედგენილის შთაბეჭდილებას ქმნის. ევროპული კერძო სამართლის ნორმების ხშირად აღწერილი ფრაგმენტული ხასიათი ჩნდება ასევე სანივთო სამართალთან კავშირშიც.

უფლებამოსილებით აღჭურვის ცალკეული შესაძლო საფუძვლების დეტალური ხსენების გარეშე, შეიძლება დასახელდეს ის ნორმები, რომლებიც საკუთრების უფლებისათვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია.¹² უშუალო კავშირს ავლენს AEU-ის ხელშეკრულების 50-ე მუხლის მე-2 (ე) აბზაცი: ამ ნორმის მიხედვით, კავშირის ღონისძიებებს შეუძლია, „შესაძლებელი გახადოს წვერი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე სხვა წვერი სახელმწიფოს მოქალაქის მიერ მიწის საკუთრების შეძენა და გამოყენება.“ ასეთ ღონისძიებებს ძალზე უნდა ვერიდოთ, ვინაიდან საცხოვრებელი ადგილის არჩევის თავისუფლება, AEU-ის ხელშეკრულების 49-ე მუხლის შესაბამისად, გარდამავალი პერიოდის დასასრულიდან მოყოლებული, პირდაპირ შედეგს ავლენს.¹³ ამით, მიწის ნაკვეთის შეძენისას, უზრუნველყოფილია ევროპული კავშირის ყველა მოქალაქის მიმართ თანაბარი მოპყრობის შესაძლებლობა უკვე კონსტიტუციური რანგის კანონის მეშვეობით და ის არ საჭიროებს განხორციელებას მეორადი სამართლებრივი ღონისძიებების გზით.

უფრო მნიშვნელოვანია ლისაბონის ხელშეკრულებით წარმოდგენილი კავშირის უფლებამოსილება, გათვალისწინებული AEU-ის ხელშეკრულების 118-ე მუხლში, რომელიც ეხება ევროპის შიდა ბაზარზე ინტელექტუალური საკუთრების უფლებების ერთიანი დაცვის ევროპული სამართლებრივი ტიტულების შექმნას. ამასთან, საქმე არ ეხება ცალკეული წვერი სახელმწიფოს ინტელექტუალური საკუთრების უფლებების ტერიტორიული თვალსაზრისით ჰარმონიზაციას, არამედ კავშირს შეუძლია, 118-ე მუხლის შესაბამისად, შემოიღოს დაცვის უფლებები *sui generis*, რომლებიც მოქმედებენ როგორც კავშირის სავაჭრო ნიშანი¹⁴ კავშირის მთელ ტერიტორიაზე.

საკუთრების უფლებებზე ამ პირდაპირი მითითებების გვერდით არის სხვა უფლებამოსილების მიმნიჭებელი საფუძვლები, რომლებიც პოლიტიკის სხვა სფეროებს შეეხება, მაგრამ, რომლებსაც ასევე შეიძლება დაეფუძნოს სანივთოსამართლებრივი რეგულირების წესები. წარსულში მატერიალური სამართლისათვის მნიშვნელოვანი იყო AEU-ის ხელშეკრულების 114-ე მუხლი, ცენტრალური ნორმა სამართლის ჰარმონიზაციისათვის. მის შესაბამისად, კავშირს შეუძლია ღონისძიებების გატარება, კერძოდ: დადგენილებებისა და დირექტივების მიღება, რათა შიდა ბაზარისთვის შეიქმნას და უზრუნველყოფოს მისი ფუნქციონირება. სახელმწიფოთა შორის საქონლის თავისუფლად მიმოქცევისა და ასევე მომსახურების განხორციელებისათვის, რაც შიდა ბაზრის საკვანძო ელემენტია, საჭიროა, უპირველეს ყოვლისა, ფიქრი იმაზე, თუ როგორ მოხდება ინტელექტუალური საკუთრების დაცვის ტერიტორიულად მოქმედი წესების, ასევე უფლებებსა და უძრავ ან მოძრავ ნივთებზე უზრუნველყოფის შესახებ წესების ჰარმონიზაცია იმ მიზნით, რომ შემცირდეს წინააღმდეგობები, რომლებიც იქმნება განსხვავებული ეროვნული სამართალწესრიგების გამო.¹⁵

საერთაშორისო კერძო სამართლის ფარგლებში არსებული სანივთო სამართლისათვის გათვალისწინებულ უნდა იქნეს AEU-ის ხელშეკრულების 67-ე და 81-ე მუხლები. იქ ჩადებული მიზანი, „თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლებრივი სივრცის“ ჩამოყალიბების შესახებ, გულისხმობს ასევე „წვერი სახელმწიფოების განსხვავებული სამართლებრივი წესრიგისა და განსხვავებული სამართლებრივი ტრადიციების პატივისცემასა და გათვალისწინებას“ „ერთიანი „სამართლებრივი სივრცის“ შესაქმნელად, სხვადასხვაობის გათვალისწინებით, AEU-ის ხელშეკრუ-

¹² მიმოხილვა იხ. Ramaekers, მე-8 სქოლიო, 139–141.

¹³ იხ. EuGH 21.6.1974, Rs. 2/74 (Jean Reyners / Belgischer Staat), Slg. 1974, 631, 24/28.

¹⁴ თანამედროვე სამართლებრივი საფუძველი, რომელიც გამოიცა AEU-ის ხელშეკრულების 352-ე მუხლით გათვალისწინებული უფლებამოსილების სუბსიდიურ საფუძველზე, მოიცხვენება საბჭოს დებულებაში (EG) Nr. 207/2009 წლის 26.2 ევროგაერთიანების სავაჭრო ნიშნის შესახებ (კოდიფიცირებული ვერსია), ABl. 2009 L 78/1.

¹⁵ ასეთი წინააღმდეგობის მაგალითი დასახელებულ იქნა ტექსტში ზემოთ, იხ. სქოლიო 6.

ლების 81-ე მუხლი ავალეს კავშირს, განავითაროს „სამოქალაქო საქმეებში სამართლებრივი თანამშრომლობა სახელმწიფოთაშორისი კავშირებით“. ამისათვის კი ცალსახად გათვალისწინებულია ასევე სამართლის ჰარმონიზაცია. „განსაკუთრებით მაშინ, როცა ეს აუცილებელია შიდა ბაზრის შეუფერხებელი ფუნქციონირებისათვის“. იგი, 81-ე მუხლის მე-2 აბზაცის შესაბამისად, მოიცავს საერთაშორისო სამოქალაქო საპროცესო სამართლის სხვადასხვა სფეროს, ასევე ლონისძიებებს, რომლებმაც უნდა უზრუნველყონ „წევრ სახელმწიფოებში მოქმედი კოლიზიური ნორმების თავსებადობა“. ეს ლონისძიებები შეიძლება უპრობლემოდ იქნეს გამოყენებული სანივთოსამართლებრივ უფლებებზე და იძლევიან საშუალებას, მიღებულ იქნეს ერთიანი კოლიზიური ნორმები იმ მიზნით, რომ კავშირის მასშტაბით აღიარებულ იქნეს საკუთრების უფლება და სხვა სანივთო უფლებები, რომლებიც ერთ-ერთი წევრი სახელმწიფოს სამართლით იქნა დადგენილი.

ხაზგასმულ უნდა იქნეს, რომ აქ დასახელებული უფლებამოსილების მიმნიჭებელი საფუძვლები კავშირშია კავშირის შიდა ბაზრისათვის შემუშავებულ პროგრამასთან. ამაზე 114-ე და 118-ე მუხლებში გლობალური მასშტაბით კეთდება მინიშნება. 50-ე მუხლის მე-2(ე) აბზაცი საშუალებას იძლევა, გატარდეს ლონისძიებები საცხოვრებელი ადგილის არჩევის თავისუფლების უზრუნველსაყოფად, რაც AEU-ის ხელშეკრულების 26-ე მუხლის მე-2 აბზაცის განმარტების მიხედვით, შიდა ბაზრის აუცილებელი შემადგენელი ნაწილია. მხოლოდ 81-ე მუხლის მე-2 აბზაცით გათვალისწინებულ შემთხვევაში არ არის შიდა ბაზართან კავშირი სავალდებულო წინაპირობა; მაგრამ აქაც იგი გამოყოფილია როგორც ტიპური მაგალითი. ეს დაკვირვებები კავშირის თანამედროვე და სამომავლო კანონმდებლობაზე, საკუთრების უფლებასთან დაკავშირებით, უთითებენ სხვა სისტემაზე, ვიდრე ეს ცნობილია სამოქალაქო კოდექსებიდან. ყურადღების ცენტრშია არა სამართლებრივი ტიტულების დაცვა, არამედ ბაზრის ფუნქციონირება.

2. საკუთრების ძირითადი უფლებრივი დაცვა

2000 წელს მიღებულ იქნა, თავდაპირველად ჩაფიქრებული როგორც არასავალდებულო, ადამიანის უფლებათა ქარტია (ChGr), რომელმაც შემდეგ ლისაბონის ხელშეკრულებით, ამჟამად კი EUV-ის ხელშეკრულების მე-6 მუხლის 1-ლი აბზაცის შესაბამისად, სავალდებულო ხასიათი შეიძინა. მასთან, დაცულ უნდა იქნეს ევროპული სასამართლოს მიერ ზოგადი პრინციპების სახით EUV-ის ხელშეკრულების მე-6 მუხლის მე-3 აბზაცის შესაბამისად შემუშავებული ძირითადი უფლებები. საკუთრების დაცვა ჩადებულია ქარტიის (ChGr) მე-17 მუხლში. ნორმაში ვკითხულობთ:

„ყველას აქვს უფლება, ფლობდეს მართლზომიერად შეძენილ საკუთრებას, იყენებდეს, განკარგავდეს და მემკვიდრეობით გადასცემდეს მას. არავის შეიძლება ჩამოერთვას საკუთრება, გარდა საზოგადოებრივი ინტერესის საფუძვლიდან გამომდინარე იმ შემთხვევებისა და იმ პირობით, რომლებიც კანონით არის განსაზღვრული, ასევე დროული და საკუთრების დაკარგვისათვის სათანადო კომპენსაციის სანაცვლოდ. საკუთრებით სარგებლობა შეიძლება კანონით რეგულირდებოდეს, თუ ეს აუცილებელია საზოგადოების კეთილდღეობისათვის.

ინტელექტუალური საკუთრება დაცული უნდა იყოს.

ამ ფუნდამენტურმა უფლებამ არ უნდა გადაფაროს, განდევნოს, ან ზედმეტი გახადოს საკუთრების დაცვა, გათვალისწინებული ნაციონალური კონსტიტუციური სამართლით. ეს გამომდინარეობს ქარტიის 51-ე მუხლში დარეგულირებული გამოყენების სფეროდან. ამის მიხედვით, ქარტია ავალდებულებს, ერთი მხრივ, კავშირის ორგანოებსა და სტრუქტურებს და მეორე მხრივ, წევრ სახელმწიფოებს, გაითვალისწინონ ეს „კავშირის სამართლის განხორციელებისას“. ქარტია არ ცვლის კავშირისა და წევრი სახელმწიფოების შესაბამის უფლებამოსილებებსა და ამოცანებს, მაშასადამე, მათი დადგენა უნდა მოხდეს ხელშეკრულებათა სხვა დებულებების გათვალისწინებით. ზემოთქმულიდან გამომდინარე, მესაკუთრის უფლებამოსილებებით აღჭურვის საფუძვლებთან მიმართებით ეს ნიშნავს, რომ კავშირის ძირითადი უფლება, საკუთრების დაცვა, თავისი მნიშვნელობით, თავის მხრივ, შიდა ბაზართან არაპირდაპირ კავშირს ავლენს.

როგორც მე-17 მუხლის ტექსტიდან გამომდინარეობს, კანონმდებელს შეუძლია, საკუთრებით სარგებლობის საკითხი საზოგადოების ინტერესებიდან გამომდინარე არეგულიროს. აქედან გამომდინარე, 52-ე მუხლის 1-ლი აბზაცის თანახმად, მას შეუძლია, საკუთრების უფლების გან-

ხორციელებისთვის შეზღუდვებიც დაანესოს, ესეც მხოლოდ და მხოლოდ კანონის საფუძველზე და საყოველთაო კეთილდღეობის ხელშესაწყობად. ასეთი კანონები უნდა იყოს პროპორციული და პატივს სცემდეს საკუთრების არსს. როგორ დამოკიდებულებაში აღმოჩნდება მე-17 მუხლით გათვალისწინებული დარეგულირების უფლებამოსილება 52-ე მუხლით გათვალისწინებული შეზღუდვის შესაძლებლობის მიმართ, ჯერ უცნობია, სავარაუდოდ, განსხვავება არ არსებობს.¹⁶

ძირითად უფლებათა ქარტიის განმარტება სასამართლოს მიერ დიდწილად ჯერ კიდევ არ არსებობს. იგი, სავარაუდოდ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (EGMR) პრაქტიკაზე აიღებს ორიენტაციას ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ კონვენციისათვის დამატებითი პროტოკოლის პირველ მუხლთან დაკავშირებით, რომელიც მნიშვნელოვანი მოდელია ქარტიის (ChGR) მე-17 მუხლისათვის. კერძოდ EGMR-მა დაადასტურა, რომ საკუთრების შეზღუდვები ნაციონალური სამართლით ექვემდებარება კონტროლს პროპორციულობის თვალსაზრისით.¹⁷ ეს გამომდინარეობს ევროპული კავშირის სასამართლოს მართლმსაჯულებიდან, რომელმაც უფლება საკუთრებაზე უკვე ადრევე აღიარა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის დამატებითი პროტოკოლის 1-ლი მუხლის საფუძველზე.¹⁸ ნათქვამთან გავლებული პარალელების საფუძველზე, კვლავ ხელახლა იქნება მოძებნილი *cum grano salis* ქარტიის ნახსენებ ნორმებში ის ამაღლამი სუბიექტური ძირითადი უფლებისა და საყოველთაო კეთილდღეობაზე ორიენტირებულობა, რომელიც ასევე დამახასიათებელია ნაციონალური სამართლისათვისაც.

V. ინტელექტუალური საკუთრება

შედარებით ფართომოცულობითი, სრულყოფილებაზე ორიენტირებული კანონმდებლობა ევროპულმა კავშირმა მხოლოდ ინტელექტუალური საკუთრების სფეროსათვის განავითარა. ამასთან, განასხვავებენ სამართლებრივი აქტების ორ სახეობას: ნაციონალური სამართლის ჰარმონიზაციის მიზნით არსებულ დირექტივებსა და მათ გვერდით კავშირის მიერ მიღებულ მრავალ დადგენილებას იმისათვის, რომ შეიქმნას ზემოხსენებული დაცვის ახალი უფლებები.

ბოლოს ნახსენები, AEUV-ის ხელშეკრულების 118-ე მუხლზე დაფუძნებული დადგენილებების შემთხვევაში, არამატერიალური ქონებრივი სიკეთეების ტერიტორიულობის პრინციპი ეხება არა თითოეულ ნევრ სახელმწიფოს, არამედ მთლიანად კავშირს. დაცვის ფუნქციის მქონე უფლებები – საქმე ეხება საერთო სავაჭრო ნიშნებს,¹⁹ საერთო სავაჭრო მარკას,²⁰ ევროპული გაერთიანების მწვანე საფარის მრავალფეროვნების დაცვას²¹ და ევროპულ პატენტს უნიტარული ეფექტით²² – ოფციურია; უფლებამოსილ პირებს თავიანთი მოთხოვნები შეუძლიათ დაიკმაყოფი-

¹⁶ პროპორციულობის პრინციპის გამოყენებას მე-17 მუხლის 1-ლი აბზაცის მე-3 წინადადების მიხედვით, 52-ე მუხლთან კავშირში მხარს უჭერს Ferdinand Wollenschläger, იხ. კრებულში: Steve Peers/Tamara Hervey/Jeff Kenner/Angela Ward, eds., *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland 2014, პარაგ. 17(1), 43 და შემდეგ.

¹⁷ EGMR 23.9.1982 – 7151/75 და 7152/75 (Sporrong und Lönnroth/შვედეთი), 69; დანვ. იხ. Sabrina Praduroux, *How to Fairly Judge Restrictions to Property Rights: An Overview on ECHR's on Public and Private Interests in the Regulation of Property*, კრებულში: Bram Akkermans/Ernst Marais/Eveline Ramaekers, eds., *Property Law Perspectives II*, Antwerpen und Cambridge 2014, 21 – 38 (25 და შემდეგ).

¹⁸ იხ. EuGH 13.12.1979, Rs. 44/79 (Hauer/Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3327, 17 და შემდეგ.

¹⁹ იხ. ზემოთ, მე-14 სქოლიო.

²⁰ ევროსაბჭოს 2001 წლის 12 დეკემბრის დადგენილება (EG) Nr. 6/2002 გაერთიანების სავაჭრო მარკის შესახებ, ABl. 2002 L 3/1.

²¹ ევროსაბჭოს 1994 წლის 27 ივლისის დადგენილება (EG) Nr. 2100/94 მცენარეული მრავალფეროვნების დაცვის შესახებ.

²² ერთიანი მოქმედების მქონე ევროპული პატენტი მიღებულ იქნა გაძლიერებული თანამშრომლობის შედეგად AEUV-ის 326-ე მუხლის შესაბამისად: საბჭოს 2011 წლის 10 მარტის რეზოლუცია (2011/167/EU) გაძლიერებული თანამშრომლობის გაშლის უფლებამოსილების შესახებ პატენტის ერთიანი დაცვის სფეროში, ABl. 2011 L 76/53; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2012 წლის 17 დეკემბრის დადგენილება (EU) Nr. 1257/2012 გაძლიერებული თანამშრომლობის იმპლემენტაციის შესახებ პატენტის

ლონ აგრეთვე ცალკეული წევრი სახელმწიფოს სამართლის მიხედვით ამ სამართლის ფარგლებში შეზღუდული დაცვის უფლებებით.

საფუძვლად აღებული სამართლებრივი აქტები უფრო ფართომოცულობითია, ვიდრე კავშირის მეორადი სამართლის სხვა ინსტრუმენტები. ნათელი ხდება რეგულაციის ქვეშ რაც შეიძლება მეტი სამართლებრივი ურთიერთობის მოქცევის მიზანი; სწორედ კერძოსამართლებრივი ასპექტების თვალსაზრისით არსებობს ხარვეზები, რომლებიც, კოლიზიური სამართლის ჩათვლით, უნდა შეივსოს ნაციონალური სამართლით; ნაწილობრივ მოიძებნება ამასთან დაკავშირებული მითითებითი ნორმები. თუ კოლიზიური ნორმები ერთმანეთს ემთხვევა და უფრო მეტიც, ერთმანეთზე მორგებულია, მაშინ, სულ მცირე, კავშირის ყველა სასამართლოს მიერ მოხდება ნაციონალურ სამართალზე მითითება.²³

კავშირმა ინტენსიური სამუშაო ჩაატარა ნაციონალური სამართლის წევრი სახელმწიფოების სამართლის უნიფიცირებისათვის, კერძოდ სასაქონლო ნიშნების²⁴, ნიმუშებისა და მოდელების,²⁵ საავტორო უფლებისა²⁶ და მსგავსი დაცვის უფლებების²⁷ სფეროში, ასევე ბიოტექნოლოგიური გამოგონებების სფეროში.²⁸ კერძოსამართლებრივი დაცვისათვის გამოიკა ცალკე აქტი, იმპლემენტაციის დირექტივა, უმეტესწილად პროცესუალურ-სამართლებრივი დებულებებით.²⁹

ამ რეგულაციების შინაარსობრივ მხარეს ადგილის სიმცირის გამო ვერ შევხებით.³⁰ მაგ-

ერთიანი დაცვის სფეროში, ABl. 2012 L 361/1; ევროსაბჭოს 2012 წლის 17 დეკემბრის დადგენილება (EU) Nr. 1260/2012 გაძლიერებული თანამშრომლობის იმპლემენტაციის შესახებ პატენტის ერთიანი დაცვის სფეროში გამოსაყენებელი თარგმნის რეგულაციების თვალსაზრისით, ABl. 2012 L 361/89.

²³ იხ. გაერთიანების სავაჭრო ნიშანთან დაკავშირებით ზემოთ, მე-14 სქოლიო, ასევე, 101-ე მუხლის მე-2 აბზაცი, დადგენილება №207/2009.

²⁴ ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2008 წლის 22 ოქტომბრის დირექტივა 2008/95/ ევროგაერთიანების სასაქონლო ნიშნების სფეროში წევრი სახელმწიფოების სამართლის ნორმების ჰარმონიზაციის მიზნით (კოდიფიცირებული ვერსია), ABl. 2008 L 299/25.

²⁵ ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 1998 წლის 13 ოქტომბრის დირექტივა 98/71/ EG ნიმუშებისა და მოდელების სამართლებრივი დაცვის შესახებ, ABl. 1998 L 289/28.

²⁶ საბჭოს 1993 წლის 27 სექტემბრის დირექტივა 93/83/EWG საავტორო და მომიჯნავე უფლებების ნორმების კოორდინირების მიზნით სატელიტური და საკაბელო მაუნყებლობის გავრცელების შესახებ, ABl. 1993 L 248/15; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2001 წლის 22 მაისის დირექტივა 2001/29/EG საინფორმაციო საზოგადოებებში საავტორო სამართლის გარკვეული ასპექტებისა და მონათესავე უფლებების ჰარმონიზაციის მიზნით, ABl. 2001 L 167/10; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2001 წლის 27 სექტემბრის დირექტივა 2001/84/EG ხელოვნების ნაწარმოების ორიგინალის ავტორის უფლების შესახებ ნასყიდობით ურთიერთობებში, ABl. 2001 L 272/32; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2006 წლის 12.12-ის დირექტივა 2006/115/EG თემაზე: „გაქირავებისა და მიკუთვნების უფლება, ასევე საავტორო უფლების მომიჯნავე უფლებები ინტელექტუალური საკუთრების სფეროში“ (კოდიფიცირებული რედაქცია), ABl. 2006 L 376/28; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2006 წლის 12.12-ის დირექტივა 2006/116/EG საავტორო და მისი მომიჯნავე უფლებების ხანგრძლივობის შესახებ (კოდიფიცირებული რედაქცია), ABl. 2006 L 372/12; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2012 წლის 25.10-ის დირექტივა 2012/28/EU ავტორისგარეშე დარჩენილი ნაწარმოების გამოყენების გარკვეული დასაშვები ფორმების შესახებ, ABl. 2012 L 299/5; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2014 წლის 26.2-ის დირექტივა 2014/26/EU საავტორო და მასთან დაკავშირებული უფლებების კოლექტიური მართვისა და მრავალტერიტორიული ლიცენზიების გაცემის შესახებ მუსიკალური ნაწარმოებების ონლაინ-გამოყენებაზე შიდა ბაზარზე, ABl. 2014 L 84/72.

²⁷ საბჭოს 1986 წლის 16 დეკემბრის დირექტივა ტოპოლოგიის ნახევარგამტარი პროდუქციის სამართლებრივი დაცვის შესახებ, ABL. 1987L 24/36; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 1996 წლის 11 მარტის დირექტივა 96/9/EG მონაცემთა ბაზების სამართლებრივი დაცვის შესახებ, ABl. 1996 L 77/20; ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2009 წლის 23 აპრილის დირექტივა 2009/24/EG კომპიუტერული პროგრამების სამართლებრივი დაცვის შესახებ (კონსოლიდირებული რედაქცია), ABl. 2009 L 111/16.

²⁸ ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 1998 წლის 6 ივლისის დირექტივა 98/44/EG ბიოტექნოლოგიური გამოგონებების სამართლებრივი დაცვის შესახებ, ABl. 1998 L 213/13.

²⁹ ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2004 წლის 29 აპრილის დირექტივა 2004/48/EG ინტელექტუალური საკუთრების უფლებების განხორციელების მიზნით, ABl. 2004 L 157/45.

³⁰ დაწვრილებით ამასთან დაკავშირებით იხ. ქვემოთ ჩამოთვლილი საკვანძო მუხლები წიგნში: Jürgen Ba-

რამ მათი სიმრავლე და კერძოსამართლებრივი ასპექტების ხარვეზიანი რეგულირება უთითებს კავშირის პირველად მოტივზე ამ კანონმდებლობასთან მიმართებით. მთავარი მიზანი ავტორებისა და გამომგონებლების ფართომოცულობითი და ერთიანი სამართლებრივი დაცვაა. მთავარია, უფრო მეტად სურვილი, თავიდან იქნეს აცილებული შიდა ბაზრისათვის წინააღმდეგობები, რომლებიც ტერიტორიული პრინციპიდან გამომდინარეობენ და AEUV-ის ხელშეკრულების 36-ე მუხლში საქონლის თავისუფალი გადაადგილების სფეროსათვის ცალსახად არის აღიარებული. კერძოსამართლებრივი ასპექტების ნაწილობრივი ჰარმონიზაცია მხოლოდ მისასაღებელი, შიდა ბაზარზე ორიენტირებული სამართლებრივი პოლიტიკის დამატებითი პროდუქტია.

VI. უზრუნველყოფის უფლებები

კავშირის სამართლებრივი აქტები კლასიკური სანივთო სამართლის სფეროში ასევე ბაზარზეა ორიენტირებული. ისინი შეეხება საკუთრების ერთ – ღირებულებითი სტაბილურობის – ასპექტს, კერძოდ, ნივთის მესაკუთრის შესაბამისად უფლების მფლობელის/მეპატრონის მიმართ მოთხოვნის უზრუნველყოფას. უზრუნველყოფის ფუნქციას ემსახურება სრული უფლების გადაცემა, მაშასადამე ნივთზე საკუთრების ან უფლებაზე მფლობელობის გადატანა, ან საკუთრების ან სრული უფლების დატვირთვა. ორივეს საფუძვლად უდევს ვალდებულებითსამართლებრივი ძალის მქონე უზრუნველყოფის შესახებ შეთანხმებები. სანივთოსამართლებრივი ფორმირებიდან დამოუკიდებელია ოპერაციის ეკონომიკური ფუნქციურობა: საქმე ეხება მესაკუთრისათვის/მეპატრონისათვის კრედიტის გამოყოფას სხვა ეკონომიკური ტრანსაქციებისათვის. ბაზრის გამომაცოცხლებელი ეფექტი მოქმედებს, ერთი მხრივ, საფინანსო ბაზრებზე, მაგრამ, მეორე მხრივ, სასაქონლო ბაზარზეც. კავშირის კანონმდებლობა სწორედ ამაზე აკეთებს აქცენტს. ქვემოთ განხილული იქნება მხოლოდ უკვე მიღებული სამართლებრივი აქტები და არა პროექტები, რომელთა რეალიზაცია, როგორც, მაგალითად, „ევროიპოთეკის“ შემთხვევაში, წინაპირობებთანაა დაკავშირებული და გაურკვეველია.³¹

1. ფინანსური ბაზრები

ბანკთაშორის სექტორში კავშირი, თავდაპირველად, გადახდისა და გაქვითვის მულტილატერალურ სისტემებში სამართლებრივი რისკების გათვალისწინების გზას დაადგა, რომლებმაც ბოლო ათწლეულებში აგრეთვე გლობალური მნიშვნელობა შეიძინა. ასეთ სისტემებში მონაწილე საკრედიტო ინსტიტუტები ხშირად უკვეთენ გირაოს, დებენ ფასიანი ქაღალდების გამოსყიდვის დათქმით ნასყიდობის ან მსგავს ხელშეკრულებებს და ამ გზით ახდენენ საკუთარი მოთხოვნების უზრუნველყოფას. ამ მოთხოვნების წამოყენება მესამე პირების მიმართ, ძირითადად, ნაციონალური სამართლის მიხედვითაც წარმატებით არის შესაძლებელი. 1998 წლის დირექტივით კავშირმა ასეთი სანივთო უზრუნველყოფები ევროპის მასშტაბით გაკოტრების სამართლისთვისაც რელევანტურად გამოაცხადა. მოვალის/გარანტის ვალაუფალობის შემთხვევაში კრედიტორთა უფლებები განისაზღვრება არა გადახდისუუნარობის წესდების მიხედვით, არამედ იმ ქვეყნის სამართლის მიხედვით, რომლის უზრუნველყოფის საგნები დარეგისტრირებული ან აღრიცხვის

sedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann, eds., Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol. I, II, Oxford 2012; Axel Metzger, Copyright, 403–407; Annette Kur, Industrial Design Law, 865–869; Christian Heinze, Trade Mark Law, 1663–1670; Joseph Straus, Patent Law, 1255 / 1259; იხ. ასევე: Trevor Cock, EU Intellectual Property Law, Oxford 2010.

³¹ იხ. ამ პროექტზე ხანგრძლივი შრომის შესახებ Tatjana Josipović, Die Harmonisierung der Immobiliarsicherheiten: Die Eurohypothek – Modell zur Harmonisierung des Hypothekarkreditmarkts der EU, წიგნში: Jürgen Basedow/Oliver Remien/Manfred Wenckstern (მოძრავი ქონების უზრუნველყოფის ჰარმონიზაცია – იპოთეკარების საკრედიტო ბაზრის ჰარმონიზაციის მოდელი), გამომცემელი ევროპული კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი (Europäisches Kreditsicherungsrecht) – სიმპოზიუმი მაქს პლანკის ინსტიტუტში უცხო და საერთაშორისო კერძო სამართლისათვის ულრიხ დრობნიკის პატივსაცემად, რომელიც გაიმართა 2008 წლის 12 დეკემბერს, Tübingen, 2010, 71–12.

ნიგნშია გატარებული.³² მიღებული რეგულაცია ნაწილობრივ მატერიალურსამართლებრივი, ნაწილობრივ კოლიზიურსამართლებრივი ბუნებისაა.

ეს შეზღუდული ნორმატიული მიდგომა ჩადებულია 2002/47 დირექტივაში ფინანსური უზრუნველყოფების ღონისძიებათა შესახებ, რომლის მოქმედებაც კვლავ ბანკთაშორისი სექტორით არის შემოფარგლული.³³ დირექტივის მე-3 მუხლი ფინანსური უზრუნველყოფის საშუალებების დადგენისას უარს ამბობს ფორმასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებზე. მე-4 მუხლი შეეხება სპეციფიკურ ფორმებსა და უზრუნველყოფის შეფასების პროცედურებს. მე-5 მუხლის მიხედვით, უზრუნველყოფის ამღები იღებს უფლებამოსილებას, განკარგოს თავისი შეზღუდული სანივთო უზრუნველყოფის უფლება, რომელიც დაკავშირებულია ვალდებულებასთან და ვალდებულების შესრულებისას წარმოადგინოს იმავე სახეობის სხვა უზრუნველყოფა. ფინანსური უზრუნველყოფები ამჟამად ასევე ლიკვიდურია – მე-8 მუხლი. უზრუნველყოფის წარმატებულ დანიშვნასა და სანივთოსამართლებრივი პროცესების განხორციელებისათვის ფინანსური უზრუნველყოფების მიმართ, რომლებიც შედის და გადაიტანება ეფექტიანობის ანგარიშში (*Effektengiro*), ცალსახად ითქმის უარი კოლიზიურსამართლებრივ პრინციპზე *lex rei sitae*; მის ადგილს იკავებს მოცემული ქვეყნის სამართალი, რომელშიც გახსნილია შესაბამისი ანგარიში.³⁴ ინგლისური რედაქციის მიხედვით, ჩამოყალიბდა *PRIMA*-ის პრინციპის აკრონიმი, რომელიც შეეხებოდა *Place of the Relevant InterMediary's Account*. ამ შემთხვევაში რელევანტურია ანგარიში, რომელზეც ხორციელდება უზრუნველყოფის უფლების შექმნისათვის შესაბამისი საბუღალტრო აღრიცხვა, მე-2(თ) მუხლი. საბუღალტრო აღრიცხვის მთელი ჯაჭვისას მთავარია ბოლო ანგარიში, რომელზეც აისახება უფლების შექმნა.³⁵

უკანასკნელი წლების ფინანსური კრიზისის პასუხად კავშირმა ფართომოცულობითი კანონმდებლობა შეიმუშავა. მან, პირველ ყოვლისა, უნდა გააძლიეროს ბანკებზე ზედამხედველობის უფლებამოსილებები, რათა საგანგებო ვითარებაში შესაძლებელი გახდეს საკრედიტო ინსტიტუტების საქმიანობის გაკონტროლება საზედამხედველო-სამართლებრივი საშუალებებით. ამის შესაბამისად, აღარ ხდება მატერიალური სამართლის შემდგომი ჰარმონიზაცია, არამედ განმახორციელებელ უწყებებს ეძლევათ შესაძლებლობა, ასეთ სიტუაციაში უარი უთხრან უზრუნველყოფილ კრედიტორებს, განახორციელონ საკუთარი უზრუნველყოფის უფლებები. ამ უფლებამოსილებების განხორციელებისას მათ, თავის მხრივ, უნდა გაითვალისწინონ გავლენა, რომელსაც ისინი მოახდენენ ფინანსური ბაზრების ფუნქციონირებაზე.³⁶

³² იხ. ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 1998 წლის 19 მაისის დირექტივის (98/26/EG) მე-9 მუხლი ანგარიშსწორების ნამდვილობის/მოქმედების შესახებ საგადასახადო და ფასიანი ქაღალდების მიწოდება-ანგარიშსწორების სისტემებში, ABl. 1998 L 166/45.

³³ ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2002 წლის 6 ივნისის დირექტივა 2002/47/EG ფინანსური უზრუნველყოფების შესახებ, ABl. 2002 L 168/43.

³⁴ იხ. მე-9 მუხლი და მოსაზრება 8. ღიად რჩება საკითხი, კვლავაც გამოიყენება თუ არა *lex rei sitae* განსაზღვრული ტიპის ფასიანი ქაღალდების მიმართ. თუმცა ამ პრინციპის მთელ მსოფლიოში აღიარებულობის გამო ამ კითხვას დადებითი პასუხი უნდა გაეცეს.

³⁵ Simon Schwarz, *Verwahrung (Wertpapiere)*, კრებულში Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann, გამომც., *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (ევროპული კერძო სამართლის კითხვარი), Tübingen 2009, Sp. 1720, 1726; განსხვავებული მოსაზრება იხ. Thomas Keijser, *A Need for a Change – The Undesirable Consequences of the Settlement Finality Directive and the Collateral Directive in the Field of Property and Insolvency Law, in Particular for Small and Medium-sized Enterprises*, ZEuP 2006, 308–325.

³⁶ იხ. 59-ე მუხლის 1-ლი და მე-4 აბზაცები. ევროკავშირისა და ევროსაბჭოს 2014 წლის 15 მაისის დირექტივა 2014/59/ საკრედიტო ინსტიტუტებისა და ფასიანი ქაღალდების კომპანიების სანაცვისა და ამოქმედებისათვის ფარგლების დანესებისა და ევროსაბჭოს 82/891/EWG დირექტივის ცვლილებების მიზნით, ასევე შემდეგი დირექტივების ცვლილებების შესახებ, დირექტივების 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU, ასევე ევროსაბჭოსა და ევროპარლამენტის დადგენილებებში ცვლილებების შესახებ: (EU) Nr. 1093/2010 და (EU) Nr. 648/2012, ABl. 2014 L 173/190.

2. სასაქონლო ბაზრები

ა) *პირობადებული საკუთრება* – ვადაგადაცილებული გადახდების შესახებ 2000 წლის დირექტივა, ერთი შეხედვით, შეიცავს უზრუნველყოფის უფლების ყოვლისმომცველ რეგულაციას. მე-4 მუხლის თანახმად, წევრი სახელმწიფოები ითვალისწინებენ პირობადებული საკუთრების შესახებ შეთანხმებების რეალიზაციას მოქმედი ნაციონალური ნორმების შესაბამისად.³⁷ ყოველ შემთხვევაში, ამ დირექტივის გამოყენების სფეროსათვის, ე. ი. სანარმოებსა და საჯარო ორგანოებს შორის საქმიანი ურთიერთობისათვის, პირობადებული საკუთრება, როგორც უზრუნველყოფის სანივთოსამართლებრივი საშუალება, ევროპის მასშტაბით თითქოს აღიარებულია.

ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში, მესამე პირებთან მიმართებით, პირობადებული საკუთრების მოქმედების ეფექტი დამოკიდებულია სხვადასხვა, ძალიან განსხვავებულ წინაპირობაზე. გერმანიაში ფორმის დაუცველი შეთანხმება გამყიდველსა და მყიდველს შორის მოქმედებს მყიდველის სხვა კრედიტორების მიმართაც; იტალიაში კი პირიქით, მოითხოვება საჯაროობა, რომელიც გამომდინარეობს დაყადაღებამდე დასმული *data certa*-ს შემცველი დოკუმენტიდან; ამ გზით თავიდან უნდა იქნეს აცილებული კრედიტორების დისკრიმინაცია ხელშეკრულების ძველი თარიღით დათარიღების გზით. ევროკომისიამ რეგულირების ეს წესი დირექტივასთან შეუსაბამოდ ცნო და უჩივლა იტალიას ხელშეკრულების დარღვევის მოტივით. ევროპული სასამართლოს თვალსაზრისით, პირობადებული საკუთრების მესამე პირთა მიმართ ეფექტურობის წინაპირობები დირექტივაში დარეგულირებული არ არის და ისინი მინდობილია ნაციონალურ სამართალს.³⁸

ბევრს არ მოსწონს ეს გადაწყვეტილება, ვინაიდან იგი ევროკავშირის ფარგლებში კარს უკეტავს დირექტივების საფუძველზე გარანტიების პროგრესულ სამოსამართლეო-სამართლებრივ ჰარმონიზაციას. იმპორტ-ექსპორტის ბაზრებისათვის ამ პრობლემატიკის მაღალი მნიშვნელობის გათვალისწინებით, ზედაპირული პროცესუალური განხილვა მართლაც გაუგებარია: არც გენერალურ ადვოკატს შეუდგენია ნერილობითი საბოლოო/დასკვნითი ანგარიში და არც გერმანიას წარუდგენია ამ პროცესში თავისი პოზიცია, რომელშიც შეეძლებოდა, დაეფიქსირებინა საკუთარი ეკონომიკური ინტერესები როგორც ექსპორტის ქვეყანას და თავისი სამართლებრივი თვალსაზრისები გამოეთქვა ფორმის დაუცველად დადებული მესამე პირებთან მიმართებით მოქმედი პირობადებული საკუთრების შესახებ.

მეორე მხრივ, დირექტივა გადახდის ვადის გადაცილების შესახებ ორიენტირებულია თავისი სათაურისა და რეგულირების დანარჩენი ნაწილით ხელშემკვრელ მხარეებს შორის ლიბერალურ ურთიერთობაზე; მყიდველს პირობადებული საკუთრების მეშვეობით უნდა მხოლოდ და მხოლოდ მიეცეს *inter partes* მოტივაცია, გადაიხადოს ნასყიდობის ფასი. დირექტივის რეგულირების სფეროდან პირობადებული საკუთრების (მესამე პირების მიმართ) ზეგავლენის გამორიცხვა სრულად მისაღებია, მიუხედავად იმისა, რომ ამ ინსტიტუტის მნიშვნელობა შემთხვევათა 95%-ში დაკავშირებულია მესამე პირებთან და რომ სწორედ მესამე პირთან ურთიერთობა აქცევს პირობადებულ საკუთრებას კრედიტის უზრუნველყოფისა და, აქედან გამომდინარე, კრედიტების შექმნის ეფექტურ ინსტრუმენტად სასაქონლო ბაზრებზე. თუმცა საჭირო იქნება სხვა დამატებითი საკანონმდებლო ძალისხმევები ამ პოტენციალის განსავითარებლად.

ბ) *უზრუნველყოფის უფლება საავიაციო საშუალებებზე* – ნათლად კონსტრუირებული საერთაშორისო მოთხოვნის უზრუნველყოფის უფლება ჩამოყალიბებულია მოძრავ მონყობილობებზე უზრუნველყოფის უფლებების შესახებ UNIDROIT-ის კეიპტაუნის კონვენციაში.³⁹ პრაქტიკული მნიშვნელობა მან აქამდე მხოლოდ საავიაციო ობიექტებისა და მისი ნაწილებისთვის არსე-

³⁷ ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2000 წლის 29 ივნისის დირექტივა 2000/35/EG საქმიან ურთიერთობებში გადახდის ვადაგადაცილების აღმოფხვრის მიზნით, ABl. 2000 L 200/35; ეს ნორმა არის ამჟამად მე-9 მუხლი დირექტივის ახალ რედაქციაში 2011/7/EU vom 16.2.2011, ABl. 2011 L 48/1.

³⁸ EuGH 26.10.2006, Rs. C-302/05 (ევროკომისია/იტალიის რესპუბლიკა), Slg. 2006, I-10599, 29–30.

³⁹ კეიპტაუნის 2001 წლის 16 ნოემბრის კონვენცია საერთაშორისო გარანტიების შესახებ მოძრავი მონყობილობების მიმართ, ABl. 2009 L 121/8.

ბული უფლებების მიმართ შეიძინა, კერძოდ ძრავების მიმართ, რომლებიც სპეციალურ ოქმში აისახა.⁴⁰ კეიპტაუნის კონვენციას ამჟამად 68 მონაწილე სახელმწიფო ჰყავს და იგი მოიცავს ასევე მის 59-ე ოქმს „საავიაციო მონყობილობების შესახებ“; ევროკავშირის ნევერი ქვეყნების გარდა, ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს შორის არიან ჩინეთი, აშშ და რუსეთის ფედერაცია.⁴¹ ევროპულმა კავშირმა მოახდინა არა მარტო ძირითადი კონვენციის, არამედ აგრეთვე საავიაციო მონყობილობების შესახებ ოქმის რატიფიცირება და მათი ამოქმედება,⁴² ორივე დოკუმენტი კავშირის სამართლის განუყოფელი შემადგენელი ნაწილია.⁴³

ეს ნაბიჯი დაეფუძნა EG-ის 61-ე მუხლს (ამჟამად AEU-ის ხელშეკრულების 67-ე და 81-ე მუხლები), რომელიც ნევერ სახელმწიფოებს შორის იუსტიციური თანამშრომლობის ხელშეწყობის კუთხით განსახორციელებელი საქმიანობის საფუძველია, განსაკუთრებით საერთაშორისო კერძო სამართლისა და სამოქალაქო საპროცესო სამართლის სფეროებში. დასაბუთებაში საუბარია მხოლოდ კავშირის ამ საკითხებში ექსკლუზიური კომპეტენციის შესახებ.⁴⁴ არ სახელდება უფლებამოსილება უზრუნველყოფის საშუალებების რეგულირების თაობაზე, და კავშირის ორივე განმარტებაში ხაზგასმულია ნევერ სახელმწიფოების კვლავაც არსებული უფლებამოსილება გაკოტრების მატერიალურ სამართალთან დაკავშირებით.⁴⁵

ეს ქმნის წარმოდგენას იმაზე, თუ რამდენად რთულია კავშირის პოლიტიკა ამ სფეროში. ამასთან ერთად, ნათელი ხდება, რომ კონვენციის მთვარი საგანი, კერძოდ მოძრავ მონყობილობებზე საერთაშორისოდ მოქმედი უზრუნველყოფის სამართალი, ძირითადად, ყველას მხრიდანაა მხარდაჭერილი, მაგრამ კავშირის ამასთან დაკავშირებული უფლებამოსილება – ფინანსური გარანტიებისგან განსხვავებით – კავშირსა და ნევერ სახელმწიფოებს შორის დავის საგანია. ის, რომ ასეთი გარანტიები წარმოშობს მზადყოფნას, განხორციელდეს ინვესტიციები მოძრავ მონყობილობებში, კერძოდ თვითმფრინავებში, ეჭვს გარეშეა; გარანტიების მასტიმულირებელი როლი თვითმფრინავების საერთაშორისო ბაზრის განვითარებისათვის მსგავსია გადახდებისათვის საერთაშორისო სისტემების ფინანსური უზრუნველყოფისა. თუ დებატებმა რეგულირების უფლებამოსილების შესახებ ორივე სფეროში სხვადასხვა შედეგამდე მიგვიყვანა, ამით ვლინდება ნაკლოვანი ჰარმონიზაცია კავშირის სამართლის პოლიტიკაში. მაგრამ შედეგი გასაკვირია: სავარაუდოდ, საერთაშორისო უზრუნველყოფის უფლების მოქმედება კავშირის სამართლის ფარგლებში ევროკავშირის სასამართლოებთან დაკავშირებულ უფლებამოსილებას ეფუძნება.

კეიპტაუნის კონვენცია გამოიყენება, როდესაც მოვალეს წესდებით გათვალისწინებული მისამართი, მთავარი ადმინისტრაცია ან ფილიალი ერთ-ერთ ხელშემკვრელ სახელმწიფოში აქვს; მე-3ე მუხლის მიხედვით, მნიშვნელობა არ აქვს, სად იმყოფება კრედიტორი. მე-7 მუხლი უშვებს ხელშეკრულების საფუძველზე უზრუნველყოფის ისეთი საშუალების არსებობას, როდესაც მოვალე შეიძლება ნივთის მფლობელად დარჩეს. კრედიტორის უპირატესობა სხვა კრედიტორებთან მიმართებით – ასევე გაკოტრების საქმის წარმოებისას – უზრუნველყოფილია მხოლოდ სარეესტრო ჩანაწერით. იხ. 29-ე ვ. მუხლი მე-16 და შემდგომი მუხლების მიხედვით. საავიაციო საშუალებების მარეგისტრირებელი უწყება არის ამისათვის შექმნილი საზედამხედველო ორგანო

⁴⁰ კეიპტაუნის 2001 წლის 16 ნოემბრის კონვენცია საერთაშორისო გარანტიების შესახებ მოძრავი მონყობილობების მიმართ, საავიაციო ობიექტების თავისებურებებთან დაკავშირებით, ABl. 2009 L 121/25.

⁴¹ იხ. ამასთან დაკავშირებით იუნიდრუას ვებგვერდი: www.unidroit.org, →Instruments, →Security Interests (ინსტრუმენტები, უსაფრთხოება, ინტერესები).

⁴² საბჭოს 2009 წლის 6 აპრილის დადგენილება/განჩინება (2009/370/EG) ევროპული თანამეგობრობის საერთაშორისო გარანტიების შესახებ მოძრავი მონყობილობების მიმართ და მის ოქმთან დაკავშირებით თვითმფრინავების მიმართ გარანტიების თაობაზე მიერთების დამტკიცებასთან დაკავშირებით, მიღებული ერთობლივად 2001 წლის 16 ნოემბერს, ABl. 2009 L 121/3.

⁴³ ასეა მონრეალის საავიაციო-სამართლის შეთანხმების თვალსაზრისით, იხ. EuGH 10.1.2006, Rs. C-344/04 (The Queen, ex parte IATA ./ Department of Transport), Slg. 2006, I-443, შეფასება 36.

⁴⁴ იხ. შეფასებები: 1, 5 და 6, დადგენილებაში (2009/370/EG), ზემოთ, 42-ე სქოლიო.

⁴⁵ იხ. კავშირის განმარტების ციფრი 6, იუნიდრუა – კონვენციის 48-ე მუხლის შესაბამისად, დანართი I დადგენილებისათვის (2009/370/EG), ზემოთ, 42-ე სქოლიო.

ადგილსამყოფელით დუბლინში.⁴⁶ კონვენცია მრავლად შეიცავს ისეთ მუხლებს, რომლებიც მოვალის მიერ ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში კრედიტორის უფლებებს ეხება – მე-8 და შემდეგი მუხლები; უზრუნველყოფილი მოთხოვნის დათმობის შემთხვევაში გარანტიების მიმართ გამოიყენება 31-ე და შემდეგი მუხლები, ასევე სასამართლო უფლებამოსილებების შესახებ, 42-ე და შემდგომი მუხლები.

VII. საკუთრების უფლებები გაკოტრებაში

მატერიალურ ნივთებზე საკუთრების უფლებების მატერიალურ-სამართლებრივი რეგულირების მცდელობებმა აქამდე ვერ გამოიღო დიდი შედეგი. სხვაგვარადაა საქმე სანივთო უფლებების საერთაშორისო კერძო სამართალთან მიმართებით, ყოველ შემთხვევაში, გაკოტრების დარგში. 2000 წელს მიღებული და ცოტა ხნის წინ ხელახალი რედაქციით გამოსული გაკოტრების კანონი⁴⁷ ეფუძნება გაკოტრების საქმისწარმოებისა და გამოსაყენებელი სამართლის სინქრონიზაციას, მე-7 მუხლი: გაკოტრების საქმეთა განმხილველი სასამართლო, ძირითადად, იყენებს საკუთარ კანონმდებლობას. ეს არ ვრცელდება კრედიტორების ან მესამე პირთა სანივთო უფლებებზე მოვალის ნივთებსა ან ნივთების ერთობლიობაზე, რომლებიც გაკოტრების საქმის წარმოების მომენტისათვის სხვა წევრ სახელმწიფოში იმყოფებიან ან იქ საჯარო რეესტრში არიან დარეგისტრირებული.⁴⁸

მიზეზი ამ გამონაკლისისა არის *lex rei sitae* და *lex registri*-ს საყოველთაოდ აღიარებული წესები. რა თქმა უნდა, საერთაშორისო სანივთო სამართალი ევროკავშირში დღემდე არ არის კოდიფიცირებული. გარდა ამისა, დასახელებული წესები არ მოქმედებენ გამონაკლისების გარეშე; *res in transitu*-სა და პირობადებული საკუთრებისათვის არსებობს ნაწილობრივ განსხვავებული ნაციონალური კოლიზიური ნორმები.⁴⁹ ამიტომ გაკოტრების კანონის მე-8 მუხლი იმით კმაყოფილდება, რომ სხვა წევრ სახელმწიფოებში განთავსებულ ნივთებზე სანივთო უფლებებს „უცვლელად“ ტოვებს. მე-11 მუხლის შესაბამისად, ეს ასევე ეხება პირობადებულ საკუთრებას ქონებაზე, რომელიც გაკოტრების საქმისწარმოების ქვეყნის ფარგლებს გარეთ, სხვა წევრ სახელმწიფოებში იმყოფება. მაშასადამე, აქ მიიღება ნეგატიური წესი: არ უნდა შეიზღუდოს სხვა კოლიზიური ნორმების ეფექტი.

ამის სანაცვლოდ არსებობს პოზიტიურად ჩამოყალიბებული კოლიზიური ნორმა სავალდებულოდ დასარეგისტრირებელ უძრავ ქონებასთან, ასევე გემებსა და თვითმფრინავებთან დაკავშირებით: გაკოტრების საქმისწარმოების ეფექტი განიხილება, მე-14 მუხლის შესაბამისად, მარეგისტრირებული წევრი სახელმწიფოს კანონმდებლობის მიხედვით. გადახდის სისტემებისა და საფინანსო ბაზრებისათვის კი მე-12 მუხლის მიხედვით საორიენტაციო უნდა იყოს იმ წევრი სახელმწიფოს კანონმდებლობა, რომელიც მოქმედებს ამ სისტემის ან ბაზრისათვის. ეს სამართლებრივი წესრიგი არ არის სავალდებულო იმავე, რომელიც PRIMA-კონცეფციის მიხედვით საორიენტაციოა, საფინანსო გარანტიებისათვის.⁵⁰ ინვესს თუ არა განსხვავება კონფლიქტებს, ამას დრო გვიჩვენებს; გაკოტრების კანონის⁵¹ სექტორული გამონაკლისებისა და საფინანსო სექტორის სა-

⁴⁶ იხ. ავიარეტოს ვებგვერდი: www.avlareto.aero.

⁴⁷ ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2015 წლის 20 მაისის დადგენილება (EU) 2015/848 გაკოტრების საქმის წარმოების შესახებ, ABl. 2015 L 141/19.

⁴⁸ მე-8 მუხლის 1-ლი და მე-4 აბზაცები, დადგენილება 2015/848.

⁴⁹ შედარებითსამართლებრივი მითითებები იხ. Basedow, ზემოთ, მე-6 სქოლიო, პარა. 332 და 339 და შემდეგ.; Helzn-Peter Mansel კრებული: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 43-ე–46-ე მუხლები, EGBGB (საერთაშორისო კერძო სამართალი), გადამუშავებული რედ., ბერლინი, 2015, 43-ე მუხლი, ველი 91 – 103.

⁵⁰ იხ. ზემოთ, სქოლიო 34-35, ტექსტში.

⁵¹ 1-ლი მუხლის მე-2 აბზაცის თანახმად, გაკოტრების კანონი არ გამოიყენება სადაზღვევო კომპანიების, საკრედიტო ინსტიტუტების, ფასიანი ქაღალდების კომპანიებისა და ფონდების ვალაუვალობების მიმართ.

წარმოებისათვის სპეციალური რეგულირებების გამო⁵² გაკოტრების კანონის მე-12 მუხლი არცთუ ისე ხშირად იქნება მნიშვნელოვანი ამ სამართლებრივი აქტის გამოყენების სფეროში.

VIII. დასასრული და პერსპექტივები

რეზიუმე ამ *tour d'horizon*-ის ბოლოს არაერთგვაროვანი გამოდის. გარდა ინტელექტუალური საკუთრების სამართლისა, კავშირმა საკუთრების უფლების სფეროში არ განახორციელა ფართომასშტაბიანი რეგულირება. ამიტომ ზედმეტია საუბარი რაიმე კონცეფციაზე. თუ გადავავლებთ თვალს მიზერულ შედეგს, რომელსაც ათეული წლების განმავლობაში ესწრაფოდა სამართლის პოლიტიკა, მაშინ ვნახავთ, რომ გარანტიები ფინანსური ტრანსაქციების დროს განიხილება როგორც ბაზრისათვის რელევანტური, ამავდროულად, როგორც ჩანს, ეს ასე არ არის სასაქონლო ბაზრების შემთხვევაში. თუმცა საერთაშორისო კერძო სამართლის სფეროში წარმატებები მაინც იკვეთება. გაკოტრების კანონის გადამუშავება და კოლიზიურსამართლებრივი კანონმდებლობის შექმნის ტემპი ამ სფეროში, ზოგადად, აჩენენ მოლოდინს, რომ საერთაშორისო სანივთო სამართლისათვის სამართლებრივი აქტის გამოცემა შეიძლება წარმატებული იყოს. საამისოდ საჭირო წინასწარი სამეცნიერო სამუშაო ჩატარებულია.⁵³

ასეთი წინასწარი სამუშაოები ჩატარებულია აგრეთვე ფლობის გარეშე რეგისტრირებული უზრუნველყოფის საშუალებების შექმნისათვისაც ამერიკული *Uniform Commercial Code*-ის მე-9 მუხლის სახით.⁵⁴ ვინც კეიპტაუნის კონვენციის რატიფიკაციის უფლებამოსილების ირგვლივ ატეხილ „ამბავს თვალს გადაავლებს, გაუჩნდება ეჭვი იმასთან დაკავშირებით, არიან თუ არა ნაციონალური სამინისტროების ბიუროკრატები დაინტერესებული, რომ შეიქმნას მატერიალური სამოქალაქო სამართლის სფეროში ერთიანი რეჟიმი. როგორც ჩანს, ამჟამად ნაციონალური მიდგომის შენარჩუნების ინტერესები ძალიან ძლიერია.

როგორც არ უნდა განვითარდეს მოვლენები, კავშირის მეორეულ სამართალში, ეტყობა, ვეღარ იქნება შენარჩუნებული ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში AEUV-ის ხელშეკრულების 345-ე მუხლის გავრცელებული ექსტენსიური განმარტება, რომელიც რეგულირების შემაფერხებელი ფაქტორია. იგი უკუგდებულ იქნა საქმიანი არგუმენტებისა და სამართლებრივ-პოლიტიკური სინამდვილის მიერ. კავშირს აქვს ბაზარზე ორიენტირებული რეგულირების კომპეტენცია საკუთრებისა და სანივთო სამართლის საკითხებშიც.

გერმანულიდან თარგმნა მანანა მანჯგალაძემ

⁵² კომპანიებისა და საფინანსო მეურნეობისათვის ძალაშია/მოქმედებს ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2001 წლის 19 მარტის დირექტივა 2001/17/EG სადაზღვევო კომპანიების სანირებისა და ლიკვიდაციის შესახებ, ABl. 2001 L 110/28, და ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2001 წლის 4 აპრილის დირექტივა 2001/24/EG საკრედიტო ინსტიტუტების სანაციისა და ლიკვიდაციის შესახებ, ABl. 2001 L 125/15. ორივე სამართლებრივი აქტი არეგულირებს ვალაუვალობის ზეგავლენებს სანივთო უფლებებზე.

⁵³ იხ. Eva-Marla Kieninger, *Das Internationale Sachenrecht als Gegenstand eines Rechtsakts der EU* (საერთაშორისო სანივთო სამართალი როგორც ეკ-ის ერთ-ერთი სამართლებრივი აქტის საგანი) – მონახაზი წიგნში: Katharina Hillbig-Luganl et al., საიუბილეო კრებული Dagmar Coester-Waltjen-ისათვის, Bielefeld 2015, 469-483.

⁵⁴ იხ. Drobnig/Böger, ზემოთ, მე-4 სქოლიო.

Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union

I. Einleitung

Wer die römischen Verträge liest, wird den Gegenstand dieses Beitrags für Anathema halten. Artikel 222 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957,¹ jetzt Artikel 345 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, scheint jede Befassung der Union mit dem Eigentumsrecht auszuschließen. Die Vorschrift lautet kurz und bündig: „Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“²

Im Folgenden gilt es zunächst einen Blick auf die konzeptionelle Spannbreite des Eigentumsbegriffs zu werfen (unten II.) Auf dieser Grundlage ist zu erläutern, dass und warum die Tragweite von Artikel 345 AEUV von Anfang an geringer war, als es den Anschein hat (unten III.). Wo Artikel 345 zurücktritt, ist Raum für andere Regeln des Unionsrechts, die im Laufe der Jahre geschaffen wurden. Manche Aspekte des Eigentumsrechts werden mittlerweile im primären Unionsrecht geregelt (unten IV.) Im sekundären Unionsrecht setzt der Unionsgesetzgeber im Geistigen Eigentum (unten V.), bei den Sicherungsrechten (unten VI.) und im internationalen Insolvenzrecht an (unten VII.).

II. Eigentum in Zivilrecht, politischer Philosophie und Wirtschaftsverfassung

Eigentum ist ein schillernder Begriff: Er ist zum einen rechtstechnischer Natur und bezieht sich auf ein zentrales Institut des Privatrechts. Zum anderen ist er eine Chiffre für die Zuweisung knapper Ressourcen in der Gesellschaft, d.h. für Verteilungsgerechtigkeit und damit ein Kernelement politischer Philosophie. Als drittes sind Eigentumsrechte Tauschobjekte und essentieller Bestandteil einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Die verschiedenen Begriffe sind indirekt miteinander verknüpft.

1. Zivilrecht

Im Privatrecht kennzeichnet das Eigentum die Herrschaft einer Person – im Verhältnis zu allen anderen Personen (*erga omnes*) – über eine bewegliche oder unbewegliche Sache. In einer Entwicklung von zweitausend Jahren hat dieses Rechtsinstitut ein dichtes Netz von Regelungen hervorgebracht, die sich zum Teil von Land zu Land unterscheiden und lohnender Gegenstand der Rechtsvergleichung sind.³

Im Grundsatz hat Eigentum mehrere Funktionen: Dem Eigentümer steht der Wert der Sache zu, über den er durch Tausch oder Belastung verfügen kann (Werthaltigkeitsfunktion); der Eigentümer ist auch befugt, über die Nutzung der Sache frei zu entscheiden (Nutzungsfunktion), sich die Früchte der Sache anzueignen (Aneignungsfunktion) und andere von der Verfügung, Nutzung und Fruchtziehung auszuschließen (Ausschließlichkeitsfunktion).

¹ Vertrag von Rom zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) vom 25.3.1957, 294 UNTS 17.

² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326/47.

³ Zur Sachenrechtsvergleichung zuletzt Ulrich Drobnig/Ole Böger, *Proprietary Security in Movable Assets*, Munich 2015; Christian von Bar, *Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses*, JZ 2015, 845 ff. mit weiteren Nachweisen; ders., *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Bd. I, München: C.H.Beck 2015.

Neben das Sacheigentum sind in moderner Zeit ähnlich ausgestaltete Rechte an anderen Vermögensgütern getreten: Rechte an Erfindungen und sonstigen Schöpfungen des Geistes sowie an anderen Rechten, etwa an Forderungen, Unternehmen, good will etc.

2. Eigentum und Verteilungsgerechtigkeit

Umfassende Herrschaft über knappe ökonomische Ressourcen verleiht gesellschaftliche Macht. Sie wurde im Mittelalter durch personale Bindungen in der Lehenspyramide relativiert. Mit dem Ende des Feudalismus, spätestens mit der französischen Revolution, hat sich das Eigentum von diesen Beschränkungen emanzipiert. Bezogen auf Produktionsmittel ist Eigentum – im Verbund mit einer damals fast uneingeschränkten Vertragsfreiheit – im Laufe des 19. Jahrhunderts zum juristischen Werkzeug der Ausbeutung des Menschen durch den Menschen geworden. Dies hat bekanntlich die marxistische Philosophie inspiriert; ihre Forderung nach einer Vergesellschaftung der Produktionsmittel wurde nach der Oktoberrevolution von 1917 in der Sowjetunion umgesetzt. In den sozialistischen Ländern hat dies zu einer neuartigen Konzeption des Eigentums an Unternehmen geführt: Die Rechtsträgerschaft wurde von der Nutzungs- und Aneignungsfunktion unter dem Begriff der operativen Verwaltung abgespalten.⁴

Auch im Westen sind Spuren dieser Entwicklung zu erkennen: In Frankreich und Großbritannien fanden unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg umfangreiche Verstaatlichungskampagnen im Energie- und Verkehrssektor statt, in Frankreich auch in der Finanzwirtschaft, in Großbritannien auch im Gesundheitswesen. Im deutschen Grundgesetz von 1949 besteht bis heute die prinzipielle Möglichkeit der Sozialisierung von Produktionsmitteln.⁵ Der Wechsel der Blickrichtung gegenüber dem Zivilrecht ergibt sich aus Artikel 14 Abs. 2 GG, wonach „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“ Eigentum ist danach zugleich Recht und Pflicht. Auf dieser Grundlage hat ein verfassungsrechtliches, gemeinwohlbezogenes Verständnis von Eigentum das klassische liberale Konzept im Laufe der Jahre überlagert.

3. Eigentum in der Marktwirtschaft

Eigentumsrechte sind auch Tauschobjekte und Gewährleistungen für den Schutz von Investitionen. In Verbindung mit der Vertragsfreiheit bilden sie die notwendige Grundlage jeder Marktwirtschaft, sei es auf nationaler oder supranationaler Ebene. Die Vergemeinschaftung der nationalen Märkte in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, die ab 1950 ins Werk gesetzt wurde, baut insofern implizit auf der Anerkennung von Privateigentum und Vertragsfreiheit in den Mitgliedstaaten auf. Sie hat den Marktbezug der Eigentumsrechte akzentuiert.

Divergenzen zwischen den nationalen Eigentumsrechten stellen potentiell Markthindernisse dar. Sie behindern grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit, nämlich Gütertausch, Investition und Niederlassung. Um ein eher alltägliches Beispiel zu nennen: Ein nach deutschem Recht formlos vereinbarter Eigentumsvorbehalt nützt nicht viel bei Exporten nach Spanien. Dort ist zu seiner Wirksamkeit gegenüber Dritten die Eintragung in ein öffentliches Register erforderlich, ein kostspieliges, zeitaufwendiges und den deutschen Exporteuren im allgemeinen unbekanntes Erfordernis.⁶

Ein besonders gravierendes Markthindernis besteht, wenn ein Mitgliedstaat privates Eigentum an Produktionsmitteln generell oder auch nur in bestimmten Wirtschaftszweigen ganz ablehnt. Die politische Tendenz zur Vergesellschaftung von Produktionsmitteln, zum Teil noch sehr präsent im Zeitgeist der 1950er Jahre, stand daher in Spannung zu dem Ziel des Gemeinsamen Marktes, wie es im EWG-Vertrag zur selben Zeit verankert wurde.

⁴ Siehe näher Valentin Petev, *Sozialistisches Zivilrecht – Eine rechtsvergleichende Einführung unter Berücksichtigung der Rechte der Volksrepublik Bulgarien, der CSSR, der DDR, der Volksrepublik Polen, der rumänischen sozialistischen Republik, der ungarischen Volksrepublik und der UdSSR*, Berlin: De Gruyter 1975, S. 113 ff.

⁵ Artikel 15 GG.

⁶ Siehe dazu Eva-Maria Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden 1996, S. 60 – 62; zu ähnlichen Rechtskollisionen mit anderen nationalen Rechten siehe Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies*, The Hague 2015, para. 335.

III. Die Regelungssperre des Artikels 345 AEUV und ihre Tragweite

Auf diese Spannungen ist die oben zitierte Vorschrift des Artikel 345 AEUV gemünzt. Wenn der EWG-Vertrag danach die nationale „Eigentumsordnung unberührt“ lässt, so kann dies Verschiedenes bedeuten; jedenfalls reicht der Begriff des Eigentums hier aber über das Sacheigentum hinaus und bezieht Rechte an Vermögenswerten wie zum Beispiel auch Schutzrechte des geistigen Eigentums ein.⁷ Im übrigen lassen sich drei mögliche Interpretationen identifizieren.

In erster Linie soll Artikel 345 die Befugnis der Mitgliedstaaten bestätigen, umfassende Änderungen der Eigentumsverhältnisse wie die Nationalisierungen der 1940er Jahre durchzuführen. Zu Anfang hatten die Urheber diese Bestimmung sogar ausdrücklich auf „Unternehmen“ bezogen.⁸ Es geht also um die Eigentumsverhältnisse an produktivem Vermögen als einem zentralen Teil der Wirtschaftsverfassung. Dies kommt auch in dem Begriff der „Eigentumsordnung“ (*régime de la propriété, system of property ownership*) zum Ausdruck, der sich auf Gesamtheiten von Vorschriften, nicht auf einzelne Bestimmungen bezieht.⁹

Zweitens und weitergehend mag man Artikel 345 auch so lesen, als werde dadurch generell die Kompetenz der EU zum Erlass jeglicher Vorschriften zum Eigentumsrecht ausgeschlossen. Doch spricht der Wortlaut dagegen: „unberührt“ bleibt die *Eigentumsordnung*, ein gesamtheitliches Konzept, das durch die Harmonisierung einzelner Regelungen nicht notwendig beeinträchtigt wird. Auch steht die Vorschrift nicht in einem der Kapitel des Vertrages über die EU-Politiken, wo die Ermächtigungsgrundlagen und ihre Grenzen geregelt sind, etwa in den Artikeln 114 ff. zur Rechtsangleichung. Systematischer Standort von Artikel 345 ist vielmehr der Teil des EWG- bzw. EU-Vertrages, der den Schlussvorschriften gewidmet ist. Dort pflegen Vertragsparteien allgemeine Bestimmungen unterzubringen, u.a. Vorbehalte und Regeln zu Konventionskonflikten.

Noch weitergehend könnte man Artikel 345 AEUV drittens dahin verstehen, dass die anderen Vorschriften des EWG-Vertrages und ihre Anwendung keinerlei Auswirkung auf den Umfang des Eigentums haben dürfen, wie er im nationalen Recht definiert ist oder noch definiert wird. Der Gerichtshof hat diese Auslegung jedoch im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr abgelehnt: „Die Bestimmungen des EWG-Vertrages, insbesondere Artikel 222 ..., können ... nicht dahin ausgelegt werden, dass sie dem nationalen Gesetzgeber auf dem Gebiet des gewerblichen und kommerziellen Eigentums die Befugnis vorbehalten, Maßnahmen zu ergreifen, die gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes, wie er im EWG-Vertrag vorgesehen und ausgestaltet ist, verstoßen würden.“¹⁰

Zusammenfassend wird man Artikel 345 AEUV also dahin interpretieren können, dass die Wirkweise der anderen Vorschriften des Vertrages einschließlich der Kompetenzregeln dadurch nicht eingeschränkt wird, es sei denn, ein Mitgliedstaat wolle eine umfassende Neuordnung der Eigentumsverhältnisse in einem ganzen Wirtschaftszweig vornehmen, wie dies Frankreich mit der Nationalisierung der Geschäftsbanken um 1980 getan hat. Da die Regelungssperre des Artikels 345 also nur eine begrenzte Tragweite hat, stellt sich die Frage, wie das Unionsrecht im übrigen das Eigentum regeln kann und schützt.

IV. Weitere Vorschriften des primären Unionsrechts

1. Ermächtigungsgrundlagen

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung kann die Union nur innerhalb der ihr

7 Vgl. Bertold Bär-Bouyssièrre in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Hrsg., Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. Baden-Baden 2015, Art. 345, Rn. 20.

8 Vgl. näher *Eveline Ramaekers*, *European Union Property Law*, Cambridge und Antwerpen 2013, S. 107.

9 Vgl. *Bertold Bär-Bouyssièrre* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, oben Fn. 7, Art. 345 Rn. 6.

10 EuGH 18.2.1992, Rs. C-30/90 (Kommission ./ Vereinigtes Königreich), Slg. 1999, I-857, Erw. 18; GA Alber in den Schlussanträgen vom 22.6.1999 in der Rs. C-38/98, Slg. 1999, I-2977, Erw. 99.

übertragenen Zuständigkeiten tätig werden.¹¹ Die Zuständigkeiten sind von den Mitgliedstaaten größtenteils nicht für ganze Rechtsgebiete oder Rechtsinstitute übertragen worden, sondern im Hinblick auf politische Ziele wie den Binnenmarkt oder für Politikfelder wie z.B. die Verkehrspolitik. Gesetzgeberische Maßnahmen müssen also funktional auf einen im Vertrag ausgestalteten Politikbereich bezogen sein; es ist dann im Prinzip gleichgültig, ob sie privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Regelungen vorsehen, ob sie das Internationale Privatrecht oder das materielle Recht zum Gegenstand haben, ob sie das Vertragsrecht oder auch das Eigentumsrecht betreffen.

Die Systematik des Unionsrechts unterscheidet sich also grundlegend von derjenigen der europäischen Gesetzbücher. Entsprechend dem funktionalen Bezug der Ermächtigungsgrundlagen haben die weiter unten aufgelisteten Maßnahmen der EU durchweg einen punktuellen Anwendungsbereich, sie betreffen Eigentum immer nur in ganz spezifischen Zusammenhängen. So wirken die Maßnahmen in ihrer Gesamtheit wie zusammengewürfelt. Der oft beschriebene Eindruck der fragmentarischen Regelung des europäischen Privatrechts stellt sich auch in Bezug auf das Sachenrecht ein.

Ohne hier im einzelnen die denkbaren Ermächtigungsgrundlagen zu erörtern, kann man doch diejenigen benennen, die für das Eigentumsrecht besonders wichtig sind.¹² Unmittelbaren Bezug weist Artikel 50 Abs. 2(e) AEUV auf; danach können Maßnahmen der Union "den Erwerb und die Nutzung von Grundbesitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates durch Angehörige eines anderen Mitgliedstaates ermöglichen." Solche Maßnahmen sind freilich weitestgehend entbehrlich, weil die Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 49 AEUV seit dem Ende der Übergangszeit direkte Wirkung entfaltet.¹³ Damit ist die Gleichbehandlung aller EU-Bürger beim Grundstückserwerb schon durch das primäre Unionsrecht gewährleistet und muss nicht erst durch sekundärrechtliche Maßnahmen verwirklicht werden.

Bedeutsamer ist die durch den Vertrag von Lissabon explizierte Ermächtigung der Union in Artikel 118 AEUV zur binnenmarktbezogenen "Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union". Es handelt sich dabei nicht um eine Harmonisierung der territorialen Immaterialgüterrechte der einzelnen Mitgliedstaaten. Vielmehr kann die Union gemäß Artikel 118 Schutzrechte *sui generis* einführen, die wie etwa die Gemeinschaftsmarke¹⁴ im gesamten Hoheitsgebiet der Union gelten.

Neben diesen expliziten Bezugnahmen auf Eigentumsrechte stehen weitere Ermächtigungsgrundlagen, die andere Politikbereiche betreffen, auf die aber auch eigentumsrechtliche Regelungen gestützt werden können. Für das materielle Recht war dabei in der Vergangenheit schon Artikel 114 AEUV bedeutsam, die Hauptvorschrift zur Rechtsangleichung. Danach kann die Union Maßnahmen, also insbesondere Verordnungen und Richtlinien erlassen, um den Binnenmarkt zu verwirklichen und um sein Funktionieren zu gewährleisten. Für den grenzüberschreitenden Fluss von Waren und Dienstleistungen, ein Kernelement des Binnenmarkts, ist vor allem an eine Angleichung des Rechts der territorial wirkenden Schutzrechte des geistigen Eigentums sowie von Sicherungsrechten an Rechten und beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu denken mit dem Ziel, Behinderungen durch divergierendes nationales Recht zu verringern.¹⁵

Für das Internationale Privatrecht der Eigentumsrechte sind schließlich die Artikel 67 und 81 AEUV zu beachten. Das dort verankerte Ziel eines "Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" schließt auch die Achtung der "verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten" ein. Um trotz der Achtung der Verschiedenheit jenen einheitlichen "Raum ... des Rechts" zu schaffen, beauftragt Artikel 81 AEUV die Union damit, eine "justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug" zu entwickeln. Dafür ist ausdrücklich auch Rechtsangleichung vorgesehen. "Insbesondere wenn dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist", umfasst sie gemäß Artikel 81 Abs. 2

¹¹ Artikel 5 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV), konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326/13.

¹² Eine schöne Übersicht findet sich bei *Ramaekers*, oben Fn. 8, S. 139–141.

¹³ EuGH 21.6.1974, Rs. 2/74 (Jean Reyners ./ Belgischer Staat), Slg. 1974, 631, Erw. 24/28.

¹⁴ Die gegenwärtige Rechtsgrundlage, die noch auf der subsidiären Ermächtigungsgrundlage des Artikels 352 AEUV (in heutiger Zählung) erlassen wurde, findet sich in der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26.2.2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 L 78/1.

¹⁵ Ein Beispiel für solche Behinderungen wurde oben im Text bei Fn. 6 referiert.

verschiedene Gegenstände des Internationalen Zivilprozessrechts, aber auch den Erlass von Maßnahmen, welche “die Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen [sicherstellen sollen].” Diese Maßgaben lassen sich ohne weiteres auch auf das Eigentumsrecht anwenden und erlauben den Erlass einheitlicher Kollisionsnormen mit dem Ziel einer EU-weiten Anerkennung von Eigentums- und anderen Sachenrechten, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates begründet wurden.

Es verdient Hervorhebung, dass alle hier angesprochenen Ermächtigungsgrundlagen einen Bezug zum Binnenmarktprogramm der Union herstellen. In Artikel 114 und 118 wird darauf global Bezug genommen. Artikel 50 Abs. 2(e) ermöglicht den Erlass von Maßnahmen zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit, die nach der Definition in Artikel 26 Abs. 2 AEUV notwendiger Bestandteil des Binnenmarkts ist. Allein im Falle des Artikels 81 Abs. 2 ist der Binnenmarktbezug keine *zwingende* Voraussetzung; auch hier ist er aber als typisches Regelbeispiel hervorgehoben. Diese Beobachtungen weisen für die gegenwärtige und zukünftige Gesetzgebung der Union zum Eigentumsrecht auf eine andere Systematik hin, als sie von den Zivilgesetzbüchern her bekannt ist. Nicht der Schutz von Rechtstiteln steht im Mittelpunkt, sondern die Marktfunktionalität.

2. Grundrechtlicher Schutz des Eigentums

Im Jahre 2000 wurde eine zunächst als unverbindlich konzipierte Charta der Grundrechte (ChGr) verabschiedet, die durch den Vertrag von Lissabon nunmehr gemäß Artikel 6 Abs. 1 EUV verbindliche Wirkung erlangt hat. Daneben sind auch die vom Gerichtshof als allgemeine Grundsätze entwickelten Grundrechte gemäß Artikel 6 Abs. 3 EUV zu beachten. Der Schutz des Eigentums ist in Artikel 17 ChGR niedergelegt; die Vorschrift lautet:

Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

Geistiges Eigentum wird geschützt.

Dieses Grundrecht soll nicht etwa den Eigentumsschutz nach nationalem Verfassungsrecht überlagern, verdrängen oder erübrigen. Das folgt aus dem in Artikel 51 geregelten Anwendungsbereich der Charta. Danach bindet die Charta einerseits die Organe und Einrichtungen der Union und andererseits die Mitgliedstaaten, diese jedoch “ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union”. Die jeweiligen Zuständigkeiten und Aufgaben von Union und Mitgliedstaaten werden durch die Charta nicht verändert, sind also entsprechend den anderen Bestimmungen der Verträge zu ermitteln. Aus dem vorangegangenen Blick auf die Ermächtigungsgrundlagen zum Eigentumsrecht bedeutet dies, dass der grundrechtliche Eigentumsschutz der Union in seiner Bedeutung seinerseits einen indirekten Binnenmarktbezug aufweist.

Wie sich aus dem Text des Artikels 17 ergibt, kann der Gesetzgeber die Nutzung des Eigentums im Interesse der Allgemeinheit regeln. Weitergehend kann er für die Ausübung der Eigentümerrechte auch gemäß Artikel 52 Abs. 1 Einschränkungen vorsehen, auch dies nur durch Gesetz zur Förderung des Gemeinwohls. Solche Gesetze müssen verhältnismäßig sein und den Wesensgehalt des Eigentums wahren. Wie sich die Regelungsbefugnis gemäß Artikel 17 zu der Einschränkungsmöglichkeit nach Art. 52 verhält, ist noch ungeklärt; wahrscheinlich besteht kein Unterschied.¹⁶

Eine höchstrichterliche Auslegung der Charta der Grundrechte durch den Gerichtshof fehlt noch weitgehend. Sie wird sich vermutlich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten orientieren, einem wichtigen Modell für Artikel 17 ChGR. Insbesondere hat der EGMR bekräftigt, dass Beschränkungen des Eigentums durch nationales Recht der Kontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit unterliegen.¹⁷ Dies ergibt sich auch aus der eigenen Rechtsprechung des Gerichtshofs

¹⁶ So wird die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – unter Bezugnahme auf Art. 52 – auch im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 Satz 3 befürwortet von Ferdinand Wollenschläger in: Steve Peers/Tamara Hervey/Jeff Kenner/Angela Ward, eds., *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland 2014, para. 17(1) 43 ff.

¹⁷ EGMR 23.9.1982 – Aff. 7151/75 und 7152/75 (*Sporrong und Lönnroth ./. Schweden*), Erw. 69; siehe näher *Sabrina*

der Europäischen Union, der das Grundrecht auf Eigentum bereits früher auf der Grundlage von Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK und der nationalen Verfassungstraditionen anerkannt hat.¹⁸ Auch aufgrund der Parallele zu diesen Vorgängen wird man *cum grano salis* in den erwähnten Vorschriften der Charta erneut jenes Amalgam aus subjektivem Grundrecht und Gemeinwohlorientierung wieder finden, das auch für das nationale Recht prägend geworden ist.

V. Geistiges Eigentum

Eine relative umfassende, auf Vollständigkeit angelegte Gesetzgebung hat die Europäische Union nur für den Bereich des geistigen Eigentums entwickelt. Dabei sind zwei Arten von Rechtsakten zu unterscheiden: Neben den Richtlinien zur Angleichung der nationalen Rechte hat die Union mehrere Verordnungen erlassen, um die oben erwähnten, neuartigen Schutzrechte zu schaffen.

Das Territorialprinzip des Immaterialgüterrechts bezieht sich bei den zuletzt genannten, nunmehr auf Artikel 118 AEUV gestützten Verordnungen nicht mehr auf den einzelnen Mitgliedstaat, sondern auf die gesamte Union. Diese Schutzrechte – es handelt sich um die Gemeinschaftsmarke,¹⁹ das Gemeinschaftsgeschmacksmuster,²⁰ den Gemeinschaftlichen Sortenschutz²¹ und das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung²² – sind optional; die Inhaber der Rechte können sich auch mit national begrenzten Schutzrechten nach dem Recht einzelner Mitgliedstaaten begnügen.

Die zugrundeliegenden Rechtsakte sind umfassender als viele andere Instrumente des sekundären Unionsrechts. Das Ziel einer möglichst flächendeckenden Regelung wird sichtbar; gerade hinsichtlich der privatrechtlichen Aspekte bestehen aber Lücken, die durch nationales Recht einschließlich des Kollisionsrechts zu füllen sind; zum Teil finden sich diesbezügliche Verweisungsnormen. Soweit die Kollisionsnormen übereinstimmen oder sogar vereinheitlicht sind, wird dann wenigstens vor allen Gerichten der Union auf dasselbe nationale Recht verwiesen.²³

Sehr intensiv hat sich die Union um die Angleichung des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten bemüht, dies vor allem im Bereich des Markenrechts,²⁴ der Muster und Modelle,²⁵ des Urheberrechts²⁶ und

Praduroux, How to Fairly Judge Restrictions to Property Rights: An Overview on ECHR's on Public and Private Interests in the Regulation of Property, in *Bram Akkermans/Ernst Marais/Eveline Ramaekers*, eds., *Property Law Perspectives II*, Antwerpen und Cambridge 2014, S. 21–38 (25 f.).

¹⁸ EuGH 13.12.1979, Rs. 44/79 (Hauer ./ Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3327, Erw. 17 ff.

¹⁹ Siehe oben Fn. 14.

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002 L 3/1.

²¹ Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27.7.1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. 1994 L 27/1.

²² Das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung ist im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit gemäß Artikel 326 AEUV angenommen worden: Beschluss (2011/167/EU) des Rates vom 10.3.2011 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. 2011 L 76/53; Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. 2012 L 361/1; Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. 2012 L 361/89.

²³ Siehe Artikel 101 Abs. 2 der VO 207/2009, oben Fn. 14 zur Gemeinschaftsmarke.

²⁴ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (kodifizierte Fassung), ABl. 2008 L 299/25.

²⁵ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. 1998 L 289/28.

²⁶ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. 1993 L 248/15; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 L 167/10; Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.9.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. 2001 L 272/32; Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates

ähnlicher Schutzrechte²⁷ sowie der biotechnologischen Erfindungen.²⁸ Für den privatrechtlichen Schutz wurde ein eigener Rechtsakt, die Durchsetzungsrichtlinie mit vornehmlich prozessrechtlichen Bestimmungen erlassen.²⁹

Auf diese Regelungen inhaltlich einzugehen ist hier kein Raum.³⁰ Doch weist ihre Vielzahl und die lückenhafte Regelung der privatrechtlichen Aspekte einmal mehr auf das primäre Motiv der Union für diese Gesetzgebung hin. Das Hauptziel ist nicht ein umfassender und einheitlicher Rechtsschutz für Urheber und Erfinder. Zentral ist vielmehr der Wunsch, Hindernisse für den Binnenmarkt zu beseitigen, wie sie vom Territorialprinzip ausgehen und in Artikel 36 AEUV für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit ausdrücklich anerkannt sind. Die Teilharmonisierung der privatrechtlichen Aspekte ist nur ein willkommenes Nebenprodukt einer binnenmarktorientierten Rechtspolitik.

VI. Sicherungsrechte

Die Rechtsakte der Union im Bereich des klassischen Sachenrechts sind ebenfalls marktbezogen. Sie betreffen allesamt einen Aspekt der Werthaltigkeitsfunktion des Eigentums, nämlich die Absicherung von Forderungen gegen den Eigentümer einer Sache bzw. Inhaber eines Rechts. Der Sicherungsfunktion dient entweder die Übertragung des Vollrechts, also des Eigentums an der Sache oder der Inhaberschaft an dem Recht, oder aber die Belastung von Eigentum oder Vollrecht. Beides ist eingebettet in schuldrechtlich wirkende Sicherungsabreden. Unabhängig von der sachenrechtlichen Gestaltung ist die ökonomische Funktionalität der Operation: Es geht darum, dem Eigentümer/Inhaber Kredit zu verschaffen im Hinblick auf anderweitige wirtschaftliche Transaktionen. Die marktbelebende Wirkung betrifft einerseits Finanzmärkte, andererseits aber auch Warenmärkte. Hier setzt die Gesetzgebung der Union an. Im folgenden werden nur verabschiedete Rechtsakte beleuchtet, nicht dagegen Vorhaben, deren Realisierung wie etwa im Falle der "Eurohypothek" voraussetzungsvoll und ungewiss ist.³¹

1. Finanzmärkte

Für den Interbankenbereich hat sich die Union zunächst den rechtlichen Risiken in den multilateralen Zahlungs- und Aufrechnungssystemen zugewandt, die in den letzten Jahrzehnten auch grenzüberschreitend an

vom 12.12.2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), ABl. 2006 L 376/28; Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung), ABl. 2006 L 372/12; Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. 2012 L 299/5; Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. 2014 L 84/72.

²⁷ Richtlinie des Rates vom 16.12.1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, ABl. 1987 L 24/36; Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. 1996 L 77/20; Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 L 111/16.

²⁸ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. 1998 L 213/13.

²⁹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 157/45.

³⁰ Siehe dazu näher die nachfolgend aufgelisteten Stichwortartikel in Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann, eds., Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol. I, II, Oxford 2012: Axel Metzger, Copyright, p. 403-407; Annette Kur, Industrial Design Law, 865-869; Christian Heinze, Trade Mark Law, p. 1663-1670; Joseph Straus, Patent Law, p. 1255 / 1259; siehe auch Trevor Cock, EU Intellectual Property Law, Oxford 2010.

³¹ Siehe zu den langwierigen Arbeiten an diesem Projekt Tatjana Josipović, Die Harmonisierung der Immobiliarsicherheiten: Die Eurohypothek – Modell zur Harmonisierung des Hypothekarkreditmarkts der EU, in: Jürgen Basedow/Oliver Remien/Manfred Wenckstern, Hrsg., Europäisches Kreditsicherungsrecht – Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008, Tübingen 2010, S. 71–128.

Bedeutung gewonnen haben. Oft bestellen die an solchen Systemen teilnehmenden Kreditinstitute durch Verpfändung von Vermögenswerten, Pensionsgeschäfte oder vergleichbare Verträge für ihre Verbindlichkeiten Sicherheiten, die nach nationalem Recht im Prinzip auch gegenüber Dritten durchsetzbar sind. Durch eine Richtlinie von 1998 hat die EU solche dinglichen Sicherheiten europaweit auch für insolvenzfest erklärt. Die Rechte der Gläubiger bestimmen sich im Falle der Insolvenz des Schuldners/Sicherungsgebers nicht nach dem Insolvenzstatut, sondern nach dem Recht des Landes, in dem die Sicherheiten registriert oder verbucht sind.³² Die verabschiedete Regelung ist also zum Teil materiellrechtlicher, zum Teil kollisionsrechtlicher Natur.

Dieser eng begrenzte Regelungsansatz ist in der Richtlinie 2002/47 über Finanzsicherheiten, wieder beschränkt auf den Interbankensektor, ausgebaut worden.³³ Für die Bestellung von Finanzsicherheiten wird nunmehr auf Formerfordernisse verzichtet, Artikel 3. Weitere Regeln betreffen die Formen und das Verfahren der Verwertung der Sicherheiten, Artikel 4. Der Sicherungsnehmer erhält die Befugnis, über das ihm zustehende beschränkt dingliche Sicherungsrecht zu verfügen, dies verbunden mit der Verpflichtung, bei Fälligkeit eine Sicherheit derselben Art zu beschaffen, Artikel 5. Die Finanzsicherheiten sind nunmehr auch liquidationsfest, Artikel 8. Für die wirksame Bestellung und den Vollzug sachenrechtlicher Vorgänge an den Finanzsicherheiten, die im Effektingiro gehalten und übertragen werden, wird der kollisionsrechtliche Grundsatz der *lex rei sitae* ausdrücklich aufgegeben; an ihre Stelle tritt das Recht des Landes, in dem das maßgebliche Konto geführt wird.³⁴ Nach der englischen Fassung hat sich das Acronym des PRIMA-Prinzips herausgebildet, bezogen auf den **Place of the Relevant InterMediary's Account**. Relevant ist dabei das Konto, auf dem die für den Erwerb des Sicherungsrechts maßgebliche Buchung vorgenommen wird, Artikel 2(h). Bei einer Buchungskette kommt es auf das letzte Konto in der Kette an, auf dem die Gutschrift den Rechtserwerb bewirkt.³⁵

Als Antwort auf die Finanzkrise der letzten Jahre hat die Union eine umfangreiche Gesetzgebung verabschiedet. Sie soll vor allem die Befugnisse der Bankenaufsicht stärken, in der Notlage eines Kreditinstituts mit aufsichtsrechtlichen Mitteln zu intervenieren. Demgemäß wird hier materielles Privatrecht nicht etwa weiter harmonisiert, sondern für die Abwicklungsbehörden die Möglichkeit geschaffen, gesicherten Gläubigern in einer solchen Situation die Durchsetzung ihrer Sicherungsrechte zu untersagen. Bei Ausübung dieser Befugnisse haben sie wiederum die Auswirkungen auf das Funktionieren der Finanzmärkte zu berücksichtigen.³⁶

2. Gütermärkte

a) *Eigentumsvorbehalt*. – Die Richtlinie zum Zahlungsverzug aus dem Jahre 2000 enthält auf den ersten Blick einen Ansatz zur Regelung eines umfassenden Sicherungsrechts. Gemäß Artikel 4 sehen die Mitgliedstaaten die Durchsetzung von Vereinbarungen über den Eigentumsvorbehalt im Einklang mit den anwendbaren nationalen Vorschriften vor.³⁷ Wenigstens für den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, d.h. den

³² Siehe Artikel 9 und 2(m) der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.5.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, ABl. 1998 L 166/45.

³³ Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.6.2002 über Finanzsicherheiten, ABl. 2002 L 168/43.

³⁴ Siehe Artikel 9 und Erwägungsgrund 8; ob die *lex rei sitae* hinsichtlich unmittelbar gehaltener Wertpapiere weiter Anwendung findet, bleibt in dem Erwägungsgrund offen, ist aber wohl im Hinblick auf die weltweite Anerkennung dieses Prinzips im nationalen Recht zu bejahen.

³⁵ Simon Schwarz, Verwahrung (Wertpapiere), in Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann, Hrsg., Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009, Sp. 1720, 1726; eine kritische Sicht findet sich bei Thomas Keijser, A Need for a Change – The Undesirable Consequences of the Settlement Finality Directive and the Collateral Directive in the Field of Property and Insolvency Law, in Particular for Small and Medium-sized Enterprises, ZEuP 2006, 308–325.

³⁶ Siehe Artikel 59 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2014 L 173/190.

³⁷ Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 200/35; die Vorschrift findet sich jetzt als Artikel 9 in der Neufassung der

Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, schien damit der Eigentumsvorbehalt im Kern als dingliches Sicherungsrecht europaweit anerkannt zu sein.

Die Drittwirkung des Eigentumsvorbehalts hängt in den Mitgliedstaaten der EU von sehr unterschiedlichen Voraussetzungen ab. In Deutschland wirkt die formlose Einigung von Verkäufer und Käufer auch zu Lasten der anderen Gläubiger des Käufers. In Italien wird dagegen eine Publizität gefordert, die sich aus einem Dokument mit einem der Pfändung vorausgehenden "sicheren Datum" (*data certa*) ergibt; auf diese Weise soll eine Benachteiligung der Gläubiger durch Rückdatierung des Vertrages vermieden werden. Die EU-Kommission hielt diese Regelung für unvereinbar mit der Richtlinie und verklagte Italien wegen Vertragsverletzung. Doch ohne Erfolg: Nach Auffassung des Gerichtshofs sind die Voraussetzungen der Drittwirkung eines Eigentumsvorbehalts in der Richtlinie nicht geregelt und bleiben dem nationalen Recht überlassen.³⁸

Diese Entscheidung wird von vielen bedauert, weil sie die Tür zu einer fortschreitenden richterrechtlichen Angleichung der Sicherungsrechte in der EU auf der Grundlage der Richtlinie zugeschlagen habe. Angesichts der hochgradigen Bedeutung der Problematik für die Im- und Exportmärkte ist die oberflächliche prozessuale Behandlung in der Tat recht unverständlich: Weder hat der Generalanwalt ein schriftliches Schlussgutachten erstattet, noch hat Deutschland in dem Verfahren eine Stellungnahme abgegeben, in der es seine eigenen wirtschaftlichen Interessen als Exportland und seine Rechtsüberzeugungen von einer formfreien Vereinbarung eines drittwirksamen Eigentumsvorbehalts hätte darlegen können.

Andererseits ist die Richtlinie über den Zahlungsverzug nach ihrem Titel und dem sonstigen Regelungsgehalt auf das bilaterale Verhältnis zwischen zwei Vertragsparteien ausgerichtet; dem Käufer soll durch die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts *inter partes* ein Anreiz zur Zahlung des Kaufpreises gegeben werden, mehr nicht. Der Ausschluss der Drittwirkungen des Eigentumsvorbehalts vom Regelungsbereich der Richtlinie lässt sich also durchaus vertreten, auch wenn die praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts in 95% der Fälle in den Drittbeziehungen liegt und obwohl erst die Drittwirkung den Eigentumsvorbehalt zu einem effektiven Instrument der Kreditsicherung und damit der Kreditschöpfung auf den Warenmärkten macht. Doch wird es weiterer gesetzgeberischer Anstrengungen bedürfen, um dieses Potenzial zu entwickeln.

b) Sicherungsrecht an Luftfahrzeugen. – Ein klar konturiertes Sicherungsrecht ist in dem Unidroit-Übereinkommen von Kapstadt über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung geschaffen worden.³⁹ Praktische Bedeutung hat es bislang nur für Rechte an Luftfahrzeugen und Teilen davon, insbesondere Triebwerken erlangt, die Gegenstand eines besonderen Protokolls sind.⁴⁰ Das Übereinkommen von Kapstadt hat zur Zeit 68 Vertragsstaaten, das Luftfahrzeugprotokoll 59, darunter außer den EU-Staaten auch Länder wie China, die USA und die Russische Föderation.⁴¹ Die EU selbst hat sowohl die Grundkonvention wie auch das Luftfahrzeugprotokoll ratifiziert und in Kraft gesetzt;⁴² beide sind nunmehr integrale Bestandteile des Unionsrechts.⁴³

Gestützt wurde dieser Schritt auf Artikel 61 EG (jetzt 67 und 81 AEUV), die Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen, welche die justizielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördern, insbesondere im Bereich des internationalen Privat- und Zivilprozessrechts. Nur von der ausschließlichen Zuständigkeit der

Richtlinie wieder in Richtlinie 2011/7/EU vom 16.2.2011, ABl. 2011 L 48/1.

³⁸ EuGH 26.10.2006, Rs. C-302/05 (Kommission ./ Italienische Republik), Slg. 2006, I-10599, Erw. 29–30.

³⁹ Übereinkommen von Kapstadt über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung vom 16.11.2001, ABl. 2009 L 121/8.

⁴⁰ Protokoll von Kapstadt vom 16.11.2001 zum Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung betreffend Besonderheiten der Luftfahrzeugausrüstung, ABl. 2009 L 121/25.

⁴¹ Siehe dazu die Website von Unidroit: www.unidroit.org, → Instruments, → Security interests.

⁴² Beschluss (2009/370/EG) des Rates vom 6.4.2009 zur Genehmigung des Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zu dem Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und zu dem zugehörigen Protokoll über Luftfahrtausrüstung, die gemeinsam in Kapstadt am 16.11.2001 angenommen wurden, ABl. 2009 L 121/3.

⁴³ So bzgl. des luftrechtlichen Übereinkommens von Montreal EuGH 10.1.2006, Rs. C-344/04 (The Queen, ex parte IATA ./ Department of Transport), Slg. 2006, I-443, Erw. 36.

Union für diese Fragen ist in den Erwägungsgründen die Rede.⁴⁴ Die Zuständigkeit zur Regelung von Sicherungsrechten wird nicht erwähnt, und in den beiden von der Union abgegebenen Erklärungen wird für das *materielle* Insolvenzrecht sogar die fortbestehende Zuständigkeit der Mitgliedstaaten hervorgehoben.⁴⁵

Dies vermittelt einen Eindruck von der Komplexität der Rechtspolitik der Union in diesem Bereich. Es wird aber auch deutlich, dass der zentrale Gegenstand des Übereinkommens, nämlich das international wirkende Sicherungsrecht an beweglichen Ausrüstungsgegenständen zwar in der Sache von allen gewollt wird, dass die Zuständigkeit der Union hierfür aber – anders als bei den Finanzsicherheiten – zwischen Union und Mitgliedstaaten umstritten war. Dass ein solches Sicherungsrecht die Bereitschaft zur Investition in bewegliche Ausrüstungsgüter, insbesondere in Flugzeuge fördert, lässt sich aber kaum bezweifeln; die stimulierende Rolle des Sicherungsrechts für die Entwicklung des internationalen Flugzeugmarkts ist ähnlich wie die der Finanzsicherheiten für internationale Zahlungssysteme. Wenn die Debatte über die Regelungszuständigkeit gleichwohl in beiden Feldern zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt hat, so zeigt sich daran eine mangelnde Kohärenz in der Rechtspolitik der Union. Das Ergebnis ist jedenfalls sonderbar, so als wenn der Schwanz mit dem Hund wedelt: Die Geltung des internationalen Sicherungsrechts im Unionsrecht scheint auf der EU-Zuständigkeit für die Annexfrage der gerichtlichen Zuständigkeit zu beruhen.

Die Konvention von Kapstadt ist anwendbar, wenn der Schuldner seinen Satzungssitz, seine Hauptverwaltung oder seine Niederlassung in einem Vertragsstaat hat; wo der Gläubiger sich befindet, ist unerheblich, Artikel 3 f. In der Sache kreiert das Übereinkommen ein besitzloses Sicherungsrecht, das durch Vertrag geschaffen wird, Artikel 7. Seine Priorität vor den Rechten anderer Gläubiger – auch in der Insolvenz – wird aber erst durch Registerpublizität gewährleistet, siehe Artikel 29 f. Registerführer ist für das Luftfahrzeugprotokoll eine eigens dazu geschaffene internationale Aufsichtsbehörde mit Sitz in Dublin, Artikel 16 ff.⁴⁶ Die Konvention enthält umfangreiche Regelungen zu den Rechten des Gläubigers bei Nichterfüllung, Artikel 8 ff., zu den Konsequenzen einer Abtretung der besicherten Forderung für das Sicherungsrecht, Artikel 31 ff., und zur gerichtlichen Zuständigkeit, Artikel 42 ff.

VII. Eigentumsrechte in der Insolvenz

Die Versuche zur materiellrechtlichen Regelung von Sicherungsrechten an körperlichen Gegenständen haben bislang also nicht sehr weit geführt. Anders verhält es sich mit dem Internationalen Privatrecht der dinglichen Rechte, jedenfalls in der Insolvenz. Die 2000 erlassene und kürzlich neugefasste Insolvenzverordnung⁴⁷ baut auf dem Gleichlauf von Zuständigkeit für das Insolvenzverfahren und anwendbarem Recht auf, Artikel 7: Das Insolvenzgericht wendet im Grundsatz sein eigenes Recht an. Dies gilt jedoch nicht für dingliche Rechte von Gläubigern oder Dritten an Gegenständen oder Gesamtheiten von Gegenständen des Schuldners, die sich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat befinden oder dort in ein öffentliches Register eingetragen sind.⁴⁸

Hintergrund dieser Ausnahme sind die allseits anerkannten Regeln der *lex rei sitae* und *lex registri*. Freilich ist das internationale Sachenrecht in der EU bislang nicht kodifiziert. Außerdem gelten die genannten Regeln auch nicht ausnahmslos; für *res in transitu* und Eigentumsvorbehalt bestehen zum Teil abweichende nationale Kollisionsnormen.⁴⁹ Die Insolvenzordnung begnügt sich deshalb in Artikel 8 damit festzustellen,

⁴⁴ Siehe die Erwägungen 1, 5 und 6 des Beschlusses (2009/370/EG), oben Fn. 42.

⁴⁵ Siehe Zfr. 6 der Erklärung der Union gemäß Artikel 48 des Unidroit-Übereinkommens, Anlage I zu dem Beschluss (2009/370/EG), oben Fn. 42.

⁴⁶ Siehe die Website von Aviareto: www.avlareto.aero.

⁴⁷ Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren, ABl. 2015 L 141/19.

⁴⁸ Artikel 8 Abs. 1 und 4 VO 2015/848.

⁴⁹ Rechtsvergleichende Hinweise bei Basedow, oben Fn. 6, para. 332 und 339 ff.; Heinz-Peter Mansel in J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art. 43 – 46 EGBGB (Internationales Sachenrecht), Neubearbeitung Berlin 2015, Art. 43 Rdnr. 91 – 103.

dass die dinglichen Rechte an den in anderen Mitgliedstaaten belegenen Gegenständen “unberührt” bleiben. Das gilt gemäß Artikel 11 ebenfalls für den Eigentumsvorbehalt an Sachen, die in anderen Mitgliedstaaten als dem Staat des Insolvenzverfahrens belegen sind. Hier wird also lediglich eine negative Regelung getroffen: Die Wirkung anderweitiger Kollisionsnormen soll nicht eingeschränkt werden.

Dagegen findet sich für eintragungspflichtige Rechte an unbeweglichen Sachen sowie an Schiffen und Flugzeugen eine positiv formulierte Kollisionsnorm: Die Wirkungen des Insolvenzverfahrens beurteilen sich gemäß Artikel 14 nach dem Recht des Register-Mitgliedstaates. Und für Zahlungssysteme und Finanzmärkte soll nach Artikel 12 das Recht des Mitgliedstaates maßgeblich sein, das für das betreffende System oder den Markt gilt. Diese Rechtsordnung ist nicht notwendig dieselbe, die nach dem *PRIMA*-Konzept für Finanzsicherheiten maßgeblich ist.⁵⁰ Ob die Divergenz zu Spannungen führt, muss sich zeigen; wegen der Bereichsausnahmen der Insolvenzverordnung⁵¹ und der besonderen Insolvenzregelungen für die Unternehmen der Finanzwirtschaft⁵² wird Artikel 12 der InsolvenzVO im Anwendungsbereich dieses Rechtsakts nicht allzu oft bedeutsam werden.

VIII. Schluss und Ausblick

Das Resümee am Ende dieses *tour d’horizon* fällt gemischt aus. Außer zum Geistigen Eigentum hat die Union im Bereich der Eigentumsrechte keine umfassenden Regelungsbemühungen unternommen. Ein Konzept lässt sich nicht erkennen. Während Sicherungsrechte bei Finanztransaktionen offenbar als marktrelevant angesehen werden, scheint dies bei den Gütermärkten, wenn man auf die magere Ausbeute einer Jahrzehnte währenden Rechtspolitik schaut, nicht der Fall zu sein. Allenfalls im Bereich des Internationalen Privatrechts zeichnen sich Fortschritte ab. Die Überarbeitung der Insolvenzverordnung sowie das Tempo der kollisionsrechtlichen Gesetzgebung in diesem Bereich im Allgemeinen lassen die Erwartung zu, dass die Verabschiedung eines Rechtsakts zum Internationalen Sachenrecht gelingen könnte. Wissenschaftliche Vorarbeiten dazu liegen vor.⁵³

Solche Vorarbeiten gibt es aber auch für die Schaffung eines besitzlosen, registrierten Sicherungsrechts nach Art des Artikel 9 des amerikanischen Uniform Commercial Code.⁵⁴ Wer das Zuständigkeits”gerangel” um die Ratifikation des Übereinkommens von Kapstadt näher betrachtet, wird allerdings zweifeln, ob sich die nationalen Ministerialbürokratien auf die Schaffung eines einheitlichen Regimes im Bereich des materiellen Zivilrechts einlassen. Die nationalen Bestandsschutzinteressen scheinen zur Zeit sehr stark.

Wie auch immer sich die Dinge im sekundären Unionsrecht entwickeln werden, jedenfalls lässt sich die lange vertretene extensive Auslegung des Artikels 345 AEUV als Regelungssperre heutzutage nicht mehr aufrechterhalten. Sie ist durch sachliche Argumente und durch die rechtspolitische Wirklichkeit widerlegt. Die Union hat eine marktbezogene Regelungszuständigkeit auch für Fragen des Eigentums- und Sachenrechts.

⁵⁰ Siehe oben bei Fn. 34–35 im Text.

⁵¹ Gemäß Artikel 1 Abs. 2 ist die InsolvenzVO nicht auf Insolvenzen von Versicherungsunternehmen, Kreditinstituten, Wertpapierfirmen und Fondsgesellschaften anzuwenden.

⁵² Für Insolvenzen der Unternehmen der Finanzwirtschaft gelten die Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen, ABl. 2001 L 110/28, und die Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.4.2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. 2001 L 125/15. Beide Rechtsakte regeln auch die Auswirkungen der Insolvenz auf dingliche Rechte.

⁵³ Siehe zuletzt Eva-Maria Kieninger, Das internationale Sachenrecht als Gegenstand eines Rechtsakts der EU – eine Skizze, in Katharina Hilbig-Lugani et al., Hrsg., Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, S. 469–483.

⁵⁴ Siehe Drobniß/Böger, oben Fn. 4.

Проблемы правового регулирования отношений собственности в Казахстане

Немного истории

Впервые вопрос о собственности в Казахстане был поставлен в Концепции самоуправления и самофинансирования Казахской ССР, разработанной в 1989 г. В этой Концепции мною (в то время зав. Отделом правовых проблем народного хозяйства Института философии и права АН Каз. ССР) был подготовлен раздел о собственности.

Основным в этом разделе было разграничение общесоюзной и республиканской собственности и провозглашение исключительной собственности Казахской ССР на природные ресурсы. Однако, кроме того, в Концепции содержится разделение собственности на государственную, коммунальную, коллективную групповую (собственность кооперативов, общественных организаций и общественных объединений, акционерных обществ и иных хозяйственных товариществ, организаций арендаторов, иных коллективов и ассоциаций граждан) и индивидуальную, выступающую в виде личной и индивидуально-производственной. Под индивидуально-производственной в замаскированном виде мы пытались внедрить понятие частной собственности.¹

Эту идею удалось частично воплотить в Законе «О собственности в Казахской ССР» от 15 декабря 1990г. Проект закона был разработан группой цивилистов (Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов, Б.В. Покровский, А.И. Худяков). Я его и представлял в Верховном Совете.

Значение Закона о собственности заключается в том, что это был первый закон, который принял первый демократически избранный Парламент Казахстана. Он заложил принципиальные положения, которые были развиты в Гражданском кодексе РК.

О тех бурях, которые бушевали вокруг этого законопроекта, говорит хотя бы тот факт, что нам – цивилистам (хотя мы и были разработчиками проекта Закона) – пришлось готовить проект вето Президента на тот проект, что был принят Парламентом. Президент вето внес, закон удалось скорректировать, хотя и не в той мере, в какой нам этого хотелось.

Основное положение, против которого мы принципиально выступали, была попытка объявить субъектами права государственной собственности Советы народных депутатов всех уровней. Нам удалось устранить эти явно нелепые положения, и в принятом Законе субъектами права государственной собственности объявлялись уже государство и административно-территориальные единицы.

В то время понятие частной собственности было еще табу. Его боялись и всячески от него открещивались. Достаточно сказать, что в Законе о собственности в СССР, принятом 6 марта 1990 г., вместо прежнего понятия «личная собственность» было введено понятие «собственность граждан» (раздел 2). Сделано это было с единственной целью - не допустить применения термина «частная собственность».

В Законе о собственности в Казахской ССР нам удалось это понятие закрепить, хотя и в несколько извращенной форме: в п. 2 ст. 7 Закона закреплялось, что собственность граждан выступает в виде личной – для удовлетворения физических и духовных потребностей без извлечения доходов; и частной,

¹ См.: Сулейменов М.К. Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан. Алматы, 2006.С. 17-26; См.также: Майдан Сулейменов. Частное право Республики Казахстан: история и современность. Соб. соч. в 9 томах. Том 3. С. 21-26.

предназначенной для извлечения доходов. В качестве первой попытки внедрения такое понимание частной собственности имело право на существование.

Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) был принят 27 декабря 1994 г. и вступил в силу 1 марта 1995 г.

Значительную часть Гражданского кодекса занимают нормы о праве собственности (гл. 8-15, ст.ст. 188-267). Это объясняется важностью права собственности в регулировании всей массы экономических отношений.

Кодекс в соответствии с Конституцией Республики Казахстан делит собственность только на частную (ст. 191) и государственную (ст. 192).

Помимо права собственности, ГК предусматривает другие вещные права (ст. 195 ГК). Непосредственно в ГК регламентируются права хозяйственного ведения и оперативного управления. В ГК РФ специально регулируются также вещные права на землю (гл. 17) и вещные права на жилые помещения (гл. 18). В ГК Республики Казахстан подобных норм нет, т.к. он по этим вопросам отсылает к земельному (ст. 195 ГК) или жилищному (ст. 194 ГК) законодательству.

В Раздел 2 ГК, посвященный праву собственности, включена гл. 12 «Договор о совместной деятельности (простое товарищество)», поскольку совместная деятельность простого товарищества служит основанием возникновения общей долевой собственности участников, а общая собственность регулируется ГК (гл. 11). Из конкретных организационно-правовых форм простого товарищества ГК специально рассматривает только консорциум (ст. 233).

Заключительная 15-я глава раздела 2 ГК посвящена защите права собственности. В качестве средств защиты предусматриваются известные иски - виндикационный (об истребовании имущества из чужого незаконного владения) и негаторный (об устранении нарушений, не связанных с лишением владения), а также иск о признании права собственности и о защите собственника от незаконных действий органов власти, управления и должностных лиц. Все эти иски уже содержались в прежде действовавшем законодательстве Казахстана. Но модельный Гражданский кодекс и ГК РФ не предусматривают иска о признании права собственности и защите собственника от незаконных действий государственных органов и должностных лиц. Полагаем, что система защиты права собственности, установленная Гражданским кодексом Республики Казахстан, является более полной.

Принцип равенства государственной и частной собственности

В ст. 6 Конституции РК, принятой 30 августа 1995 года, закреплено, что в Республике Казахстан признается и равным образом защищается государственная и частная собственность.

Я приведу только несколько проблемных моментов, возникавших за 20 лет действия Конституции относительно равенства государственной и частной собственности.

1) Законом «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственных юридических лиц» от 16 декабря 1998г, были внесены коренные изменения в правовой статус учреждений.

В соответствии с изменениями, внесенными названным Законом в Гражданский кодекс, наряду с учреждениями появилась такая форма некоммерческих организаций, как государственное учреждение.

Еще одно новшество, которое было введено данным Законом, заключалось в том, что по договорным обязательствам государственного учреждения государство ответственности не несет.

Подобные преобразования закона противоречили всей концепции юридического лица, заложенной в Гражданском кодексе. Государственные учреждения обладают имуществом на праве оперативного управления. В отличие от предприятий на праве хозяйственного ведения они финансируются из государственного бюджета, работают на основе государственной сметы, все свои действия совершают в пределах, разрешенных государством, по первому требованию передают ему свое имущество, полностью ему подконтрольны. Естественно поэтому, что государство должно нести ответственность (причем, только дополнительную, субсидиарную) по долгам своих учреждений, как это сохранилось для учредителей негосударственных учреждений в соответствии с частью второй пункта 1 статьи 44 в новой редакции. Такой принцип полной ответственности учредителей обычных учреждений и полной безответственности государства по договорным обязательствам государствен-

ных учреждений противоречит пункту 1 статьи 6 Конституции Республики Казахстан о равной защите государственной и частной собственности.

Незаконность Закона от 16 декабря 1998г. была столь очевидна, что в это вынужден был вмешаться Конституционный Совет РК, который признал данный Закон противоречащим Конституции РК. В Постановлении Конституционного Совета РК от 3 ноября 1999 г №19/2 «Об официальном толковании пункта 2 статьи 6 и подпунктов 1) и 2) пункта 3 статьи 61 Конституции Республики Казахстан», в частности, говорится: «... что касается возможности ограничения ответственности государственных учреждений размером утвержденной им сметы, такое ограничение противоречит положению статьи 6 Конституции Республики Казахстан о равной защите государственной и частной собственности, поскольку этим будут ущемлены права и законные интересы не государственных учреждений, а их договорных и иных контрагентов. Создание односторонних преимуществ в полном возмещении убытков или ограничений в этом хозяйствующих субъектов какой-либо формы собственности недопустимо. Принцип равной правовой защиты собственности заключается не только в одинаковых процессуальных возможностях отстаивать каждому из собственников свои интересы в суде, но и в одинаковой мере имущественной ответственности хозяйствующих субъектов друг перед другом по своим договорным обязательствам независимо от правового режима собственности, в котором они находятся».

Тем не менее только в 2003 году из ст. 44 ГК было исключено антиконституционное положение об ограниченной ответственности государственного учреждения в пределах утвержденной сметы на содержание государственного учреждения (Закон РК от 20 мая 2003 года №417-III).

2) На протяжении 20 лет я нередко критиковал постановления Конституционного Совета. В то же время я не хочу, чтобы сложилось впечатление, что все постановления Конституционного совета в области гражданского права неудачны. Можно привести немало примеров, когда постановление Конституционного Совета помогло в разрешении запутанных проблем.

Одна из таких проблем – понятие права государственной собственности. И, в частности, решение вопроса, что означает фраза «правительство организует управление государственной собственностью»?

Формулу подпункта 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан о том, что Правительство Республики Казахстан «организует управление государственной собственностью», правительство в своем обращении в Конституционный Совет РК пыталось трактовать таким образом, что Правительство является субъектом права государственной собственности. Представляется, что вопрос поставлен неверно.

Никакой государственный орган не может выполнять функции субъекта права государственной собственности. Субъектом государственной собственности может быть только само государство - Республика Казахстан (в отношении коммунальной собственности – административно- территориальная единица).

Правительство РК утверждало также, что в ст. 192 и других нормах Гражданского кодекса РК не определен субъект права. Это неверно. Право собственности является одним из видов гражданских прав. Субъектам гражданских прав посвящена глава 2 ГК: граждане РК и другие физические лица (§1), юридические лица (§2) и государство и административно-территориальная единица (§3). Других субъектов гражданских прав нет.

Субъектами права частной собственности являются граждане и негосударственные юридические лица (ст. 191 ГК), субъектами права государственной собственности (ст. 192 ГК) являются Республика Казахстан (ст. 111 ГК) или административно-территориальная единица (ст. 112 ГК).

В случае, когда государственная собственность закреплена за государственными юридическими лицами, они обладают правом хозяйственного ведения или оперативного управления. Имущество, не закрепленное за государственными юридическими лицами, составляет государственную казну (ст. 192 ГК). Но и в том, и в другом случаях имущество находится в государственной собственности, а субъектом права государственной собственности выступает само государство.

Содержание права государственной собственности составляют правомочия владения, пользования и распоряжения, которыми обладает и которые осуществляет государство (Республика Казахстан), а в отношении коммунальной собственности - административно-территориальная единица.

Однако государство может осуществлять эти полномочия только через государственные органы.

В соответствии с п. 2 ст. 111 ГК «от имени Республики Казахстан могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности,

выступать в суде органы государственной власти и управления Республики Казахстан в рамках их компетенции, установленной законодательными актами, положениями или иными актами, определяющими статус этих органов».

Таким образом Правительство РК может в рамках своей компетенции осуществлять от имени Республики Казахстан правомочия владения, пользования и распоряжения государственным имуществом.

В соответствии с подпунктом 4) статьи 66 Конституции РК Правительство «организует управление государственной собственностью». Понятие «организует управление государственной собственностью» допускает двоякое толкование.

Можно понимать его в административно-правовом смысле как организацию управления собственностью по вертикали, как реализацию властных полномочий государства. Однако, такое толкование представляется узким и противоречащим правовому статусу Правительства как государственного органа, осуществляющего исполнительную власть Республики Казахстан, возглавляющего систему исполнительных органов и руководящего их деятельностью (пункт 1 статьи 54 Конституции РК).

На мой взгляд, понятие «организует управление государственной собственностью» следует понимать в широком смысле, как включающее в себя не только управление в качестве властно-подчиненных отношений, но и осуществление от имени Республики Казахстан правомочий собственника.

Такая трактовка этого понятия поддерживается положениями подпункта 8) статьи 9 Конституционного закона Республики Казахстан от 18 декабря 1995 г. «О Правительстве Республики Казахстан». В этом подпункте предусматривается, что Правительство организует управление государственной собственностью, вырабатывает и осуществляет меры по её использованию, обеспечивает защиту права государственной собственности на территории Республики Казахстан. Хотя здесь говорится только об «использовании» собственности», несомненно, что в данном случае имеются в виду и владение, и пользование, и распоряжение государственной собственностью.

Правом распоряжения государственной собственностью от имени Республики Казахстан наделено Правительство РК. Компетенция Правительства по этому вопросу может быть ограничена законодательными актами.

Таким образом, общий вывод сводится к следующему.

Субъектом права государственной собственности является Республика Казахстан. Правительство не может быть субъектом права государственной собственности, оно может осуществлять полномочия владения, пользования и распоряжения государственной собственностью от имени Республики Казахстан. Термин «организует управление государственной собственностью» означает, помимо всего прочего, осуществление правомочий собственности на государственное имущество от имени Республики Казахстан.

Конституционный Совет Республики Казахстан в своем постановлении, принятом 17 марта 1999 года (я выступал в качестве основного эксперта при рассмотрении данного дела), дал официальное толкование подпункта 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан в том смысле, что «юридическое содержание нормы «организует управление государственной собственностью» означает наделение Правительства республики правомочиями владеть, пользоваться и распоряжаться государственной собственностью в пределах, установленных законодательными актами». В целом это постановление правильно отражает суть проблем, однако вызывают сомнение слова «в пределах, установленных законодательными актами». Получается, что Правительство может осуществлять только те права, которые специально установлены законодательными актами». Между тем формула должна быть другая. Правительство осуществляет от имени Республики Казахстан все полномочия по владению, пользованию и распоряжению государственной собственностью, за исключением случаев, когда это право ограничено законодательными актами. Поэтому заключительные слова в Постановлении Конституционного Совета целесообразно толковать в том смысле, что эти права могут быть ограничены законодательными актами.

3) И в заключение ещё об одной проблеме, которая возникла в последние годы. При строительстве северной окружной дороги в г. Алматы у граждан изымали земельные участки, выплачивая им в ряде случаев по 1 тысяче тенге за участок. Выяснилось, что у этой процедуры есть законная основа.

В ст. 67 Закона РК от 1 марта 2011 года №413-IV «О государственном имуществе» закрепляется положение о том, что стоимость земельного участка, отчуждённого для государственных нужд, приобретенного собственником у государства, определяется в размере суммы, уплаченной государству. Стои-

мость земельного участка, отчуждённого для государственных нужд, перешедшего к собственнику по гражданско-правовой сделке или по решению суда, определяется в размере стоимости, указанной в гражданско-правовом договоре или в решении суда, но не превышающей рыночную стоимость. В случае, если в гражданско-правовом договоре цена за земельный участок не указана, стоимость земельного участка определяется по его кадастровой (оценочной) стоимости.

Из этих норм вытекает следующий вывод. Если гражданин продает свой земельный участок другим гражданам, он получает рыночную стоимость. Если земельный участок изымается для государственных нужд, гражданин за него ничего не получает или получает кадастровую (оценочную) стоимость.

Налицо неравенство государственной и частной собственности. Статья 67 Закона о государственном имуществе неконституционна. Она противоречит ст. 6 Конституции РК.

Государственные органы, обладающие соответствующими полномочиями, должны, на мой взгляд, принять меры к отмене этих антиконституционных норм Закона о государственном имуществе.

Право собственности в системе вещных прав

Право собственности – это прежде всего вещное право. Различаются две основные группы имущественных отношений, регулируемых гражданским правом: вещные и обязательственные.

Вещные отношения – отношения, связанные с обладанием тем или иным субъектом определенными вещами – природными объектами, средствами производства и результатами труда.

Обязательственные отношения связаны с переходом имущественных благ от одних лиц к другим.

Можно назвать следующие признаки вещного права:

- 1) это имущественное право;
- 2) объектом вещного права является индивидуально-определенная вещь;
- 3) это абсолютное право;
- 4) вещные права должны быть установлены законом;
- 5) вещное право характеризуется наличием правомочий владения и /или пользования и /или распоряжения;
- 6) право следования;
- 7) право преимущества;
- 8) возможность непосредственного воздействия на вещь (непосредственного господства над вещью), в том числе путем ограничения собственника или субъекта другого вещного права.

Следует отметить одну общую методологическую ошибку большинства исследователей. При выявлении признаков вещного права многие авторы ориентируются на право собственности, владения и другие ярко выраженные вещные права. Между тем многие признаки, которые четко проявляются в праве собственности (например, фактическое господство над вещью), почти исчезают в некоторых других вещных правах, например при ипотеке или сервитуте.

Представляется, что вещные права объединяет один главный признак – связь с индивидуально-определенной вещью. Все остальные вышеперечисленные признаки присутствуют во всех вещных правах, но в одних они проявляются сильно, даже ярко, в других принимают едва заметную величину, иногда присутствуя в видоизмененных формах. Например, при ипотеке слабо присутствует такой признак, как фактическое господство над вещью, но сильно проявляются права следования и преимущества.

Кроме того, граница между вещными и другими имущественными, в частности обязательственными, правами весьма зыбка и подвижна. Это связано с тем, что вещные права в основном возникают из обязательственных, и наоборот. Даже право собственности в большинстве случаев основывается на договорах купли-продажи, дарения, мены (договорах по передаче имущества в собственность). Залог, аренда, хранение, право землепользования возникает из договоров залога, аренды, хранения и т.п.

Отсюда спорность вопросов о том, являются ли вещными правами аренда, ипотека, доверительное управление и т.п.

К вещным правам относятся только права, прямо предусмотренные действующим в данной стране законодательством, то есть лицо не может по своей воле создавать какие-либо иные разновидности вещных прав.

Этот замкнутый круг вещных прав неодинаков в различных законодательных актах. В гражданском праве всех зарубежных стран ведущее место в системе вещных прав занимает право собственности, являющееся центральным институтом системы права той или иной страны.

Кроме того, к данной системе относятся такие вещные права, как право залога, сервитуты, узуфрукт и др. Общим для них является то, что это права на чужие вещи, закрепляющие за их носителями отдельные правомочия, относящиеся к отдельным правомочиям собственника (обычно владение, пользование). То есть, это производные от права собственности вещные права.

Основной классификацией вещных прав является деление их на право собственности и вещные права лиц, не являющихся собственниками (статья 195 ГК).

В римском праве вторая группа прав называлась правами на чужую вещь (*jura in re aliena*)². В современной литературе их иногда называют ограниченными вещными правами³.

Например, дается такое определение: «ограниченные вещные права – абсолютные правоотношения по владению, пользованию или распоряжению чужим имуществом, производные от прав собственника и возникшие по его воле (либо по прямому указанию закона), имеющие ограниченное по сравнению с правом собственности содержание, но защищаемые законом наравне с ним»⁴.

В ст.194 и 195 ГК названы некоторые виды вещных прав: право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право землепользования, вещные права на жилище. Как вещное право, аналогичное праву землепользования, закреплено, в Законе о недрах и недропользовании право недропользования.

Некоторые права названы в пункте 2 статьи 118 ГК (государственная регистрация недвижимости): право аренды, ипотека (заклад), сервитуты (право пользования чужим имуществом).

Однако, эти права могут быть не только вещными, но и обязательственными.

В то же время появляются высказывания о недопустимости чрезмерного расширения вещных прав⁵. Споры идут в основном вокруг права аренды. Одни авторы считают, что к разряду вещных нельзя относить права пользования имуществом, возникающего на основании договора имущественного найма⁶. Другие отрицают возможность признания вещными прав нанимателя, за исключением разве аренды с предоставлением арендатору права выкупа арендованного имущества, а также прав нанимателя жилого помещения в государственном и муниципальном жилищном фонде⁷.

Третьи авторы констатируют, что право аренды (особенно недвижимости) в последние годы все более приобретает черты вещного права, хотя формально таковым не признано: круг правомочий, которыми располагает арендатор, очень близок к правомочиям владельца вещного права; арендатор наделен правом защиты своего владения даже против собственника (арендодателя)⁸.

Нельзя не обратить внимание на бессистемный и хаотичный характер формирования перечня вещных прав. Называется то ипотека, то только ипотека недвижимости, то залог в целом. Аренда не признается вещным правом, но аренда предприятия или земли признается. Права нанимателя жилого помещения то называются вещным правом, то категорически отрицается даже возможность такого решения. Право водопользования рассматривается как вещное право, но о праве недропользования ни в одной работе не упоминается.

Все это связано с отсутствием четких критериев выделения вещного права или приданием самодеятельного значения только одному из критериев.

Вообще, в работах ученых постсоветского периода наблюдается некоторый пессимизм по отношению к категории вещных прав.

² См.: например: Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. Л., Изд-во ЛГУ, 1974, С. 82; Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996, С. 403.

³ См.: Гражданское право. Т.1 / Под ред. Е.А. Суханова. М., Изд-во Бек, 1994. С.283; Гражданское право. Ч. 1. / Под ред. А.Г. Калпина и А.И. Масляева. М., 1997. С. 49.

⁴ См.: Гражданское право. Т. 1./ Под ред. Е.А. Суханова. М., 1994. С. 284.

⁵ См.: Гражданское право, том 1, Санкт-Петербург. С. 289.

⁶ См.: Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. С. 19.

⁷ См.: Гражданское право, том 1, Санкт-Петербург. С. 290.

⁸ См.: Гражданское право России. Курс лекций. Часть I /под ред. О.И. Садикова. М, Юрид. Литература, 1996. С. 171.

Не найдя твердых критериев выделения категории вещных прав, многие авторы высказывают сентенции типа, что «разграничение вещных и обязательственных прав не всегда является простым делом»⁹, или что вещные права – это скорее литературный образ, нежели точный юридический термин»¹⁰.

Вряд ли можно с этим согласиться. Трудность определения признаков вещного права, его неразрывная связь с обязательственными и другими гражданскими правами ещё не даёт оснований отказываться вообще от попыток выделения категории вещных прав.

Основываясь на тех признаках вещного права, которые сформулированы выше, мы считаем возможным предложить следующий перечень вещных прав:

1. Право собственности;
2. Право хозяйственного ведения;
3. Право оперативного управления;
4. Право учреждения на самостоятельное распоряжение доходами от разрешенной хозяйственной деятельности;
5. Право природопользования:
 - а) право землепользования;
 - б) право недропользования;
 - в) право водопользования;
 - г) иные права природопользования;
6. Право владения;
7. Право залога вещи;
8. Право на вещь, переданную на основе договоров:
 - а) право на арендованную вещь;
 - б) право на вещь, взятую в доверительное управление;
 - в) право на вещь, взятую на хранение;
 - г) право на вещь, переданную на основе ренты;
 - д) право на вещь, переданную на основе других договоров (подряда и т.п.);
9. Право на жилище:
 - а) права нанимателя жилища;
 - б) права членов семьи собственника жилища на пользование этим жилищем;
 - в) право пожизненного проживания в жилом помещении, принадлежащем другому лицу, по договору или в силу завещательного отказа;
 - г) права члена кооператива на кооперативную квартиру до её выкупа.
 - д) другие жилищные права¹¹.

Права собственности в системе имущественных прав

В ГК дается следующее определение имущества: «к имущественным благам и правам (имущество) относятся: вещи, деньги, в том числе иностранная валюта, ценные бумаги, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и другое имущество» (п. 2 ст 115).

Если отвлечься от деталей, в первом приближении можно выделить в составе имущества две большие группы: вещи и имущественные права.

Вещные права – это право собственности и другие производные от права собственности вещные права.

Имущественные права – это прежде всего обязательство, а также право интеллектуальной собственности.

В литературе, законодательстве и на практике допускается смешение права на вещь (право собственности) и права на имущество, которое отождествляется с правом собственности, хотя оно

⁹ См.: Гражданское право /Под ред. Е.А. Суханова. С. 285.

¹⁰ См.: Гражданское право, Санкт-Петербург. С. 291.

¹¹ Подробнее см.: Вещные права в Республике Казахстан / Отв. редактор М.К. Сулейменов. Алматы: Жеті Жарғы, 1999. С. 7-36.

включает в себя, помимо права собственности, другие имущественные права (право на акции, на долю в уставном капитале ТОО и другие обязательственные вещные права, исключительные права).

В подтверждение сказанного я хочу привести несколько примеров:

1) Право общей собственности

Право на общее имущество, принадлежащее нескольким лицам, обычно называют правом общей собственности. Например, денежные или иные имущественные взносы участников договора совместной деятельности, а также имущество, созданное или приобретенное в результате их совместной деятельности, являются их общей долевой собственностью (п.2 ст. 230 ГК РК). Между тем в состав этого имущества могут входить не только вещи, но и права требования (право на акции, долю в уставном капитале ТОО и т.п.), и объекты права исключительной собственности.

Поэтому наряду с правом общей собственности необходимо выделять право на общее имущество, куда входят или могут входить иные общие вещные права, общие обязательственные и общие исключительные права¹².

2) Право собственности на имущество юридического лица

В ст. 36 выделяются юридические лица, на имущество которых их участники (учредители) сохраняют обязательственные права (хозяйственные товарищества, акционерные общества и кооперативы); и юридические лица, на имущество которых их учредители сохраняют право собственности или иное вещное право (организации, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения или права оперативного управления).

Я не буду рассматривать государственные юридические лица, которых нет уже во многих постсоветских странах. Я рассмотрю эту проблему на примере частного учреждения (поскольку у нас в Казахстане отдельно выделяются государственные учреждения).

Учредитель учреждения является собственником его имущества.

Учреждение обладает этим имуществом на праве оперативного управления (тоже вещное право). Однако в состав имущества учреждения могут входить не только вещи, но и права требования (в том числе право на акции и доли участия в ТОО), и исключительные права. Поэтому право собственности не покрывает всего объема прав на имущество учреждения. Необходимо наряду с правом собственности сконструировать право на имущество учреждения, или имущественные права учредителя, включающее в себя право собственности, обязательственные права, исключительные права.

3) Имущественные права государства

Имущественные права государства обычно сводятся только к праву государственной собственности. К сожалению, в ГК также статья есть только о государственной собственности (ст. 192 ГК), и нет ничего о государственном имуществе. Между тем право государственной собственности – это вещное право, и оно связано только с вещами. Однако если исходить из состава имущества, данного в ст. 115 ГК, имущественные права государства не ограничиваются только вещными правами собственности.

Поэтому одновременно с принятием Закона о государственном имуществе одновременно был включен в ст. 192 ГК п. 7 следующего содержания:

«7. Положения настоящей статьи применяются соответственно к иным, кроме права собственности, гражданским правам на государственное имущество, если иное не предусмотрено законодательным актом о государственном имуществе или не противоречит существу гражданских прав».

Можно выделить следующие имущественные права государства:

1) право государственной собственности (статья 192 Гражданского кодекса Республики Казахстан). Право государственной собственности включает в себя и права государства на имущество государственных предприятий и государственных учреждений, находящееся в их оперативном управлении (статьи 102-104, 202-208 Гражданского кодекса Республики Казахстан);

¹² Подробнее см.: Алиханова Г.А. Право на общее имущество по законодательству Республики Казахстан. Монография. Алматы, 2010. С. 7-52.

2) иные вещные права государства (сервитуты, аренда, безвозмездное пользование имуществом и другие);

3) обязательственные права (права требования), в том числе права на бездокументарные ценные бумаги (в частности, акции акционерных обществ в бездокументарной форме) и на доли в уставном капитале товариществ с ограниченной ответственностью (статьи 36, 58, 77, 85 Гражданского кодекса Республики Казахстан);

4) исключительные права на объекты интеллектуальной собственности (статья 964 Гражданского кодекса Республики Казахстан);

5) наследственные права (пункт 2 статьи 1046, статья 1083 Гражданского кодекса Республики Казахстан);

б) иные имущественные права государства, предусмотренные законодательными актами.

Введение такого термина «имущественное право государства» не противоречит, как иногда утверждается, понятию, сформулированному в подпункте 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан о том, что Правительство Республики Казахстан «организует управление государственной собственностью». Конституционный совет Республики Казахстан в постановлении от 17 марта 1999 года №4/2 «Об официальном толковании подпункта 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан» отметил, что «понятие «управление государственной собственностью», входящее в компетенцию Правительства, следует понимать и как осуществление от имени Республики Казахстан правомочий собственника государственного имущества в рамках закона».

Однако, кроме права собственности, Правительство осуществляет от имени Республики Казахстан и иные имущественные права, в частности, право на акции акционерных обществ и доли в уставном капитале товариществ с ограниченной ответственностью. В соответствии с подпунктом 10) статьи 66 Конституции Республики Казахстан Правительство «выполняет иные функции, возложенные на него Конституцией, законами и актами Президента».

Несомненно, в выполнение этих функций входит и осуществление Правительством иных, кроме права собственности, имущественных прав государства.

4) Права учредителей (в том числе государства) на имущество АО и ТОО, на акции и доли участия в уставном капитале

Два предварительных замечания:

Данная проблема касается не только государства, но и любого учредителя АО и ТОО, будь то ридическое лицо или гражданин. Государство взято для примера, так как именно в ценке этих отношений ярко проявляется полнейшая путаница и неправильное понимание юридических институтов;

При рассмотрении имущественных прав, связанных с АО и ТОО, следует разделять два аспекта этой проблемы: 1) права на имущество АО и ТОО; и 2) права на акции и доли в уставном капитале, на основе которых оно получает права на имущество.

Если говорить об акциях, надо выделять два аспекта проблемы:

«право на акцию» и «право из акции». Право на акцию различно в зависимости от того, является акция документарной или бездокументарной. Если акция документарная, у её обладателя существует право собственности на акцию (на этот листок бумаги как вещь). Если акция бездокументарная, бумажного документа нет, есть только электронная запись в реестре. Нет вещи, значит нет и права собственности. На такую акцию возникает право требования (обязательственное право) – к регистратору, ведущему реестр акций или иному лицу, с этим связанному.

«Право из акции» - права акционера, вытекающие из его обладания акциями. Это право на имущество АО и оно является обязательственным правом (правом требования).

Тот же механизм с долей в уставном капитале ТОО. Разница в том, что здесь нет документарной доли, доля всегда бездокументарна. Нет даже записи в реестре, так как реестр долей не ведется. Фиксируется это право в уставных документах ТОО, в договоре отчуждения доли и т.п. Право на долю – обязательственное право к лицам, ответственным за фиксацию этой доли и иным лицам, нарушающим эти права.

Право, вытекающее из доли – это обязательственное право на имущество ТОО. Собственниками имущества в АО и ТОО являются сами АО и ТОО. Участники (акционеры) не имеют права собственности на имущество АО и ТОО. Государство как акционер тоже.

Какие же права на это имущество у государства?

Эта проблема на самом деле является очень простой, достаточно открыть Гражданский кодекс и посмотреть только оглавление.

Гражданский кодекс весь целиком посвящен регулированию гражданских правоотношений, то есть гражданских прав (ибо права и корреспондирующие им обязанности – это и есть правоотношение).

Гражданские права делятся на имущественные и личные неимущественные.

Основную часть имущественных прав составляют право собственности (и иные вещные права) и обязательственные права (разделы 2 и 3, 4 ГК). Есть и иные гражданские права: право интеллектуальной собственности (раздел 5) и наследственные права (раздел 6), но эти права стоят особняком и не влияют на основное деление гражданских прав на право собственности и обязательственное право.

Потому если какое-то право на имущество не является правом собственности – это, как правило, обязательственное право.

Имущество (или активы) делятся в соответствии со ст. 115 ГК на вещи (на которые возникают вещные права, в основном право собственности), объекты интеллектуальной собственности (на которые возникают исключительные права), имущественные права (это в основном обязательственные права).

В чем различие между правом собственности (как вещным правом) и обязательственным правом?

Право собственности есть признаваемое и охраняемое законодательными актами право субъекта по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом (п. 1 ст. 188 ГК).

То есть главное в праве собственности – это обладание правомочиями владения, пользования и распоряжения имуществом. В п.2 ст. 188 ГК раскрывается содержание этих трех правомочий.

В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенные действия, как то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (п. 1 ст. 268 ГК).

То есть главное в обязательственном праве – право требовать от должника исполнения его обязанности.

Если говорить о государстве, то учредителем (участником, акционером) юридических лиц выступает Республика Казахстан или административно-территориальная единица. От имени Республики Казахстан выступает Правительство РК, или по поручению Правительства уполномоченный орган.

В отношении имущества государственных предприятий и государственных учреждений государство имеет право собственности и поэтому Правительство, обладая от имени государства правомочиями владения, пользования и распоряжения, может передать их уполномоченному органу.

Но в отношении АО и ТОО у государства нет права собственности, собственником являются сами АО и ТОО.

Таким образом, есть ряд простых положений, основанных на ГК:

Имущественные права делятся на вещные и обязательственные, так же как и имущество делится на вещи и имущественные права.

Право государства на имущество государственных предприятий и учреждений – это вещное право собственности, состоящее из правомочий владения, пользования и распоряжения.

Право государства на имущество АО (ТОО), в которых имеется государственный пакет акций или государственная доля в уставном капитале – это обязательственное право требования, в соответствии с которым государство вправе требовать, а АО (ТОО) обязано предоставить возможность осуществлять права участника (акционера) в АО (ТОО), что выражается в праве управлять АО (ТОО) получать дивиденды, получать часть имущества при ликвидации АО (ТОО).

Права владения и пользования принципиально неприменимы к отношениям между государством и АО (ТОО); право распоряжения не связано с отношениями государства с АО (ТОО), а связано с отношениями государства с третьими лицами, то есть с гражданами и негосударственными юридическими лицами. Поэтому распоряжение акциями и долями участия в АО (ТОО) означает приватизацию государственного имущества.

Одним из наиболее спорных вопросов, связанных с имуществом, является вопрос о природе права на акции. К сожалению, в законодательстве (в частности, в Законе об АО) сохранились нормы, закрепляющие право собственности на акции, хотя это противоречит ГК. В п. 2 ст. 115 ГК наряду с вещами выделяются деньги и ценные бумаги. Их нельзя однозначно относить к вещам. Деньги и ценные бумаги могут быть вещами (наличные деньги, документарные ценные бумаги), тогда на них возникает право собственности; или имущественными правами (безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги) – тогда на них возникают обязательственные права.

В отношении денег этот вопрос решен в ГК. В ст. 115 включен п. 2-1: «К деньгам и правам (требованиям) по денежному обязательству (правам требования по уплате денег) применяется соответственно правовой режим вещей или имущественных прав (требований), если иное не предусмотрено гражданским кодексом, иными законодательными актами Республики Казахстан или не вытекает из существа обязательства». То есть деньги могут быть вещами (наличные деньги) или имущественными правами (безналичные деньги).

Такой же режим применяется соответственно к документарным ценным бумагам (вещи) и бездокументарным ценным бумагам (имущественные права). Положение осложняется еще и в результате того, что в настоящее время все акции являются бездокументарными ценными бумагами.

На акции акционерных обществ, выпускаемые согласно ст. 12 Закона об акционерных обществах в бездокументарной форме, не существует права собственности, права акционера не могут быть подтверждены правом собственности на акцию, а подтверждаются сведениями из системы реестров держателей ценных бумаг. То, что в отношении бездокументарной ценной бумаги не существует права собственности и у обладателя бездокументарной ценной бумаги вместо права собственности возникает обязательственное право, следует из определения права собственности, сущностью которого является право на вещь, то есть материальный объект, невозможность существования права собственности на иные, кроме вещей, виды имущества, а также договорные отношения между акционерным обществом и акционером, с одной стороны, и регистратором по формированию системы реестров бездокументарных акций, с другой стороны. Согласно пункту 2 статьи 115 ГК имущество составляют вещи и имущественные права (требования). Право собственности (являющееся центральным вещным правом) и иные вещные права могут быть только в отношении вещей. Возможность существования права собственности и иных вещных прав на «телесную» вещь и существование обязательственных прав (невозможность права собственности) на иные виды имущества (безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги, права (требования) из договора и иных обязательств) вытекает из науки и концепции гражданского права, неукоснительно соблюдается судебной практикой, является основой для законодательной работы по совершенствованию гражданского законодательства.

Данная аксиома существует на протяжении нескольких тысячелетий со времен римского права и является незыблемым фундаментом гражданского права.

Правовая природа бездокументарных акций всегда вызывала и вызывает большие дискуссии в юридической литературе. Высказываются самые различные теории, в том числе о праве собственности на бестелесное имущество (Саватье и другие). Но традиционная и преобладающая точка зрения – права собственности на бездокументарные ценные бумаги как результат их учета в реестре ценных бумаг не существует. Применительно к бездокументарным акциям право собственности означало бы признание права собственности на запись в реестре, что выглядит не совсем разумно. Законодательство Казахстана (так же как и в России) исходило всегда из концепции, что бездокументарные акции – это не вещи, а имущественные права.

Даже если как-то можно обсуждать вопрос о распространении вещных прав на акции, то все равно остается проблема ТОО.

Здесь нет акции, нет записи в реестре, есть только доля в уставном капитале. Доля в уставном капитале – это в чистом виде обязательственное право, и правом собственности его никак не сделаешь.

Права государства на акции и доли в уставном капитале нельзя разделить, признав акции вещами, а доли в уставном капитале обязательством.

Правовая природа отношений государства, так же как и любого другого учредителя, с АО и ТОО одинакова.

Maydan Suleymenov

Doctor of Laws, Professor,
Director of the Research Institute of
Private Law of Caspian Public University,
Academician of the National Academy of Sciences
of the Republic of Kazakhstan
Astana / Kasakhstan

Problems of Legal Regulation of Ownership Relations in Kazakhstan

Background

The issue of ownership was first broached in Kazakhstan in the Concept of Self-Government and Self-Financing of the Kazakh SSR, developed in 1989. I prepared the section of the Concept dedicated to ownership (at that time I worked as Deputy Chair of the Department of Legal Issues of People's Economy at the Institute of Philosophy and Law of the Academy of Sciences of the Kazakh SSR).

The essence of the section consisted in differentiation of national and republican property and assertion of Kazakhstan's exclusive ownership of natural resources. The concept also divided property into the following categories: state property, communal property, collective/group (property of cooperatives, public organizations and associations, joint stock companies and other partnerships, organizations of leaseholders, other groups and associations of citizens) and individual property, i.e. personal property and property of enterprises. It should be noted that we tried to introduce the notion of private property under the disguise of property of enterprises.¹

This idea was partially implemented in the Law "On Property in the Kazakh SSR" of December 15, 1990. The draft law was developed by a group of civil lawyers (Y.G. Basin, M.K. Suleymenov, B.V. Pokrovsky, A.I. Khudyakov). I presented the draft to the Supreme Council.

The Law on Property is of special importance, as it was the first law adopted by the first democratically-elected Parliament of Kazakhstan. The law laid foundation for the principal provisions that were further elaborated in the Civil Code of the Republic of Kazakhstan.

The draft law caused a stir, which is clearly seen from the fact that we, the authors, had to prepare a draft presidential veto on the draft approved by the Parliament. The President imposed the veto and the law was corrected at least partially, although to a lesser degree than we hoped.

First of all we objected to the attempt to entitle the Councils of People's Deputies of all levels to exercise the right of state ownership. We managed to remove the ridiculous provisions from the draft and the approved law entitled only the state and administrative-territorial units to exercise this right.

The notion of private ownership was tabooed at that time. This can be clearly seen from the fact that in the law "On Property in the USSR" of March 6, 1990, the notion "personal property" was replaced with the term "property of citizens" (Section 2) to avoid the use of the term "private property".

We managed to introduce this notion in the law "On Property in the Kazakh SSR", though in somewhat distorted form. Article 7 (2) of the law stated that a citizen can use property as personal to satisfy his/her physical and cultural needs without deriving a profit, and as private, as private for deriving a profit. Such a wording was quite justified as the first attempt to introduce the notion of private property.

The Civil Code of the Republic of Kazakhstan (General Part) was adopted on December 27, 1994 and

¹ See: Сулейменов М.К. Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан (М.К. Suleymenov, Establishment and Development of Civil Law in the Republic of Kazakhstan). Almaty, 2006. pp. 17-26; Also see: Майдан Сулейменов. Частное право Республики Казахстан: история и современность (М. Suleymenov. Private Law of the Republic of Kazakhstan: History and Present Days). Collected works in 9 volumes, volume 3, pp. 21-26.

came into effect on March 1, 1995.

Provisions pertaining to the right of ownership constitute a large part of the Code (chapters 8-15, articles 188-267), which can be explained by importance of the ownership right for regulation of economic relations.

In accordance with the Constitution, the Code divides property only in two categories: private property (Article 191) and state property (Article 192).

Apart from the right of ownership, the Civil Code provides for other rights *in rem* (Article 195). The Code also regulates the rights of economic and operational management. Unlike the Civil Code of the Russian Federation, the Kazakh Civil Code contains no provisions pertaining to the rights *in rem* to land (Chapter 17) and residential property (Chapter 18), referring the issues to the land or housing legislation (Article 195 of the Civil Code and Article 194 of the Civil Code respectively).

Section 2 on the right of ownership includes Chapter 12 “Agreement on Joint Activities (Ordinary Partnerships)” as joint activity of an ordinary partnership is the basis for common property of the participants in agreement, and common property is regulated by the Civil Code (Chapter 11). Consortium is the only type of ordinary partnership envisaged by the Code (Article 233).

Chapter 15 of Section 2 of the Civil Code is dedicated to protection of the ownership right. The chapter provides for the known legal remedies, including vindicatory claim (a legal remedy for a person to recover goods unlawfully withheld from his or her possession) and negatory action (an owner’s demand that violations of his right to use and dispose of his property be eliminated), as well as the claims for declaration of title and protection of owner’s rights from illegal actions of government bodies, administrating authorities and officials. Meanwhile, the Model Civil Code and the Civil Code of the Russian Federation do not provide for such claims. Hence, the remedies related to the ownership right, stipulated by the Civil Code of the Republic of Kazakhstan, are more comprehensive.

Principle of Equality of State and Private Property

Article 6 of the RK Constitution of August 30, 1995, reads that state-owned and private property is equally recognized and protected in the Republic of Kazakhstan.

Here are some issues related to equality of state and private property that arose during the 20 years of the Constitution.

1) Law “On Introduction of Amendments and Addenda to Some Legislative Acts of the Republic of Kazakhstan on the Issues of State Legal Entities” of December 16, 1998, introduced radical changes in the legal status of organizations. A new form of non-commercial organization - governmental agency - was introduced into the RK Civil Code in accordance with the legislative amendments.

The law relieved the state from the liability on contractual obligations of a governmental agency.

The amendments were in conflict with the entire legal entity concept outlined in the Civil Code. Governmental agencies possess property on the basis of operational management. Unlike enterprises on the basis of economic management, they are financed by the state budget, carry out their activities within the limits set by the state, transfer their property to the state upon first request and are fully accountable to the government. Hence, it would be natural for the state to have liability (both additional and subsidiary) for debts of its agencies as it is the case with private agencies under the amended paragraph 1 (2), Article 44, of the KR Civil Code. Such principle of liability of founders of private agencies and the lack of any liability of the state for contractual obligations of governmental agencies contradicts Article 6 (1) of the KR Constitution on Equal Protection of State and Private Property.

Illegitimacy of the above law was so obvious that the RK Constitutional Council interfered and recognized the law unconstitutional. The Resolution of the RK Constitutional Council #19/2 of November 3, 1999 “On official interpretation of Article 6 (2) and subparagraphs 1 and 2 of Article 61 (3) of the Constitution of the Republic of Kazakhstan” reads that limiting the liability of governmental agencies by their budget conflicts with Article 6 of the KR Constitution on equal protection of state and private property as prejudicing rights and legal interests of contractors of governmental agencies. Creation of unilateral advantages or

constraints in full reparation of losses for economic entities enjoying any form of ownership is inadmissible. The principle of equal protection of property consists not only in availability of equal procedural options for owners to protect their interests in court, but also in equal degree of mutual property liability of economic entities in accordance with their contractual obligations, regardless of their legal regime of ownership”.

Yet, the unconstitutional provision limiting the liability of governmental agencies by their budget was removed from Article 44 of the Civil Code only in 2003 under RK Law #417-II of May 20, 2003.

2) Over the last 20 years I have often criticized resolutions of the Constitutional Council. At the same time, it would be wrong to say that all its resolutions in the sphere of civil law were ineffectual. There are examples when Council resolutions helped to solve very vexed issues.

One of such issues is related to the notion of state ownership, specifically to the subparagraph 4, Article 66 of the RK Constitution, reading that “the government shall organize management of state property”.

In its address to the RK Constitutional Council, the Government tried to explain the wording of this provision by stating that the Government was a subject of state ownership. Yet, the explanation appears to be incorrect as governmental agencies cannot act as subjects of state ownership and only the Republic of Kazakhstan can act in this capacity, with administrative-territorial units being subjects of communal ownership.

The RK Government also stated that Article 192 and other provisions of the Civil Code did not define the notion of subject of law, which is incorrect. The right of ownership is one of civil rights. According to Article 2 of the Civil Code, subjects of civil rights are: citizens of the Republic of Kazakhstan and other individuals (§1), legal entities (§2) and the state and administrative-territorial units (§3). There are no other subjects of civil rights.

Subjects of private ownership are citizens and other non-governmental legal entities (Article 191 of the Civil Code); subjects of state ownership (Article 192 of the Civil Code) are the Republic of Kazakhstan (Article 111 of the Civil Code) or an administrative-territorial unit (Article 112 Civil Code).

When state property is assigned to state legal entities, they enjoy the right of economic management or operational management. Property not assigned to such entities constitutes the state treasury (Article 192 of the Civil Code). But in both cases property is owned by the state, which also is the subject of the right of state ownership.

The right of state ownership implies the power to possess, use and dispose of property, enjoyed and exercised by the state (Republic of Kazakhstan), while in relation to communal property such power is exercised by an administrative-territorial unit. Yet, the state can exercise this power only through public bodies.

In accordance with Article 111 (2) of the Civil Code, “public bodies of the Republic of Kazakhstan within the bounds of their competence, established by legislative acts, regulations or any other acts determining their status, may acquire and exercise property and personal non-property rights and obligations and represent the Republic of Kazakhstan in court”.

Hence, the RK Government, within the bounds of its competence, can exercise the rights of possession, use and disposal of state property on behalf of the Republic of Kazakhstan.

Article 66 (4) of the RK Constitution states that the Government shall “organize management of state property”. This wording appears to be equivocal.

It can be understood in administrative-legal sense as organization of top-down property management or as the exercise of authority by the state. But such interpretation is too narrow and inconsistent with the legal status of the Government - the body that shall implement the executive power of the Republic of Kazakhstan, head the system of executive bodies and supervise their activity (Article 64 (1) of the RK Constitution).

In my opinion, the phrase “organizes management of state property” should be understood in a broader sense, implying management not only as power-subordinate relationship, but as the exercise of proprietary powers on behalf of the Republic of Kazakhstan.

Such interpretation corresponds to the provisions of Article 9 (8) of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan “On the Government of the Republic of Kazakhstan” (December 18, 1995), according to which the Government “organizes management of state property, develops and implements measures for protection and usage of state property; ensures protection of state property rights in the territory of the Republic of Kazakhstan”. Although the article mentions only “usage of property”, it obviously implies possession, usage and disposal of state property.

The RK Government is entitled to dispose of state property on behalf of the Republic of Kazakhstan. This competence of the Government can be restricted by legislative acts.

Based on the above, it would be logical to conclude that the Republic of Kazakhstan and not the Government is the subject of state ownership right. The Government can exercise the powers of possession, use and disposal of state property on behalf of the Republic of Kazakhstan. The phrase “organizes management of state property” means *inter alia* the enjoyment of ownership of state property on behalf of the Republic of Kazakhstan

In its Resolution of March 17, 1999, the RK Constitutional Council gave official interpretation of Article 66 (4) of the RK Constitution, stating that “legal content of the wording “organizes management of state property” implies empowering the Government to possess, use and dispose of state property within the limits set by legislative acts”. I acted as the chief expert during consideration of this issue. On the whole, the Resolution captures the essence of the problem correctly, but the phrase “within the limits set by legislative acts” raises doubts. It appears that the Government can exercise only the rights explicitly set by legislative acts. Meanwhile, there should be a different wording, according to which the Government, on behalf of the Republic of Kazakhstan, shall exercise all powers related to possession, use and disposal of state property, unless these rights are explicitly limited by legislative acts. Hence, the concluding words of the Resolution of the Constitutional Council should be interpreted in the sense that these rights can be limited by legislative acts.

3) And finally, I would like to touch upon one more problem that has emerged over recent years. The construction of the Almaty north bypass road was accompanied by alienation of land plots from citizens with payment of compensation worth 1000 tenge per plot in some cases. As it turned out, the process had legal grounds.

Article 67 of the RK Law #413-IV “On State Property” of March 1, 2011, stipulates that value of a land plot alienated for public needs and acquired by the owner from the state shall be determined in accordance with the amount paid to the state. Value of a land plot alienated for public needs and transferred to the owner under a civil transaction or a court decision shall be determined according to the amount indicated in a civil contract or in the court decision, but shall not exceed the market value. If the civil contract does not stipulate for the land plot value, it shall be determined in accordance with its cadastral (appraisal) value.

Based on the above provisions, if a citizen sells his/her land plot to another citizen, he/she receives its market value. If a land plot is alienated for public needs, the citizen receives either nothing or a cadastral (appraisal) value of the land plot.

Inequality of state and private property is obvious. Article 67 of the law “On State Property” conflicts with Article 6 of the RK Constitution, hence, it is unconstitutional.

I believe that corresponding state bodies shall take measures for abolishing these unconstitutional provisions of the law “On State Property”.

Right of Ownership in the System of Rights in Rem

The right of ownership is first of all a right *in rem*. There are two main groups of property relations regulated by civil law: rights *in rem* and rights *in personam*.

Rights *in rem* imply possession of certain things - natural objects, means of production and deliverables - by a subject.

Rights *in personam* imply transfer of property benefits from one person to another.

The main features of the right *in rem* are:

- 1) right of ownership;
- 2) object of the right *in rem* is a specified thing;
- 3) it is an absolute right;
- 4) rights *in rem* shall be defined by law;
- 5) right *in rem* implies the rights to possess and/or use and/or dispose of property;
- 6) resale right;
- 7) priority right;

8) opportunity of direct influence on an object (power over an object), including through restricting an owner or a subject of a different right *in rem*.

It would be appropriate to point to a common methodological mistake made by a majority of researchers, who are guided by the rights to own, possess and other strongly pronounced rights *in rem* when identifying features of the right *in rem*. Meanwhile, many features, clearly showing in some rights *in rem* (for example, factual power over an object), are barely traceable in others (for example mortgage and servitude).

It appears that all rights *in rem* have one common feature - connection with a specified thing. All the other features described above are present in all rights *in rem*, but while showing distinctly in some rights, they are barely noticeable in others or are preset in them in some modified form. For instance, factual power over a thing is almost indistinct in mortgage, while rights of resale and priority show clearly.

Besides, the boundary between rights *in rem* and other property rights, specifically rights *in personam*, is rather indistinct and flexible, since rights *in rem* stem from rights *in personam* and vice versa. Even the right of ownership is mainly based on sale and purchase agreements, gift agreement, barter agreement (agreements on conveyance of property). Rights of pledge, lease, storage and land use arise out of pledge, lease, storage agreements, etc.

This is why it is contestable whether lease, mortgage, trust management, etc. refer to rights *in rem*.

Rights *in rem* are only the rights stipulated by laws in force in a concrete country, i.e. an individual cannot create some other kinds of rights *in rem* on his/her own will.

This endless circle of rights *in rem* is different in various legislative acts. The right of ownership is the uppermost among the rights *in rem* in the civil law of all foreign states. It is the central institution of the legal system of any country.

Besides, this system of rights *in rem* includes the right of pledge, servitudes, usufruct, etc. The common feature of all these rights is that they give their holders the right to another's property (*jura in re aliena*) and some of the owner's powers (normally, possession and use). That is, these rights *in rem* are derivative of the right of ownership.

The rights *in rem* are mainly categorized into the right of ownership and rights *in rem* of persons, who are not the owners (Article 195 of the Civil Code).

In the Roman law the second category of rights is called *jura in re aliena*². In the modern literature they are sometimes called limited rights *in rem*³.

For example, one of the definitions reads that: "limited rights *in rem* are - absolute legal relations implying possession, use and disposal of another's property; they are derivative from the owner's rights and arise by his/her will (or are explicitly stipulated by law); they have a more limited content as compared to the right of ownership, but are equally protected by law"⁴.

Articles 194 and 195 of the Civil Code list some types of rights *in rem*, including: right of economic management, right of operational management, land use right, rights *in rem* for housing. The Law on Subsoil defines the subsoil use right as the right *in rem* similarly to the land use right.

Some rights are listed in Article 118 (2) of the Civil Code (state registration of immovable property), specifically: tenancy, mortgage (pledge), servitudes (right to use another's property).

However, the above rights can be not only rights *in rem*, but also rights *in personam*.

At the same time, there is an opinion about inadmissibility of excessive broadening of rights *in rem*⁵, first of all tenant rights. Some experts believe that the right to use property arising from a tenancy contract cannot be referred to the category of rights *in rem*⁶. Others deny the possibility of identifying tenant's rights as rights *in rem*, except for tenancy with a purchase option and rights of a tenant in public or municipal housing⁷.

² See for example: Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. (O.S. Ioffe, V.A. Musin. Fundamentals of Roman Civil Law) Л., ЛГУ, 1974, р. 82; Дождев Д.В. Римское частное право (D.V. Dozhdev, Roman Civil Law). М., 1996, р. 403.

³ See: Гражданское право. Т.1 / Под ред. Е.А. Суханова. М., Изд-во Бек, 1994. С.283; Гражданское право. Ч. 1. / Под ред. А.Г. Калпина и А.И. Масляева. (Civil Law. Vol.1 / Edit. E.A. Sukhanov. М., Изд-во Бек, 1994. р.283; Civil Law. Part. 1. / Edit. A.G. Kalpin and A.I. Masliaev. М., 1997. р. 49).

⁴ See: Гражданское право. Т. 1./ Под ред. Е.А. Суханова. М., 1994. С. 284. (Civil Law. Vol.1 / Edit. E.A. Sukhanov. М., 1994. р. 284).

⁵ See: Гражданское право, том 1, Санкт-Петербург. С. 289. (Civil Law, vol. 1, St. Petersburg. р. 289).

⁶ See: Щеникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России (L.V. Schennikov, Rights in rem in Russia). р. 19.

⁷ See: Гражданское право, том 1, Санкт-Петербург. С. 290. (Civil Law, vol. 1, St. Petersburg. р.290).

There are also experts, who note that tenancy (especially of immovable property) has lately acquired more features of the right *in rem* without being officially recognized as such right: the powers of a tenant are very much alike with that of an owner; a tenant has the right to defend property even against the owner (lessor)⁸.

It is noteworthy that the list of the rights *in rem* is rather random and chaotic. In some cases it mentions mortgage, in others - mortgage on real estate or pledge. Lease is not recognized as a right *in rem*, but lease of an enterprise or land - is. Rights of a tenant are sometimes called rights *in rem*, and sometimes the very possibility of such option is ruled out. Water use right is regarded as a right *in rem*, while subsoil use right is never mentioned in this sense.

This situation is caused by the lack of clear criteria for identification of the right *in rem* or by prevalence of one concrete criterion.

Pessimistic attitude towards the right *in rem* category is common for works of scientists of post-soviet era.

The authors, who have failed to find clear criteria for identifying this category, sometime write that "distinguishing rights *in rem* from rights *in personam* is not that easy"⁹ or that "rights *in rem* are a literary image rather than a legal term"¹⁰.

One can hardly agree with this opinion. The fact that it is difficult to identify features of the right *in rem* and to distinguish it from the right *in personam* and other civil rights does not give a reason to abandon the attempts to single out the category of rights *in rem*.

Based on the above features of the right *in rem*, we offer to your attention the following list of rights *in rem*:

1. Right of ownership;
2. Right of economic management;
3. Right of operational management;
4. Right of an enterprise to dispose of proceeds from legal economic activity;
5. Right of natural resource use:
 - a) land use right;
 - b) subsoil use right;
 - c) water use right;
 - d) other rights of natural resource use;
6. Right of possession;
7. Right of pledge;
8. Right to an object transferred under a contract:
 - a) right to a leased object;
 - b) right to an object under trust management;
 - c) right to an object accepted for storage;
 - d) right to an object transferred based on a rent agreement;
 - e) right to an object transferred based on other agreements (contractor agreement, etc.);
9. Housing rights:
 - a) tenant's rights;
 - b) rights of landlord's family members to use the dwelling;
 - c) right of lifetime occupation of dwelling owned by another person pursuant to a contract or testamentary refusal;
 - d) rights that a cooperative member has to a cooperative apartment prior to buying it out;
 - e) other housing rights¹¹.

⁸ See: Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая /под ред. О.И. Садикова. М, Юрид. Литература, 1996. С. 171. (Civil Law of Russia. Series of Lectures. Part I/Edit. O.I. Sadikov, 1996. p. 171).

⁹ See: Гражданское право /Под ред. Е.А. Суханова. С (Civil Law /Edited by E.A. Sukhanov. p. 285).

¹⁰ See: Гражданское право, Санкт-Петербург. С. 291. (Civil Law, p. 291).

¹¹ For further details see: Вещные права в Республике Казахстан / Отв. редактор М.К. Сулейменов. Алматы: Жеті Жарғы, 1999. С. 7-36. (Rights In Rem in the Republic of Kazakhstan) / Executive Editor M.K. Suleymenov. Almaty: Жеті Жарғы, 1999. p. 7-36.)

Ownership Rights in the System of Property Rights

The RK Civil Code provides for the following definition of property: “Objects, money, including foreign currency, securities, work, services, and the objectified results of creative and intellectual activities, commercial names, trademarks and any other means of individualization of products, property rights and any other assets, shall be recognized as property privileges and rights (property)” (Article 115 (2)).

Broadly speaking, based on the above, property is divided in two big groups: things and property rights.

Rights *in rem* involve the right of ownership and other proprietary rights arising from this right.

Property rights are first of all rights *in personam* and intellectual property rights.

Legal literature, legislation and practice sometimes mix right to a thing (right of ownership) and right to property, which is identified with the right of ownership, although it includes other property rights along with ownership (stock rights, rights to equity stakes of LLPs and other rights *in personam*, exclusive rights).

Following are examples illustrating the above:

1) Collective ownership.

Right to common property owned by several persons is called collective ownership. For instance, financial or asset contributions of parties to a joint venture agreement, or property produced or acquired as a result of their joint activity shall be their joint shared property (Article 230 (2) of the RK Civil Code). Meanwhile, this property may involve not only things, but also rights of claim (stock rights, rights to equity stakes of LLPs, etc.) and exclusive ownership objects.

Hence, right to common property should be mentioned separately from collective ownership as it may imply other common rights *in rem*, common rights *in personam* and common exclusive rights¹².

2) Ownership of Legal Entity's Property

Article 36 of Civil Code is dedicated to legal entities (business partnerships, joint stock companies, cooperatives), whose property remains under rights *in personam* of their participants (founders); and legal entities, whose property remains under the right of ownership or any other right *in rem* of their founders (organizations with the right of economic or operational management).

I will not elaborate on state legal entities, who have stopped existing in many post-soviet states, but will analyze this issue using the example of a private agency (as in Kazakhstan there are also governmental agencies).

Private agency founder is the owner of its property.

The private agency possesses the property on the basis of operational management (the right *in rem*). However, the property may include not only objects, but also rights of claim (stock rights, rights to equity stakes of LLPs, etc.) and exclusive rights. Hence, the right of ownership does not cover the entire scope of rights to property of the private agency, so it is necessary to design the right to property of the private agency or property rights of the founder that would include right of ownership, rights *in personam* and exclusive rights.

3) Property Rights of the State

Property rights of the state are often limited to the right of state ownership. Unfortunately, the Civil Code also contains an article related to state ownership (Article 192) without mentioning state property. Meanwhile, the right of state ownership is the right *in rem* and is associated only with things. However, based on the definition of property presented in Article 115 of the Civil Code, property rights of the state are not limited only to rights *in rem*.

¹² For further details see: Право на общее имущество по законодательству Республики Казахстан (Right to Common Property According to the Legislation of the Republic of Kazakhstan). G.A. Alikhanova. Monograph. Almaty, 2010. pp. 7-52.

Therefore, in parallel with adoption of the Law “On State Property”, Article 192 of the Civil Code was replenished with Paragraph 7, reading as follows:

“Provisions of this Article shall be applied correspondingly to other civil rights to state property, except for the right of ownership, unless otherwise provided by the legislative act of the Republic of Kazakhstan on state property or unless it contradicts the substance of civil rights”.

The property rights of the state are:

- 1) the right of state ownership (Article 192 of the RK Civil Code), which *inter alia* involves the rights of the state to property of state enterprises and governmental agencies under their operational management (Articles 102-104, 202-208 of the RK Civil Code);
- 2) other rights *in rem* of the state (servitudes, lease, free use of property, etc.);
- 3) rights *in personam* (rights of claim), including rights to uncertified securities (specifically, uncertified corporate shares) and rights to equity stakes of LLPs (Articles 36, 58, 77, 85 of the RK Civil Code);
- 4) exclusive rights to objects of intellectual property (Article 964 of the RK Civil Code);
- 5) rights of inheritance (Article 1046 (2), Article 1083 of the RK Civil Code);
- 6) other rights *in rem* of the state stipulated by legislative acts.

Introduction of the term “property rights of the state” does not contradict the wording of Article 66 (4) of the RK Constitution that the RK Government: “organizes management of state property”. The Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan noted in its Resolution #4/2 “On Official Interpretation of Article 66 (4) of the RK Constitution” (March 17, 1999) that “the notion of management of state property, falling within competence of the Government, shall be also understood as legal execution of powers of the owner of state property on behalf of the Republic of Kazakhstan”.

However, alongside with the right of ownership the Government executes other property rights on behalf of the Republic of Kazakhstan, including the right to stocks of JSCs and equity stakes of LLPs. In accordance with Article 66 (10) of the RK Constitution, the Government shall “perform other functions assigned to it by this Constitution, laws and acts of the President”.

Performance of these functions certainly entitles the Government to exercise other property rights alongside with the right of ownership.

4) Rights of Founders (Including the State) to Property, Stocks and Equity Stakes of JSCs and LLPs

Following are two preliminary comments:

- 1) This problem concerns not only the state, but any founder of a JSC or a LLP, including a legal entity or an individual. The state is used as an example for better illustration of confusion and wrong understanding of legal institutions;
- 2) While considering property rights related to a JSC and a LLP one should distinguish two aspects of this problem: 1) rights to property of the JSC and the LLP; and 2) rights to stocks and equity stakes, giving rise to the rights to property.

When it comes to stocks, it is necessary to consider two aspects of the problem: “right to a stock” and “right arising from a stock”. The first one depends on whether the stock is certified or uncertified. The owner of a certified stock enjoys the right of ownership of the stock (the piece of paper as a thing). In case of an uncertified stock, there is an electronic record in a register instead of a paper, so its owner has no right of ownership to this stock as a thing. However, the owner has the right of claim (right *in personam*) applicable to a stock registry or any other relevant authority.

“The right arising from a stock” is a stockholder’s right arising from stock ownership. This is the right to JSC property and the right *in personam* (right of claim).

The same applies to LLPs. The only difference is that LLPs have neither certified stocks nor electronic records in the register. The right is recorded in LLP’s statutory documents, in a stock alienation agreement, etc. The stock right is the right *in personam* applicable to persons responsible for registration of the stock and other persons violating these rights.

The right arising from a stock is a right *in personam* to property of a LLP. JSCs and LLPs are owners of their property. Participants (stockholders), including the state in the capacity of a stockholder, have no ownership rights to property of JSCs and LLPs.

What are the state's rights to this property?

This problem is easily solvable. It is enough to open the Civil Code and look through the Table of Contents.

The Civil Code is completely dedicated to regulation of civil law relations, i.e. civil rights (since rights and corresponding obligations constitute legal relationships).

Civil rights are divided into property rights and personal non-property rights.

Ownership rights (and other rights *in rem*) and rights *in personam* constitute the body of property rights (Sections 2 and 3, 4 of the RK Civil Code). There are also other civil rights, including the right of intellectual property (Section 5) and rights of inheritance (Section 6), but these rights stand apart and do not influence the main categorization of civil rights into the right of ownership and right *in personam*.

Therefore, as a rule, a right to property is a right *in personam*, without being a right of ownership.

Property (or assets) are classified in accordance with Article 115 of the RK Civil Code in things (subject to rights *in rem*, mainly the right of ownership), objects of intellectual property (subject to exclusive rights), and property rights (mainly rights *in personam*).

What is the difference between the right of ownership (as the right *in rem*) and the right in personam?

The right of ownership is recognized and protected by legal acts right of a person to possess, use and dispose of his/her property by his/her discretion (Article 188 (1) of the RK Civil Code).

That is, the essence of the right of ownership consists in exercising the powers to possess, use and dispose of property. Article 188 (2) of the Civil Code interprets content of these powers.

According to Article 268 (1) of the RK Civil Code, by virtue of a liability one person (a debtor) shall perform or abstain from performing certain actions (transfer property, do a job, pay money, etc.) in favor of another person (creditor), while the creditor shall have the right to demand performance of obligations from the debtor.

That is, the essence of the right *in personam* consists in the right to demand performance of obligations from the debtor.

As regards the state, the Republic of Kazakhstan or an administrative-territorial unit act as a founder (participant, stockholder) of a legal entity. This function can be also performed by the RK Government on behalf of the Republic of Kazakhstan, or by an authorized body acting on behalf of the Government.

As to property of state enterprises and state agencies, the state has the right of ownership, hence, the Government, enjoying the powers to possess, use and dispose of property, can transfer it to the authorized body.

But when it comes to JSCs and LLPs, the state has no right of ownership as JSCs and LLPs are the owners themselves.

Hence, there is a number of simple provisions, based on the Civil Code:

1. Property rights are divided into rights *in rem* and rights *in personam* just as property is divided into things and property rights.

2. The right of the state to property of state enterprises and agencies is the state's right *in rem*, implying the powers to possess, use and dispose of property.

3. The right of the state to property of JSCs (LLPs) with state-owned stakes or an equity stake is the right *in personam* (right of claim), entitling the state to claim the exercise of the rights of a participant (stockholder) in the JSC (LLP), which consist in the rights to manage the JSC (LLP), to receive dividends, and to receive part of assets in case of liquidation of the JSC (LLP). The JSC (LLC) is obliged to give the state the opportunity to exercise these rights.

4. The rights of possession and use are inapplicable to the relations between the state and the JSC (LLP). The right to dispose is not associated with the state's relations with the JSC (LLP), but is associated with the state's relations with third persons, i.e. citizens and private legal entities. Hence, disposal of stocks and equity stakes of JSCs (LLPs) means privatization of state property.

5. The nature of the stock right is one of the most controversial issues related to property. Unfortunately, the legislation (specifically the law "On Joint Stock Companies") includes norms stipulating for the stock right, although this contradicts the Civil Code. Alongside with things, Article 115 (2) of the Civil Code

refers to money and securities that cannot be decisively referred to things. It is true that cash money and certified securities can be regarded as things and subject to the right of ownership, but non-cash money and uncertified securities are referred to property rights and subject to the right *in personam*.

Article 115 (2-1) of the Civil Code deals with the issue of money, reading as follows: “Legal regime of objects or property rights shall be applied respectively to the money and the rights (claims) for money liability (rights of claim for payment of money)”. That is, money can be referred to objects (cash money) or property rights (non-cash money).

The same regime is applicable respectively to certified securities (objects) and uncertified securities (property rights). The situation is complicated by the fact that all securities are currently uncertified.

Stocks of JSCs issued in uncertified form under Article 12 of the law “On Joint Stock Companies” are not subject to the right of ownership, hence, stockholder’s rights cannot be confirmed by stock rights, but are confirmed by stockholder registry data. The fact that uncertified stocks are not subject to the right of ownership and that owners of such stocks instead enjoy the right *in personam* is proved by the definition of the right of ownership whose essence is the right to a thing, i.e. a material object. It is also proved by non-existence of the right of ownership to other kinds of property except things, as well as by contractual relations between a JSC and stockholders on the one hand and the registry of uncertified stocks on the other. According to Article 115 (2), objects (things) and property rights (claims) constitute property. The right of ownership (the main right *in rem*) and other rights *in rem* can arise only in relation to things. The possibility of existence of the right of ownership and other rights *in rem* to “corporeal” things, as well as the existence of rights *in personam* (excluding right of ownership) to other kinds of property (non-cash money, uncertified securities, contractual rights claims and other obligations) stems from the science and concept of civil law, is strictly observed in the practice of courts, and is the basis of legislative efforts for improvement of civil legislation.

This axiom has existed for several thousands of years since the Roman law and is a firm basis of civil law.

Legal nature of uncertified stocks has always caused heated argument in legal literature. Different theories have been proposed, including the concept of the right of ownership to incorporeal property (Savatier et al). But according to traditional and prevailing viewpoint, right of ownership to uncertified securities does not arise from their registration in the securities register. If applied to uncertified stocks, right of ownership would mean recognition of the right of ownership to a registration entry, which does not look quite reasonable. Kazakh legislation (just as Russian) is based on the concept referring uncertified stocks to property rights, not things (objects).

Even if it was justified to discuss application of rights *in rem* to stocks, the problem of LLPs would remain unsettled as there are neither stocks nor registration entries there. There is only an equity stake, which is unalloyed right *in personam* that cannot be transformed into the right of ownership.

The rights of the state to stocks and equity stakes cannot be divided by recognizing stocks as things and equity stakes as liabilities, since relationships of the state (just as any other founder) with JSCs and LLPs are of an identical legal nature.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

საკუთრების უფლების ევოლუცია ქართულ სამართალში

1. საკუთრების უფლების ადგილი სამოქალაქო კოდექსში

სამოქალაქო კოდექსის შემუშავების პროცესში საკუთრების უფლების ადგილთან დაკავშირებით სერიოზული დებატები არ გამართულა. ჩვენ ავირჩიეთ ტრადიციული სისტემა, როცა სანივთო სამართალი კოდექსის მეორე წიგნითაა წარმოდგენილი და მას მოსდევს მესამე წიგნი ვალდებულებითი სამართლის სახით. მიუხედავად გერმანული სამართლის დიდი გავლენისა, გერმანელ ექსპერტებთან ერთად საეჭვო არ გამხდარა ის ფაქტი, რომ ვალდებულებითი სამართალი სანივთოს უნდა მოჰყოლოდა. ამას ჰქონდა ძალზე ელემენტარული დასაბუთება. კერძოდ ის, რომ ლოგიკურად იქნა მიჩნეული ქონებრივ სიკეთეთა ჯერ სტატიკური ყოფიერების მონერგება, ხოლო შემდგომ – მათი შემეცნება დინამიკაში, მოძრაობაში. როგორც წესი, პირველი ხორციელდება სანივთო სამართლის მეორე კი – ვალდებულებითი სამართლის ფარგლებში. მოკლედ, სამართლის პირველ ინტერესად მივიჩნიეთ იმ სიკეთის შემეცნება, რაც აბსოლუტური ურთიერთობის სივრცეში ყალიბდება, შემდგომ კი ის, რაც კონკრეტული, რელატიური ურთიერთობის ფარგლებში არსებობს. როგორც პროფესორი როლფ კნიპერი აღნიშნავს, საკუთრების მონინავე სისტემურ პოზიციაზე ყოფნით ხაზი ესმებოდა ამ ინსტიტუტის ფუნდამენტურ მნიშვნელობას სამოქალაქო საზოგადოებისათვის, იგი მაუწყებელი იყო სოციალური წესრიგის ძლიერი ორიენტაციისა.¹ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის ორიგინალური მიდგომა, როგორც ჩანს, იმით უნდა აიხსნას, რომ ყოველი სამართლებრივი სიკეთე თავის ნამდვილ სახეს ავლენს მოძრაობის (დინამიკის) პროცესში. ამიტომაც მიიჩნეოდა, რომ სანივთო უფლებები ვალდებულებითის შედეგები თუ განვითარებაა. ამას ამყარებს ჰეგელის ცნობილი გამონათქვამი, რომლის თანახმადაც „საკუთრება ხორციელდება ვალდებულებით“. ბუნებრივია, სისტემის აგებისას მნიშვნელოვანია მათი ე.წ. „პირველადობის“ საკითხის გამორკვევა, მაგრამ გასათვალისწინებელია ის ფაქტიც, რომ, რაც მეტი დრო გადის მით უფრო ძლიერია სანივთო და ვალდებულებითი უფლებების კონსოლიდაციის ტენდენცია. ამ პროცესში მიზიდულობის ცენტრი ხან სანივთო სამართალშია, ხან კიდევ – ვალდებულებითში. დავიმონუმებ ისევ პროფესორ როლფ კნიპერს და ხაზგასმით აღვნიშნავ ვალდებულებით სანივთოზე გავლენას.²

2. საკუთრების ფორმებისადმი დამოკიდებულება

პოსტსაბჭოური ქვეყნებიდან საქართველო ერთ-ერთი პირველი ქვეყანა იყო, რომელმაც უარი თქვა დისკრიმინაციულ, უთანასწორო საკუთრებით წესრიგზე, რაც დაკავშირებულია საკუთრების ფორმებად დაყოფასთან. შესაბამისად, ჯერ საქართველოს კონსტიტუცია გაემიჯნა საკუთრების ფორმებს და შემდგომ – საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. ამით მან საფუძველი ჩაუყარა არადისკრიმინაციულ საკუთრებას და აღიარა საკუთრების ცნების ერ-

¹ Рольф Книпер, Закон и история, перевод с немецкого Ногайбай З. М., Издательское объединение „Номос“, Баден-Баден/Алматы, 2005, 205.

² Рольф Книпер, 236-239.

თიანობა, რაც ეფუძნება საკუთრებითი წესრიგის ერთიანობას.³ ასეთი დამოკიდებულება განამტკიცა იმ ფაქტმა, რომ სამოქალაქო კოდექსმა აღიარა სამოქალაქო ურთიერთობებში მონაწილე სუბიექტების თანასწორობა. კერძოდ, სამოქალაქო ბრუნვას აღარა ჰყავს ისეთი პრივილეგიური სუბიექტი, როგორცაა სახელმწიფო. სამოქალაქო კოდექსის 24-ე მუხლის მე-4 ნაწილის თანახმად, „სახელმწიფო და ადგილობრივი თვითმმართველი ერთეული სამოქალაქოსამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობენ როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირები“. სახელმწიფო აღარ წარმოადგენს განსაკუთრებული სტატუსის მქონე სუბიექტს კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში.

საკუთრების სუბიექტებს მიკუთვნებადობა მხოლოდ იმის მაჩვენებელია, ესა თუ ის ობიექტი ვის ეკუთვნის. როცა ვსაუბრობთ სახელმწიფოს, კომერციული საწარმოს საკუთრებაზე, ამით ჩვენ მესაკუთრე სუბიექტების იდენტიფიკაციას, გამიჯვნას ვახდენთ და არა ამ საკუთრების უფლების ფორმებად დიფერენციაციას. ყველა მესაკუთრეზე თანაბრად ვრცელდება სამოქალაქო კოდექსით დადგენილი შინაარსობრივი რეჟიმი, თუ, ცხადია, სპეციალური კანონით რაიმე სხვაგვარად არაა მოწესრიგებული. თუმცა, რაც მეტი დრო გადის, გარკვეული კორექტივები შეგვაქვს ჩვენს წარმოდგენებში ამ საგანთან დაკავშირებით. ეს, ცხადია, არსებითად ვერ ცვლის დოქტრინაში აღიარებულ მიდგომას. მხედველობაში გვაქვს ე.წ. ფუნქციური საკუთრების მდგომარეობა, როგორც მისი მართვის, ისე საზოგადოებრივი ინტერესებით დატვირთვის თვალსაზრისით. პირველ შემთხვევაში ხდება საკუთრებითი ძალაუფლების თავმოყრა მმართველებისა და მენეჯერების ხელში, რაც, რიჩარდ ჰაიპსის აზრით, სულაც არ ნიშნავს მესაკუთრეთა განიარაღებას არამესაკუთრების მხრიდან; მეორე, ესაა საზოგადოებრივი ინტერესებით გამონვეული მომეტებული ტვირთი, რასაც მესაკუთრის უფლებამოსილებათა შინაარსში მნიშვნელოვანი კორექტივები შეაქვს. აქ გავჩერდები ამ თემაზე და ცალკე შევეხები მათ შემდგომ.

ამჯერად მინდა, სასამართლო პრაქტიკის მიდგომა დავაფიქსირო საკუთრების ფორმებთან დაკავშირებით. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში შეტანილი ცვლილების კონსტიტუციურობის საკითხი, რომელიც კრძალავდა სასამართლოს გადანყვეტილებით იმ ქონებაზე გადახდევინების მიქცევას, რომელიც მთლიანად სახელმწიფოს საკუთრება იყო, ან წილის უმეტესობა სახელმწიფოს ხელში იყო. საკონსტიტუციო სასამართლომ ასეთი მიდგომა საკუთრების ფორმების რეანიმაციად ჩათვალა და არაკონსტიტუციურად ცნო სადავო ნორმა⁴; ასევე იყო შემთხვევა, როცა სისხლის სამართლის კოდექსი უფრო მკაცრად სჯიდა სახელმწიფო ქონების დამტაცებელს, ვიდრე ეს ხდებოდა კერძო პირის ქონების ქურდობისას.⁵ აღსანიშნავია, რომ რუმინეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო სისხლის სამართლის კოდექსის ნორმა, რომელიც განსხვავებულ პასუხისმგებლობას აწესებდა ფიზიკური და იურიდიული პირების ქონების ხელმყოფთა მიმართ.⁶

3. მიწაზე საკუთრების უფლების ტრანსფორმაცია

ახალი საკუთრებითი წესრიგის ჩამოყალიბების პირველი დღიდან მიწაზე საკუთრების საკითხი კანონმდებლის განსაკუთრებული ყურადღების საგანი გახდა. სახელმწიფო დასაწყისში ცდილობდა, ხელიდან არ გაეშვა საკუთრების სადავებები და შემოთავაზებული იყო სხვადასხვა პროექტი, რომელთაგან ზოგიერთი ითვალისწინებდა დანაწევრებული საკუთრების ისტორიულ მოდელს. კერძოდ, სახელმწიფო იქნებოდა უზენაესი მესაკუთრე, როგორც გერმანულ სამარ-

³ Lelsner, Walter, *Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung, 1970-1996*. Hrsg. Von Iosef Isensee. – Berlin: Dunker und Humboldt, 1996 (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 712), 85.

⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2005 წლის 28 ივლისის გადაწყვეტილება №1/4/184, 218. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო. გადაწყვეტილებები, 2005, თბ., 2006, 98-108.

⁵ ბესარიონ ზოიძე, საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, გერმანიის ტექნიკური თანამშრომლობის საზოგადოების (GTZ) გამოცემა, თბ., 2007, 122.

⁶ Ромул Петру Воника, Защита права собственности в практике Конституционного Суда Румынии, В сборнике: Роль конституционных судов об обеспечении права собственности, М., 2001, 58, 60.

თალში იყო ერთ დროს (Obereigentum), ხოლო კერძო პირები იქნებოდნენ დაქვემდებარებული მესაკუთრეები (Untereigentum). ამგვარ პროექტებს პარლამენტის კარამდეც არ მიუღწევია. **საქართველომ უპირობოდ აღიარა მინის ტოტალური (მასობრივი) პრივატიზაცია.** საქართველოს მოქალაქეებმა მოიპოვეს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე საკუთრების უფლება. რაც შეეხება უცხო ქვეყნის მოქალაქეებს, მათ „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრების“ კანონი უკრძალავდა საქართველოში საკუთრების შექმნას, ხოლო თუ შემკვიდრეობით მიიღებდნენ, მიღებიდან ექვსი თვის განმავლობაში უარი უნდა ეთქვათ მასზე საქართველოს მოქალაქეზე მიყიდვის გზით. კანონის ამ ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმება მოითხოვა დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტმა. საკონსტიტუციო სასამართლო დაეყრდნო საკუთრების ძირითადი უფლების ბუნებას, რომ მისი მატარებელია ყველა ადამიანი და გააუქმა სადავო ნორმა, რითაც უცხო ქვეყნის მოქალაქეები მიიჩნია საკუთრების უფლების სუბიექტებად.⁷ ამით საქართველომ მნიშვნელოვანი ნაბიჯი გადადგა ევროპულ სამართალთან ჰარმონიზაციის გზაზე. საქართველო არ მოქცეულა ზოგიერთი პოსტსაბჭოური ქვეყნის მსგავსად, რომლებმაც უცხო ქვეყნის მოქალაქეები კონსტიტუციური ნორმით (კონსტიტუციაში ჩანაწერით) გამოთიშეს მიწაზე საკუთრების უფლებისგან. რა მოხდებოდა, საქართველოს კონსტიტუციაშიც რომ ყოფილიყო ანალოგიური დებულება. ვფიქრობ, სავარაუდოდ, ორი სახის გადაწყვეტილება იქნებოდა მოსალოდნელი: პირველი გადაწყვეტილება დამთავრდებოდა განჩინებით, კერძოდ, საქმის განსახილველად არმიღებით, ვინაიდან კონსტიტუცია არ ითვალისწინებს კონსტიტუციური ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმებას. ასეთი გადაწყვეტა სამართლის ფორმალური ყოფიერებით იქნებოდა გამოწვეული; მეორე გადაწყვეტილება, რაც ნაკლებად მოსალოდნელია, პრეცედენტის გზით აღიარებდა ამ ნორმას კონსტიტუციურსამართლებრივ ღირებულებებთან შეუთავსებლად და ჩათვლიდა მას არაკონსტიტუციურად. ჩვენ ამით იმისი თქმა გვსურს, რომ არ შეიძლება კონსტიტუცია გახდეს არაკონსტიტუციური ნორმის თავშესაფარი. ამ შემთხვევაში ფორმალური მომენტით ვერ გადაიფარება შინაარსობრივი.

კიდევ ორიოდე სიტყვა ამ საქმესთან დაკავშირებით. კერძოდ, საქმე ეხება უცხოელი მესაკუთრის უფლების ფარგლებს. საკონსტიტუციო სასამართლო, ცხადია, მას ვერ დაადგენდა, იგი კანონმდებლის პრეროგატივაა. კანონმდებელი მუშაობს ამ საკითხზე. ჩვენ მიგვაჩნია, რომ **ნებისმიერ შემთხვევაში დიფერენცირებული მიდგომა იქნება საჭირო სუბიექტების, მიწის ადგილმდებარეობის, დანიშნულებისა და სხვა ნიშნებით.**

აქვე მინდა აღვნიშნო, რომ 2012 წლამდე – საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამდე⁸ უცხო ქვეყნის მოქალაქეს, რომელიც საქართველოში არ ცხოვრობდა, მაგრამ ჰქონდა საკუთრება, არ შეეძლო საკონსტიტუციო სასამართლოს გზით მოეთხოვა იმ კანონის კონსტიტუციურობის შემოწმება, რომლითაც, მისი ვარაუდით, ილახებოდა საკუთრების უფლება. ამჟამად მათ აქვთ ეს უფლება, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი არ მონაწილეობენ საკანონმდებლო ნების ჩამოყალიბებაში, ვინაიდან მოკლებული არიან ისეთ პოლიტიკურ უფლებას, როგორცაა არჩევნებში მონაწილეობის უფლება.

4. საკუთრებითი წესრიგის გავლენა მის გარეთ წარმოშობილ ურთიერთობებზე

საკუთრების უფლების ხასიათი საკუთრების წესრიგზეა დამოკიდებული, იგი ამ წესრიგის უშუალო რეზულტატია, როგორც ამაზე მეტყველებენ საკონსტიტუციო სასამართლობის გადაწყვეტილებები. საქართველოში სამოქალაქო კოდექსის მიღების შემდეგ ჩამოყალიბდა ახალი საკუთრებითი წესრიგი, რომელიც იძლევა საკუთრების როგორც ინსტიტუტის, ისე უფ-

⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის გადაწყვეტილება (№3/1/512); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო. გადაწყვეტილებები, 2012, ბათუმი, 2014, 61-98.

⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 28 ივნისის გადაწყვეტილება (№1/466); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო. გადაწყვეტილებები, 2010, ბათუმი, 2011, 6-40.

ლების გარანტიებს.⁹ ამ წესრიგის მნიშვნელოვანი თვისება ის არის, რომ იგი ცდილობს, პოზიტიური სამართლის სივრცეში მოაქციოს არაპოზიტიური ფორმით არსებული, პოზიტიურ სამართალთან გაუცხოებული საკუთრებითი ურთიერთობანი. სამართლის მოქმედებისას ხშირია შემთხვევა, როდესაც ფაქტობრივი სინამდვილე აიძულებს კანონმდებელს, მოახდინოს ამ პირობებში წარმოშობილი ურთიერთობების ლეგიტიმაცია. ასეთ დროს კანონმდებლის მიზანია, უწესრიგო ურთიერთობები მოაწესრიგოს, საჭიროების შემთხვევაში, სპეციალური კანონითაც კი. ამ საკითხთან დაკავშირებით ქართულ სინამდვილეში ორი მიდგომა გამოიკვეთა: ერთი ის შემთხვევაა, როცა მოქალაქისგან გაუცხოებული პოზიტიური სამართლებრივი წესრიგი უბიძგებს ადამიანებს, თავიანთი უფლების თავშესაფარი მოძებნონ არაპოზიტიურ სამართალში. ამ დროს ახალი პოზიტიური საკუთრებითი წესრიგი იღებს ვალდებულებას, მოაწესრიგოს ასეთი ურთიერთობები; მეორე შემთხვევაში, საკუთრებითი ურთიერთობა გაუცხოებულია, როგორც პოზიტიურ სამართალთან, ისე არაპოზიტიურთან. ამ შემთხვევაში სამართალთან გაუცხოებული სინამდვილე საკანონმდებლო ნების წყალობით სამართლებრივ სივრცეში ექცევა. აქაც **ფაქტი აიძულებს კანონმდებელს, სამართალი მოარგოს (შეაგოს) მისგან გაუცხოებულ სინამდვილეს**. მაგალითად, როცა მართლსაწინააღმდეგო გზით დაუფლებული უძრავი ქონების საკუთრებად ლეგიტიმაცია მოხდა.

პირველი შემთხვევის მაგალითად მინდა დავასახელო „საცხოვრებელი სადგომით სარგებლობისას წარმოშობილი ურთიერთობების შესახებ“ კანონის ის ნორმა, რომლითაც საბჭოთა პერიოდში კანონის გვერდის ავლით განხორციელებული უძრავი ქონების შეძენა ჩაითვალა ნამდვილ შეძენად და ამით გამოსწორდა შეძენის დროს არსებული გარიგების ბათილობის ნაკლი. მარტივი ენით რომ ვთქვათ, ამ კანონით ძალის მქონედ ჩაითვალა სავალდებულო ფორმის დარღვევით განხორციელებული შეძენა (მაგალითად, მარტივი წერილობითი ფორმით უძრავი ქონების შეძენა). მართალია, შემდგომ საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო კანონის ეს ნორმა, მაგრამ ჩვენ დღესაც მიგვაჩნია, რომ იგი კონსტიტუციური იყო და მიზნად ისახავდა მათ მოქცევას მოქმედ საკუთრებით წესრიგში. **გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ ძველი საკუთრებითი წესრიგი ადამიანებს აიძულებდა, მისგან გამიჯნულ სამართლებრივ რეალობაში ეცხოვრათ**. ეს ხდება იმ დროს, როცა პოზიტიური სამართალი მოიცავს მთელ სამართალს, მაშინ, როცა მას მხოლოდ ერთი მნიშვნელოვანი ადგილი უნდა ჰქონოდა ნორმატიულ სივრცეში. აქ საკანონმდებლო აღიარება მოხდა იმისი, რაც არ შეიძლება ჩათვლილიყო სამართლისგან გაუცხოებად.

მეორე შემთხვევა უფრო მძაფრ სიტუაციას ეხება. კერძოდ, მოქალაქე თვითნებურად, მართლსაწინააღმდეგოდ ეუფლება სახელმწიფო საკუთრებაში არსებულ მიწის ნაკვეთს, გარკვეული დროის განმავლობაში იყენებს მას, სხვადასხვა მტკიცებულებით ადასტურებს ამ სინამდვილეს და ხდება მესაკუთრე. ეს ხდება მეორე ადამიანის თვალწინ, რომელიც კანონისადმი პატივისცემითაა განწყობილი და თავს იკავებს თავისი თანამოქალაქის მსგავსად მართლსაწინააღმდეგო ქმედებისაგან. „ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირების მფლობელობაში (სარგებლობაში) არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების აღიარების შესახებ“ კანონის საფუძველზე აღნიშნული პირების მფლობელობა, მათ შორის უკანონო, იქცევა საკუთრების უფლებად. **რა უნდა ყოფილიყო ისეთი ფასეულობა, რაც აიძულებდა სახელმწიფოს, უკანონო მფლობელობა ჩაეთვალა კანონიერ მფლობელობად საკუთრების უფლების აღიარების გზით?** საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან¹⁰ ჩანს, რომ კანონმდებლის მიზანი ყოფილა საგადასახადო ადმინისტრირების გამარტივება. შეიძლება ითქვას, რომ ამ შემთხვევაში საკუთრების უფლების აღიარება კი არ არის კანონმდებლის მიზანი, არამედ ასეთია საბიუჯეტო ინტერესები. მართალია, კანონმდებლის ასეთი გადაწყვეტილება ერთგვარად ასუსტებს ადამიანთა მართლზომიერად ქცევის სტიმულს, მაგრამ, ამასთან, სახელმწი-

⁹ იხ. ლადო ჭანტურია, უძრავი ნივთების საკუთრება, მეორე გამოცემა, თბ., 2001, 111-112.

¹⁰ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 27 დეკემბრის გადაწყვეტილება (№2/3/522, 553); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო. გადაწყვეტილებები, 2013, ბათუმი, 2014, 195-216.

ფო, საკუთრების აღიარებით, ხარკს იხდის იმ უკანონობის წინაშე, რომელმაც მიიღო კრიტიკულად მწვავე ხასიათი, და სახელმწიფოს რომ დროულად აღეკვეთა მისი ცალკეული შემთხვევები – ეს პრობლემა არც იარსებებდა. მოკლედ, **სახელმწიფოს უპასუხისმგებლობა და მოქალაქის უკანონო მოქმედება (ორმხრივი უპასუხისმგებლობა) ხდება უფლების წყარო. უფლების აღიარების ფაქტით, საკუთრების წესრიგთან დაპირისპირებული ურთიერთობების ჩაყენება ხდება ამ წესრიგში.**

5. ჩემი საკუთრება როგორც ჩვენი საკუთრება (საკუთრების შინაარსის გაფართოება-დავიწროება?)

საკუთრების შინაარსი, ცნებისგან განსხვავებით, ცვალებადია დროში და იგი დამოკიდებულია ქვეყნის პოლიტიკურ-ეკონომიკურ მდგომარეობაზე.¹¹ საკუთრების უფლების შინაარსი მესაკუთრის ავტონომიური უფლებამოსილების ფარგლებში მოიაზრებოდა თითქმის ყველა დროში. საკანონმდებლო მონესრიგებისას ამას საგანგებოდ ესმება ხაზი. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი არ ღალატობს ამ ტრადიციას და 170-ე მუხლში ჩამოთვლის მესაკუთრის ისეთ უფლებამოსილებებს, როგორებიცაა: ქონების ფლობა, მისით სარგებლობა და განკარგვა. მესაკუთრის უფლებამოსილებაა, ასევე, სხვა პირთა მხრიდან სარგებლობის არდაშვება. **საკანონმდებლო დეფინიციის სიახლეა, რომ მესაკუთრის უფლებამოსილებანი დგინდება კანონისმიერი და სახელშეკრულებო შეზღუდვების ფარგლებში. მოკლედ, ამ შემთხვევაში ხაზი ესმება საკუთრების სუბსტანციურ შეზღუდულობას, როგორც ამის თაობაზე თავის დროზე მიუთითა გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ. მოკლედ, ნორმატიული შინაარსი მოიცავს საკუთრების ორივე პოზიციას – როგორც პოზიტიურს ისე ნეგატიურს.**

საბაზრო ეკონომიკის საწყის ეტაპზე საკუთრების უფლებას საკრალური ელფერი დაჰკრავდა და მესაკუთრეს საკუთარი ქონების მიმართ განუზომელი ძალაუფლება ჰქონდა, სხვები მარტოოდენ ნეგატიური ვალდებულებით დატვირთული სუბიექტები იყვნენ. საკუთრება, რომელიც სოციალური, საზოგადოებრივი ურთიერთობისა და ინტერესის გარეშე არ არსებობს, მონყვეტილი იყო მას და ასეთი დამოკიდებულების გამო რობინზონ კრუზოსეულ დამოკიდებულებაში იყო ჩაყენებული, მხოლოდ იმ განსხვავებით, რომ ყველა დანარჩენს პატივი უნდა ეცა საკუთრებისათვის, მას რომ განეხორციელებინა ქონებით მშვიდობიანი სარგებლობა. თანდათანობით საკუთრების შინაარსისადმი დამოკიდებულება შეიცვალა. **უფლებამოსილებების საკრალურობის მითი დაიმსხვრა და გზადაგზა ყველა მესამე პირი, რომლებიც მესაკუთრესთან დაპირისპირების კონტექსტში განიხილებოდნენ, გახდა საკუთრების შინაარსში როგორც პასიური, ისე აქტიური ჩარევის სუბიექტი. ჩვენ მხედველობაში გვაქვს საკუთრებითი უფლებამოსილების ფარგლების შენონა საზოგადოებრივ, სოციალურ ინტერესებთან. განსაკუთრებით, გამოიკვეთა ეს მდგომარეობა ფუნქციური საკუთრების შემთხვევაში. პირველ რიგში, მხედველობაში გვაქვს „კომერციული საკუთრება“, რომელთან დაკავშირებითაც სასამართლო პრეცედენტები ჩვენშიც შეიქმნა. ამ საგანს შეიძლება მოგვიანებით შევეხოთ. მოკლედ, ნივთთან ურთიერთობა, რასაც საკუთრების პოზიტიური ყოფიერება ჰქვია, გაშუალოვდა სხვათა დამოკიდებულებით, ინტერესებით. გარკვეული აზრით, ჩემი ნივთი იქცა ჩვენს ნივთად, მაგრამ მაინც დარჩა ის სადემარკაციო ხაზი, რომლის გადალახვაც არ შეიძლება – ეს არის საკუთრების არსის შენარჩუნების მოთხოვნა, რაც საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის მე-2 ნაწილითაც განმტკიცდა. ჩვენ არ მიგვიქცევია ყურადღება პოსტსაბჭოური ქვეყნების კონსტიტუციებისათვის, მაგრამ რომც არ იყოს ანალოგიური ჩანაწერი კონსტიტუციებში, ეს პრინციპი მაინც კონსტიტუციიდან გამომდინარეა და იგი ახასიათებს, ზოგადად, ძირითად უფლებებს. რას ნიშნავს არსის შენარჩუნება? გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ხატოვან გამოთქმას თუ დავიმონწმებთ, **საკუთრება ისე უნდა შეიზღუდოს, რომ მისი არსი შენარჩუნ-****

¹¹ თამარ ზოიძე, საკუთრების უფლების ცნება და შინაარსი, ჟურნ. „კერძო სამართლის მიმოხილვა“, №1, 2015, 26.

დეს, საკუთრება საკუთრებად უნდა დარჩეს, საკუთრების შინაარსი არ უნდა დაზიანდეს. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომაც მნიშვნელოვანი განმარტებები გააკეთა ამასთან დაკავშირებით. აქ, ცხადია, არ გადავლელი თქვენს ყურადღებას გადაწყვეტილებებიდან ცალკეული დებულებების მოტანით, აღვნიშნავ მხოლოდ იმას, რომ ამ შემთხვევაში ჩვენთვის სამაგალითო იყო გერმანული პრეცედენტები. ამდენად, **ნებისმიერი კანონი, რომელიც საკუთრების შინაარსს ადგენს, ისე უნდა ჩამოყალიბდეს, რომ მან არ დაზიანოს საკუთრების არსი**¹². მაინც გაკვრით შევეხები ამ პრეცედენტებს: არსებობს სასამართლოს ორი გადაწყვეტილება, რომელთაც ყველაზე სერიოზული ვნებათაღელვა გამოიწვიეს საზოგადოების ცალკეულ ნაწილში. კერძოდ, ერთი გადაწყვეტილება გვეუბნება, რომ კონსტიტუციურია კანონიერ მფლობელობაში არსებული ქონების კონფისკაცია, თუკი ამ ქონების გამოყენება ხდება დანაშაულის ჩასადენად;¹³ მეორე გადაწყვეტილება კი იტყობინება, რომ კონსტიტუციურია მაჟორიტარი აქციონერის მხრიდან, რომელსაც აქვს აქციების 95%, მინორიტარი აქციონერის 5% აქციის იძულებითი გამოსყიდვა.¹⁴ საკუთრების შინაარსში შეჭრა, იგივე მისი შეზღუდვა, საზოგადოებრივი ინტერესების მოტივით იყო გამონვეული. იგი ჩააგონებს ყოველ მესაკუთრეს იმ აზრს, რომ საკუთრების შინაარსზე ზეგავლენას ახდენენ ისინი, რომელთაც უშუალო ურთიერთობა არა აქვთ მასთან. **მოკლედ, საკუთრების შინაარსი და, შესაბამისად, მესაკუთრის უფლებამოსილებანი კი არ ფართოვდება, არამედ ვიწროვდება იმ აზრით, რომ იგი იტვირთება სხვადასხვა ვალდებულებით. საკუთრება არამესაკუთრეთა სამსახურშიცაა და ისინი სარგებლობენ მისი სიკეთით**¹⁵. მესაკუთრე ვერ გაექცევა ამ პროცესებს. ისე არ უნდა წარმოვიდგინოთ, თითქოს ეს ზეგავლენები რომ არ იყოს, მესაკუთრე უკეთესად, უფრო მოგებიანად შეძლებდა საკუთრების გამოყენებას. ასე არ არის. პირიქით, მესაკუთრისათვის საკუთრება უფრო სარგებლიანია, როცა ინტერესებით განონასწორებული საკუთრებითი ურთიერთობა მყარდება, და ყოველი პირის საკუთრების უფლება ამ პოზიციაში ახდენს თავისი თავის უფრო სრულფასოვნად გამოვლენა-შემეცნებას. ამ შემთხვევაში, საკუთრების შინაარსის ხასიათი არის კონკრეტული გარემო, კერძოდ, სოციალურ-ეკონომიკური ურთიერთობის პროდუქტი. აკი ნათქვამია, **რომ საკუთრების ცნება უცვლელია, ხოლო მისი შინაარსი ცვალებადი. მაშასადამე, საზოგადოების, მათი სახით ყოველი მესამე პირის ინტერესებით „დასუსხული“ ხდება ნივთთან ურთიერთობა და, როგორც ძალიან კარგად შენიშნა პროფესორმა როლფ კნიპერმა, პირადი ურთიერთობის სივრცეში გადადის**.¹⁶ ე.ი. ნივთის მიმართ უფლებრივი ინტერესი ფართოვდება და საზოგადოებაში მყოფი, მაგრამ საზოგადოებისაგან გამიჯნული რობინზონი, საზოგადოებრივი ვალდებულებებით დატვირთული, საზოგადოების სრულფასოვანი წევრი ხდება, ისე, რომ იგი არ ითქვიფება ამ საზოგადოებაში.

ახლა რაც შეეხება საკუთრების შინაარსში აქტიურ ჩარევას, როცა საკუთრების შინაარსში მოაზრებული უფლებამოსილებების მიმართ ინტერესი უჩნდებათ არამესაკუთრებსაც – ესეც საკუთრების უფლების შეზღუდვაა. **მისი კლასიკური მაგალითია ის შემთხვევები, როცა საკუთ-**

¹² კანონმდებლობით კონსტიტუციურ პასუხისმგებლობას ზრდის ის ფაქტი, რომ, როგორც ვალტერ ლაისნერი აღნიშნავდა, „კანონმდებელია საკუთრების შინაარსის ბატონი“. დამონმებულია ნაშრომიდან: Ulrich Battis, Zur Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetzgeber und Gerichte. Freiheit und Eigentum: Festschrift für Walter Lelsner zum 70. Geburtstag / hrsg. Von Josef Insensee, Helmut Lecheler, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, 679.

¹³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის გადაწყვეტილება (№1/2/384); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2006-2007, ბათუმი, 2009, 186-221.

¹⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 18 მაისის გადაწყვეტილება (№2/1-370, 382, 390, 402, 405); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2006-2007, ბათუმი, 2009, 148-185.

¹⁵ ეს გარემოება განაპირობებს საკუთრებითი სარგებლობითი პოზიციის განსაკუთრებული დაცვის აუცილებლობას, რათა არ მოხდეს მისი (საკუთრების) გაუფასურება: Fritz Ossenhühl, Eigentumsschutz gegen Nutzungsbeschränkungen, Festschrift für Walter Lelsner zum 70. Geburtstag / hrsg. von Josef Insensee, Helmut Lecheler, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, 691.

¹⁶ Рольф Книпер, 205-242.

რებითი პოზიციების მსგავს მდგომარეობას იკავებენ არამესაკუთრე სუბიექტები. ამის მაგალითად ხშირად მოჰყავთ დამქირავებლისა და მოიჯარის უფლებრივი მდგომარეობა. მესაკუთრის ნივთთან დაკავშირებით მათი უფლებამოსილებები იმდენად ფართო და საკრალური გახდა, რომ, ფაქტობრივად, ადგილი აქვს საკუთრების უფლების დანაწევრებას. აქ არ შეეხები ამ თემას, ცოტა ქვემოთ მოგიტხრობთ მის შესახებ ძირითადი უფლების ჭრილში.

საკუთრებით სარგებლობა-განკარგვის ვალდებულება თანამედროვე საკუთრებითი წესრიგის დამახასიათებელი მოვლენაა. ამ საკითხს საგანგებოდ აქცევს ყურადღებას პროფესორი როლფ კნიპერი. **სამოქალაქო კოდექსში განმტკიცებული დებულება, რომ მესაკუთრეს შეუძლია, არ ისარგებლოს ნივთით, ძირითადად მოძველებულად უნდა ჩაითვალოს ფუნქციურ საკუთრებასთან მიმართებით.** პროფესორი როლფ კნიპერი აღნიშნავს, რომ არაქონებრივი უფლებების იძულებითი ლიცენზია ამისი მაგალითია. არაქონებრივ ფასეულობებთან მიმართებით საჭიროა მიზნობრივი რაციონალურობა. ის, ვინც არ მოქმედებს გონივრული რაციონალურობით, შეიძლება დაავალდებულონ და, შესაბამისად, სიკეთესთან მიმართებით მესამე პირები გამოდიან ასპარეზზე. საკუთრების დეფინიციამ განკარგვის დავალდებულებას ისტორიულად ბევრი მეცნიერი უჭერდა მხარს. როგორც გირკე აღნიშნავდა, მესაკუთრეს შეიძლება აეკრძალოს საკუთრების არა მარტო არამართლზომიერი გამოყენება, არამედ დაეკისროს ვალდებულება, საკუთრებას ფლობდეს სოციალურად განპირობებულ ფარგლებში¹⁷. საკუთრების არგამოყენების უფლება ხშირად ზიანის მომტანია საზოგადოებისათვის. **საკუთრების გამოყენება გონების კარნახია და იგი სასარგებლოა როგორც თავად მესაკუთრისათვის, ისე მთელი საზოგადოებისათვის.**¹⁸ შეიძლება ითქვას, რომ საკუთრების გარშემო ტრიალებს მთელი სამოქალაქო ბრუნვა. საკუთრების ტრადიციული მდგომარეობა, როგორცაა სუბიექტისა და ობიექტის ურთიერთობა, მუდმივადაა „დასუსხული“ სამოქალაქო ბრუნვის ინტერესებით. ის, რაც, ერთი შეხედვით, არ ბრუნავს, სინამდვილეში ბრუნვის რეჟიმშია საკუთრებითი სიკეთეების მიმართ დაკავშირებული ინტერესების დაკმაყოფილების კუთხით. ვფიქრობთ, უნდა დავეთანხმოთ პროფესორ როლფ კნიპერს, როცა იგი აღნიშნულ და კიდევ სხვა მასალებზე დაყრდნობით აკეთებს დასკვნას, რომ **სანივთო სამართალი სულ უფრო და უფრო ხდება ვალდებულებითი სამართლის დანამატი, იგი სტატიკური მდგომარეობიდან დინამიკურში ინაცვლებს, ე.ი. ვალდებულებითში.** მატერიალური საგნები ფულადი ეკონომიკისა და სასაქონლო ბრუნვის მძლავრ ნაკადშია მოქცეული. სანარმოო ურთიერთობებმა დიდი ხანია, ააფეთქა ის საზღვრები, რომლებიც საკუთრების სანივთოსამართლებრივ დეფინიციამ იყო.¹⁹

6. საკუთრების კონსტიტუციური ცნების გავლენა მის კერძოსამართლებრივ ცნებაზე

საკუთრების ძირითადი უფლების კონსტიტუციური ცნება გავლენას ახდენს ცივილისტურზე.²⁰ საქმე ისაა, რომ საკუთრების უფლების ცნება კონსტიტუციას უფრო ფართოდ ესმის, ვიდრე კერძო სამართალს. შესაბამისად, კერძო სამართალში იგრძნობა ეს გავლენები, რაც, რა თქმა უნდა, უმტკივნეულოდ არ მიმდინარეობს და ზოგჯერ ცივილისტების წინააღმდეგობაც ხვდება მას. რას ნიშნავს ცნების გაფართოება? აქ მხედველობაშია არამესაკუთრეთა დაცვის სტანდარტის გაფართოება, კერძოდ, მათი მფლობელობითი პოზიციის კონსტიტუციის იმ ნორმით დაცვა, რითაც, როგორც წესი, საკუთრების ძირითადი უფლების დაცვა ხდება. მხედველო-

¹⁷ საკუთრების შინაარსში მესაკუთრის ვალდებულების ხაზგასმა ემყარება საკუთრების ცნებისადმი გერმანისტულ მიდგომას, რომლის ამოსავალი თეზა იტყობინება: „არავითარი უფლება მოვალეობის გარეშე“. ამ თეზაზე დაყრდნობით ოტო გირკე წერდა, რომ მოვალეობისუქონელ საკუთრებას არავითარი მომავალი არ აქვს. დამონმებულია მამრომიდან: Otto Depenheuer, Zwischen Verfassung und Gesetz. Die rechtsstaatliche Struktur der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie: Festschrift für Walter Lelsner zum 70. Geburtstag / hrsg. von Josef Insensee, Helmut Lecheler, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, 285-286.

¹⁸ Рольф Книпер, 223-224.

¹⁹ Рольф Книпер, 239.

²⁰ საკუთრების კონსტიტუციური ყოფიერების თანამედროვე ტენდენციების შესახებ იხილეთ: Eschenbach, Jürgen: Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, Berlin, Duncker und Humblot, 1996.

ბაშია როგორც საკუთრებიდან გამომდინარე ტრადიციული სანივთო უფლებები (აღნაგობა, უზუფრუქტი და სხვ.), ისე ტრადიციული ვალდებულებითი უფლებები. პირველ შემთხვევაში, ცივილისტებს კრიტიკული დამოკიდებულება, ფაქტობრივად, არცა აქვთ. აღნაგობის უფლების საკუთრების კონტექსტში დაცვა არ უნდა იყოს პრობლემა, რაც კიდევ დადასტურდა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით.²¹ საქართველოს სინამდვილეში, ფაქტობრივად, არც კი მოიპოვება პრეცედენტები. იყო მცდელობა, საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის ფარგლებში შემონიშნულიყო სარგებლობის უფლება, მაგრამ ორივე საქმე განიხილებით დასრულდა – არ იქნა მიღებული არსებითი განხილვისათვის. ერთ-ერთი ეხებოდა უზუფრუქტის უფლების კონსტიტუციურსამართლებრივ დაცვას. საქმე ისაა, რომ კანონმდებელმა „ბიუჯეტის შესახებ“ კანონში გაითვალისწინა ნორმა, რომლითაც საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის, როგორც უზუფრუქტუარის, მიერ შენობა-ნაგებობის გაქირავებით მიღებული თანხები ჯერ ირიცხებოდა სახელმწიფო ბიუჯეტში და შემდეგ ნაწილდებოდა მეცნიერებათა აკადემიაზე. მოსარჩელე საკუთრების კონტექსტში განიხილავდა უზუფრუქტუარის უფლებას და მოითხოვდა სადავო ნორმის გაუქმებას. დასაბუთებია, რომ პრეცედენტი არ შედგა.

ამ საკითხზე მნიშვნელოვანი პრეცედენტები დაგროვდა გერმანულ სამართალსა და ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში. **ყოველივე ამით დასტურდება ის ფაქტი, რომ საკუთრებითი ძალაუფლების ეფექტური რეალიზაცია შესაძლებელია მხოლოდ მისი არამესაკუთრებზე განაწილებით.** ამ კონტექსტში როგორც დამქირავებლის, ისე მოიჯარის უფლებები განიხილება ძირითადი უფლების დამცავი ნორმით. ეს კი შესაძლებელია მაშინ, თუკი, მათ უფლებამოსილებაში დავინახავთ საკუთრებითი უფლებამოსილების ნიშნებს. გერმანიის კონსტიტუციურმა სასამართლომ 1993 წლის 26 მაისის გადაწყვეტილებით შეცვალა ძველი პრეცედენტი, რომელიც საცხოვრებლის დამქირავებლის ქონებრივ უფლებებს არ განიხილავდა საკუთრების უფლებად, კერძოდ, სასამართლოს აზრით, დამქირავებლის უფლებების კონსტიტუციით დაცვა არა დამოუკიდებელი სამართლებრივი პოზიციაა, არამედ ესაა დამქირავებლის სახელშეკრულებო უფლებების გაძლიერება. კონსტიტუციის მე-14 მუხლის პირველი პუნქტი დამქირავებელს იცავს როგორც მესაკუთრეს, ხოლო დამქირავებლის დაცვაზე მოქმედებს საკუთრების უფლების სოციალური ბოჭვის რეფლექსი.²²

ამდენად, დამქირავებელი ექცეოდა კონსტიტუციური დაცვის ქვეშ, მაგრამ არა საკუთრების უფლების მანტიით, არამედ დამქირავებლის, იმავე მესაკუთრის, სოციალური ბოჭვის რეფლექსური ზემოქმედების გზით.

შემდგომ, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ სრულიად განსხვავებულ პრეცედენტს ჩაუყარა საფუძველი და დამქირავებლის მფლობელობის უფლება დაქირავებულ ბინაზე აღიარა საკუთრების უფლებად. სასამართლო დაემყარა ბინის, იმავე საცხოვრისის, განსაკუთრებულ მნიშვნელობას, მის კონსტიტუციურსამართლებრივ დაცვას, რადგან ჩათვალა, რომ **დამქირავებლის სამართლებრივი მდგომარეობა უთანაბრდება მესაკუთრის სამართლებრივ პოზიციას, მიუხედავად იმისა, რომ** მას განკარგვის უფლება, რომელიც საკუთრების უფლების იმანენტური მახასიათებელია, შეზღუდული აქვს. სასამართლოს აზრით, საკუთრების ძირითადი უფლების დაცვისათვის არ არის აუცილებელი, მასში უეჭველად მოიაზრებოდეს შეუზღუდავი განკარგვითი უფლებამოსილება. საკუთრებიდან ნაწარმოები უფლებებიც მასთან ერთად უნდა განვიხილოთ, მისგან გამოცალკევებულად. სასამართლომ დამქირავებლის მფლობელობის უფლების ძირითად უფლებად აღიარებით შექმნა უფლების კონსტიტუციური გარანტიები და მისი მონესრიგებისას კანონმდებელს დაუდო ზღვარი, რომლის გადალახვასაც იგი ვერ შეძლებდა.

ბუნებრივია, საკონსტიტუციო სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებას მოჰყვა ცივილისტების პროტესტი. მათი აზრით, ამ გადაწყვეტილებით მოხდა ღირებულებათა ერთმანეთში აღრევა, მათი გამიჯვნისათვის არსებული თავისებურებების უგულვებელყოფა. კერძოდ, მათი აზრით, ამით,

²¹ სალომე ქერაშვილი, მფლობელობის კონსტიტუციური დაცვა და მისი ზეგავლენა კერძო სამართალზე: უპირატესად გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტების საფუძველზე, კრებულში: კონსტანტინე კორკელია (რედ.), ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, თბ., 2014, 188-189.

²² იქვე, 176-177.

ფაქტობრივად, აღიარებულ იქნა დანაწევრებული საკუთრების უფლება, რასაც გერმანული საკუთრებითი წესრიგი არ იცნობს, მეტიც, ერთსა და იმავე ნივთთან დაკავშირებით ერთდროულად მესაკუთრისა და დამქირავებლისათვის საკუთრებითი უფლების მინიჭება საშიშია მართლწესრიგისათვის. სასამართლომ დამქირავებლის ვალდებულებითსამართლებრივი პოზიცია გაუტოლა ნივთზე საკუთრების უფლებას.²³

ჩვენ, ცხადია, არ ვაპირებთ ამ საკითხში ჩაღრმავებას, მხოლოდ ის გვინდა აღვნიშნოთ, რომ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება ეხმიანება იმ პრეცედენტებსა და საერთო ტენდენციებს, რაც შეიმჩნევა საკუთრებისა და არასაკუთრებითი უფლებების ერთმანეთთან მიმართებისას და, საერთოდ, ძირითადი უფლებების კერძო სამართალზე გავლენის სფეროში. რა თქმა უნდა, დამქირავებელი უფლებამოსილებათა წონით ვერ გაუტოლდება დამქირავებელს, მაგრამ არც მესაკუთრეა ამ თვალსაზრისით აბსოლუტურად თავისუფალი. საკუთრებითი უფლებამოსილებების კანონისმიერი ბოჭვები ჩვეულებრივი მოვლენაა თანამედროვე სამართალში. ისევ გერმანიის მაგალითს დავიმონუმებ, როცა მესაკუთრის მიმართ დადგენილი აკრძალვა, რომ ის ვერ შეცვლიდა საცხოვრებელი ფართის მიზანს, საკონსტიტუციო სასამართლომ კონსტიტუციურად ჩათვალა.²⁴

ახლა მინდა, ორიოდ სიტყვით გადმოვცე ის პრაქტიკა, რაც ქართულ სინამდვილეშია. საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი პრეცედენტები ვერ გამოირჩევიან განსაკუთრებული მოწონებით. მეტიც, კონსტიტუციონალისტებმა მათი ნაწილი კრიტიკის ქარცეცხლში გაატარეს. მხედველობაში მაქვს ე.წ. „ფურცხვანიძის საქმე“. საკონსტიტუციო სასამართლომ დაფუძნებიდან ერთი წლის შემდეგ, კერძოდ, 1997 წელს არაკონსტიტუციურად ცნო საქართველოს საბინაო კოდექსის 154-ე მუხლი, რომელიც დამქირავებელს უფლებას აძლევდა, დამქირავებლის ნების საწინააღმდეგოდ მოეთხოვა ბინის ქირავნობის ხელშეკრულების გაგრძელება. სასამართლომ საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის განმარტებიდან გამომდინარე, ასეთი ნორმა ჩათვალა დამქირავებლის, როგორც მესაკუთრის, უფლების დარღვევად.²⁵ სასამართლომ გადაწყვეტილების მიღებისას მთელი ყურადღება გადაიტანა დამქირავებელზე და, ფაქტობრივად, არც კი შეუფასებია დამქირავებელი-მოსარგებლე 21-ე მუხლის კონტექსტით. სასამართლომ არ გაითვალისწინა საკუთრების ის ფუნქცია, რაც მას სოციალური მოდელის განხორციელებისას აკისრია და, ჩვენი აზრით, მიიღო გადაწყვეტილება, რითაც არასაკუთრებითი უფლება საერთოდ გამოთიშა კონსტიტუციური დაცვის სივრციდან. მან არ გამოიყენა არცერთი პრეცედენტი, რაც გერმანიის პრაქტიკაში იყო. ეს იყო საკონსტიტუციო სასამართლოს ბავშვობის ხანა და, ცხადია, იმ ქვეყნისათვის, რომელმაც დააღწია თავი საკუთრების ტოტალური ბოჭვის მარწმუნებს, ასეთი მიდგომა გასაკვირი არ უნდა იყოს.

7. საკუთრების უფლების შეზღუდვა საკუთრების ობიექტის ჩამორთმევით

ამჯერად მინდა, წინა პლანზე წამოვიწიო საკითხი, რომელიც ეხება საკუთრების შეზღუდვის სადმი მიდგომებს. შეზღუდვად უნდა გავიგოთ საკუთრებითი უფლებამოსილებების შეზღუდვა იმგვარად, რომ საკუთრება საკუთრებად რჩება, მისი არსი ნარჩუნდება, შინაარსი არ ზიანდება. მაგრამ იბადება კითხვა: რა ხდება საკუთრების ობიექტის ჩამორთმევისას? საკონსტიტუციო სასამართლოებისა და ევროსასამართლოს პრეცედენტებით, ეს შეიძლება მოხდეს არა მარტო საკუთრების ექსპროპრიაციით, არამედ შეზღუდვის გზითაც. მინდა აღვნიშნო, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიღო ორი გადაწყვეტილება, როცა ქონების ჩამორთმევა დააკვალიფიცირა უფლების შეზღუდვად. ერთი გადაწყვეტილებით, კონსტიტუციუ-

²³ სალომე ქერაშვილი, მფლობელობის კონსტიტუციური დაცვა და მისი ზეგავლენა კერძო სამართალზე: უპირატესად გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტების საფუძველზე, კრებულში: კონსტანტინე კორკელია (რედ.), ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, თბ., 2014, 179-190.

²⁴ იურგენ შვაბე, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, თბ., 2011, 245-248.

²⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები (1996-1997), თბ., 2002, გადაწყვეტილება №1/51, 83-87.

რად ჩაითვალა აქციების იძულებითი გამოსყიდვა, როცა მაჟორიტარ აქციონერს უფლება აქვს, მინორიტარის მიმართ განახორციელოს კონტრაჰირების იძულება;²⁶ მეორე გადაწყვეტილების მიხედვით, კონსტიტუციურად ჩაითვალა კანონიერ მფლობელობაში გადაცემული ქონების კონფისკაცია, როცა მფლობელის ხელში იგი ხდება დანაშაულის ჩადენის იარაღი.²⁷ მესაკუთრე ამ უკანასკნელ შემთხვევაში არავითარ მიზეზობრივ კავშირში არ იმყოფება აღნიშნულ ფაქტთან. ორივე ვითარებაში სასამართლომ უფლების შეზღუდვა დააფიქსირა.

ამ ორი მაგალითის ფონზე წამოიჭრება კითხვა: ქონების ჩამორთმევა ხომ არ იწვევს შეზღუდვის დეფინიციის გაორებას. ვფიქრობთ, საკუთრების შეზღუდვა **გულისხმობს კანონმდებლის მიერ საკუთრების გამოყენების დადგენას. კერძოდ, კანონმდებელი მესაკუთრეს განუსაზღვრავს თავისუფალი მოქმედების სივრცეს, ერთგვარად ავინროებს სამოქმედო ასპარეზს, ისე, რომ ამან არ გამოიწვიოს საკუთრების უფლების გაქრობა. მოკლედ, კანონმდებელი, ზოგადად, განსაზღვრავს უფლების მოქმედების (გავრცელების) ფარგლებს.** ამიტომაც მინიშნა საკონსტიტუციო სასამართლომ, რომ საკუთრების შეზღუდვის ობიექტია საერთოდ ქონება და არა კონკრეტული ქონება. მაგალითად, არა ვინმეს კონკრეტული ავტომობილი, არამედ, ზოგადად, ყველას ავტომობილი. **მაშასადამე, ქონების გამოყენების ფარგლების დადგენა გულისხმობს საკუთრების შინაარსის განსაზღვრას ამა თუ იმ საზოგადოებრივი ინტერესის საფუძველზე. ამ შინაარსის განსაზღვრა ქონების ჩამორთმევით მოხდება თუ მისი მესაკუთრის ხელში შენარჩუნებით, ორივე შემთხვევაში, საკუთრების უფლების მოქმედების ფარგლების დადგენა იქნება.** ავიღოთ მინორიტარი, იგივე აქციათა 5%-ის მქონე აქციონერის მოქმედება. მას ევალება, ეს აქციები, რომლებიც ორგანული ნაწილია აქციათა 100%-იანი პაკეტისა, იმგვარად გამოიყენოს, რომ თანმხვედრი იყოს კორპორაციული (სამენარმეო) წესრიგისა. სწორედ ეს არის კანონმდებლის მიერ აქციაზე საკუთრების უფლების მოქმედების ფარგლების დადგენა. საკმარისია აქციათა 5%, როგორც ერთიანი კორპორაციული სხეულის ნაწილი, დაბრკოლებად იქცეს მისთვის, რომ წარმოიშობა იძულებითი გამოსყიდვის უფლება. **კანონმდებელი ამ შემთხვევაში ადგენს აქციაზე საკუთრების უფლების ფარგლებს, მისი გამოყენების შინაარსის განსაზღვრით. საკუთრების უფლება უფლებად რჩება მხოლოდ ამ ფარგლებში. აქციის იძულებითი ჩამორთმევა საკუთრების უფლების შეზღუდვის შედეგია.**

საკითხავია, რა ხდება მაშინ, როცა კანონიერ მფლობელს ერთმევა სხვისი ქონება²⁸. აქაც კანონმდებელი ადგენს საკუთრების გამოყენების ფარგლებს. კერძოდ, კანონმდებელი კრძალავს საკუთრების ობიექტის გამოყენებას დანაშაულებრივი მიზნებისათვის. კანონმდებლისათვის ნაკლებმნიშვნელოვანია, ვინ გამოიყენებს მას მართლსაწინააღმდეგოდ. ამ შემთხვევაში მას იყენებს კანონიერი მფლობელი, მაგრამ მესაკუთრეს რომ გამოეყენებინა, ერთი და იგივე შედეგი დადგებოდა. კანონმდებელი ფიქრობს, რომ, თუკი შედეგის დადგომის ალბათობას ზრდის იმავდროულად ქონების საფრთხის შემცველობა (საფრთხეუნარიანობა), მაშინ ასეთი ქონება ამოღებული უნდა იქნეს სამოქალაქო ბრუნვიდან. საკუთრების უფლების არსი არც ამ შემთხვევაში ქრება, რადგანაც ქონების კონფისკაციის მოტივთანაა დაკავშირებული საკუთრების უფლების არსის არსი. ე.ი. მესაკუთრეს ქონება აღარ აქვს, მაგრამ საკუთრების უფლება შენარჩუნებული აქვს. **მართალია, მას წაერთვა კონკრეტული ქონება, მაგრამ, ზოგადად, ამ კატეგორიის ქონებაზე საკუთრების უფლება უნარჩუნდება კანონით დადგენილი შინაარსის ფარგლებში.**

²⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 18 მაისის გადაწყვეტილება (№2/1-370, 382, 390); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2006-2007, ბათუმი, 2009, 148-185.

²⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის გადაწყვეტილება (№1/2/384); საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2006-2007, ბათუმი, 2009, 186-221.

²⁸ იხ. აღნიშნული გადაწყვეტილების ანალიზი: გიორგი ამირანაშვილი, კანონიერ მფლობელობაში არსებული დანაშაულის საგნის კონფისკაცია – კონსტიტუციური და საერთაშორისო სტანდარტები. იხ. სტატიათა კრებული: კონსტანტინე კორკელია (რედ.), ადამიანის უფლებათა დაცვა: მიღწევები და გამოწვევები, თბ., 2012, 7-37. ვლადიმერ ხასია, უდანაშაულო მესაკუთრისთვის დანაშაულის საგნისა და საშუალების ჩამორთმევის პრობლემა. იხ. იქვე, 169-190.

აქაც ქონების ჩამორთმევა საკუთრების უფლების შინაარსის ფარგლების განსაზღვრის მონესრიგების შედეგია. ექსპროპრიაციის დროს ქონების ჩამორთმევა არ არის საკუთრების შინაარსის ფარგლების დადგენა.

8. საკუთრების უფლების მოვალეობად ტრანსფორმაცია

როგორც უკვე დავინახეთ, საკუთრების უფლების პოზიტიური მდგომარეობა გაჯერებულია მესამე პირების წინაშე ვალდებულებებით, რომლებშიც მოიაზრება როგორც მთელი საზოგადოება, ისე ცალკეული საზოგადოებრივი ჯგუფები. ნებისმიერ შემთხვევაში, მისი შინაარსის განსაზოგადოება ისე უნდა მოხდეს, რომ ამ შინაარსის მიმართ გადამწყვეტი ძალაუფლება მესაკუთრის ხელში დარჩეს. მოკლედ, სადემარკაციო ხაზის გავლება აუცილებელია. ამ საგანს კიდევ ერთხელ შევხებით. ახლა მინდა, უშუალოდ უფლების მოვალეობად გარდასახვას შევეხო. **ეს მაშინაა, როდესაც საკუთრების ფლობით გამოწვეული სარგებელი და ტვირთი ერთმანეთთან არათანაზომიერ დამოკიდებულებაშია. მესაკუთრეს კანონმდებელმა უნდა დააკისროს საკუთრების ობიექტის ბუნებიდან გამომდინარე იმდენი ვალდებულება, რომ მან შეძლოს ამ ტვირთის ტარება, და არ მოხდეს მისი უფლებასთან გაუცხოება. კერძოდ, არ უნდა მოხდეს უფლების მოვალეობად ტრანსფორმაცია.** განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ასეთი მიდგომა საკუთრების საგადასახადო ვალდებულებებით დატვირთვისას. მახსენდება ძველ დროში ერთერთი იმპერატორის პასუხი თავისი მოხელეების მიმართ, როცა ისინი სთავაზობდნენ პროვინციებისათვის მაღალი გადასახადების დანესებას. მეფემ მათ ასეთი პასუხი გასცა: ცხვრები უნდა გაპარსო და არა გაატყავო. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 1999 წლის 2 მარტს მიიღო გადაწყვეტილება, რომელიც ეხება კულტურის ძეგლთა დაცვას.²⁹ სასამართლოს პოზიციის თანახმად, როცა მესაკუთრის ხელში ძეგლის შენარჩუნების მოთხოვნა დაკავშირებული იქნებოდა მის მიმართ უთანაზომო, შეუსაბამო ტვირთებთან, მხოლოდ საზოგადოებრივი ინტერესებით, ყოველგვარი პირადი სარგებლის გარეშე, მაშინ ამ პირის სამართლებრივი პოზიცია მიახლოებულია ისეთ მდგომარეობასთან, როცა მისი საკუთრება არ იმსახურებს, ინოდებოდეს საკუთრებად. ვინაიდან უფლების ტვირთად **გარდასახვა მოხდა, ე.ი. კერძო ინტერესი სრულად გადაფარა საზოგადოებრივმა.** ამიტომაც სასამართლომ მიიჩნია, რომ შენობის ლიკვიდაციის აკრძალვა ასეთ ვითარებაში გაუმართლებელია. თუკი ძეგლის ხასიათიდან და მისი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, აუცილებელია მისი შენარჩუნება, მაშინ ეს უნდა განხორციელდეს მისი კონფისკაციით.

ამრიგად, საკუთრების შინაარსის გამოფიტვა რა გზითაც არ უნდა მოხდეს, საკუთრებითი წესრიგისათვის მიუღებელია.

9. უძრავი ქონების კეთილსინდისიერი შეძენის სიმტკიცე

საკუთრების შეძენის საკითხი სერიოზული განსჯის საგანია ქართულ სამეცნიერო სივრცეში. ცხადია, ჩვენ არ ვაპირებთ ამ საკითხის დეტალებზე მსჯელობას. მე მინდა, საკითხი დავაყენო სამართლებრივი უსაფრთხოების, კერძოდ, სამოქალაქო ბრუნვის უსაფრთხოების, კუთხით. საქმე ეხება უძრავ ქონებაზე საკუთრების კეთილსინდისიერ შეძენას³⁰. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე და 312-ე მუხლები იცავს კეთილსინდისიერ შემძენს და მის მიერ შეძენილ ქონებას მიიჩნევს მოუდევრად. **მხოლოდ შეძენის არამართლზომიერების ცოდნა და არა ცოდნის ვარაუდი შეერაცხება მას არაკეთილსინდისიერებაში.** ამჟამად მოცემული ნორმების კონსტიტუციურობას იხილავს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო და ქვეყნის მოქალაქეები დიდი ინტერესით ელოდებიან სასამართლოს გადამწყვეტილებას. სასამართლო კარგა ხანია, მთე-

²⁹ იურგენ შვაბე, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, თბ., 2011, 277-284.

³⁰ დანვრილებით იხ.: თამარ ზარანდია, უძრავი ნივთების კეთილსინდისიერი შეძენა არაუფლებამოსილი გამსხვისებლისგან ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში, ქართული სამართლის აქტუალური საკითხები, თბ., 2014, 59-79.

ლი ყურადღებითაა დაკავებული ამ საკითხით, რაზეც მეტყველებს ის ფაქტი, რომ ჯერ კოლეგიაში მოუსინჯა პირი მის გადაჭრას, მაგრამ რაკი დარწმუნდა, რომ მისი საბოლოო გადაწყვეტა, საკითხის სირთულიდან და მნიშვნელობიდან გამომდინარე, აღემატებოდა კოლეგიის თვალსაზრისს, იგი პლენუმს გადაეცა და საბოლოო სიტყვა მასზეა დამოკიდებული. როგორი გადაწყვეტილებაც არ უნდა მიიღოს სასამართლომ, ყველა შემთხვევაში იგი იმსახურებს ნდობასა და პატივისცემას.

სადავო ნორმები ცალსახად იცავენ კეთილსინდისიერი შემძენის ინტერესებს. თუკი შევასახებთ ყოფილი მესაკუთრისა და კეთილსინდისიერი შემძენის ინტერესების დაცვით პოზიციებს და აქედან გამოვრიცხავთ ისეთ ინტერესს, როგორიცაა სამოქალაქო ბრუნვის უსაფრთხოება, რომელიც დაფუძნებულია ამ ბრუნვისადმი ლეგიტიმურ ნდობაზე, მაშინ, სავარაუდოდ, ინტერესთა შეფასება ასე მოხდება:

ყოფილი მესაკუთრის ინტერესები დაცვის ღირსია, მას ქონება უკან უნდა დაუბრუნდეს, ვინაიდან მისი ნების გარეშე მოხდა ქონების მისი ხელიდან გამოსვლა, შეიძლება, დანაშაულებრივი გზითაც. მას აქვს კონსტიტუციური საფუძველი უფლების დაცვისა. რა განწყობაზე დავდგებოდით, თუკი ჩვენი კონფერენციის დასასრულს ვნახავდით, რომ საჯარო რეესტრში ჩვენი საკუთრება რეგისტრირებული აღმოჩნდებოდა ვინმე კეთილსინდისიერი შემძენის სახელზე. ბუნებრივია, ამ ფაქტის მიმართ პროტესტი გაუჩნდებოდა იმასაც, ვინც კოდექსის დასახელებული ნორმების აქტიური მხარდამჭერი იყო. ცხადია, ის მართალი იქნება, **თუკი მოითხოვს საკუთრების უკან დაბრუნებას**. მაგრამ ახლა შევხედოთ ამ საკითხს კეთილსინდისიერი შემძენის პოზიციებიდან: ის ენდობოდა საჯარო რეესტრის მონაცემებს და ჰქონდა ამ ნდობის ლეგიტიმური საფუძველი. კოდექსის 312-ე მუხლის პირველი ნაწილი ქონების შემძენს აიძულებს შეძენის საბოლოობაში იმით, რომ „რეესტრის მონაცემების მიმართ მოქმედებს უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია“. სხვა რას უნდა ნდობოდა შემძენი, თუკი მისი მხრიდან არ არსებობდა რეესტრის ჩანაწერის უზუსტობის ცოდნა. **ბუნებრივია, მისი ინტერესი – შეინარჩუნოს საკუთრება, სრულიად ლოგიკური და დასაბუთებულია**. ახლა წარმოვიდგინოთ, რომ შევიძინეთ უძრავი ქონება საკუთრებაში და ასევე ჩვენი კონფერენციის დასასრულს გავიგეთ, რომ თურმე არამართლზომიერი შემძენები ვყოფილვართ, ვინაიდან ყოფილი მესაკუთრის ქონება მართლსაწინააღმდეგო გზით აღრიცხულა გამსხვისებლის სახელზე. თუკი სასწორი გადაიხრებოდა ყოფილი მესაკუთრის სასარგებლოდ და წაგვერთმეოდა შენაძენი, ცხადია, როგორი დამცველებიც არ უნდა ვყოფილიყავით ამგვარი გადაწყვეტილებისა, ჩვენ მაინც ვერ მოვინონებდით მას და შევეცდებოდით, დაგვეცვა ქონების კეთილსინდისიერი შეძენა. ამ შემთხვევაშიც ჩვენ მართლები ვიქნებით. საბოლოოდ, მივედით იმ დასკვნამდე, რომ ორივე მხარის მოთხოვნა სამართლიანია, შეინარჩუნოს საკუთრება უძრავ ქონებაზე. მაგრამ საკითხავია, რა მოხდება, თუ ყოფილ მესაკუთრეს დავუბრუნებთ ამ ქონებას, მის მიმართ ვიქნებით სამართლიანები, ხოლო კეთილსინდისიერი შემძენის მიმართ უსამართლოები? მოხდება ის, რომ შემძენი გაუცხოვდება სამოქალაქო ბრუნვისგან, დაეკარგება მის მიმართ ნდობა და ამით საფრთხე შეექმნება უძრავი ქონების ბრუნვას. გასაქანი მიეცემა საეჭვო უფლებების გაჩენას და, შესაბამისად, დაირღვევა საკუთრების შეძენის საბოლოობის მნიშვნელოვანი პრინციპი. მაშასადამე, ეჭვის ქვეშ დადგება სამოქალაქო ბრუნვის უსაფრთხოება, რაც, როგორც სიკეთე, ფასეულობა, საფუძველია ნდობაუნარიანი საკუთრების არსებობისა. მაგრამ რა მოხდება, თუკი კეთილსინდისიერი შეძენა იქნება საბოლოო. ცხადია, ამით დაცული იქნება შემძენის ინტერესები და, შესაბამისად, დამკვიდრდება კეთილსინდისიერი შემძენთა ნდობა ბრუნვისადმი. შესაბამისად, ბრუნვის უსაფრთხოება ამ კუთხით დაცული იქნება, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ყოფილი მესაკუთრის ინტერესები ამ უსაფრთხოების გარეთაა. იგიც ამ უსაფრთხოების შემადგენელი ნაწილია და, ცხადია, უნდა განვიხილოთ ამ კონტექსტში. რაც მეტი იქნება უსაფრთხოების დაცვის მექანიზმები ამ სივრცეში, მით ნაკლები იქნება ყოფილი მესაკუთრის ინტერესების უგულვებელყოფის შემთხვევები.

მაშასადამე, ყოფილა მესამე ღირებულება, რომლის ინტერესი სულაც არაა მართკეთილსინდისიერი შეძენის დაცვა. იგი, ამავდროულად, უძრავი ქონების გამსხვისებლების თავისუფალ მოქმედებებთანაცაა დაკავშირებული, რაც შემძენის ნდობის მოპოვებით გამოიხატება. ბრუნვის უსაფრთხოებაზე უარის თქმით, გაცილებით მეტი ზიანი დადგება, ვიდრე

**ყოფილ მესაკუთრეებზე ამ რისკის (ტვირთის) დაკისრებაა (მხედველობაშია ქონებაზე ხელმი-
უნვდომლობა). ცხადია, ეს გადაწყვეტილება არ არის სამართლიანი, მაგრამ მისი მიღების
აუცილებლობას განაპირობებს ქმედუნარიანი სამოქალაქო ბრუნვის ინტერესები. აქვე მინ-
და ხაზგასმით აღვნიშნო, სამართლებრივი უსაფრთხოება, როგორც ფასეულობა, იმიტომაა პრი-
ორიტეტული, რომ უფლებრივი წესრიგი, საერთოდ, უფლებათა დაცვა ეჭვის ქვეშ დადგება, თუ
იგი არ იქნება გარანტირებული. გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს არა-
ერთხელ უთქვამს, რომ სამართლიანობა მეორე პლანზე ინაცვლებს სამართლებრივ უსაფ-
რთხოებასთან დაპირისპირებისას. მახსენდება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს
გადაწყვეტილება სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის იმ ნორმის კონსტიტუციურობის თაობაზე,
რომელიც ახალადმოჩენილი გარემოებების მოტივით დაუშვებლად მიიჩნევდა სარჩელის განსა-
ხილველად მიღებას, თუკი სასამართლოს გადაწყვეტილების მიღებიდან გასული იქნებოდა 5 წე-
ლი. საკონსტიტუციო სასამართლომ ეს ნორმა კონსტიტუციურად ჩათვალა სამართლებრივ
უსაფრთხოებაზე მითითებით.³¹ მან მიუღებლად მიიჩნია პროცესის უკვდავება და სამოქალაქო
ბრუნვაში საეჭვო უფლებების არსებობა. შეიძლება კანონმდებლის ასეთი გადაწყვეტილება უსა-
მართლოა, მაგრამ სამართლებრივი უსაფრთხოების პოზიციიდან გამართლებული. შეუძლებე-
ლია, სამართლებრივად სწორი გადაწყვეტილება იმავდროულად ყოველთვის იყოს სამარ-
თლიანი.**

³¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2003 წლის 30 აპრილის №1/3/161 გადაწყვეტილება: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2003, თბ., 2004, 109-116.

Evolution of the Right of Ownership under the Legislation of Georgia

1. The Right of Ownership under the Civil Code of Georgia

While elaborating the Civil Code of Georgia, there were no serious debates regarding where to place the right of ownership. We chose the traditional system, according to which, the Law of Things represents the second book of the Code and is followed by the Law of Obligations as the third book. In spite of the great influence of German Law, the fact that the Law of Obligations was supposed to follow the Law of Things, was not doubted even by German experts. The foregoing position had a rudimentary reasoning. In particular, it was deemed logical to first provide static regulation of tangible property, and then their perception in dynamics, motion. As a rule, the first is done within the scope of Law of Things, and the second - within the scope of Law of Obligations. Shortly, we deemed that the core interest of the given law was to understand the value (legal good) that is formed (exists) within the frames of absolute relations, and afterwards - the value that exists within the frames of concrete, relative relations. As stated by Professor Rolf Knieper, placing the right of ownership in the leading position of the system, underlined the fundamental importance of this institute for the civil society; it indicated strong orientation of the social order.¹ Apparently, the original approach of the German Civil Code should be explained by the fact that **every legal good reveals its true character in motion (dynamic)**. That is why it was deemed that the property rights represent the outcome or the development of obligations. This is supported by Hegel's famous quotation, according to which "the right of ownership is based upon obligations". Naturally, while constructing a legal system, it is important to determine which set of norms come first, however, it should also be considered that as more time passes, the tendency of consolidation of property and liability rights becomes more potent. In this process, sometimes the Law of things prevails and sometimes – the Law of Obligations. I will once again quote Prof. Rolf Knieper and stress that the Law of Obligations has an impact upon the Law of Things.²

2. Attitude towards the Forms of the Ownership

Among post-soviet countries, Georgia was one of the first countries that rejected the discriminatory, unequal ownership order, which was illustrated through division of ownership into forms. Accordingly, **at first, the Constitution of Georgia repudiated the forms of the ownership and then – the Civil Code of Georgia. It thus laid the foundation for a non-discriminatory order of ownership and acknowledge the unity of the concept of ownership, which is in itself based upon the unity of the order of ownership.**³ This approach was further reinforced by the fact that the Civil Code of Georgia recognized the equality of subjects participating in civil law relations. In particular, civil circulation no longer has a privileged entity, such as a state. According to Article 24 (4) of the Civil Code of Georgia, "state and local self-governing units participate in civil law relations in the same manner as legal entities under private law". A state no longer represents a subject having a special status in private legal relations.

¹ Рольф Книпер, Закон и история, перевод с немецкого Ногайбай З. М., Издательское объединение "Номос", Баден-Баден/Алматы, 2005, с. 205.

² Рольф Книпер, pp. 236-239.

³ Leisner, Walter, Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung, 1970-1996. Hrsg. Von Iosef Isensee. – Berlin: Dunker und Humboldt, 1996 (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 712), s. 85.

Attribution of a property to a certain subject only indicates to whom the mentioned property belongs. When we talk about the ownership of a state, commercial enterprise, by doing so, we are identifying or separating the subjects that hold the title and not differentiating the right of ownership into certain forms. Contextual regime established by the Civil Code of Georgia applies to all owners equally, obviously if a special legal act does not provide otherwise. However, as time passes, my perception regarding this issue changes. This, of course, does not essentially alter the approach recognized by the doctrine. What we have in mind is the so-called functional ownership, its management, and the impact of public interest upon it. In the first case, we are referring to the accumulation of powers deriving from the right of ownership in the hands of managers and superintendents, which, according to Richard Pipes's view, does not necessarily mean the constraint of owners by non-owners. In the second case, we are referring to the increased burden due to the public interest, which causes significant changes to the content of the owner's rights. I will stop here and address this topic separately later.

Now I would like to outline the Court's approach towards the forms of the right of ownership. Constitutional Court of Georgia reviewed the constitutionality of the amendments made to the Civil Procedure Code of Georgia, which prohibited the compulsory payment according to Court's decision for such property that was fully under state ownership, or the majority of shares were owned by the state. The Constitutional Court of Georgia considered this approach as the restoration of the forms of ownership and declared the disputed provision as unconstitutional.⁴ Also, there was a time when the Criminal Code of Georgia provided more severe punishment for the appropriation of state's property, than for the theft of private person's property.⁵ Constitutional Court of Romania found one of the provisions of the Criminal Code of Romania unconstitutional, which provided different punishments for the encroachments on the property of natural and legal persons.⁶

3. Transformation of the Right of Land Ownership

The issue of land ownership has been of particular interest to the legislature since the very first day after the establishment of a new ownership order. Initially the State tried to keep a tight rein on ownership and offered a variety of projects, some of which included the historical model of fragmented ownership right. In particular, the State would be the supreme owner, as it was once provided by the German law (Obereigentum), while private persons would be - subordinate owners (Untereigentum). Yet, these projects did not even reach the Parliament. **Georgia unconditionally recognized total (mass) privatization of land.** Citizens of Georgia obtained the right to ownership of the agricultural land. As for the foreign nationals, according to the Law of Georgia on "Agricultural Land Ownership" foreigners were forbidden to purchase property in Georgia, and in case of an inheritance of the property, they had to reject it by selling Georgian Citizens the aforementioned property within six months from the receipt of the inheritance. A Danish citizen – Heike Kronkvist raised the issue of constitutionality of the mentioned requirement of the Law on "Agricultural Land Ownership". Constitutional Court of Georgia took into account the essence of the fundamental right of ownership, according to which every individual has the right to ownership, annulled the controversial provision and considered foreign nationals to be subjects of the right of ownership.⁷ As a result, Georgia made an important step forward in the process of harmonizing Georgian legislation with the European. Georgia did not follow the steps of some of the post-Soviet countries that deprived foreign

⁴ Decision of the Constitutional Court of Georgia dated 28 July 2005, №1/4/184, 218. Constitutional Court of Georgia. Decisions, 2005, Tbilisi, 2006, pp. 98-108.

⁵ Besarion Zoidze, Constitutional control and order of values in Georgia, publishing house: German Technical Cooperation Community (GTZ), Tbilisi, 2007, pp. 122.

⁶ Ромул Петру Воника, *Защита права собственности в практике Конституционного Суда Румынии*, В сборнике: Роль конституционных судов об обеспечении права собственности, М., 2001, с. 58, 60.

⁷ Constitutional Court of Georgia, Decision of June 26, 2012 (№3/1/512). Constitutional Court of Georgia, Decisions, 2012, Batumi, 2014, pp. 61-98.

nationals the right to ownership through constitutional norms (by introducing such regulation in their respective constitutions). What would have happened, if the Constitution of Georgia envisaged a similar provision? To my opinion, two types of decisions would be expectable: the first possible decision would be the court ruling on dismissal of the claim, as the Constitution of Georgia does not provide for the constitutionality review of a constitutional norm. Such a decision would be caused by the formal essence of the law. The second decision, which is less probable, would set a precedent by acknowledging the norm in question to be incompatible with constitutional-legal values and declare it unconstitutional. Thus, we want to say that **it is impermissible for the Constitution to be a shelter for an unconstitutional provision. In this case, formal characteristics cannot overshadow contextual meaning.**

A few more words regarding the mentioned case. In particular, the case concerns the scope of the foreign owner's right. Obviously, foreigners' right to ownership could not establish by the Constitutional Court, since it is the prerogative of the legislature. The legislature is working on this issue. We believe that **in any case there will be a need for differentiated approach taking into account the subjects, location of the land, purpose and other features.**

Herewith, I would also like to point out that until 2012, i.e. until the landmark decision⁸ of the Constitutional Court of Georgia, foreign citizens, who did not live in Georgia, but who owned property in Georgia, could not address the Constitutional Court with the request to check the constitutionality of the law, which, to their mind, infringed their property rights. Nowadays they are entitled to this right, even though they do not participate in the formation of the legislative will, since they are deprived of certain political rights such as the right to vote.

4. Impact of the Ownership Order upon Relations Established beyond It

Nature of the right of ownership is dependent upon the ownership order; it is the immediate result of the mentioned order, as evidenced by the decisions of Constitutional Court. After adoption of the new Civil Code of Georgia, a new ownership order was established, which ensures the ownership rights as well as the institution of ownership.⁹ An important feature of this order is that it tries to enclose with the scope of positive law such unipositive ownership relations that are alienated from positive law. There are many cases when the existing reality obliges the legislator to legitimize relations established within this reality. In this case, the aim of the legislator is to put certain disordered relations into order and if necessary, regulate them with a special law. There were two approaches identified in Georgia with respect to this issue. In the first case, positive legal order that is alienated from citizens, pushes people to seek protection of their rights in the non-positive law. At this time, the new positive ownership order undertakes the obligation to regulate such relations. In the second case, property relations are alienated from positive law, as well as from non-positive law. In this case, alienated reality falls under the scope of legal regulation due to the will of the legislature. Here as well, **certain cases coerce the legislator to adjust the existing legislation to the alienated reality.** For instance, when the legislator legitimized ownership of real estate acquired unlawfully.

As an example of the first case, I would like to mention one of the provisions of the Law on the "Relations Derived from the Usage of Lodging", according to which purchase of a real estate through bypassing the law in the Soviet era was considered valid and thus defection of the nullified purchase agreement was improved. To put it another way, purchase made with the violation of the compulsory requirements was considered valid according to this law (for example, purchase of a real estate made in simple writing). Even though Constitutional Court of Georgia later found the mentioned provision unconstitutional, but we still believe that the provision in question was constitutional and aimed at incorporating them in the existing ownership order. It is noteworthy that the old ownership order made

⁸ Constitutional Court of Georgia, Decision of June 28, 2010 (№1/466). Constitutional Court of Georgia, Decisions, 2010, Batumi, 2011, pp. 6-40.

⁹ See, Lado Tchanturia, ownership of immovable property, second edition, Tbilisi, 2001, 111-112.

people to live in a legal reality that was separated from them. This is happening at a time when positive law includes the whole legislation, while it should only have one important place in a normative space. Thus, the thing that could not be considered as separated from law, was legally recognizes.

The second case concerns more acute situation. In particular, a citizen voluntarily and unrightfully possesses a state-owned land, uses it for a while, confirms the reality of the foregoing sequence of events with some evidence and becomes the owner. This takes place in front of another person, who is respectfully disposed towards the law and refrains from an illegal act unlike his/her fellow citizen. On the basis of the Law of Georgia on “Recognition of Property Rights of the Parcels of Land Possessed (Used) by Natural Persons and Legal Entities Under Private Law”, possession of property by such persons, including unrightful possession, transforms into the right of ownership. **What could have been the value that made the State consider unrightful possession as lawful ones, through recognizing their right to ownership?** The decision¹⁰ of the Constitutional Court of Georgia shows that the intent of the legislator was to simplify tax administration. We may say that, in this case, recognition of the right to ownership is not the aim of the legislator, but rather this is the matter of budgetary interest. It is true that legislator’s such a decision somewhat diminishes the incentive for people to act in accordance with law. However, at the same time, by acknowledging the right of ownership, the State pays a tribute to the lawlessness that has already acquired critically severe nature and if the State had timely eradicated its individual cases – we would not be facing this problem now. **Shortly, irresponsibility of State, as well as illegal actions of citizens (i.e. mutual irresponsibility) become the source of the mentioned right. By recognizing this right, relations contradictory to the ownership order are placed within this order.**

5. My Property i.e. Our Property (Extension-Narrowing of the Content of Ownership?)

Content of ownership, unlike its notion, changes with time and is dependent upon the political and economic situation in a country.¹¹ Content of the right of ownership was considered to fall within the scope of owner’s autonomous rights almost at all times. This is especially emphasized while making amendments to the legislation. Civil Code of Georgia does not betray this tradition and in Article 170 enumerates such rights of the owner as possession, usage and administration of property. Owner likewise has the right to exclude others from using the property. **Novelty of the legal definition is that the owner’s rights are established within the scope of legislative and contractual restraints. Shortly, in this case the emphasis is placed upon the substantial limitations of the ownership,** as the German Federal Constitutional Court indicated in its time. **Shortly, the normative content of the ownership includes both positions of the property - positive and negative.** At the beginning of the market economy the right of ownership was deemed sacred and the owner of the property exercised unlimited authority over his/her possession, while others merely represented subjects with negative obligations. Ownership that cannot not exist separately from social, public relations and interests, was isolated from the aforementioned and was placed at the same position as Robinson Crusoe. The only difference was that everyone else was supposed to respect the right to ownership, so that the property in question was used peacefully. Over time, attitude towards the content of ownership changed. **The myth that foregoing rights were sacred was shattered and gradually all those persons who were considered to be in confrontation with the owner, became subjects that could interfere in the content of property both passively and actively. Here we talk about the relation between property rights and public, social interests.** This was especially revealed in the case of a functional property. First of all, we refer to “commercial property”, in relation to which judicial precedents were also set by Georgian

¹⁰ Constitutional Court of Georgia, Decision of December 27, 2013 (№2/3/522, 553). Constitutional Court of Georgia, Decisions, 2013, Batumi, 2014, pp. 195-216.

¹¹ Tamar Zoidze, “The Concept and Content of the Right of Ownership”, Journal: review of private law, 2015, №1, p. 26.

courts. This issue may be addressed a little later. Shortly, **administration of the property in possession, i.e. the positive ownership, was affected by others' attitudes and interests. In a sense, individual property (my thing) became common property (our thing)**, yet there still remained a demarcation line, which could not be crossed. This is the requirement to maintain the essence of property, which is further strengthened by the Article 21 (2) of the Constitution of Georgia. We have not considered Constitutions of the post-Soviet Countries; however, even if these Constitutions contain no such provision, the mentioned principle still derives from the Constitution and is characteristic to the fundamental rights in general. What does it mean to maintain the essence? If we rely upon the figurative statement of Germany's Federal Constitutional Court, **ownership must be restricted so that its essence is maintained, ownership shall remain ownership and its content should not be damaged.** The Constitutional Court of Georgia has made some significant clarifications in this regard. Obviously I am not going to exhaust you by citing particular parts of relevant decisions, I shall only note that in this case German precedents were exemplary for us. **Thus, any law that establishes the content of the ownership, should be formulated in such a way that it does not damage the essence of ownership**¹². I shall anyway mention some of these precedents very briefly. There are two Court decisions, which were most influential upon some parts of the society. In particular, one of the decisions state that confiscation of property in lawful possession is constitutional, if this property is used for the commission of a crime.¹³ The second decision, on the other hand, states that forced redemption of shares by the majority shareholder, holding 95% of shares, from the minority shareholder, holding only 5% of shares, is constitutional.¹⁴ Infringement of the content of ownership i.e. its restriction, was said to be caused due to the public interest. It inculcates the owner with the idea that the essence of ownership might be affected by those, who have no direct connection with it. **Shortly, content of the ownership and correspondingly owner's rights do not expand but rather narrow down due to the idea that it is burdened with different obligations. The right to ownership also affects those who are not owners of the property in question and they are entitled to the benefits of this right**¹⁵. The owner cannot avoid these processes. We must not construe that if not these pressures/influences, the owner would be able to put the property to better, more profitable use. It is not like this. On the contrary, the property is more beneficial to the owner when such property relations are established that are balanced by interests of participating parties, and property rights of every person are fully revealed/perceived in these interests. In this case, the content of ownership represents the product of a specific environment, namely socio-economic relations. **As it is said, the notion of ownership remains unchanged, while its content is changeable. Therefore, owner's relation with a thing becomes affected by public interest i.e. interest of every third person**, and as Professor Rolf Knifer rightfully noticed, falls under the scope of personal relation.¹⁶ In other words, legal interest towards the concerned property is expanding and the outcast Robinson, who is burdened with public commitments, becomes a full member of the community, so that he is not blended in this society.

Now let's address the issue of active interference in the content of ownership. When the rights related to the ownership become the subject of interest for those, who are not the owners of the property in question, these cases are also considered as restrictions of the right of ownership. **The classic examples of these are the occasions when non-owners consider themselves in a similar position as the owners.** For

¹² Ulrich Battis, Zur Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetzgeber und Gerichte. Freiheit und Eigentum: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag / hrsg. Von Josef Insensee, Helmut Lecheler, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, S. 679.

¹³ Decision №1/2/384 of the Constitutional Court of Georgia dated 2 July 2007, Decisions of the Constitutional Court of Georgia, 2006-2007, Batumi, 2009, pp. 186-221.

¹⁴ Decision №2/1-370, 382, 390, 402, 405 of the Constitutional Court of Georgia dated 18 May 2007, Decisions of the Constitutional Court of Georgia, 2006-2007, Batumi, 2009, pp. 148-185.

¹⁵ Fritz Ossenbühl, Eigentumsschutz gegen Nutzungsbeschränkungen, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag / hrsg. von Josef Insensee, Helmut Lecheler, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, S. 691.

Рольф Книпер, с. 205-242.

¹⁶ Рольф Книпер, с. 205-242.

instance, rights of a lessee under a lease contract and a lessee under a rental contract. Rights of the non-owner with respect to the owner's property have become so broad and sacred, that we may even say that the right of ownership has in fact been fragmented. I will not address this issue here, but rather discuss it below in the scope of fundamental rights.

The obligation to use/administer the property is a characteristic phenomenon of the contemporary ownership order. This issue was given a particular attention by Professor Rolf Kniper. **One of the provisions of the Civil Code of Georgia, stating that the owner may decide not to use the property, should be deemed old-fashioned with respect to the functional ownership.** As Professor Rolf Kniper emphasized, compulsory licensing of non-property rights is a good example of the foregoing. Goal-oriented rationality is required within the context of intangible values. If the owner's actions are not sufficiently rational, his/her rights might be restricted and correspondingly, third parties will show up on the arena. The idea of making administration of the property compulsory by the definition of ownership was historically supported by many scientists. As Girke noted, the owner may not only be prohibited to use the property unrightfully, but also be obliged to possess the property within the socially defined scope¹⁷. The right not to use the property is often harmful to the society. **Usage of property is dictated by mind and is useful to the owner, as well as the whole society.**¹⁸ **We may say that the entire civil circulation revolves around the ownership; the interests of civil circulation constantly affect traditional state of property, such as the relationship between a subject and an object. The thing that at first glance does not rotate, is in fact in a rotational mode in terms of satisfying interests related to ownership values.** To our opinion, we have to agree with Professor Rolf Kniper, when he, on the basis of mentioned and some other evidences, concludes that the **property Law is gradually becoming the addition to the Law of Obligations; in other words, it is becoming more dynamic, than static.** Material property is highly affected by a powerful stream of cash economy and commodity flow. Industrial relations have long erased the borders that were provided by the definition of ownership under the Law of Things.¹⁹

6. Impact of the Constitutional Concept of Ownership on Its Notion under Private-Law

Constitutional concept of the fundamental right of ownership affects its notion under the Civil Law²⁰. The point is that the concept of the right of ownership is given a broader scope by the Constitution, than by private law. Accordingly, these influences are more visible in the private law, which of course are not made smoothly and sometimes are met with civil lawyers' resistance. What does it mean to expand the concept? Here we mean the broadening of the standards of protection for non-owners, in particular, protection of their right of possession with such norms of the Constitution that, as a rule, are used in order to protect fundamental right of ownership. Here we refer to the traditional property rights that are derived from the ownership (Superficies, Usufruct and others), as well as traditional obligatory rights. Civil lawyers practically have no critical attitude towards the first case. Protection of the right of superficies in the context of ownership should not be a problem, which is once again confirmed by the German Federal Constitutional Court's decision.²¹ As for Georgia, there practically are no similar precedents in our country. There was an effort to assess the right to use the property within the scope of Article 21 of the Constitution of Georgia, however both of the cases were finalized with court rulings - without hearing a case on the merits. One of the cases concerned constitutional-legal protection of the right of usufruct. The thing is that, the legislator enshrined one provision in the Law on the "State Budget of Georgia", according to which funds received by

¹⁷ Otto Depenheuer, *Zwischen Verfassung und Gesetz. Die rechtsstaatliche Struktur der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag / hrsg. von Josef Insensee, Helmut Lecheler*, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, S. 285-286.

¹⁸ Рольф Книпер, с. 223-224.

¹⁹ Рольф Книпер, с. 239.

²⁰ Eschenbach, Jürgen: *Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996.

²¹ Salome Kerashvili, *Constitutional protection of the possession and its impact upon the private law: predominantly based upon the German Constitutional Court's precedents*, in the collection: Constantine Korkelia (ed.), *Protection of human rights and legal reforms in Georgia*, Tbilisi, 2014, pp. 188-189.

the Academy of Sciences of Georgia, as a usufructuary for renting a building, were first transferred to the state budget and then distributed to the Academy of Sciences. The claimant discussed the right of the usufructuary in the context of ownership and demanded the abolition of the controversial provision. Unfortunately, the precedent was not set.

Important precedents were set regarding the foregoing issue in the German and European Court practices. **All of the abovementioned proves that efficient implementation of the right of ownership is only possible through its distribution among non-owners.** In this context, employer's and tenant's rights are both protected by the fundamental right of ownership. This would only be possible if there were signs of the right of ownership in the rights conferred upon these subjects. German Constitutional Court changed the existing precedent by its decision of 26 May 1993, according to which property rights of the lessee of a dwelling were not considered as ownership rights; in particular, in Court's view, constitutional protection of lessee's rights does not represent the independent legal position, but rather it strengthens lessee's contractual rights. Article 14 (1) of the Constitution of Georgia protects the lessor as the owner, while affecting protection of the lessee in terms of social binding of the ownership right.²²

Thus, the lessee is subjected to the constitutional protection, however, not under the scope of the ownership right, but rather as a result of the social limitations imposed upon the lessor i.e. the owner.

Later, the German Federal Constitutional Court set a totally different precedent and recognized the right to possess the dwelling conferred upon the lessee to be the right of ownership. The Court relied upon the special importance of a dwelling, a flat, its constitutional and legal protection, and determined that **the lessee's legal status equals to the legal position of the owner**, despite the fact that the right to administer the property, which is an imminent characteristics of the right of ownership, is limited for the lessee. In Court's view, it is not necessary for the protection of the fundamental right of ownership to also include the unlimited right to administer the property. Rights that derive from the ownership should be discussed in connection with this right, yet separately from it. By recognizing that the lessee's right to possession represents the fundamental right, the Court created the constitutional guarantee for the foregoing right and set a boundary for the legislator that could not be crossed.

Naturally, mentioned decision of the Constitutional Court was followed by civil lawyers' protest. According to their opinion, this decision entailed the mixing of values and ignoring those peculiarities that were essential for the separation of these values. In particular, in their view, this decision practically led to the recognition of the fragmentation of property rights, which is not familiar to the German ownership order; moreover, **conferring the right of ownership of one and the same thing upon both lessee and a lessor is dangerous for public order. The Court equated lessee's legal and obligatory position with the right of ownership of a particular thing.**²³

Obviously we are not going to discuss this matter thoroughly, we would just like to emphasize that the Federal Constitutional Court's decision echoes those precedents and common trends that can be observed with respect to the interrelations between ownership and non-ownership rights and in the sphere of impact of general fundamental rights upon private law. Of course, the lessee cannot be equated with the lessor in terms of rights conferred upon them, however even owner is not completely independent in this regard. Legal restrictions of ownership rights is a common phenomenon in contemporary law. I will once again refer to the Germany precedent, according to which the Constitutional Court of Germany ruled that a provision, restricting the owner to alter the purpose of a residential space, was in fact constitutional.²⁴

Now I would like to briefly mention Georgian court practice as well. Initial precedents of the Constitutional Court of Georgia are lacking high approval. Moreover, some of them even were severely criticized by constitutionalists. I am referring to the so-called "Purtskhvanidze Case". After one year since its establishment, namely in 1997, the Constitutional Court of Georgia recognized Article 154 of the "Housing

²² Salome Kerashvili, Constitutional protection of the possession and its impact upon the private law: predominantly based upon the German Constitutional Court's precedents, in the collection: Constantine Korkelia (ed.), Protection of human rights and legal reforms in Georgia, Tbilisi, 2014, pp. 176-177.

²³ Salome Kerashvili, Constitutional protection of the possession and its impact upon the private law: predominantly based upon the German Constitutional Court's precedents, in the collection: Constantine Korkelia (ed.), Protection of human rights and legal reforms in Georgia, Tbilisi, 2014, pp. 179-190.

²⁴ Jurgen Schwabe, Decisions of the German Federal Constitutional Court, Tbilisi, 2011, pp. 245-248.

Code” as unconstitutional, which empowered the tenant to demand extension of the tenancy agreement against the will of the landlord. Based on the definition provided by Article 21 of the Constitution of Georgia, the Court considered such provision to be violating the right of the landlord, i.e. owner of the property in question.²⁵ **While making a decision, the Court entirely focused upon the landlord and practically did not even address the tenant, i.e. the user in the context of Article 21 of the Constitution. The court did not take into account the function of the ownership that is necessary for the implementation of the social model, and in our opinion, made a decision by which it entirely excluded non-ownership rights from the scope of constitutional protection.** It did not use a single precedent from German practice. This was the period of childhood for the Constitutional Court and this clearly should not be surprising since we are talking about the country that escaped from the ties of the ownership.

7. Restriction of the Right of Ownership through Deprivation of Property

Now I would like to raise an issue of different approaches towards limitations on ownership rights. **Restrictions should be understood as limitations upon ownership rights in such a way that the property item remains in the possession of the owner, its essence is maintained and the content is not damaged.** But the question is, what happens when the property item is confiscated. According to the precedents of Constitutional and European Courts, it could take place not only through expropriation of property, but also by way of limitation. I would like to emphasize that the Constitutional Court of Georgia made two decisions, by which it qualified expropriation as the limitation of a right. **One of the decisions considered compulsory redemption of shares as constitutional,** according to which the majority shareholder had the right to coerce minority shareholder to make a contract.²⁶ The second decision considered confiscation of property in a rightful possession as constitutional, when the concerned property becomes an instrument of crime in owner’s hands.²⁷ In the latter case, the owner has no role in the causation of the incident. In both of the cases, the Court reaffirmed the limitation of a right.

The two abovementioned cases raise the following question: Does confiscation of property cause divarication of the definition of limitation? We believe that **by limiting ownership rights the legislator determines how the property should be used. In particular, the legislator defines the scope within which the owner should act, i.e. somewhat reduces the scope of action, so that it did not lead to the disappearance of property rights. Shortly, the legislator generally determines the scope of application of the concerned right.** That is why the Constitutional Court of Georgia indicated that the object of limitation of the ownership right is a certain type of property in general and not the specific property. For instance, not someone’s specific car, but all of the cars in general. **Accordingly, determining the scope within which to use the property, means to define the content of ownership in consideration of particular public interest. Determination of the content of ownership, whether the owner is confiscated the property or he/she retains it, would either way mean the determination of the scope of ownership right.** Let’s take the actions of a minority shareholder i.e. holder of only 5% of shares. He/she is obliged to use these stocks, which are an organic part of 100% of the share package, in a way that it conforms to the corporate (business) order. This is exactly the determination of the scope of ownership right upon these shares by the legislature. As soon as the 5% shareholder, being a part of a single corporate body, becomes an obstacle for the majority shareholders, the right to compulsory redemption emerges. **In this case, the legislature determines the scope of the ownership right of shares through determining how these shares are to be used. Property rights can only be maintained in the given scope. Compulsory redemption of shares is a result of the limitation of ownership right and does not represent a restriction itself.**

²⁵ Decisions of the Constitutional Court of Georgia (1996-1997), Tbilisi, 2002, Decision №1/51, pp. 83-87.

²⁶ Decision of the Constitutional Court of Georgia (№2/1-370, 382, 390) dated May 18, 2007, Decisions of the Constitutional Court of Georgia, 2006-2007, Batumi, 2009, pp. 148-185.

²⁷ Decision of the Constitutional Court of Georgia (№1/2/384) dated July 2, 2007, Decisions of the Constitutional Court of Georgia, 2006-2007, Batumi, 2009, pp. 186-221.

The question is, what happens when the rightful possessor is deprived of someone else's property²⁸. Here, as well, the legislator determines the scope within which the property should be used. In particular, the legislature prohibits the use of the property item for criminal purposes. Legislature is unconcerned about who uses the property illegally. In this particular case, it is used by the rightful possessor, but even if the owner had used it, outcome would be the same. Legislator thinks that if the threat towards the usage of property increases the probability of a certain outcome, then such property is to be removed from civil circulation. The essence of the ownership right does not disappear in this case either, because the essence of the given right is strongly dependent upon the motive behind the confiscation of property; i.e. the owner no longer possesses the property, but has retained the ownership right. **Although he/she is deprived of a particular property, but generally the right of ownership upon this category of property is retained within the scope of content defined by the legislation. Here as well, confiscation of property is caused by the determination of the scope of the ownership right. With respect to expropriation, confiscation of property does not mean that the scope of ownership right is determined.**

8. Transformation of Ownership Right into Obligation

As we have seen, positive state of the rights of ownership includes obligations towards third parties i.e. the whole society or individual social groups. In any case, the content of ownership should be collectivized so that the decisive power regarding this content remains in the hands of the owner. Shortly, it is necessary to draw a demarcation line. That issue will be discussed below. Now I would like to address the issue of transformation of rights into obligations. **This takes place when the benefit resulting from the possession of the property and the burden deriving from the imposed obligations are disproportionately related to each other. The legislature should impose such obligations upon the owner that are derived from the nature of the object of ownership; this should be done in such a way that the owner is able to bear the burden and the ownership rights are not alienated. In particular, transformation of a right into a duty should not take place.** This approach is particularly important with respect to the imposition of property tax liability. I recall one of the emperor's response to his officials in the past, when they offered him to impose higher taxes on its provinces. The emperor's response was the following: the sheep should be shaved, not flayed. On March 2, 1999, German Federal Constitutional Court made a decision relating to the protection of cultural monuments.²⁹ According to the Court, when the requirement to maintain the monument is related to the disproportionate, irrelevant burden for the owner, especially when this is necessary for the public interest, without gaining any personal benefit, then this person's legal position is close to the situation, when his/her possession no longer deserve to be called a possession. **The right was transformed into the obligation, i.e. the private interest was completely outweighed by the public interest.** Therefore, the Court concluded that prohibition to demolish a building in such situations is unjustified. If it is necessary to maintain the monument due to its nature and importance, then it must be done through confiscation.

Thus, exhaustion of the content of property is unacceptable in terms of the property order, whichever way it is done.

9 Durability of Bona-Fide Acquisition of Real Estate

The issue of property acquisition is a matter of serious discussion within Georgian scientific society. Obviously we are not going to discuss the details of this issue. I would like to raise the issue of legal security, in particular, the security of civil circulation. The case concerns the bona-fide acquisition of real esta-

²⁸ Giorgi Amiranashvili, Confiscation of the Object Used in a Criminal Act from Lawful Owner – Constitutional and International Standards, in: Konstantin Korkelia (Ed.), Protection of Human Rights: Achievements and Challenges, Collection of Articles, German Society for International Cooperation (GIZ), Tbilisi, 2012, pp. 7-37; Vladimer Khasia, The Problem of Confiscation of the Object and Instrument of a Criminal Act from the Innocent Owner, in: Konstantin Korkelia (Ed.), Protection of Human Rights: Achievements and Challenges, Collection of Articles, (GIZ), Tbilisi, 2012, pp. 169-90.

²⁹ Jurgen Schwabe, Decisions of the German Federal Constitutional Court, Tbilisi, 2011, pp. 277-284.

te³⁰. Articles 185 and 312 of the Civil Code of Georgia protect the bona-fide acquirer and consider the ownership of the acquired property as unchallenged. The acquirer shall not be deemed to be in good faith with respect to the acquisition only if he/she knew of the unlawful acquisition and not if he/she had suppositions about this fact. At this point, the Constitutional Court of Georgia discusses the constitutionality of the foregoing provisions and the public anticipates Court's decision with great interest. The Court has long been dedicating all its attention to this issue, which is also evidenced by the fact that initially the judicial panel took the matter into its hands, however, as it was convinced that solution of the case was not an easy matter due to its complexity and importance, the case was given to the plenum; hence, it is up to the plenum to make the final decision. Whatever decision is made by the Court, it deserves trust and respect.

The disputed provisions are explicitly protecting the interests of bona-fide acquirer. If we assess the interests of the former owner and the bona-fide acquirer and rule out such interest as the security of civil circulation, which is based upon the legitimate trust towards this circulation, then the assessment of the interests of the former owner and the bona-fide acquirer will most likely be the following:

Interests of the former owner are worthy of protection; he/she should receive the property back, since the transfer of ownership to a new acquirer took place against his/her will, and even possible as a result of a criminal act. There is a constitutional ground for the protection of former owner's rights. How would we feel, if at the end of our conference we found out that our property is registered in the name of a bona-fide acquirer according to the Public Register. Naturally, this fact would even be protested by those, who actively supported mentioned norms of the Code. Obviously, former owner will be right, if he/she demands the return of the property. But now let's take a look at the issue from the position of bona-fide acquirer. He/she trusted the records of the Public Register and had a legitimate basis for this. Article 312 (1) of the Civil Code of Georgia assures the new acquirer that the acquisition is final by stating that "a presumption of veracity and completeness shall operate with respect to the contents of the Public Register". What else could the new acquirer rely upon, if he/she had no knowledge of the inaccuracy of the records of Public Register? Naturally, his/her interest - to maintain the property, is completely logical and justified. Now let's imagine that we have purchased a real estate and likewise at the end of our conference, we learned that the purchase was unlawful, as the former owner's property was unlawfully registered under transferor's name. If the scale leaned to former owner's favor and our purchase was taken away, obviously we would not like such a decision and try to defend the bona-fide acquirer, regardless how eagerly we were supporting the named regulation. We would be right in this case. Finally we have come to the conclusion that both parties' requirements to maintain ownership upon real estate are lawful. But the question is, what happens if we return concerned property to its former owner, i.e. if we act fairly with relation to the former owner but unfairly with relation to the bona-fide acquirer? What will happen is that the bona-fide acquirer will be alienated from civil circulation, will lose trust towards this circulation and thus, will endanger the real estate market. Certain suspicious rights will emerge and thus, the principle of finality of the property acquisition will be violated. Therefore, security of civil circulation will be questioned, which as a boon, or the value, represents a basis for the existence of a trustworthy property. But what happens if the bona-fide purchase is final. Obviously, this way the interests of the acquirer will be protected and thus, the bona-fide purchasers will have a trust towards civil circulation. Accordingly, civil circulation in this regard will be secured, however, this does not mean that the interests of the former owner are beyond this security. They are as well part of this security and should be considered in this context. However, protection of the interests of the two parties is not equally reflected on the security of civil circulation. Where there is no will, there are less safeguards in place to ensure the security of the circulation. If there is the will of the acquirer, his/her security will be ensured through protection of this will. If there is the will of the former owner, he/she should be protection from the unlawful intent of those persons, whose actions have caused the former owner to lose his/her property right. The more safety mechanisms are in place, the less will be cases of neglecting former owner's will.

Thus, as it turns out there is a third value, which does not only concentrate upon the protection of the bona-fide acquirer. It is also related to the free actions of the seller of real estate, which is reflected in the

³⁰ Tamar Zarandia, Good Faith (bona fides) Purchase of the Real Property from Unauthorized Alienator in the Georgian Judicial Practice, Current Issues of Georgian Law, Tbilisi, 2014, pp. 59-79.

trustworthiness of the purchaser. Failing to ensure the safety of civil circulation will cause much more harm, than imposing the burden associated with this risk upon the former owner (referring to a lack of access to the property). Obviously, this decision is not fair, but it is necessary for the benefit of civil circulation. Herewith, I would like to emphasize that legal security as a value, is prioritized because otherwise, protection of rights in general would be questionable if this value was not guaranteed. German Federal Constitutional Court has repeatedly stated that justice is put on the back burner, when legal security is questioned. I recall one of the decisions of the Constitutional Court of Georgia - a decision concerning the constitutionality of one of the provisions of Civil Procedures Code of Georgia, which considered the claim based upon the newly discovered circumstances inadmissible, if five years or more had passed since the adoption of Court's decision upon this matter. The Constitutional Court considered this provision as constitutional due to the legal security³¹. It considered the never-ending process and existence of suspicious rights in civil circulation unacceptable. Legislature's such a decision might be unfair, but is justified from the perspective of legal security. It is impossible for the legally correct decision to always be fair.

*Translated from the Georgian by **Mariam Kobiashvili***

³¹ Decision of the Constitutional Court of Georgia №1/3/161 dated April 30, 2003, Decisions of the Constitutional Court of Georgia, 2003, Tbilisi, 2004, pp. 109-116.

Проблемы развития вещного права в современной России

1. Необходимость восстановления вещного права в российском гражданском праве

Появление категории вещных прав в европейском континентальном праве было вызвано необходимостью обеспечить экономически необходимое и юридически прочно защищенное *участие одних лиц в праве собственности других лиц* на находящиеся в их собственности земельные участки (недвижимые вещи). Созданная самой природой естественная ограниченность объектов земельной собственности в сочетании с монополией их частных собственников стала препятствием для экономического развития. Поэтому феодальная идея “разделенной”, или “расщепленной” собственности в XVIII - XIX веках благодаря трудам германских пандектистов (прежде всего, А.Ф.Ю. Тибо - А.Ф.Ж. Тибо) получила замену в виде теории ограниченных вещных прав. Объектами этих прав и стали земельные участки (а в других правопорядках - также иные недвижимые вещи).

В советское время земля была объявлена исключительной собственностью государства, а земельные участки стали объектами, полностью изъятыми из гражданского оборота. Это повлекло упразднение деления вещей на движимые и недвижимые (примечание к ст. 21 Гражданского кодекса 1922 г.), ибо главный вид недвижимости – земельные участки – был исключен из имущественного оборота. Сама категория вещных прав утратила практическое значение, поскольку объект ограниченных вещных прав в их классическом (пандектном) понимании составляют именно и только *земельные участки*. В ГК 1922 г. в качестве вещных прав, кроме права собственности, остались лишь право застройки и право залога. Право застройки было отменено в 1948 - 1949 г.г., а залог стал рассматриваться исключительно как способ обеспечения надлежащего исполнения обязательств, т.е. как институт обязательственного права. После этого ГК 1964 г. вообще упразднил категорию вещных прав.

Место вещного права заняло всеобъемлющее право собственности, которое в советском гражданском праве полностью заменило свойственное прежней пандектной системе вещное право. На этой основе возникла и укоренилась идея о многообразии “видов и форм собственности” и соответствующих им “разновидностях права собственности” (государственной, общественной, или “коллективной”, личной и “иных форм собственности”). К сожалению, политэкономическое положение о различных формах собственности до сих пор законодательно закреплено в п. 2 ст. 8 Конституции РФ и в п. 1 ст. 212 Гражданского кодекса РФ 1994 г., хотя теперь уже очевидно, что юридически существует лишь *одно право собственности*, одинаковое для всех субъектов.

С переходом к рыночной организации экономики неизбежно последовало восстановление права частной собственности на земельные участки и их рассмотрение в качестве основного вида недвижимости. Это с необходимостью повлекло *восстановление вещного права*, не сводящегося к праву собственности (ибо, как отмечал еще в начале прошлого века выдающийся российский цивилист И.А. Покровский, одним правом собственности “мог бы удовлетвориться только разве самый примитивный экономический быт”¹). Данный подход составляет одно из главных направлений осуществляемой в настоящее время реформы Гражданского кодекса РФ.

¹ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 207

2. Основные направления реформирования Раздела II ГК РФ (о вещном праве)

Категория вещных прав, в том числе ограниченных вещных прав на земельные участки, сначала была закреплена в российском Законе о собственности 1990 г. и в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. Указанные Основы 1991 г. восстановили и деление вещей на движимые и недвижимые. Впоследствии эти положения были закреплены в части первой ГК РФ 1994 г. Это было сделано не во всем последовательно и в полном соответствии с классическими представлениями об этом институте. Но важно, что при этом вновь была подтверждена неразрывная связь вещных прав с признанием частной собственности на землю и важнейшей для рыночного хозяйства категорией “недвижимость”.

Вместе с тем, отступления от некоторых классических подходов стали неизбежными в условиях, когда свыше 90% земельных ресурсов остаются в государственной и муниципальной собственности. Иначе говоря, в девяти случаях из десяти земельный участок принадлежит публичному собственнику, а находящееся на нем здание или сооружение - как правило, частному собственнику. При этом здания и сооружения в российском праве традиционно рассматриваются как вполне *самостоятельные объекты прав* – недвижимые вещи, особенность которых состоит в их “физической и юридической связи с землей” (п. 1 ст. 130 ГК РФ). Более того, ст. 552 и 553 ГК РФ в первоначальной редакции 1994 г. допускали раздельное отчуждение земельных участков и находящихся на них строений и сооружений. Тем самым исключалось действие классического принципа *superficies solo cedit*.

К тому же земельное законодательство было кардинально обновлено значительно позднее гражданского законодательства и почти в полном отрыве от него, а в новый Земельный кодекс 2001 г. были включены многочисленные нормы гражданско-правового характера. При этом посвященная вещным правам на землю гл. 17 ГК РФ при принятии его первой части в 1994 г. была “заморожена” законодателем и вступила в силу лишь в апреле 2001 г. Результатом стало появление ряда принципиальных *противоречий* между нормами ГК РФ и ЗК РФ. Так, Земельный кодекс не только не упоминает общую категорию ограниченных вещных прав на земельные участки, но и закрепляет попытку устранить эти права, сохраняя лишь право собственности и аренду, а также некоторые сервитуты. По мысли законодателя, это должно максимально *упростить* правовой режим землепользования, что не соответствует потребностям развитого имущественного оборота.

Последовательное движение по пути рыночных преобразований требует кардинального изменения данной ситуации и серьезного реформирования действующего Гражданского кодекса, в том числе его Раздела II, посвященного праву собственности и другим вещным правам, а также соответствующих изменений земельного законодательства. Основу для этого составляет Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, подготовленная рабочей группой Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в 2009 г.² Названная Концепция предусмотрела *три основных направления* реформирования раздела ГК РФ о вещном праве:

- 1) закрепление развернутой системы ограниченных вещных прав (включающей право застройки);
- 2) установление гражданско-правовой защиты фактического владения;
- 3) совершенствование вещно-правовых способов защиты вещных прав.

На этой базе указанной Концепции был разработан проект новой редакции Гражданского кодекса РФ, включающий новую редакцию его Раздела II. 3 апреля 2012 г. этот законопроект был внесен Президентом РФ в Государственную Думу РФ, которая приняла его в первом чтении 27 апреля 2012 г. Но после этого в соответствии с Постановлением Государственной Думы РФ от 16 ноября 2012 г. этот единый законопроект был разделен на 11 отдельных “блоков” (самостоятельных законопроектов), каждый из которых в дальнейшем должен был приниматься отдельно. К настоящему

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. - М.: Статут, 2009. Предварительно была разработана специальная Концепция развития законодательства о вещном праве (Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 4), основные положения которой были включены в общую концепцию.

времени приняты в качестве федеральных законов 8 таких “блоков”. Однако блок № 5, посвященный вещному праву, пока находится без движения.

3. Основные проблемы и споры по поводу новой редакции Раздела II ГК РФ

Причины столь значительного замедления рассмотрения Государственной Думой новой редакции Раздела II ГК РФ о вещном праве как объективные, так и субъективные.

С одной стороны, считается, что участники экономических отношений, прежде всего, предприниматели, приспособились к существующей ситуации и не видят серьезной необходимости ее кардинального изменения. В частности, их как будто бы вполне устраивает возможность заключения договоров аренды государственной земли под застройку, длительность которой новой редакцией Земельного кодекса (действующей с 1 марта 2015 г.) продлена до 49 лет. Вместе с тем, крупный российский бизнес испытывает опасения относительно дополнительных расходов на перерегистрацию прав пользования (в частности, новых сервитутов) земельными участками, находящимися под различными линейными объектами - нефте- и газопроводами, линиями связи и электропередач, железными дорогами и т.п. С учетом их большой протяженности такие расходы могут стать весьма значительными, а при их последующем включении в тарифы для потребителей негативно скажутся и на интересах населения.

С другой стороны, длительное отсутствие в российском праве вещного права и соответствующих ему теоретических исследований имело следствием отсутствие ясности и единства в понимании вещно-правовых институтов, что в свою очередь породило разноречивую трактовку юридической природы конкретных имущественных прав. В частности, в современной российской литературе и правоприменительной практике укоренилось представление о *вещном характере прав арендатора* чужой вещи, причем как недвижимой, так и движимой. Истоки этого взгляда находятся в гражданском законодательстве советского времени, которое закрепляло за арендатором право следования (ст. 169 ГК 1922 г.), а также возможность абсолютной (вещно-правовой) защиты своих прав против третьих лиц, включая собственника (с. 170 ГК 1922 г.). Тем самым арендным правам законом были приданы элементы вещного права. Такая усиленная защита прав арендатора в прежнем правопорядке объяснялась “огосударствлением” экономики, принадлежностью государству подавляющего большинства “основных средств производства”, использование которых частными лицами было возможно только на основе их аренды. Эти подходы сохранил и действующий ГК РФ 1994 г., а преобладание государственной (публично-правовой) собственности на объекты недвижимости содействовало консервации представлений об аренде как одном из главных институтов гражданского права, способных обеспечить потребности развивающегося малого и среднего бизнеса. Однако в условиях развития рыночного оборота, основой которого является частная собственность, преимущественная защита интересов пользователя-арендатора, а не собственника-арендодателя представляется странной. Вряд ли такое отношение к институту аренды сохранилось бы в условиях, когда в роли арендодателей выступали бы преимущественно частные собственники недвижимости, а не представляющие публичную власть чиновники.

Разумеется, наличие в обязательственном праве арендатора некоторых вещных элементов само по себе не превращает его в вещное, ибо в нем по-прежнему отсутствуют другие важные признаки вещного права, прежде всего - непосредственное господство над чужой вещью. Попытки признания вещными прав арендатора объясняются давно известной “борьбой между юридической логикой и интересами арендаторов, отражающейся на всех почти законодательствах, которые обыкновенно останавливаются в затруднении перед этим вопросом”³. Дело в том, что при смене арендодателя, т.е. при столкновении обязательственного права нанимателя с вещным правом нового собственника, юридическая логика требует исходить из прекращения арендных отношений: поскольку новый собственник (приобретатель арендованной вещи) не участвовал в арендном договоре, он не обязан совершать каких-либо действий, обеспечивающих арендатору “спокойное пользование” нанятым имуществом в продолжение действия договора (которое и характеризует существо прав арендатора). Однако, как отмечал еще известный дореволюционный российский цивилист Г.Ф. Шершеневич,

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 156.

“жизнь противится этому логическому заключению, опасаясь за интересы арендаторов и квартирантов, которые при таком последовательном проведении юридических начал могут быть во всякое время лишены крова и насиженного гнезда, земли, обработанной тщательным трудом”⁴.

Поэтому уже в дореволюционном проекте Гражданского уложения Российской империи был избран подход, представляющийся оптимальным: имущественный наем (аренда) не относился к институтам вещного права, и новый приобретатель отданной в наем *движимой вещи* был вправе требовать прекращения договора (а прежний собственник отвечал перед нанимателем за понесенные им убытки). Но при переходе права собственности на *недвижимую вещь* решение было иное: договор найма, внесенный в вотчинную (поземельную) книгу, становился обязательным для каждого нового приобретателя недвижимости, т.е. сохранял силу и при смене арендодателя.

По этому пути следуют и многие западноевропейские правовые порядки. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 1743 французского Code civil при перемене собственника-арендодателя арендные отношения сохраняются, если речь идет об имуществе, арендованном фермером, либо переданном в аренду по публично удостоверенному договору. Согласно § 566 (а также §§ 578 и 593b) действующей редакции германского BGB принцип “покупка не ломает найма” (Kauf bricht nicht Miete) распространяется только на наем жилых и нежилых помещений и земельных участков (т.е. недвижимых вещей), наниматели которых тем самым получают “квази-вещный статус”⁵. Однако при наличии “правомерного интереса” покупателя вещи (например, желающего использовать ее для собственных нужд) он вправе расторгнуть договор найма, заключенный на неопределенный срок (§ 573 BGB). На аналогичных в принципе позициях стоит и швейцарское право (§§ 261 и 290 Закона об обязательственном праве).

Оптимальность данного подхода очевидна и для современных российских условий, в которых наниматели “офисных” помещений (главным образом, представители мелкого и среднего бизнеса) испытывают опасения за судьбу своего дела при смене собственника здания и/или земельного участка. Именно этими соображениями в конечном счете объясняется позиция юристов, выступающих в поддержку вещной природы прав арендатора, а также споры по поводу восстановления вещного права застройки, которое в перспективе должно заменить аренду земельных участков, находящихся в публичной собственности, для целей строительства и последующего использования для предпринимательской деятельности.

Преимущества вещного права застройки в сравнении с долгосрочной арендой давно известны и очевидны. Прежде всего, право застройки в отличие от арендного права может быть предметом залога, что открывает возможность банковского кредитования строительства соответствующего объекта. При этом оформление права на созданное строение значительно упрощается (а по сути становится автоматическим). Длительный срок права застройки (до 99 лет с возможностью продления) допускает снос старого здания и возведение нового с учетом быстрого развития строительных и иных технологий. Наконец, по окончании действия права застройки его субъект вправе получить компенсацию за строение, переходящее в собственность собственника земельного участка (тогда как при прекращении права аренды земельного участка юридическая судьба возведенного на нем строения становится неопределенной и оно “повисает в воздухе”).

Вместе с тем, предлагаемый Концепцией развития гражданского законодательства РФ и проектом новой редакции раздела II ГК РФ отказ от вещных характеристик прав арендатора и введение традиционной системы ограниченных вещных прав вовсе не предполагают полного отказа от использования договоров аренды недвижимости в их сложившемся понимании. Речь идет о создании

⁴ См. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 156–157.

⁵ В германской правовой доктрине эту ситуацию иногда называют “овеществлением” (Verdinglichung) отношений найма (Medicus D. Schuldrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 9. Aufl. München, 1999. S. 115). Однако по меткому замечанию известного германского романиста и цивилиста А. Ваке, существуют ограниченные вещные права (beschränkte dingliche Rechte), но не существует “ограниченно вещных прав” (beschränkt dingliche Rechte), а поскольку субъективные права могут быть либо вещными, либо не вещными, наем (Miete) “все же не является вещным правом” (Wacke A. Zum numerus clausus der Sachenrechte als Begrenzung der Privatautonomie. Eine rechtsvergleichende Skizze // Liber amicorum Ján Lazar. Trnava, 2014. S. 745, 750). Следовательно, даже “усиленное обязательственное право” нанимателя недвижимости не становится вещным (Baur F., Baur J.F., Stürner R. Sachenrecht. 18. Aufl. München, 2009. S. 32).

возможности добровольного и осознанного *выбора* гражданско-правовых форм, юридически опосредующих использование чужих недвижимых вещей, включая использование частными лицами недвижимых вещей (земельных участков), находящихся в государственной (публичной) собственности.

Таким образом, современное развитие российского вещного права представляет собой известный *компромисс* между классическими постулатами и реальностью сформировавшегося законодательства и правоприменительной практики, изменение которых должно основываться не столько на теоретических представлениях, сколько на продуманных предложениях по решению конкретных жизненных задач. Очевидно, что сохраняющееся господство государственной собственности на землю при преобладании частной собственности на находящиеся на земле объекты (строения) неизбежно влечет определенное видоизменение классических вещных прав, рассчитанных на взаимоотношения землепользователей с частными, а не с публичными собственниками.

Изложенным объясняется важность кардинального обновления посвященного вещному праву раздела II ГК РФ. В ходе этой работы предстоит создать “полноценную систему ограниченных вещных прав, которая могла бы удовлетворить потребности участников гражданского оборота также в основном именно на вещном праве (максимально стабильным и защищенном) режиме пользования чужим имуществом”⁶. Разумеется, принятие этих мер предполагает одновременное существенное реформирование земельного и иного публично-правового законодательства, прежде всего Земельного, Градостроительного, Лесного кодексов. При этом введение в действие новых (или возрожденных) институтов вещного права может быть “растянуто” во времени на несколько лет с тем, чтобы они были продуманно использованы участниками имущественных отношений. Вместе с тем, реформа вещного права является *необходимым и назревшим шагом* на пути развития и совершенствования правового оформления рыночных преобразований.

⁶ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. С. 72.

Issues of Development of Rights in Rem in Contemporary Russia

1. The Need for Restoring Rights in Rem in the Russian Civil Law

The category of right *in rem* has appeared in the European continental law due to the need for ensuring economically essential and legally secured *participation of one person in another's right of ownership* to land (real estate). The natural boundaries of land plots coupled with the monopoly of private landowners were hindering economic development. Hence, the feudal idea of "separate" or "split" ownership was replaced in the 18th-19th centuries with the rights *in rem* theory, thanks to the works of German pandectists (notably, A.F.J. Thibaut). The rights *in rem* extended to land property (and other immovable items in other systems of law).

In Soviet times, land had the status of being the exclusive property of the state and was not subject to civil transactions. Due to this, property was no longer divided into movable and immovable (note to Article 21 of the Russian Federation Civil Code of 1922), because the main form of immovable property, land, was removed from civil transactions. The category of the right *in rem* became impractical as the object of this right in its classical (pandectist) meaning is constituted exclusively by *land*. Out of all rights *in rem*, apart from the ownership right, the Civil Code of 1922 retained only the right to build and the right of pledge. The right to build was abolished during 1948 - 1949, while the right of pledge was retained only as a means to ensure *bona fide* discharge of obligations, i.e., as an institution of the right *in personam*. The right *in rem* category was eventually abolished in the 1964 Civil Code.

The right *in rem*, based on the law of pandects, was replaced in the Soviet civil law with the universal right of ownership. This gave rise to the idea of diversity of "types and forms of property" and corresponding "categories of right of ownership" (state, public, "collective", personal, etc.). Unfortunately, a politico-economic provision on different forms of ownership is still in force in Article 8 (2) of the Russian Federation (hereafter 'RF') Constitution and Article 212 (1) of the RF Civil Code of 1994. However, it is already obvious that legally there is only *one right of ownership*, equal for all subjects.

The transition to market economy has inevitably led to the restoration of private ownership of land and its recognition as the main form of real estate, which in its turn resulted in the *restoration of the right in rem* not limited to the right of ownership (since the right of ownership alone "could satisfy only the most primitive economic environment", as outstanding Russian civil lawyer I.A. Pokrovskiy wrote in his book in the early 1990s¹). This approach forms the basis for one of the principal directions of the current reform of the RF Civil Code.

2. Principal Directions of the Reform of Section II of the RF Civil Code ("On the Right in Rem")

The category of right *in rem*, including limited right *in rem* to land property, initially was introduced in the RF Ownership Act of 1990, and Fundamental Principles of Civil Legislation of the USSR and the Republics of 1991. The Fundamental Principles restored the classification of property into movable and immovable. The provisions were later included in Part 1 of the RF Civil Code of 1994. Although it could have been done with

¹ See: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 207).

greater consistency and compliance with classical concepts of this institution, the most important aspect was that it confirmed the linkage between the right *in rem* and recognition of private ownership of land and such a crucial category for market economy as “real estate”.

At the same time, deviations from the classical approach were inevitable, given that over 90% of land resources remained in state and municipal ownership. In other words, one in every ten land plots belongs to a public owner, while an individual or individuals normally own buildings and structures located in this plot. It should be noted in this regard that Russian law traditionally views buildings and structures as *independent objects of rights* – immovable property with specific “physical and juridical connection with land” (Article 130 (1), the RF Civil Code). Furthermore, Articles 552 and 553 of the Civil Code in the original wording of 1994 allowed for separate alienation of land plots and buildings located in that plots, thus ruling out operation of the classical principle of *superficies solo cedit*.

Besides, the land legislation was significantly updated much later than the civil legislation and in full isolation from it, while the new Land Code of 2001 included numerous civil law standards. In addition to the above, the legislators “shelved” Chapter 17 of the Civil Code pertaining to the right *in rem* over land while endorsing the first part of the Code in 1994. The chapter came into effect only in April 2001. This caused a number of crucial *inconsistencies* between the provisions of the Civil Code and the Land Code. Thus, the Land Code not only omits the general category of limited rights *in rem* over land property, but also supports the attempt to cancel these rights, retaining only the right of ownership and the lease, as well as certain servitudes. The legislators believe that this should maximally *simplify* the land use regime, which contradicts the requirements of developed civil transactions.

A steady progress of market reforms requires the introduction of profound changes in the current Civil Code, including Section II on the right of ownership and other rights *in rem*, and in the corresponding land legislation. The Concept of Development of Civil Legislation of the Russian Federation makes the basis for the changes. The Concept was prepared by the Working Group of the Council for Civil Law Codification and Improvement under the RF President in 2009.² The document provides for *three main directions* of amending the right *in rem* section of the Civil Code:

- 1) establishment of a broad system of limited rights *in rem* (including the right to build);
- 2) provision of civil remedies of effective ownership; and
- 3) enhancement of proprietary remedies of the rights *in rem*.

A new version of the RF Civil Code, including the new wording of Section II, has been drafted on the basis of the above Concept. On 3 April 2012, the President of RF submitted the draft Civil Code to the State Duma, which passed it with the first reading on 27 April 2012. Yet, following the State Duma’s Resolution of 16 November 2012, the draft law was divided into 11 “blocks” (separate bills). Each “block” was to be implemented independently. By now, eight “blocks” have been adopted into federal laws, while block # 5, dedicated to the right *in rem*, still remains shelved.

3. Main Issues and Debates over the New Version of Section II of the RF Civil Code

The long delay in the consideration of the new version of Section II of the RF Civil Code by the State Duma has both subjective and objective reasons.

On the one hand, it is assumed that participants to economic relations, first of all businesspersons, have been adjusted to the current situation and see no need for changing it. In particular, the businesspersons are said to be glad to have an opportunity to sign building lease agreements with terms

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. – М.: Статут, 2009. (The Concept of Development of Civil Legislation in the Russian Federation). A special Concept of Development of Legislation on the Right in Rem was prepared before the general Concept. The basic provisions of the preliminary Concept were later included in the general Concept (Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 4).

extended to 49 years in the new version of the Land Code (effective from 1 March 2015). At the same time, big Russian businesspersons are concerned with extra costs related to re-registration of the right to use (specifically, new servitudes) the land plots occupied by different infrastructure facilities, i.e., oil and gas pipelines, power lines, railways, etc. Taking into account the considerable area of such plots, the extra costs may be heavy enough for leaseholders and for consumers if included in domestic tariffs.

On the other hand, the long absence of the right *in rem* in the Russian civil law and the lack of corresponding theoretical research have resulted in the lack of a uniform understanding and clarity over proprietary institutions, which in its turn has led to inconsistent interpretations of the legal nature of specific rights *in rem*. In particular, the modern Russian legal literature and case law support the concept of *proprietary nature of leaser's rights* to another's movable and immovable property. The concept originates from the Soviet civil legislation that stipulated for the leaser's resale royalty right (Article 169 of the Civil Code, 1922), as well as the possibility of absolute protection of leaser's rights against third persons, including the owner (Article 170 of the Civil Code, 1922). Thus, the law assigned elements of the right *in rem* to the leasehold rights. The strong protection of leaser's rights was explained by the "socialization" of economy, state ownership of a majority of "durable means of production" that were accessible for individuals only on lease. The approach was maintained in the 1994 RF Civil Code, while prevalence of state (public) ownership of real property propelled the perception of lease as one of the main civil law institutions able to satisfy the demands of developing small and medium-sized businesses. Yet, the prevailing protection of rights of the leaser (user) instead of rights of the lessor (owner) appears rather strange in the conditions of developing market activity based on private property. Such an attitude to leasehold could hardly persist in the situation where private owners and not the state leased real estate.

Of course, the presence of some elements of the right *in rem* in the leaser's right *in personam* does not turn the latter into the right *in rem*, as it still lacks other important elements of this right, first of all leaser's immediate power over another's property. The attempts to attach proprietary character to the leaser's rights can be explained by the well-known "struggle between juridical logic and interests of leasers, present almost in any legislation"³. The point is that in case of change of a lessor, when the leaser's right *in personam* conflicts with the new owner's right *in rem*, juridical logic requires the termination of lease relations. Since the new owner (the acquirer of the leased property) is not a party to the lease agreement, he/she is not obliged to do anything to ensure "quiet enjoyment" of the leased property by the leaser pursuant to the agreement (which is representative of the leaser's rights). However, known Czarist-era civil lawyer G.F. Shershnevich justly noted that "life opposes this logical conclusion", since excessively strict adherence to these juridical principles may cause leasers and tenants to lose their homes and lands they worked so hard⁴. Therefore, the drafters of the Civil Code of the Russian Empire chose an approach that seemed to be the most reasonable, namely, property lease was not referred to the right *in rem* and the new acquirer of a leased *movable property* could claim termination of the lease agreement (while the former owner was responsible to the leaser for the incurred losses). However, when it came to ownership of *immovable property*, a different option was applied; the lease agreement, included in the cadastre, was mandatory for each new acquirer of immovable property, i.e., remained in force in case of change of the lessor.

Many systems of law in Western Europe follow this model. Thus, Article 1743 (1) of the Civil Code of France states that "where a lessor sells a thing leased, the purchaser may not evict the agricultural tenant, sharecropper or tenant who has an authentic lease or one whose date is undisputable". Under §566 (also §§ 578 and 593b) of the current German Civil Code (BGB), "purchase does not break a lease" principle (*Kauf bricht nicht Miete*) extends only to the lease of immovable property, thus giving the leasers "*quasi in rem* status"⁵. However, if the buyer of a thing has "legal interest" (for instance, wants to use it for personal

³ See: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. vol. 2. М., 2005. p. 156.

⁴ See: Шершеневич Г.Ф. *ibid.* pp. 156-157.

⁵ In the German legal doctrine, this situation is sometimes called materialization (*Verdinglichung*) of lease relations (*Medicus D. Schuldrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 9. Aufl. München, 1999. S. 115*). Yet, as justly noted by famous German novelist and civil lawyer A. Wacke, there are "limited proprietary rights" (*beschränkte dingliche Rechte*), but there are no "partially proprietary rights" (*beschränkt dingliche Rechte*), and since subjective rights are either proprietary or non-proprietary, lease (*Miete*) "is still the right in rem" (Wacke A. *Zum numerus clausus der Sachenrechte als Begrenzung der Privatautonomie. Eine rechtsvergleichende Skizze // Liber amicorum Ján Lazar.*

needs), he/she is entitled to cancel the open-ended lease agreement (§ 573 BGB). Swiss law is based on similar principles (§§ 261 and 290 of the Law on Right *in Personam*).

In the current situation, this approach is obviously optimal for Russia, where small and medium-sized businesspersons, leasing “office” premises, are concerned about the future of their businesses every time the owners of the building and/or lands they lease are changed. This is why lawyers support the proprietary nature of leaser’s rights, and this is the reason for the debates over restoration of the proprietary right to build that should further replace the lease of publicly owned land for building and business purposes.

Advantages of the proprietary right to build over the long-term lease are known and apparent. Unlike the lease, the right to build can be subject of pledge, which opens the opportunities for lending to construction of corresponding buildings. Besides, registration of right to the constructed building will be considerably simplified (become automatic). The long term of the right to build (up to 99 years with extension option) allows for the demolition of an old building and construction of a new one with modern building technologies. Finally, upon termination of the right to build, the subject of the right can claim compensation for the building, passing in ownership of the landowner (while upon termination of the land lease, the legal fate of the building becomes unclear, leaving it “hanging in midair”).

At the same time, renunciation of the proprietary nature of the leaser’s rights and introduction of a traditional system of limited rights *in rem*, stipulated by the Concept of Development of Civil Legislation of the RF and the new draft version of Section II of the RF Civil Code, do not imply complete rejection of the estate lease agreement in its usual sense. They present an opportunity for making a free and informed *choice* of civil law forms, legalizing the use of another’s property, including the use of publicly owned immovable property (land) by individuals.

Consequently, in modern Russian civil law, the right *in rem* is a kind of a *compromise* between the old classical concepts and reality of the current legislation and the case law. Changes in the case law and legislation should be based on well-thought solutions of specific crucial tasks rather than on theoretical concepts. It is evident that the persisting prevalence of state ownership of land with predominating private ownership of buildings located on this land leads to certain alteration of the classical right *in rem* pertaining to relations of land tenants with private and not public owners.

All the above mentioned proves the importance of updating Section II of the RF Civil Law dedicated to the right *in rem*. The process should involve the creation of “an efficient system of limited rights *in rem* that would satisfy the need of the parties to civil transactions (that are also mainly based on the right *in rem*) for maximally stable and safe arrangements for using another’s property”⁶. These measures certainly require simultaneous reform of Land, Urban Planning and Forest Codes of the Russian Federation. However, enactment of new (or restored) institutions of the right *in rem* may be “protracted” for several years to allow the parties to civil transactions use them smartly. At the same time, reform of the right *in rem* is a *necessary* and *timely* step towards the development and improvement of the legal framework of market reforms.

At the same time, renunciation of the proprietary nature of the leaser’s rights and introduction of a traditional system of limited rights *in rem*, stipulated by the Concept of Development of Civil Legislation of the RF and the new draft version of Section II of the RF Civil Code, do not imply complete rejection of the estate lease agreement in its usual sense. They present an opportunity for making a free and informed *choice* of civil law forms, legalizing the use of another’s property, including the use of publicly-owned immovable property (land) by individuals.

Consequently, in the modern Russian civil law the right *in rem* is a kind of a *compromise* between the old classical concepts and reality of the current legislation and the case law. Changes in the case law and legislation should be based on well-thought solutions of specific crucial tasks rather than on theoretical concepts. It is evident that the persisting prevalence of state ownership of land with predominating private ownership of buildings located on this land leads to certain alteration of the classical right *in rem* pertaining to relations of land tenants with private and not public owners.

Trnava, 2014. S. 745, 750). Consequently, even “enhanced right in personam” of real estate lessee does not become the right in rem (Baur F., Baur J.F., Stürner R. Sachenrecht. 18. Aufl. München, 2009. S. 32).

⁶ The Concept of Development of Civil Legislation in the Russian Federation, p. 72.

All the above mentioned proves importance of updating Section II of the RF Civil Law dedicated to the right *in rem*. The process should involve creation of “an efficient system of limited rights *in rem* that would satisfy the need of the parties to civil transactions (that are also mainly based on the right *in rem*) for maximally stable and safe arrangements for using another’s property”⁷. These measures certainly require simultaneous reform of Land, Urban Planning and Forest Codes of the Russian Federation. However, enactment of new (or restored) institutions of the right *in rem* may be “protracted” for several years to allow the parties to civil transactions use them smartly. At the same time, reform of the right *in rem* is a *necessary* and *timely* step towards the development and improvement of the legal framework of market reforms.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

⁷ The Concept of Development of Civil Legislation in the Russian Federation, p. 72.

Право собственности Украины: состояние, проблемы, перспективы

Категория собственности занимает особое место в общественном сознании и в целом в общественной жизни. Как явление многоаспектное, собственность была и остается предметом обстоятельных исторических, философских, экономических и правовых исследований и, вполне естественно, научных дискуссий, острота которых со временем не снижается.

Вместе с тем, не вызывает сомнений положение о том, что только в государстве, в котором неприкосновенность собственности не только декларируется, но и гарантирована, гражданину может быть обеспечено свободное развитие личности, благополучие и покой.

Государство обязано обеспечить такой правопорядок путём создания эффективного нормативно-правового регулирования, в том числе (а может быть – в первую очередь) гражданско-правового, отношений собственности.

Оценка современного состояния украинского законодательства о собственности будет далеко не полной и не до конца объективной без учета исторического прошлого, существенно отразившегося на регламентации отношений собственности в советский период.

Монополия государственной собственности, истребление в своей основе любых проявлений частной собственности, замена её личной собственностью, которая по своей природе и характеру рассматривалась в качестве производной от социалистической и несла на себе массу ограничений для гражданина – собственника – вот основные характеристики правового режима собственности в СССР.

Все это привело к тому, что, как в Украине и в целом в СССР, перестройка и трансформация имущественных отношений начались именно с реформы отношений собственности. В таком контексте принятый 7.02.1991 г. Закон Украины «О собственности», безусловно, можно рассматривать первым и очень важным шагом на пути восстановления (а точнее – реанимации) института собственности, в целом, и института частной собственности, в том числе.

Закон о собственности закрепил основополагающие начала права собственности в Украине и определил достаточно широкие полномочия собственника, в частности, возможность осуществлять в отношении принадлежащего ему имущества любые не противоречащие закону действия, в том числе использовать имущество для осуществления хозяйственной деятельности, не запрещенной законом, право передавать его бесплатно или за оплату во владение или пользование иных лиц и т.п. Также законом государству запрещалось непосредственно вмешиваться в хозяйственную деятельность субъектов права собственности.

Были сняты практически все ограничения, ранее установленные для реализации права личной собственности граждан.

На политическом уровне принятая в 1996 г. Конституция Украины, закрепила право гражданина на собственность как важный атрибут правового государства и демократического общества. Вместе с тем, оценивая глубину и полноту конституционного закрепления института собственности, можно констатировать, что далеко не все основополагающие принципы права собственности получили непосредственное закрепление именно в конституционных нормах.

Основную «нагрузку» по регулированию отношений собственности в Украине принял на себя Гражданский кодекс Украины, введённый в действие с 1.01.2004 года.

Частная собственность рассматривается как имущественный фундамент гражданского общества и с этих позиций осуществляется регламентация отношений собственности в ГК Украины.

Книга третья ГК Украины именуется «Право собственности и иные вещные права» и содержит нормы, относящиеся к праву собственности как наиболее полному праву лица, которое он может иметь на имущество, так и к иным вещным правам: владения, сервитутам, эмпфитевзису, суперфицию.

Таким образом, в ГК Украины закреплен достаточно широкий подход к регулированию вещных прав. Хотя следует отметить, что далеко не все новеллы как структурного, так и содержательного характера, предложенные разработчиками проекта ГК, были восприняты украинским законодателем, что сделало в этой части ГК более консервативным. Вместе с тем основные положения, закрепленные в Книге третьей ГК Украины, сформировали основу для установления рыночных начал в экономике.

Право собственности опосредует отношение лица к вещи как своей. Механизм реализации права собственности заключается в осуществлении собственником принадлежащих ему полномочий: владения, пользования и распоряжения своим имуществом, при этом исключается любое влияние третьих лиц на это имущество помимо воли собственника. В этом проявляется абсолютный характер права собственности. «Ограничителем» в осуществлении собственником его правомочий относительно принадлежащего ему имущества рассматривается только закон. Собственник вправе по своему усмотрению осуществлять в отношении своего имущества любые действия, не противоречащие закону и не нарушающие прав и охраняемых законом интересов иных лиц. Следует отметить, что в соответствии с Конституцией Украины использование собственности не должно причинять вреда правам, свободам и достоинству граждан, интересам общества, ухудшать экологическую ситуацию и природные (естественные) качества земли.

Кроме субъектов гражданских правоотношений, закрепленных в ст. 2 ГК Украины (физические лица, юридические лица, государство Украина, Автономная Республика Крым, территориальные общины, иностранные государства, иные субъекты публичного права), субъектом права собственности признаётся также Украинский народ.

В соответствии со ст. 324 ГК Украины земля, её недра, атмосферный воздух, водные и иные природные ресурсы, находящиеся в пределах территории Украины, природные ресурсы её континентального шельфа, исключительной (морской) экономической зоны являются объектами права собственности Украинского народа. От имени Украинского народа, права собственника осуществляют органы государственной власти и органы местного самоуправления в пределах, установленных Конституцией Украины. Каждый гражданин вправе пользоваться природными объектами права собственности Украинского народа в соответствии с законом.

Разработчики проекта ГК Украины отказались от использования категории «форма собственности», не имеющей правового содержания, поскольку в вопросах реализации прав, исполнении обязанностей, защиты и восстановлении нарушенных прав не устанавливается каких-либо отличий в зависимости от формы собственности. По этой же причине в ГК отсутствует понятие «коллективная собственность», поскольку коллектив - это совокупность физических лиц, между которыми могут возникать отношения общей долевой или совместной собственности, однако коллектив не является субъектом права собственности. Различные коллективные образования (предпринимательские общества, кооперативы и т.п.) являются, в субъектном отношении, юридическими лицами и в таком качестве рассматриваются собственниками закрепленного за ними имущества.

Достаточно сложно в украинском законодательстве регламентируется право государственной и муниципальной собственности.

ГК Украины «избегает» использования понятий «право оперативного управления» и «право полного хозяйственного ведения» (или «хозяйственного ведения»). В разделе II (подраздел II) «Юридические лица» также отсутствует понятие «унитарное предприятие».

Пытаясь кардинально решить вопрос о том, что участники гражданского оборота могут быть полноценными субъектами гражданско-правовых отношений только при условии, если они являются собственниками закрепленного за ними имущества, разработчики проекта ГК исходили из того, что предприятие – это имущественный комплекс, т.е. объект права собственности, собственником которого выступает определенное юридическое лицо (хозяйственное общество, кооператив и т.п.).

Что касается механизма управления объектами государственной собственности, то этот вопрос был выведен за пределы ГК как акта частного права.

Вместе с тем, в связи с одновременным принятием в Украине Гражданского и Хозяйственного кодексов, не согласованных между собой, реализовать эти идеи не удалось.

Все архаичные юридические конструкции «перекочевали» в Хозяйственный кодекс Украины и «укоренились» там: предприятие как субъект хозяйствования, особая организационная форма юридического лица; право оперативного управления как основное имущественное правомочие казенного предприятия, право хозяйственного ведения.

В сентябре 2006 г. был принят Закон Украины «Об управлении объектами государственной собственности», в котором достаточно детально урегулированы основные вопросы, относящиеся к институту права государственной собственности. В качестве субъектов управления рассматриваются Кабинет Министров Украины; Фонд государственного имущества Украины; министерства и иные органы исполнительной власти; органы, осуществляющие управление государственным имуществом в соответствии с полномочиями, определенными отдельными законами; государственные хозяйственные объединения, государственные холдинговые компании, иные государственные хозяйственные организации, Национальная академия наук Украины и отраслевые академии наук, а также юридические и физические лица, выполняющие функции по управлению корпоративными правами, принадлежащими государству (ст. 4 Закона). Достаточно детально регламентированы полномочия каждого из названных субъектов, установлены особенности управления и ограничения по распоряжению государственными корпоративными правами.

В частности, запрещается передавать государственные корпоративные права хозяйственным обществам для формирования их уставных фондов, за исключением случаев передачи этих прав в уставные фонды государственных акционерных обществ и государственных холдинговых компаний (ч. 1 ст. 11).

Если корпоративные права государства составляют 100% в уставном фонде хозяйственной организации, функции по управлению такими правами осуществляются непосредственно, без созыва собрания акционеров, Кабинетом Министров Украины, Фондом госимущества Украины, уполномоченными органами управления (ч. 4 ст. 11 Закона).

В целом, на Кабинет Министров Украины возложены основные функции по координации управления объектами государственной собственности, организации контроля за их эффективным использованием, определению перечня объектов государственной собственности, имеющих стратегическое значение для экономики и безопасности государства и другие наиболее важные функции (ст. 5 Закона).

Министерства и другие уполномоченные органы управления принимают решения о создании, реорганизации и ликвидации предприятий, учреждений и организаций, основанных на государственной собственности, утверждают их уставы (положения), осуществляют контроль за их выполнением, ведут учёт объектов государственной собственности, находящихся в их управлении, обеспечивают контроль за эффективным использованием и сохранностью этих объектов, осуществляют в соответствии с законодательством управление казенными предприятиями, осуществляют другие функции, предусмотренные ст. 6 Закона.

На Фонд государственного имущества Украины возложены функции арендодателя целостных имущественных комплексов государственных предприятий, организаций, их структурных подразделений, обеспечения контроля за использованием арендованного государственного имущества, выполнением условий договоров аренды. Также Фонд госимущества уполномочен выступать учредителем хозяйственных организаций, в уставный фонд которых передается государственное имущество, обеспечивать защиту имущественных прав государства на территории Украины и в пределах своих полномочий – за рубежом на основании заключенных международных договоров (ст. 7 Закона).

Анализируя содержание Закона Украины «Об управлении объектами государственной собственности», можно констатировать, что он, прежде всего, преследует цель распределения функций по управлению государственным имуществом между различными органами государственной исполнительной власти, определяя меру их вмешательства во владение, пользование и распоряжение этим имуществом теми юридическими лицами, за которыми оно закреплено либо на праве хозяйственного ведения, либо оперативного управления.

Эти полномочия, как уже отмечалось, регулируются в Украине Хозяйственным кодексом Украины, в частности разделом III «Имущественная основа хозяйствования».

В соответствии со **ст. 133 ХК Украины** основу правового режима имущества субъектов хозяйствования составляют право собственности и иные вещные права – право хозяйственного ведения и право оперативного управления.

В этой же статье упоминается, что хозяйственная деятельность может также осуществляться на основании иных вещных прав (владения, права пользования и т.п.), предусмотренных Гражданским кодексом Украины.

Ст. 136 ХК Украины «Право хозяйственного ведения» предусматривает, что это право рассматривается как вещное право субъекта предпринимательства, владеющего, пользующегося и распоряжающегося имуществом, закрепленным за ним собственником (уполномоченным им органом), с ограничением правомочия распоряжения относительно отдельных видов имущества по согласию с собственником в случаях, предусмотренных как ХК, так и другими законами.

Право оперативного управления в соответствии со **ст. 137 ХК Украины** – это также вещное право, которым обладает субъект хозяйствования, владеющий, пользующийся и распоряжающийся имуществом, закрепленным за ним собственником (уполномоченным им органом) для осуществления некоммерческой хозяйственной деятельности, в пределах, установленных ХК, другими законами и собственником имущества (уполномоченным им органом).

Имущество на праве хозяйственного ведения закрепляется за государственным коммерческим предприятием (ст. 74 ХК Украины) и за коммунальным коммерческим предприятием (ст. 78 ХК Украины), на праве оперативного управления – за казенными предприятиями (ст. 76 ХК Украины).

Если же государственное имущество вносится в уставный фонд хозяйственного общества, в том числе и в тех случаях, когда государственное имущество составляет 100% уставного фонда, право собственности на это имущество принадлежит самому обществу, государство же управляет принадлежащими ему корпоративными правами.

В этой связи обратим внимание на одну особенность ГК Украины.

Как уже подчеркивалось, концепция института юридических лиц предполагала в течение переходного периода постепенное «вытеснение» из оборота таких юридических лиц как предприятие. Именно по этим соображениям предполагалось, что юридические лица, использующие государственную собственность для ведения предпринимательской (хозяйственной) деятельности, будут функционировать как хозяйственные общества, т.е. как юридические лица частного права, создаваемые и управляемые по правилам, установленным ГК.

Наряду с юридическими лицами частного права существуют юридические лица публичного права, создаваемые распорядительными актами Президента Украины, органами государственной власти или местного самоуправления для осуществления, прежде всего, публичных функций. Порядок создания и правовой статус юридических лиц публичного права определяется Конституцией Украины и специальными законами.

Что касается участия юридических лиц публичного права в гражданских правоотношениях, то на эти правоотношения (права, обязанности, ответственность участников и др.) распространяются положения ГК Украины (ст. 82 ГК).

Принимая во внимание, что основным критерием разграничения юридических лиц частного и публичного права определен порядок их создания, сложилась довольно странная ситуация.

Если государство создаёт предприятие и закрепляет за ним имущество на праве хозяйственного ведения (государственное коммерческое предприятие) или на праве оперативного управления (казенное предприятие), то эти предприятия рассматриваются как юридические лица публичного права.

Если же государство вносит имущество в уставный фонд хозяйственного общества, оно приобретает корпоративные права этого хозяйственного общества, которое является юридическим лицом частного права, даже если 100% уставного фонда сформированы из государственного имущества. Именно такой подход относительно правовых форм участия государства в имущественных отношениях закреплен в ст. 167 ГК Украины.

Характеризуя в целом структуру и содержание **Книги третьей ГК Украины**, следует отметить, что она вполне традиционна:

Раздел I посвящен праву собственности и содержит, кроме общих положений о праве собственности, положения, относящиеся к приобретению и прекращению права собственности, регламентации права общей собственности (долевой и совместной), защите права собственности. В отдельных главах урегулированы вопросы права собственности на землю (земельный участок) и права собственности на жилище.

В разделе II «Вещные права на чужое имущество» предусмотрены общие положения о вещных правах на чужое имущество, а также урегулированы отдельные вопросы владения чужим имуществом, пользования чужим имуществом, права использования чужого земельного участка для сельскохозяйственных нужд (эμφитевзис) и для застройки (суперфиций).

Вместе с тем, по нашему мнению, следует остановиться еще на одной особенности Книги Третьей ГК Украины.

Как уже отмечалось, в ГК не употребляется (не используется) категория «форма собственности» или «вид собственности» как относящиеся к экономическим характеристикам этого явления.

Как и в других постсоветских государствах в период формирования нового гражданского законодательства, в Украине обсуждался вопрос о возможности и целесообразности рецепции института доверительной собственности. Не останавливаясь на этом детально (проблема самостоятельная и заслуживающая отдельного рассмотрения), отметим, что украинское гражданское право концептуально сохранило традиционную ориентацию на подходы континентального гражданского права.

Однако под давлением заинтересованных банковских кругов в июне 2003 года в принятый и еще не введенный в действие ГК Украины были внесены «точечные изменения»: ст. 316 ГК, которой открывается Книга Третья, была дополнена частью 2 следующего содержания:

«Особым видом права собственности является право доверительной собственности, возникающее в силу закона или договора управления имуществом».

Каких-либо иных дополнений или изменений в положения, регулирующие отношения собственности, внесено не было.

Таким образом, в ГК Украины появилась весьма «экзотическая категория» доверительной собственности, никоим образом не регламентируемая нормами кодекса.

Правда, этим же законом были внесены изменения в главу 70 ГК Украины «Управление имуществом».

В частности, ст. 1029 ГК была дополнена ч. 2, предусматривающей, что договор управления имуществом может удостоверить возникновение у управителя права доверительной собственности на полученное в управление имущество.

Имущество, приобретенное управителем в результате управления имуществом, входит в состав полученного в управление имущества (ч. 4 ст. 1030 ГК). Были также значительно расширены полномочия управителя. Управитель действует без доверенности. Если это предусмотрено договором об управлении имуществом, которым управитель владеет, пользуется и распоряжается, то его полномочия определяются этим договором и законом. Вместе с тем заключение договора об управлении имуществом не приводит к переходу к управителю права собственности на управляемое имущество, Выгодоприобретателем по договору об управлении имуществом является его учредитель.

Таким образом, даже беглое ознакомление с положениями прямо или косвенно связанными с введением в ГК Украины категории доверительной собственности, свидетельствует о том, что каких-либо принципиальных изменений в регулировании отношений собственности не произошло. Кроме того, конструкция доверительной собственности так и не получила какого-либо практического применения за пределами того «проекта», ради которого была внедрена в Гражданский кодекс: при осуществлении финансирования жилищного строительства через учреждение специальных фондов.

С момента введения в действие Гражданского кодекса Украины прошло более 11 лет. Произошли изменения в организации экономических отношений, сформировалась определенная судебная практика, особо рельефно высветившая многие проблемы и узкие места в регулировании отношений собственности. Все это дает основания для поиска более эффективных механизмов правового регулирования имущественных отношений в целом, и, прежде всего, вещных отношений как основу имущественного оборота.

Natalia Kuznetsova

Doctor of Laws, Professor of the Civil Law Chair of
Taras Shevchenko National University of
Kyiv Academician of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine,
Kiev / Ukraine

Ownership Right in Ukraine: Status, Problems, Prospects

Property category holds a special place in public perception and public life in general. As a multi-aspect phenomenon, property is a subject of comprehensive historical, philosophic, economic and legal research and scientific discussion that remain their intensive over time.

At the same time, it is uncontroversial that only a state that not only declares, but guarantees inviolability of ownership, can ensure personal development, prosperity and calm of its citizens.

It is a duty of the state to enable such a legal order by creating an effective regulatory framework, including (or perhaps prioritizing) civil aspects of property relations.

Assessment of the current status of Ukrainian property law would be incomplete and nonobjective without regard to historical background that significantly influenced regulation of property relations in the soviet period.

The main characteristics of property law in the Soviet Union included: monopoly of state ownership, uprooting of private ownership and its substitution with personal ownership that was perceived as derivative of socialist ownership and implied a host of restrictions for a citizen proprietor.

As a result, rearrangement and transformation of property relations in Ukraine and in the Soviet Union in general started from the reform of ownership relations. In this context, the Law of Ukraine "On Ownership" dated February 7, 1991, can be regarded as the first and very important step towards restoration (or, to be more exact, revival) of the concept of ownership in general, including private ownership.

The Ownership Law established the fundamental principles of the ownership right in Ukraine and outlined rather broad rights of the owner, specifically, the right to perform any legal actions related to owner's property, including the right to use property for legal economic activity, the right to transfer property to third persons either free of charge or for a consideration, etc. The law also prohibited government intervention in the economic activity of the subjects of the ownership right.

The law lifted almost all previous restrictions related to the exercise of personal ownership rights of citizens.

At the political level, the ownership rights of citizens were enshrined in the Constitution of Ukraine dated 1996 as an important attribute of a constitutional state and democratic society. At the same time, evaluation of the degree of constitutional entrenchment of the concept of ownership finds that not all fundamental principles of the ownership right have been set forth directly in the constitutional provisions.

The Civil Code of Ukraine dated by January 1, 2004, shouldered the main "burden" of regulating ownership relations in Ukraine, applying the concept that private ownership is the property basis of civil society.

Book Three of the Civil Code of Ukraine, titled "Ownership Right and Other Rights *in Rem*", contains norms related to the ownership right as the most complete right that a person can have to property, as well as to other rights in rem, including the rights of possession, easement, emphyteusis, and superficies.

Consequently, the Civil Code of Ukraine contains a broadside approach to regulation of rights *in rem*. But not all structure- and content-related narratives, offered by the Civil Code drafters, were accepted by Ukrainian legislators, which made the Civil Code more conservative in this part. At the same time, the fundamental provisions of Book Three of the Civil Code formed the basis for market relations in the national economy.

The ownership right conditions a person's attitude to property as his/her own. The mechanism of exercising the ownership right consists in exercising the owner's capacities, i.e. possession, use and disposal of his/her property, excluding any influence of third persons on this property against the owner's will. This confirms the absolute nature of the ownership right. Law is the only factor restricting the exercise of owner's rights to his/her property. The owner can at his/her own discretion take any actions in relation to his/her property, provided they are in line with law and legally protected rights and interests of other persons. This

concept is set forth in the Constitution of Ukraine, stating that the use of property shall not cause harm to the rights, freedoms and dignity of citizens or to public interests, or aggravate the ecological situation and natural qualities of land.

Alongside with the subjects of civil law relations, set forth in Article 2 of the Civil Code of Ukraine (“natural persons, legal entities, the State of Ukraine, the Autonomous Republic of Crimea, territorial communities, foreign states and other subjects of the public law”), the people of Ukraine is also recognized as the subject of the ownership right.

According to Article 324 of the Civil Code of Ukraine, “earth, its mineral resources, atmospheric air, water and other natural resources located within the boundaries of Ukraine, natural resources of its continental shelf, exclusive (marine) economic zone, shall be the objects of the ownership right of Ukrainian people. Bodies of the statepower and local governments shall be delegated the ownership right on behalf of the State within the limits established by the Constitution of Ukraine. Every citizen shall have the right to use the natural objects of the ownership right of Ukrainian people pursuant to the law”.

Civil Code drafters abstained from using “form of ownership” category lacking the legal substance, since there is no difference depending on the form of ownership in the issues related to the exercise of rights, performance of duties, protection and restoration of violated rights. For the same reason, the Civil Code does not utilize the notion of “communal ownership”, because a community, consisting of a group of natural persons who may be in co-ownership or joint ownership relations, it is not a subject of the ownership right. Different collective entities (business entities, cooperatives, etc.) are legal persons and as such are considered as owners of property assigned to them.

The Ukrainian legislation formulates the rights of state and municipal ownership in a rather complicated manner.

The Civil Code of Ukraine “evades” the notions of “right of operational management” and “right of full economic management” (or “economic management”). Section II (Subsection 2) also lacks the notion of “unitary enterprise”.

While seeking a comprehensive solution to the issue that parties to civil transactions can be full-fledged subjects of civil law relations only if they are owners of property assigned to them, the Civil Code drafters assumed that an enterprise is an asset complex, i.e. an object of the ownership right, owned by a legal person (a business entity, a cooperative, etc.).

As regards the mechanism of management of state-owned assets, the issue was taken out of the scope of the Civil Code as a private law document.

At the same time, the parallel adoption of nonconforming Civil and Economic Codes in Ukraine prevented these ideas from being put into practice.

All archaic legal wordings “moved” to the Economic Code of Ukraine and “took root” there. These are: enterprise as an economic entity, a special organizational form of a legal person; right of operational management as the main right *in rem* of a public enterprise, right of economic management.

Law of Ukraine “On Management of State-Owned Assets” dated by September 2006 specifies in detail the key aspects of the right of state ownership. According to Article 4 of the Law, legal entities responsible for managing state assets are: the Cabinet of Ministers of Ukraine, the State Property Fund of Ukraine, ministries and other executive bodies, bodies that are engaged in management of state property according to powers identified by specific laws, state-owned business associations, state-owned holding companies and other state-owned business organizations, legal entities and private individuals, performing functions related to managing corporate rights of the State, the National Academy of Sciences of Ukraine and sectoral academies of sciences (Article 4). The law clearly outlines powers of each of the above entities, sets specific aspects of management and restrictions related to management of corporate rights of the State.

Namely, corporate rights of the State cannot be transferred to business associations for the purpose of forming their authorized capital, except for the transfer of the rights to statutory funds of state-owned joint stock companies and state-owned holding companies (Article 11, part 1).

When corporate rights of the State constitute 100 percent in the authorized capital of the relevant business organization, the functions related to managing corporate rights of the State shall be fulfilled directly by the Cabinet of Ministers of Ukraine, the State Property Fund of Ukraine and authorized management bodies. No stakeholders’ meeting shall be called in this case. (Article 11, part 4).

On the whole, the Cabinet of Ministers performs the key functions, including coordination of management of state-owned facilities, organization of monitoring of their effective use, making a list of state-

owned facilities having strategic importance for national economy and security and other important functions (Article 5).

Ministries and other executive bodies make decisions on establishment, reorganization and liquidation of enterprises, agencies and organizations, based on state-owned assets, confirm their charters (regulations) and monitor their compliance, keep record of the state assets managed by them, ensure control of effective use and integrity of the assets, manage state enterprises in compliance with the law, fulfill other functions envisaged by Article 6 of the Law.

The State Property Fund of Ukraine is a lessor of integral property complexes of state-owned enterprises, organizations, and their structural subdivision. The Fund ensures monitoring of the use of leased state assets and compliance with the lease terms. It is also authorized to establish business entities with authorized capitals comprising state assets, to ensure protection of property rights of the state in Ukraine and abroad within the scope of its powers and international agreements (Article 7).

Analysis of the Law of Ukraine "On Management of State-Owned Assets" shows that the law first of all aims at distributing state asset management functions among different executive bodies while determining the degree of their interference in possession, use and disposal of this property by persons to whom it is assigned either on the basis of the right of economic management or operative management.

As mentioned above, these functions are regulated by the Economic Code of Ukraine, in particular by Section III "Property Basis of Economic Activity".

According to **Article 133 of the Economic Code of Ukraine**, legal status of property of economic entities shall be based on the ownership right and other rights *in rem* - right of economic management and right of operational management".

The same article states that economic activity can be carried out on the basis of other rights *in rem* (right of possession, right of use etc.) stipulated by the Civil Code of Ukraine.

According to **Article 136 of the Economic Code**, economic management right is the right *in rem* of an economic entity that possesses, uses and disposes of property assigned to it by the owner (body authorized by the owner) with some restriction on managing certain types of property as agreed with the owner in cases stipulated by the Economic Code and other laws.

Article 137 of the Economic Code of Ukraine states that operative management right shall be the right *in rem* of an economic entity possessing, using and disposing of property assigned to it by the owner (body authorized by the owner) for carrying out non-profit economic activities within the limits established by this Code and other laws, as well as by property owner (body authorized by the owner).

Property shall be assigned to a statecommercial enterprise and a municipal unitary enterprise on the basis of the right of economic management (Articles 74 and 78 of the Economic Code respectively) and to a public enterprise - on the basis of the right of operative management (Article 76).

But if state assets make part of a business entity's authorized capital, including instances when state assets constitute 100 percent of the authorized capital, ownership right to these assets shall belong to the entity, while the state shall manage its corporate rights.

One peculiarity of the Civil Code of Ukraine should be highlighted in this connection.

As mentioned above, the concept of legal entities in the transition period envisaged gradual "removal from circulation" of such legal entities as enterprises. The concept suggested that legal entities using state assets for their commercial (economic) activity would function as economic entities, i.e. legal entities of private law, established and managed by rules set forth in the Civil Code.

Alongside with legal entities of private law there are legal entities of public law, established by central and local authorities pursuant to executive orders of the President of Ukraine, first of all, for performance of public functions. The procedure for establishment and legal status of legal entities of public law are determined by the Constitution of Ukraine and corresponding laws.

As regards participation of legal entities of public law in civil law relations, Article 82 of the Civil Code of Ukraine states that these relations (rights, responsibilities of participants, etc.) shall be subject to the provisions of the Code.

The fact that the main distinction between legal entities of private and public law is the procedure for their establishment has led to a rather curious situation.

If the state establishes an enterprise and assigns property to it on the basis of the right of economic management (state commercial enterprise) or operative management (public enterprise), such an enterprise shall be considered as a legal entity of public law.

But if the state introduces its assets in the authorized capital of a business entity, it acquires corporate rights of this entity, which is a legal entity of public law, even if 100% of its authorized capital are constituted by state assets. This approach to legal forms of state participation in property relations is set forth in Article 167 of the Civil Code of Ukraine.

Book Three of the Civil Code of Ukraine has quite traditional structure and content:

Section I is dedicated to the ownership right. Alongside with general provisions on the ownership right, the section contains provisions pertaining to acquisition and termination of the ownership right, regulates joint ownership rights (shared and joint ownership), and protection of the ownership right. Separate chapters cover the issues of land and home ownership.

Section II “Right *in Rem* to Another’s Property” contains general provisions on rights *in rem* to property of other persons and regulates certain rights to another’s property, including the rights of possession and use (easement) of another’s property, as well as the right of using another’s land for agricultural purposes (emphyteusis) and for building (superficies).

Now it would be reasonable to elaborate on another specific feature of the Book Three.

As mentioned above, the Civil Law does not use the category of “form of ownership” or “type of ownership” as related to economic aspects of this phenomenon.

In Ukraine, like in other post-soviet states, the possibility and advisability of reception of trust ownership concept was discussed in the period of forming of new civil legislation. Without elaborating on this issue in detail (as it deserves a fuller explanation), it is noteworthy that Ukrainian civil law has conceptually maintained its traditional orientation at the continental civil law approaches.

However, in 2003, under pressure of interested banking circles, selective amendments were introduced into the Civil Code of Ukraine before it came into effect. Thus, part 2 was added to Article 316 opening Book Three and reading that trust ownership is a specific type of the ownership right, arising by virtue of law or a property management agreement.

No other amendments or addenda were introduced in any provisions regulating ownership relations.

Thus, a rather “exotic category” of trust ownership, not regulated by provisions of the Civil Code, was formulated in the Code.

The same law introduced amendments to Article 70 of the Civil Code titled “Property Management”.

In particular, Article 1029 was supplemented with part 2, stating that a property management agreement may prove accrual by the manager of trust ownership right to respective property placed under his/her management. Property acquired by the manager as a result of management shall make part of property placed under his/her management (Article 1030, Part 4). Manager’s powers have also been significantly enlarged. The manager acts without the power of attorney. If so stipulated by the property management agreement, powers of the manager, who possesses, uses and disposes of property, are determined by the property management agreement and the law. At the same time, entry into the property management agreement does not lead to the transfer of ownership of property placed under management to the manager. The founder is the beneficiary party under the property management agreement.

Thus, even cursory examination of provisions directly or indirectly related to the introduction of trust ownership category in the Civil Code of Ukraine shows that no significant changes have been made in terms of regulation of ownership relations. Besides, the trust ownership scheme has not been ever applied in practice outside the scope of the “project” for which it was introduced in the Civil Code: financing of housing through the establishment of special funds.

More than eleven years have passed since the adoption of the Civil Code of Ukraine. Changes have taken place in terms of arrangement of economic relations, a case law has been formed highlighting many challenges and gaps in regulation of ownership relations. All this gives a reason to seek more effective mechanisms for legal regulation of property relations in general and relations *in rem* relations in particular as the basis of civil transactions.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

**მომხმარებლის (მესაკუთრის) სამართლებრივი დაცვა
ლიბერალიზაციისა და დერეგულაციის შედეგებისგან.
გამოცდილების გაზიარება სლოვაკეთის მაგალითზე.¹**

პატივცემულო ქალბატონებო და ბატონებო,

განსაკუთრებული პატივია ჩემთვის, რომ მე სლოვაკეთის წარმომადგენლის სახით შემიძლია, მონაწილეობა მივიღო ამ კონფერენციაში.

2008 წლიდან ვმუშაობ მეცნიერ-ასისტენტად ტრნავის იურიდიული უნივერსიტეტის სამოქალაქო და სავაჭრო სამართლის კათედრაზე. ფაკულტეტზე ვასწავლი და ვენევი სამეცნიერო-კვლევით საქმიანობას, ძირითადად, სამოქალაქო სამართლის სფეროში, პირველ ყოვლისა, მომხმარებელთა დაცვისა და საოჯახო სამართლის მიმართულებით; ჩემი სამეცნიერო საქმიანობის პარალელურად ვმუშაობ ექსპერტად სლოვაკეთის რესპუბლიკის იუსტიციის სამინისტროში სამოქალაქო სამართლისა და მომხმარებელთა უფლებების დაცვის საკანონმდებლო განყოფილებაში. ვინაიდან მე და ჩემი კოლეგები² იუსტიციის სამინისტროში ვაკვირდებით საზოგადოებრივ-ეკონომიკური და სამართლებრივ-პოლიტიკური სიტუაციის განვითარებას, მინდა შევეხებო **მომხმარებლის (მესაკუთრის) სამართლებრივ დაცვას ლიბერალიზაციისა და დერეგულაციის შედეგებისგან.**

მაგრამ, სანამ კონკრეტულ სამართლებრივ ინსტიტუტსა თუ სამართლებრივ პრობლემას შევეხებოდე, შევეცდები, მოკლედ ავხსნა ის საზოგადოებრივ-ეკონომიკური და პოლიტიკური ძვრები, რომლებიც მოხდა 1989 წლის ნოემბერში ჩეხოსლოვაკიაში.

ასოცირების ხელშეკრულების რატიფიკაცია: სლოვაკეთის კერძო სამართლის ევროპეიზაცია

განხორციელდა მთელი სამართლებრივი წესრიგის ძირეული რეფორმა. მაშინ კერძო სამართლის სფეროში მოქმედი რეგულაციები გამოუსადეგარი იყო არა მარტო შინაარსობრივი, არამედ, აგრეთვე, კონცეპტუალური, საკანონმდებლო და სისტემური თვალსაზრისითაც. ამ სიტუაციაში კანონმდებელმა რეფორმის პირველი ფაზისათვის აირჩია ნაწილობრივი – ცალკეული ცვლილებების მეთოდი, რომელიც სპეციალური კანონების ფორმით უნდა განხორციელებულიყო, რათა საბაზრო ეკონომიკასა და პლურალისტურ დემოკრატიაში დაბრუნება შესაბამისობაში მოეყვანა ელემენტარულ სამართლებრივ წინამძღვრებთან,³ ამის კვალობაზე ყურადღება მიექცია **საკუთრების უფლების** ახლებურად დარეგულირებისა და, ასევე, **ხელშეკრულების თავი-**

¹ სტატია გამოქვეყნებულია APVV (Slovak Research and Development Agency) №APVV-14-0061 სააგენტოს პროექტში: „Die Erweiterung des sozialen Funktion des slowakischen Privatrecht bei der Anwendung von Grundsätzen des Europäischen Recht“ („სლოვაკეთის კერძო სამართლის სოციალური ფუნქციის გაფართოება ევროპული სამართლის პრინციპების გამოყენებისას“).

² პირველ რიგში, მინდა დავასახელო ბატონი დოქტორი მილან ბუდჯაკი, სახელშეკრულებო პირობების ბოროტად გამოყენებისა და მართლსაწინააღმდეგო გარიგებების კონტროლის იუსტიციის სამინისტროსთან არსებული კომისიის თავმჯდომარე (Komisia na posudzovanie podmienok v spotrebitel'ských zmluvách a nekalých obchodných praktík).

³ Lazar, J. Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts (სლოვაკეთის კერძო სამართლის განვითარების შესახებ), კრებული: „Zeitschrift für europäisches Privatrecht“, №3, 2013 წელი, 801.

სუფლების განახლებისათვის (კერძო ავტონომია). სლოვაკეთის კერძო სამართლის ევროპეიზაციის პროცესი ადრევე დაიწყო, სლოვაკეთის შესვლამდე ევროპულ კავშირში.⁴ სლოვაკეთმა მოახდინა ევროპულ თანამეგობრობასთან ასოცირების ხელშეკრულების რატიფიცირება (დღეს: ევროპული კავშირი – EU). ეს ამოქმედდა 1995 წლის 1 იანვრიდან.

როგორც მაშინ, სლოვაკეთის წინაშე მრავალი სამართლებრივი ამოცანა და რეფორმა იდგა, და საქართველოს წინაშეც წარმოიშობა მრავალრიცხოვანი მოვალეობა ასოცირების ხელშეკრულების რატიფიცირების (2014 წლის ივნისი) შედეგად. ასოცირების შეთანხმება ითხოვს, რომ განხორციელდეს რეფორმასთან დაკავშირებული 300 მოთხოვნა, რომლებიც გზას გაკვალავენ ევროკავშირთან უფრო ღრმა და ფართომოცულობითი თავისუფალი სავაჭრო ზონისაკენ.⁵ ასოცირების ხელშეკრულება მოიცავს, სხვათა შორის, პოლიტიკურ რეფორმებსაც, რათა გაძლიერდეს დემოკრატია და სამართლებრივი სახელმწიფოებრიობა, ასევე პირველ რიგში, გატარდეს ღონისძიებები ვაჭრობის, საბაჟო მომსახურების, კონკურენციის, ენერგეტიკისა და გარემოსა და კლიმატის დაცვის სფეროებში.

კერძო ავტონომიის გამოყენება: სამართლებრივი გარემო ლიბერალიზაციისა და დერეგულაციის ეტაპებისათვის

სლოვაკეთში ასოცირების შეთანხმების რატიფიცირებამ და, დარწმუნებული ვარ, ეს საქართველოს შემთხვევაშიც ასე იქნება და არა სხვაგვარად, დაგვაფლდებულა, გაგვეტარებინა ღონისძიებები, პირველ ყოვლისა, ვაჭრობის, საბაჟო, საგადასახადო და კონკურენციის⁶ სამართლის სფეროებში სტანდარტებთან ჰარმონიზაციის მიზნით. ამასთან დაკავშირებული იყო ბაზრებზე ლიბერალიზაციისა და დერეგულაციის ნაბიჯების გადადგმა.⁷ „გარდაქმნამდე“ რეგულირებულმა ბაზრებმა და სახელმწიფოს ჩარევით კონტროლირებადმა სამეწარმეო ქცევამ მომხმარებლის ეკონომიკური და გაცნობიერებული სუვერენიტეტი დაბალ დონეზე მოაქცია. შემდეგ დაიწყო ლიბერალიზაციისა და დერეგულაციის პროცესები, რასაც, თავისთავად ცხადია, თან ახლდა სხვადასხვა ცვლილება, კერძოდ, განხორციელდა სამოქალაქო კოდექსის ფართომოცულობითი განახლება (კანონი №509/1991, შემდეგში მოხსენიებული მხოლოდ როგორც „ZGB“) და მიღებულ იქნა ახალი სავაჭრო კოდექსი (კანონი №513/1991). ორივე ძალაში შევიდა 1989 წელს – „გარდაქმნიდან“ 2 წლის შემდეგ. შესწორება შევიდა, პირველ რიგში, ZGB-ს სანივთო სფეროში პიროვნული და ქონებრივი ურთიერთობების ჩათვლით, იმის მიუხედავად, საზოგადოებრივი ცხოვრების თუ რომელ სფეროში იმყოფებოდა ეს ურთიერთობები ან რომელ სუბიექტებს შორის წარმოიშვნენ ისინი. შესწორება ეფუძნებოდა ისეთ პრინციპებს, როგორც არის **კერძო ავტონომია**, ხელშეკრულების თავისუფლება, მორალი და სხვ. კონსტიტუციასთან⁸ შესაბამისობით სამოქალაქო კოდექსში შეტანილ იქნა **საკუთრების ერთიანი და ზოგადი ცნება**.⁹

ზემოხსენებული კანონების მიღების შემდეგ სლოვაკეთის კერძო სამართალი წარმოდგენილია ლიბერალური სამოქალაქო საზოგადოების სამოქალაქო კოდექსით, რომელიც თავისი არსით ლიბერალიზმისა და ინდივიდუალიზმისაკენ მიისწრაფვის. გაძლიერდა ხელშეკრულების

⁴ იხ. ზემოთ.

⁵ Halbach, U.: Georgien Im Assoziierungsprozess mit der EU (საქართველო ევროპულ კავშირთან ასოცირების პროცესში). SWP-Aktuell. 2015 წლის 30 მარტი, 1.

⁶ შდრ. Varga, P.: Inštitucionálny systém pri uplatňovaní súťažných pravidiel EÚ - spolupráca v rámci európskej súťažnej siete (Institutional system by application of the EU competition rules - cooperation within the European competition network) In: Právo v európskej perspektíve, Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Typ I Univerzita Tyrnavlensis, 2011. 609-623; Varga, P.: Fundamentals of European Union law [1st ed.], Trnava: Trnavská univerzita, Právnická fakulta, 2013.

⁷ Koprlová, J.: Formy zahraničnej trhovej angažovanosti (Formen des ausländischen Marktengagements – ბაზარზე ოპერირების უცხოური ფორმები) 1. vyd. - Bratislava: SprInt, 2006, 15.

⁸ ამასთან დაკავშირებულია სლოვაკეთის დამოუკიდებელი რესპუბლიკის ჩამოყალიბება 1993 წლის 1 იანვარს.

⁹ Lazar, J. Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts (სლოვაკეთის კერძო სამართლის განვითარება). წიგნში: Zeitschrift für europäisches Privatrecht, №3, 2013 წელი, 804.

ძირეული ფუნქცია და ამის შედეგად კერძო ავტონომია ან **ხელშეკრულების თავისუფლება** (*zmluvná sloboda*) უნდა გამხდარიყო ეკონომიკური კონკურენციის სამართლებრივი საფუძველი და საბაზრო ეკონომიკაზე დაფუძნებული წესრიგის მთავარი ელემენტი. საუბრობენ **კერძო სამართლის წესრიგის ქვაკუთხედზე**, რომელიც გამოიხატა ZGB-ის § 2-ის მე-3 აბზაცში. სამართლის სუბიექტებს შეუძლიათ, დადონ ხელშეკრულებები თავიანთი ნების შესაბამისად.

კერძო ავტონომიის სხვა შემადგენელ ნაწილებად ლიტერატურაში მოიხსენიება სტრუქტურირებისა და შინაარსის თავისუფლება (*sloboda tvorby*) და ფორმის თავისუფლება (*zásada neformálnosti*).¹⁰

მოქალაქეები 1989 წლის „გარდაქმნების“ შემდეგ: შეძლებული, არაგონივრული, არადამოუკიდებელი, უპასუხისმგებლო და შეფასების უნარის არმქონე მოქალაქე (მომხმარებელი)

40 წლის შემდეგ, ზუსტად კი 1948 წლიდან მოყოლებული, როდესაც კომუნისტებმა ძალაუფლება საკუთარ ხელში აიღეს, და მას შემდეგ, რაც დიქტატზე დაფუძნებულმა სახელმწიფომ „დიქტატზე დაფუძნებული ეკონომიკა“ დაწერა, მოქალაქე (მომხმარებელი) დღითიდღე სულ ახალ გარემოში ექცეოდა. მოქალაქე, ვითარცა ხელშეკრულების დადებაზე თანახმა ხელშემკვრელი მხარე, **საკუთარი ინტერესების საუკეთესო მოსამართლე** უნდა ყოფილიყო. კერძო ავტონომიისა და, შესაბამისად, ხელშეკრულების თავისუფლების სახელით სახელმწიფოსა და სამართლოებს ჩამოერთვათ **ხელშეკრულების კონტროლის კომპეტენცია**. მოქალაქე (მომხმარებელი) უნდა ყოფილიყო გონივრული, დამოუკიდებელი და შეფასების უნარის მქონე პირი. ZGB-ის § 2-ის მე-2 აბზაცის დებულება იქიდან ამოდიოდა, რომ არსებობს ყველა ქმედუნარიანი სამართლის სუბიექტის **აბსტრაქტულ-ფორმალური თანასწორობა** და ამიტომ სამართლის ამ სუბიექტებს შორის დადებული ხელშეკრულებებისათვის მოქმედებს **უტყუარობის პრეზუმფცია**. ამას შედეგად ის მოჰყვა, რომ სამართალბრუნვაში მონაწილე პირების სხვადასხვა ამოსავალი პოზიციები, როგორებიცაა: შემოსავალი, გამოცდილება და განათლება, ვერ ახდენდა გავლენას მისაღები გადაწყვეტილების გონივრულობაზე. ამოსავალი პოზიციის ფორმალური თანასწორობა ხელშეკრულების თავისუფლად დადებისას გარდაიქმნება სახელშეკრულებო მოლაპარაკებებისას, წონის არათანაბარი გადანაწილების გამო, **მატერიალურ უთანაბრობად**.¹¹ საზოგადოების ცალკეულ ჯგუფებს შორის რეალურად არსებული უთანასწორობა-„გარდაქმნების“ შემდეგ აშკარა იყო, მაინც არ შედგა რამდენადმე სამართლიანი ეკონომიკური ბალანსი სოციალურ ფენებს შორის.

სლოვაკეთის საშუალო სოციალური ფენის მოქალაქეები (მომხმარებელი) „მილიონერები“ გახდნენ, ვინაიდან №182/1993 კანონის რეგულაცია, რომელიც შეეხებოდა ბინებსა და კომერციულ ფართებზე საკუთრებას, ბინების პრივატიზაციის საფუძველი გახდა.¹² ამ კანონის საფუძველზე ადგილობრივმა თვითმმართველობებმა და საჯარო სანარმოებმა მოქალაქეებს (გრძელვადიანი დამკირავებლები) ბინები და სახლები სიმბოლურ ფასად მიჰყიდეს. ბაზარზე კი უძრავ

¹⁰ Lazar, J.: *Občianske právo hmotné* (სამოქალაქო სამართალი, I ტომი), 1-ლი გამოც. Lurils Libri, Trnava, 2014, 16-17.

შდრ. სამართლებრივ-ისტორიული განვითარება: Ferancová, M.: *Zabezpečenie pohľadávok zriadením záložného práva v historickom vývoji* (მოთხოვნების უზრუნველყოფა გირაოს მეშვეობით ისტორიული განვითარების ქრილში). *Lubyho právnické dni* (2002). მოთხოვნების უზრუნველყოფა და დაკმაყოფილება, იხ. Stefan Luby-სადმი მიძღვნილ საიუბილეო კრებულში, VII. Luby-ს სამართლის დღეები (2002); Laclavíková, M.: *History of the state and law on the territory of Slovakia: (1848 - 1948)*. 2. [1st ed.]. - Kraków: Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2014, 190.

¹¹ შდრ. Hurdík, J. - Lavický, P.: *Systém zásad soukromného práva* (კერძო სამართლის პრინციპების სისტემა), *Acta universitatis brunensis, Masarykova univerzita*, 2010 წელი, 120-121.

¹² შდრ. Jurčová, M. – Štefanko, J.: *Tenancy law In Slovakia: Housing Situation, Economic Urban and Social Factors of Housing*. SEI. 2015, 46. <http://sei.luridica.trunl.sk/archlve/2015/01/SEI-2015-01-Studies-Jurcova-Monika-Stefanko-Jozef.pdf>

ქონებას მრავალჯერ უფრო მეტი ღირებულება ჰქონდა. 2011 წელს უძრავი ქონების 84,89%-მა საკუთრების სახით მოქალაქეების ხელში მოიყარა თავი. უძრავი ქონების დარჩენილი ნაწილი საჯარო ხელისუფლების ან სამშენებლო კოოპერატივების საკუთრებაში იმყოფებოდა.¹³

მიუხედავად იმისა, რომ მოქალაქის – საშუალო სოციალური ფენის წევრის – შემოსავალი ბევრად ნაკლები იყო დასავლეთევროპული სახელმწიფოების მოქალაქის შემოსავალთან შედარებით, იგი მოხმარების მასტიმულირებელი ეკონომიკური პოლიტიკისათვის მდიდარ, შეძლებულ მოქალაქედ (მომხმარებლად) ითვლებოდა და მიეკუთვნებოდა მნიშვნელოვან სამიზნე ჯგუფს. სახელმწიფოს მხრიდან მოხმარების მასტიმულირებელი ეკონომიკური პოლიტიკის წყალობით სამომხმარებლო ინტერესი სულ უფრო და უფრო ფართოვდებოდა. საკრედიტო შესაძლებლობების გაფართოებაც (მაგალითად, კრედიტების გაცემა ე.წ. არაბანკი სუბიექტების მიერ – *nebankové subjekty*) დადებითად აისახებოდა მოხმარების პროცესებზე.

ერთი მხრივ, საკრედიტო ბარათები, განვადებით საქონლის შეძენის სისტემები, ვადიანი დეპოზიტები და სამომხმარებლო კრედიტები დამახასიათებელი მოვლენები იყო ადამიანის ყოველდღიური ცხოვრებისათვის, ხოლო, მეორე მხრივ, სამწუხაროდ, ფულის ქისა ყოველთვის ფეხს ვერ უწყობდა ამ მოვლენებს. ვინაიდან ბანკები და განვადებით გამყიდველები სულ უფრო და უფრო მეტ მომხმარებელს იზიდავდნენ კრედიტის გაცემის ან განვადებით შესყიდვის პროცესებისათვის, სულ უფრო და უფრო მეტი მომხმარებელი ეფლობოდა **მაღალ ვალებში**.¹⁴ დროთა განმავლობაში დაინერგა სახელმწიფო კონტროლისგან თავისუფალი **მცირეკრედიტიანი ბიზნესი** იმ შედეგით, რომ პარალელურად უსწრაფესად იზრდებოდა **მოსახლეობის ვალაუვალობა**.¹⁵ *Budjač-ი* ადგენს, რომ 2013 წელს მცირეკრედიტიანი ბიზნესის შედეგად 2 880 000 მაცხოვრებელს შეეხო შეუსაბამო და არამართლზომიერი ეგზეკუცია (იძულებითი აღსრულება).¹⁶

როგორც სლოვაკეთში დღემდე მიღებულმა გამოცდილებამ აჩვენა, მუდმივმა ცვლილებებმა და შემოთავაზებების უსაზღვრო რაოდენობამ ბაზრის განვითარების განმავლობაში მოიტანა ის, რომ **მინიმალური გახდა** მომხმარებლის ცოდნა პროდუქტისა და ხარისხის შესახებ. ვინაიდან განვითარებული ტექნიკით შემოთავაზებული საქონლის პალიტრა უკიდურესად დიფერენცირებული და მრავალფეროვანია, მნიშვნელოვნად შემცირდა მომხმარებლის უნარი, შეაფასოს შემოთავაზება.¹⁷ შემოთავაზების ხშირად ხელოვნურად გამოწვეული მრავალფეროვნება გამოირიცხავს შესაძლებლობას, რომ ნორმალურმა მომხმარებელმა გამოარჩიოს საჭირო ინფორმაციები და გააკეთოს შედარებები. ნორმალურ მომხმარებელს არ შეეძლო თავისი მოთხოვნების ცალსახად ჩამოყალიბება და ამის შესაბამისად დაგეგმვა. მას აღარ ჰყოფნიდა საკუთარი უნარი, მიეღო **ნივთების შეძენასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილებები**. ინდივიდუალური მომხმარებლის ქცევა ხასიათდებოდა შეზღუდული რაციონალობით და განისაზღვრებოდა ასევე კალკულაციის **შეზღუდული შესაძლებლობებით**. მომხმარებელი ახალი ან დიფერენცირებული სამომხმარებლო შანსების პირისპირ, უბრალოდ, არაინფორმირებული აღმოჩნდა.

ლიბერალიზაციამ და დერეგულაციის პროცესებმა თავისუფლება, პირველ რიგში, მენარმეებს მოუტანა. მაგრამ დღესაც შეუძლებელია საუბარი გონიერ, საკუთარ გადაწყვეტილებაზე

¹³ როგორც ზემოთ, 68.

¹⁴ ამასთან დაკავშირებით იხ. Budjač, M.: Stav presadzovanla dobrých mravov v spoločnosti so zreteľom na spotrebiteľské záväzkové vzťahy a ochranu spotrebiteľa (საზოგადოებაში კეთილსინდისიერების იმპლემენტაციასთან დაკავშირებით ვითარება სამომხმარებლო ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობების გათვალისწინებით და მომხმარებელთა დაცვა) წიგნში: Jurčová, M. – Dobrovodský, R. – Nevolná, Z. – Štefanko, J. (ed.): Liber amicorum Ján Lazar. Pocta profesorovi Jánovi Lazarovi k 80. Narodeninám (პროფ. იან ლაზარის 80 წლის იუბილესთან დაკავშირებით საიუბილეო კრებ.). Veda. Trnava 2014, 143.

¹⁵ შდრ. Rychtárik, Š.: Finančné aktíva a pasíva slovenských domácností (სლოვაკეთის ბიუჯეტის აქტივები და პასივები). წიგნში: Blatec č. 2/2012. Bratislava 2012, http://www.nbs.sk/_img/Documents/_PUBLIK_NBS_FSR/Blatec/Rok2012/2-2012/01_blatec12-2_rychtarik.pdf

¹⁶ Budjač 143.

¹⁷ შდრ. Dobrovodský, R: Aktuálne otázky občianskoprávnej ochrany spotrebiteľa v právnom styku s podnikateľmi (საწარმოებთან სამართლებრივ ბრუნვაში მომხმარებელთა დაცვის სამოქალაქოსამართლებრივი აქტუალური საკითხები) წიგნში: 16. Slovenské dni obchodného práva (სლოვაკეთის მე-16 კომერციული სამართლის დღეები). Bratislava Slovenská advokátska komora (სლოვაკეთის ადვოკატთა პალატა). Bratislava. 2010, 25 და შემდეგ.

პასუხისმგებელსა და განსჯის უნარის მქონე მოქალაქეზე (მომხმარებელზე). მოქალაქის (მომხმარებლის) აბსტრაქტულ-ფორმალური თანასწორობა ბაზარზე მისი მატერიალური უთანაბრობის გამო ჯერ კიდევ არ შეიძლება იყოს გარანტირებული.

მრავალმა მცირე კრედიტის მიმწოდებელმა იმ სიტუაციიდან, როცა საქმე ეხება არაგონიერ, არადამოუკიდებელ, უპასუხისმგებლო და განსჯის უუნარო მოქალაქეს (მომხმარებელს), **სარგებელი ნახა**.¹⁸ საკრედიტო პროდუქციის უსაზღვრო სიმრავლისა და საფინანსო ზედამხედველობის მხრიდან სუსტი კონტროლის პირობებში მიმწოდებლებმა მიიღეს შანსი, ესარგებლათ მომხმარებლების გაუთვისებლობით. მიმწოდებლის მიერ ცალმხრივად მიწოდებული ინფორმაცია ხშირად არ იყო სრულყოფილი. მიმწოდებლებმა მიმართეს ინფორმაციის თვალსაზრისით ასიმეტრიულად სტრუქტურირებული ბაზრის სელექციის მეთოდს: მომხმარებელს მიენოდებოდა მხოლოდ პოზიტიური ინფორმაცია პროდუქტის შესახებ, ვინაიდან იგი მომხმარებლის გადახდისუნარიანობას ზრდიდა. ისეთი ინფორმაცია კი, რომელიც შეეხებოდა პროცენტების სიდიდეს ან პირგასამტეხლოს, მომხმარებელს არ მიენოდებოდა. მომხმარებლის უსუსურობა და უმწეობა კიდევ უფრო ძლიერდებოდა რეკლამებით მასმედიებში, რომლებიც მომხმარებლისათვის ინფორმაციის წყარო იყო. კრედიტის აღებისას მომხმარებელს სჯერა, რომ მიიღო რაციონალური გადაწყვეტილება, სინამდვილეში კი ხდება მისი „მართვა“ მეტ-ნაკლებად არაკეთილსინდისიერი საგარიგებო პრაქტიკის გამოყენებით.¹⁹ შედეგად მათი თავისუფალი გადაწყვეტილების მიღების უნარი გათიშულია.

უძრავ ქონებაზე უზრუნველყოფის გადატანა საკანონმდებლო დონეზე: „სამოთხე“ მცირეკრედიტიანი ბიზნესისათვის

ლიბერალიზაციის შედეგად გაუქმდა სამართლებრივი ბარიერები მცირე საკრედიტო ბიზნესისთვის. სამოქალაქო კოდექსის უკვე ზემოთ აღნიშნულმა 1991 წლის შესწორებამ გააფართოვა და გაამარტივა უძრავ ქონებაზე მოთხოვნების იპოთეკით უზრუნველყოფის ფორმები. შესწორების შედეგად სლოვაკეთში შემოღებულ იქნა **ფიდუციარული საკუთრების უფლების გადაცემის ცნება (*zabezpečovací prevod práva*)**. მაშინ საუბარი იყო ერთ საკმაოდ ახალ სამართლებრივ ინსტიტუტზე. იპოთეკის გვერდით ფიდუციარული საკუთრების უფლების გადაცემა უძრავ ქონებაზე საკმაოდ ხშირად გამოყენებადი ინსტრუმენტი იყო და უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლების პირობადებული შექენის გზით უზრუნველყოფდა კრედიტორისათვის უფრო **მაღალი რანგის უზრუნველყოფას, ვიდრე ეს იპოთეკა** იყო. შესწორება მოვალეს (უზრუნველყოფის მიმცემს) აძლევდა შესაძლებლობას, გადაეტანა თავისი საკუთრების უფლება კრედიტორზე (უზრუნველყოფის მიმღებზე) მისი იმ ვალდებულების შესრულების უზრუნველსაყოფად, რომელიც არსებობს კრედიტორის მიმართ.

შედარება გირავნობის უფლებასთან

Stessl-ი საუბრობს საკუთრების მინდობის ფორმაზე, რომელიც ემსახურებოდა გირავნობის უფრო მკაცრი დებულებების თავიდან აცილებას.²⁰ ფიდუციარული საკუთრების უფლების გადაცემა იმ თვალსაზრისით განსხვავდება გირავნობის უფლებისაგან, რომ გირავნობის უფლების შემთხვევაში გირაოს დამკვეთი/Pfandbesteller-ი **გირაოს საგანზე თავის საკუთრების უფ-**

¹⁸ შდრ. Mészáros, P.: Poskytovanie pôžičky spotrebiteľovi v minulosti a v súčasnosti (მომხმარებლებისათვის კრედიტების გაცემა წარსულსა და აწმყოში) ნიგნში: Súkromné právo v európskej perspektíve (კერძო სამართალი ევროპულ პერსპექტივაში). Typi Univeršitatis Tyrnavlensis. Trnava 2011, 95-107.

¹⁹ Budjač 148.

²⁰ შდრ. Stessl, L.: Zur rechtlichen Stellung der Sicherungsgläubiger Im Konkurs (უზრუნველყოფის კრედიტორების სამართლებრივი პოზიცია ვალაუფალობის პროცესში). VII. Lubyho právnické dni (2002). Sicherung von Forderungen und deren Befriedigung – მოთხოვნების უზრუნველყოფა და მათი დაკმაყოფილება, საიუბილეო კრებულში, მიძღვნილი Stefan Luby-ისადმი, VII, 519.

ლებას არ კარგავს, მაშინ, როცა ასე ხდება ფიდუციარული საკუთრების უფლების გადაცემის შემთხვევაში.

მეორე განსხვავება **უზრუნველყოფის რეალიზაციით გამოიხატება**: მაშინ, როდესაც გირავნობის უფლებისას დათქმა იმის შესახებ, რომ ვადის გასვლის შემდეგ ნივთი ავტომატურად უბრუნდება კრედიტორს, აკრძალულია, ეს ფიდუციარული გადაცემისას სავსებით **შესაძლებელია შეთანხმებულ იქნეს**. ამ უფლების გადატანა ერთი პირობით ხდება: თუ მოვალე ვალდებულებას შეასრულებს დროულად და მოთხოვნის შესაბამისად, მაშინ მანამდე გადატანილი უფლება **ex lege** გადადის კრედიტორიდან მოვალეზე. ვალდებულების შესრულების სამართლებრივი შედეგია გადაცემული უფლების ავტომატურად გადატანა მოვალეზე. პირვანდელი სამართლებრივი პოზიციის დასაბრუნებლად არ არის საჭირო არავითარი დამატებითი სამართლებრივი აქტი.

მომხმარებლის, როგორც მოვალის, პოზიციიდან გირავნობის უფლების სასარგებლოდ მეტყველებს ფართომოცულობითი საკანონმდებლო რეგულაცია, მრავალრიცხოვანი სასამართლო გადაწყვეტილებები²¹ და ამ სამართლის ინსტიტუტის ისტორიული განვითარება. ამასთან შედარებით, კანონმდებელმა ფიდუციარული საკუთრების უფლების გადატანის ხელშემკვრელ მხარეებს მისცა ხელშეკრულების ფართო თავისუფლება.²² სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შესვლის მსურველი ხელშეკრულების მხარე – მოვალე (გირაოს მიმცემი) – ვერ იქნებოდა, **როგორც წესი, საკუთარი ინტერესების საუკეთესო მოსამართლე**, ვინაიდან იგი, როგორც შეძლებული მოქალაქე (მომხმარებელი), არც განსაკუთრებულად გონიერი და არც სწორად განსჯის უნარის მქონე იყო; მას არ შეეძლო, ზუსტად და დეტალურად ჩამოეყალიბებინა ხელშეკრულება ფიდუციარული საკუთრების უფლების გადაცემის შესახებ. ეს იყო კრედიტორების ტაქტიკური ამოცანა, რაც მცირეკრედიტიანი ბიზნესიდან მოდიოდა.

ბოროტად გამოყენების *Modus Operandi*. ერთი კაზუსი სლოვაკეთიდან, განხილული ევროპული კავშირის სასამართლოს მიერ

ნაკლოვანი მართლმსაჯულებისა და მისი პრაქტიკულად გამოყენებისას განსხვავებული დოქტრინის საფუძველზე კრედიტის უზრუნველყოფისათვის საკუთრების უფლების გადაცემა სხვადასხვა პრობლემას ნააწყენდა. ეს პრობლემები და, პრაქტიკულად, 15 წლის განმავლობაში არსებული სამართლებრივი ვაკუუმი ბოროტად გამოიყენა, პირველ რიგში, მცირეკრედიტიანმა ბიზნესმა.

დათქმის გამოყენებით, რომლის მიხედვითაც გარკვეული ვადის გასვლის შემდეგ იკარგებოდა მოთხოვნის უფლება, ბევრმა მოქალაქემ დაკარგა საკუთრების უფლება ბინებსა და სახლებზე. თუ, მაგალითად, 10.000 ევროს ოდენობის მოთხოვნა თუნდაც ნაწილობრივ არ იყო დაკმაყოფილებული, კრედიტორი **დაუყოვნებლივ** რეაგირებდა და მოთხოვნას იკმაყოფილებდა მოთხოვნის უზრუნველყოფის მიზნით გადაცემული უძრავი ქონების რეალიზაციის ფორმით (კრედიტორის მიერ პირდაპირი რეალიზაცია ან „ნებაყოფლობით“ აუქციონზე გაყიდვა).

Valachovič-ი ახდენს მოთხოვნის უზრუნველყოფის ბოროტად გამოყენების შემთხვევების დოკუმენტირებას. პრაქტიკაში ხშირი იყო შემთხვევა, როდესაც უძრავი ქონება **თავისი ღირებულების 50%-ზე დაბალი ღირებულებით** გასხვისდებოდა ხოლმე, ზოგიერთ შემთხვევაში, ღი-

21 თუმცა რაიონული და საოლქო სასამართლოების მართლმსაჯულება ნათელყოფს, რომ, უპირველესად, დაგირავებული ქონების რეალიზაციისას პირდაპირი აუქციონის ფორმით იპოთეკარი კრედიტორის მიერ და უძრავი ქონების გაყიდვით ნებაყოფლობითი აუქციონის გზით, სასამართლო ინტერვენცია აუცილებელი იყო (რ. სასამ. Banská Bystrica, 14Co/346/2011, საოლქო სასამართლო, Banská Bystrica, 10C/121/2011); დანვრილებით იხ.: Budjač, M.: Komentár k § 53 In: Števček, M., Dulak, A., Bajánková, J., Fečík, M, Sedlačko, F., Tomašovič, M. a kol.: a kol: Občiansky zákonník I. § 1 -450. Komentár (სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი). Praha: C.H.Beck, 2015, 625 და შემდეგ.

22 შდრ. Števček, M.: Otázky nad zabezpečením záväzku prevodom práva. VII. Lubyho právnické dni (2002). მოთხოვნის უზრუნველყოფა და მისი დაკმაყოფილება. იხ. საიუბილეო კრებულში: Stefan Luby-ისათვის, VII, 322.

რეზულტების 35%-ითაც კი, და ეს მაშინ, როდესაც მოთხოვნა, მაგალითად, აუქციონის ამონაგების მხოლოდ 8%-ს შეადგენდა.²³

იპოთეკური სესხის ხელშეკრულებისათვის შეკვეთილი უზრუნველყოფის რეალიზაციის საკითხი განიხილა ევროპული კავშირის სასამართლომაც: სამართლებრივ დავაში, რომელიც მიმდინარეობდა სლოვაკ ქალბატონ კუშიონოვასა და „სმარტკაპიტალ a.s.“-ს შორის იპოთეკური სესხის ხელშეკრულებისათვის შეკვეთილი უზრუნველყოფის რეალიზაციისა და ამ ხელშეკრულებაში მოცემული დათქმების დასაშვებობის გამო, სასამართლომ სლოვაკეთში წარმოადგინა კითხვები წინასწარი გადანყვეტილებისათვის. 2009 წლის 26 თებერვალს ქალბატონმა კუშიონოვამ „სმარტკაპიტალთან“²⁴ გააფორმა სამომხმარებლო სესხის ხელშეკრულება 10.000 ევროს ოდენობაზე. მოთხოვნის უზრუნველყოფის მიზნით საკუთარ სახლზე, რომელშიც საწყისი პროცესის მოსარჩელე ქალბატონი ცხოვრობს, დარეგისტრირდა გირავნობის უფლება. მან ჰუმენის საოლქო სასამართლოში შეიტანა სარჩელი და მოითხოვა საკრედიტო ხელშეკრულებისა და გირავნობის უფლების მოთხოვნის შესახებ ხელშეკრულების ბათილად ცნობა მასა და ამ კომპანიას შორის დადებულ ხელშეკრულებაში დაფიქსირებული დათქმების ბოროტად გამოყენების გამო. პირველი ინსტანციის სასამართლომ დაადგინა, რომ ხდებოდა ზოგიერთი დათქმის ბოროტად გამოყენება და ამიტომ ნაწილობრივ ბათილად გამოაცხადა საკრედიტო ხელშეკრულება. გირავნობის შესახებ ხელშეკრულება კი მთლიანად ბათილად გამოცხადდა. ამ სასამართლო გადანყვეტილების წინააღმდეგ ხელშეკრულების ორივე მხარემ აპელაცია შეიტანა პრემოვის რეგიონულ სასამართლოში. წარმომდგენ სასამართლოს სურს, იცოდეს, ხომ არ არის გირავნობის ხელშეკრულების ერთ-ერთი დათქმა, კერძოდ ის, რომელიც ეხება მომხმარებლის მიერ უზრუნველყოფის სახით უძრავ ქონებაზე შეკვეთილი გირავნობის უფლების სასამართლოს გარეშე რეალიზაცია, უფლების ბოროტად გამოყენება და იმაზე უთითებს, რომ ეს დათქმა კრედიტორს აძლევს უფლებას, მოახდინოს გირავნობის რეალიზაცია სასამართლოს კონტროლის გარეშე. ამ შეფასების ფარგლებში წარმდგენმა სასამართლომ სხვა სირთულეებზეც მიუთითა, რომლებიც იქიდან გამომდინარეობს, რომ მოცემული დათქმა ეფუძნება კანონის ნორმას, კერძოდ ZGB-ის §151-ის კ²⁵ მუხლს. ხელშეკრულებაში არსებული დათქმები, რომლებიც წარმომდგენმა სასამართლომ უნდა გადაამოწმოს, შეიძლება, განხილულ იქნეს როგორც ბოროტად გამოყენებულები 93/13 დირექტივის თვალსაზრისით, და თუ ერთ-ერთი ასეთი დათქმა კანონის ნორმას ეფუძნება, სასამართლო მიიჩნევს, რომ სამართლებრივი დავის გადანყვეტილება დამოკიდებულია კავშირის სამართლის განმარტებაზე.

ამის გათვალისწინებით, პრემოვის რეგიონულმა სასამართლომ გადანყვიტა, პროცესი გადაედო და ევროპული სასამართლოსათვის შემდეგი კითხვები წარედგინა შუალედური გადანყვეტილების მისაღებად:

უნდა განიმარტოს თუ არა 93/13 და 2005/29 დირექტივები ქარტიის 38-ე მუხლის სულისკვეთებით იმგვარად, რომ ისინი ეწინააღმდეგებიან ერთ-ერთი წევრი სახელმწიფოს ერთ-ერთ სამართლებრივ ნორმას, როგორცაა სამოქალაქო კოდექსის §151j-ის 1-ლი აბზაცი პირველ სამართლებრივ დავაში რელევანტური რეგულაციის ნორმებთან კავშირში, რაც კრედიტორს აძლევს შესაძლებლობას, იძულებითი აღსრულების რეჟიმში მოითხოვოს უზრუნველყოფის სახით გამო-

23 Valachovič, M. Zákonné záložné právo podľa § 15 zákona o vlastníctve bytov a nebytových priestorov (zákon č. 182/1993 Z.z.) Bulletin slovenskej advokácie 1-2/2008 (კანონისმიერი გირავნობის უფლება ბინათ-საკუთრებისა და კომერციული ფართების შესახებ კანონის მე-15 პარაგრაფის მიხედვით, სლოვაკეთის ადვოკატთა კავშირის ბიულეტენი – BSA 1-2/2008 17.

24 სამართლებრივი დავა C-34/13, 2014 წლის 10 სექტემბრის გადანყვეტილება.

25 თუ გირავნობის უზრუნველყოფილი მოთხოვნა არ შესრულდება დროულად და კანონის შესაბამისად, გირავნობის კრედიტორს შეუძლია, მოახდინოს გირავნობის რეალიზაცია. თუ ეს ან სხვა სპეციალური კანონი სხვა რამეს არ ადგენს, გირავნობის კრედიტორს შეუძლია, გირავნობის ხელშეკრულებით გათვალისწინებული წესით რეალიზაციის ფარგლებში ან სპეციალური კანონის შესაბამისად, გირავნობის აუქციონზე გაყიდვის გზით დაიკმაყოფილოს მოთხოვნა ან მოითხოვოს დაკმაყოფილება გირავნობის გაყიდვის გზით სპეციალური კანონისმიერი ნორმების შესაბამისად, ამ კანონის ან სპეციალური კანონის საწინააღმდეგო დებულებების პირობით.

ყენებულ უძრავ ქონებაზე აღსრულება, რომელიც სასამართლოს გადამონმების გარეშე ეფუძნება დაუშვებელ სახელშეკრულებო პირობას?

ენინაალმდეგება თუ არა პირველ კითხვაში დასახელებული ევროპული კავშირის ნორმები ისეთ შიდასახელმწიფოებრივ სამართლის ნორმას, როგორც არის სამოქალაქო კოდექსის § 151j-ის 1-ლი აბზაცი პირველ სამართლებრივ დავაში რელევანტური რეგულაციის ნორმებთან კავშირში, რაც კრედიტორს აძლევს შესაძლებლობას, იძულებითი აღსრულების რეჟიმში მოითხოვოს უზრუნველყოფის სახით გამოყენებულ უძრავ ქონებაზე აღსრულება, რომელიც სასამართლოს გადამონმების გარეშე ეფუძნება დაუშვებელ სახელშეკრულებო პირობას და ამ კითხვასთან მიმართებით, მიუხედავად მხარეების ურთიერთსანიანალმდეგო თვალსაზრისისა, ეხება თუ არა საქმე დაუშვებელ სახელშეკრულებო პირობებს?

უნდა იქნეს თუ არა ევროპული სასამართლოს გადანყვეტილება ზიმენტალის საქმეზე (EU:C:1978:49) ისე გაგებულ, რომ პირველ კითხვაში მოყვანილი დირექტივების მიზნის მისაღწევად ეროვნული სასამართლო გამოუყენებლად ტოვებს, ქარტიის 38-ე მუხლის სულისკვეთებით, შიდასახელმწიფოებრივ ნორმებს, როგორცაა სამოქალაქო კოდექსის §151j-ის 1-ლი აბზაცი პირველ სამართლებრივ დავაში რელევანტური რეგულაციის ნორმებთან კავშირში, რაც კრედიტორს აძლევს შესაძლებლობას, იძულებითი აღსრულების რეჟიმში მოითხოვოს უზრუნველყოფის სახით გამოყენებულ უძრავ ქონებაზე აღსრულება, რომელიც სასამართლოს გადამონმების გარეშე ეფუძნება დაუშვებელ სახელშეკრულებო პირობას, რის გამოც ხელი ეშლება *ex officio* სასამართლო კონტროლს, მიუხედავად მხარეების ურთიერთსანიანალმდეგო თვალსაზრისისა?

უნდა განიმარტოს თუ არა 93/13 დირექტივის მე-4 მუხლი ისე, რომ მომხმარებელთან დადებულ ხელშეკრულებაში მოცემული სახელშეკრულებო პირობა, რომელიც შეთანხმებულია ადვოკატის დახმარების გარეშე და რომელიც კრედიტორს აძლევს საშუალებას, სასამართლო კონტროლის გარეშე განახორციელოს კანონგარეშე აღსრულება გირაოს საგნის მიმართ, კავშირის სამართლის პრინციპს – საკუთარი ინიციატივით განახორციელოს სახელშეკრულებო დათქმების კონტროლი – გვერდს უვლის და, აქედან გამომდინარე, სახეზეა უფლების ბოროტად გამოყენება, თუ ამ სახელშეკრულებო დათქმის ტექსტი წარმოშობილია შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი ნორმიდან?

სასამართლომ (მესამე პალატამ) დაადგინა:

ევროპული საბჭოს 1993 წლის 5 აპრილის 93/13 EWG დირექტივის დებულებები სამომხმარებლო ხელშეკრულებებში არამართებული დათქმების შესახებ უნდა განიმარტოს ისე, რომ ისინი, რომელთა მიხედვითაც შესაძლოა, არამართებულ სახელშეკრულებო დათქმაზე დაფუძნებული მოთხოვნა განხორციელდეს მომხმარებლის მიერ სასამართლო კონტროლის გარეშე გირაოს საგნის მიმართ, ნაციონალური რეგულირების წესს არ ენინაალმდეგებიან, თუ ეს განმარტება პრაქტიკულად შეუძლებელს არ ხდის ან განუზომლად არ ამძიმებს იმ უფლებების გამოყენებას, რომლებიც მომხმარებელს მინიჭებული აქვს ამ დირექტივით; ამის გადამონმება კი წარმომდგენი სასამართლოს პრეროგატივაა.

93/13 დირექტივის 1-ლი მუხლის მე-2 აბზაცი უნდა განიმარტოს ისე, რომ მენარმესა და მომხმარებელს შორის დადებულ ხელშეკრულებაში არსებული სახელშეკრულებო დათქმა მხოლოდ მაშინ არ თავსდება ამ დირექტივით განსაზღვრული გამოყენების სფეროს ფარგლებში, თუ ის ეფუძნება სავალდებულო სამართლებრივი ნორმის შინაარსს, და ამის გადამონმება ევალება წარმომდგენ/ეროვნულ სასამართლოს.

საკანონმდებლო ინტერვენციები

იმ მომენტამდე, როდესაც კანონმდებელმა გადანყვიტა, მიელო უზრუნველყოფითი საკუთრების უფლების გადაცემის შესახებ დებულებების **ფართომოცულობითი შესწორება** (კანონი № 568/2007), კრედიტორი უფლებამოსილი იყო, გადაცემული უფლება კანონიერი ძალის მქონე სამართლებრივი ურთიერთობის დროს **გადაეცა მესამე პირისათვის, ან დაეტვირთა იგი სხვის სასარგებლოდ**. გარე ურთიერთობაში მას უკავია მესაკუთრის სრული სამართლებრივი პოზიცია. მხოლოდ 2007 წლის ცვლილებამ დაარეგულირა, რომ ყოველი უზრუნველყოფილი მოთხოვნის

შესრულების ვადამდე დადებული შეთანხმება, რომლის საფუძველზეც კრედიტორს შეუძლია, დაკმაყოფილდეს იმ გზით, რომ იგი უძრავ ქონებაზე საბოლოოდ მოიპოვებს საკუთრების უფლებას, ბათილია.

მხოლოდ 2008 წლის მეორე ცვლილება კრძალავს მთლიანად უძრავ ქონებაზე უზრუნველყოფითი საკუთრების გადაცემას სამომხმარებლო სამართლებრივი მოთხოვნის უზრუნველყოფის სახით. ეს შესწორება არეგულირებდა აგრეთვე უკუქცევით რეალიზაციის მეთოდს უძრავი ქონებისა, რომელიც უზრუნველყოფის უფლების გადატანის საგანია.

მისასაღმებელია ასეთი საკანონმდებლო ნაბიჯების განხორციელება. ჩემი აზრით, ეს მეტისმეტად დაგვიანებულიც კია. 1992 წლიდან 2007 წლის პერიოდში მრავალი ადამიანი დარჩა უსახლკარო. სახელმწიფოს სოციალური დახმარება უნდა გადაეხადა და უზრუნველყო ეს ადამიანები სანაცვლო ბინებით. სლოვაკეთის მოქალაქეებმა სოციალური დახმარების ფონდში შენატანებით მოახდინეს მსხვერპლთა გადახდისუნარიანობის აღდგენა, მათი „ცუდი ბანკებისა და ცუდი საკრედიტო მეურნეობისგან (*bad banks und bad-Kleinkredit-Wirtschaft*) განთავისუფლება. „დამნაშავეები“ საგადასახადო ვალდებულებას გაექცნენ და საგადასახადო ოაზისებს შეაფარეს თავი.

ქართველ **Policy Makers** და კანონმდებლებს ვუსურვებ, რომ მათ ბაზრების გახსნისას გონივრულად და ფრთხილად იმოქმედონ. კანონების ფორმულირებისას, პირველ რიგში, უნდა გაითვალისწინონ ქართველი მოქალაქეებისა და მომხმარებლების ინტერესები.

გერმანულიდან თარგმნა მანანა მანჯგალაძემ

Róbert Dobrovodský,

LL.M. (Tübingen)

Dr. jur., Universität Trnava, Ministerium der

Justiz der Republik Slowakei,

Trnava / Slowakei

Rechtsschutz des Verbrauchers (Eigentümers) vor Folgen der Liberalisierungs- und Deregulierungsschritte. Erfahrungsbericht aus der Slowakei.¹

Sehr geehrte Damen,

sehr geehrte Herren,

es ist für mich eine besondere Ehre dass ich als Vertreter der Slowakei an dieser Konferenz mit teilnehmen kann.

Seit dem Jahr 2008 bin ich als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Zivil und Handelsrecht der Juristischen Universität Trnava tätig. An der Fakultät unterrichte und forsche ich im Bereich des Zivilrechts vor allem im Bereich des Verbraucherschutzes und des Familienrechts. Parallel zu meiner wissenschaftlichen Tätigkeit arbeite ich als Experte im Justizministerium der Slowakischen Republik in der legislativen Abteilung für Zivil und Verbraucherrecht. Da ich und meine Kollegen² am Justizministerium die Entwicklung der gesellschaftsökonomischen und rechts-politischen Situation beobachten, möchte ich auf die **wichtigsten Punkte des Rechtsschutzes des Verbrauchers (Eigentümers) vor Folgen der Liberalisierungs- und Deregulierungsschritte** eingehen.

Bevor ich aber auf die konkrete Rechtsfigur und das Rechtsproblem eingehe, versuche ich kurz die gesellschaftsökonomischen und politischen Änderungen nach dem November 1989 in der Tschechoslowakei zu erläutern:

Ratifizierung des Assoziierungsabkommens: Anfang der Europäisierung des slowakischen Privatrechts

Es gab **eine grundlegende Reform der gesamten Rechtsordnung**. Die damals geltenden Regelungen auf dem Gebiet des Privatrechts waren nicht nur inhaltlich, sondern auch konzeptionell und aus legislativer und systematischer Hinsicht vollkommen unbrauchbar. In dieser Situation hat der Gesetzgeber für die erste Phase der Reform eine Methode der partiellen Änderungen in der Gestalt von Sonderregelungen gewählt, um überhaupt die Rückkehr zur Marktwirtschaft und zur pluralistischen Demokratie mit den elementaren Rechtsvoraussetzungen in Einklang zu bringen.³ Dementsprechend konzentrierte sich die Aufmerksamkeit auf die neue Regelung des **Eigentumsrechts** und auf **die Erneuerung der Vertragsfreiheit (Privatautonomie)**. Der

¹ Aufsatz stellt einen Beitrag zum Projekt der Agentur APVV (Slovak Research and Development Agency) Nummer APVV-14-0061 „Die Erweiterung des sozialen Funktion des slowakischen Privatrecht bei der Anwendung von Grundsätzen des Europäischen Recht“ dar.

² Vor allem Herr Dr. Milan Budjač der Vorsitzende der Kommission für Kontrolle der missbräuchlichen Vertragsklauseln und unlauteren Geschäftspraktiken (Komisia na posudzovanie podmienok v spotrebiteľských zmluvách a nekalých obchodných praktik) beim Justizministerium ist.

³ Lazar, J. Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts. In Zeitschrift für europäisches Privatrecht, Jahr 2013, N. 3, S. 801.

Prozess der Europäisierung des slowakischen Privatrechts **hat schon lange vor dem EU-Beitritt** der Slowakei begonnen⁴. Die Slowakei ratifizierte das Assoziierungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaften (heute EU). Dieses galt ab dem 1.1.1995.

So wie damals standen vor der Slowakei viele rechtliche Aufgaben und Reformen, auch durch die Ratifizierung des Assoziierungsabkommens seitens Georgiens (Juni 2014) entstehen bestimmt zahlreiche Pflichten für Georgien. Das Assoziierungsabkommen verlangt die Umsetzung von rund 300 Reformanforderungen, die den Weg hin zu einer vertieften und umfassenden Freihandelszone mit der EU ebnen sollen.⁵ Das Assoziierungsabkommen umfasst unter anderem politische Reformen zur Stärkung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und vor allem die Maßnahmen zur Angleichung von Standards in den Bereichen Handel, Zoll, Steuern, Wettbewerbsrecht, Energiefragen und Umwelt- und Klimaschutz.

Die Verankerung der Privatautonomie: rechtliches Umfeld für Liberalisierungs- und Deregulierungsschritte.

In der Slowakei brachte die Ratifizierung des Assoziierungsabkommens, und ich bin davon überzeugt, dass dies nicht anders auch im Falle des Georgiens wird, die Pflicht die Maßnahmen zur Angleichung von Standards vor allem in den Bereichen Handel, Zoll, Steuern und Wettbewerbsrecht⁶ umzusetzen. Damit waren die Liberalisierungs- und Deregulierungsschritte in Märkten verbunden.⁷ Die vor der „Wende“ regulierten Märkte und das durch staatliche Eingriffe kontrollierte unternehmerische Verhalten hat dazu beigetragen, dass die wirtschaftliche und bewusste Souveränität des Verbrauchers auf einem niedrigen Niveau war. Dann haben die Prozesse der Liberalisierung und der Deregulierung angefangen was selbstverständlich von ganz grundlegenden Änderungen im Privatrecht begleitet war. Es gab eine umfangreiche Novellierung des Zivilgesetzbuches (das Gesetz Nr. 509/1991) (im Folgenden nur „ZGB“) und die Verabschiedung des neuen Handelsgesetzbuches (Gesetz Nr. 513/1991), die schon 2 Jahre nach der „Wende“ im Jahr 1989 in Kraft traten. Die Novelle erweiterte vor allem den sachlichen Bereich des ZGBs auf die persönlichen- und die Vermögensbeziehungen, ohne Rücksicht darauf, in welcher Sphäre des gesellschaftlichen Lebens sich diese befanden oder zwischen welchen Subjekten sie entstanden sind. Die Novelle ging von solchen Prinzipien aus **wie die Privatautonomie** (*privátna autonómia*), die Vertragsfreiheit, die guten Sitten und anderen. Im Einklang mit der Verfassung⁸ wurde der einheitliche und allgemeine **Begriff des Eigentumsrechts** in das Zivilrecht eingeführt.⁹

Seit der Entstehung der oben genannten Gesetze handelt es sich beim slowakischen Privatrecht um ein ZGB des liberalen Bürgertums, das in seinen Grundlinien dem Liberalismus und Individualismus verpflichtet ist. Die grundlegende Funktion der Verträge wurde gestärkt und damit sollte die Privatautonomie bzw. die **Vertragsfreiheit** (*zmluvná sloboda*) die rechtliche Grundlage des wirtschaftlichen Wettbewerbs und ein Grundelement der marktwirtschaftlichen Ordnung sein. Man spricht von einem **Grundpfeiler der Privatrechtsordnung** der seinen Ausdruck in der Bestimmung des § 2 Abs. 3 ZGB findet. Die Rechtssubjekte können also grundsätzlich frei nach ihrem Willen Verträge schließen.

Als weitere Bestandteile der Privatautonomie zählt das Schrifttum die Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit (*sloboda tvorby*) oder Formfreiheit (*zásada neformálnosti*).¹⁰

⁴ Wie oben.

⁵ Halbach, U.: Georgien im Assoziierungsprozess mit der EU. SWP-Aktuell. 30. März 2015. S. 1.

⁶ Vgl. Varga, P.: Inštitucionálny systém pri uplatňovaní súťažných pravidiel EÚ - spolupráca v rámci európskej súťažnej siete (Institutional system by application of the EU competition rules - cooperation within the European competition network) In: Právo v európskej perspektíve. - Trnava : Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2011. S. 609-623; Varga, P.: Fundamentals of European Union law [1st ed.]. - Trnava : Trnavská univerzita, Právnická fakulta, 2013.

⁷ Koprlová, J.: Formy zahraničnej trhovej angažovanosti (Formen des ausländischen Marktengagements) 1. vyd. - Bratislava : Sprint, 2006. S. 15.

⁸ Damit ist die Entstehung der selbständigen Slowakischen Republik am 1. Januar 1993 verbunden.

⁹ Lazar, J. Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts. In Zeitschrift für europäisches Privatrecht, Jahr 2013, N. 3, S. 804.

¹⁰ Lazar, J.: Občianske právo hmotné (Zivilrecht I. Band), 1. Auflage. Iuris Libri, Trnava, 2014, S. 16-17.

Der Bürger nach der „Wende“ 1989: Ein vermögender, unvernünftiger, unselbstständiger, unverantwortlicher und nicht urteilsfähiger Bürger (Verbraucher)

Nach 40 Jahren, genau seit dem Jahr 1948, als die kommunistische Machtübernahme zu Stande kam, und seit dem ein dirigistischer Staat die „Komandowirtschaft“ etablierte, war der Bürger (Verbraucher) so zu sagen von Tag zu Tag in eine ganz neue Welt gestellt. Der Bürger sollte als ein kontrahierungswilliger Vertragspartner der **beste Richter seiner eigenen Interessen** sein. Im Namen der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit wurde dem Staat sowie den Gerichten die **Kompetenz zur Vertragskontrolle** fast durchweg abgesprochen. Der Bürger (Verbraucher) sollte eine vernünftige, selbstverantwortliche und urteilsfähige Person sein. Die Bestimmung des § 2 Abs. 2 des ZGB ging davon aus, dass eine **abstrakt-formale Gleichheit** aller geschäftsfähigen Rechtssubjekte besteht und darum für die unter diesen Rechtssubjekten frei ausgehandelten Verträge die **Vermutung der Richtigkeitsgewähr** eingreift. Es hatte zur Folge, dass die unterschiedlichen Ausgangspositionen der am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen, die aus dem tatsächlichen Bereich wie z.B. Einkommen, Erfahrung und Bildung resultieren, sich nicht auf die Vernünftigkeit der zu treffenden Entscheidung auswirkten. Die formelle Gleichheit der Ausgangsposition beim freien Vertragsschluss verwandelte sich somit wegen der ungleich verteilten Gewichte bei den Vertragsverhandlungen **in eine materielle Ungleichheit**.¹¹ Die reale wirtschaftliche Ungleichheit zwischen einzelnen Gesellschaftsgruppen war nach der „Wende“ eklatant, trotzdem fand ein nur einigermaßen gerechter wirtschaftlicher Ausgleich zwischen den sozialen Schichten nicht statt.

Die Bürger (Verbraucher) der mittleren sozialen Schichten in der Slowakei sind „Millionäre“ geworden da die Regelung im Gesetz Nr. 182/1993 über das Eigentum an Wohnungen und Gewerberäumen eine Grundlage für die Privatisierung des Wohnungsfonds ermöglichte.¹² Aufgrund dieses Gesetzes haben die Gemeinden und öffentliche Unternehmer an die Bürger (langfristige Mieter) die Wohnungen und Häuser zu einem geringeren symbolischen Preis verkauft. Auf dem Markt hatten aber die Liegenschaften den mehrfachen Wert. Im Jahr 2011 waren 84,89 Prozenten der Liegenschaften im Eigentum von Bürgern. Der Rest der Liegenschaften war im Eigentum von öffentlichen Händen oder Wohnungsbaugenossenschaften.¹³

Obwohl der Bürger – ein Mitglied der mittleren sozialen Schichten – im Vergleich zu den westeuropäischen Staaten ein viel geringeres Einkommen erzielte, galt er für die konsumfördernde Wirtschaftspolitik als ein reicher – vermögender Bürger (Verbraucher) – mit Lust auf Konsum als eine wichtige Zielgruppe. Durch die konsumfördernde Wirtschaftspolitik des Staates hat der Konsumismus immer weiter verbreitet. Auch die Ausweitung der Kreditmöglichkeit (z.B. Gewährung der Kredite durch sog. Nicht-Banken-Subjekten – *nebankové subjekty*) wirkte fördernd auf den Konsum.

Auf der einen Seite prägten Kreditkarten, Ratenzahlungssysteme, Termingelder und Verbraucherkredite den finanziellen Alltag der Menschen aber auf der anderen Seite wuchsen die Geldbeutel leider nicht immer mit. Weil die Banken und die Abzahlungsverkäufer immer mehr Verbraucher zum Kreditdarlehen und zum Abzahlungskauf lockten, gerieten immer mehr Verbraucher **in hohe Verschuldung**.¹⁴ Mit der Zeit etablierte sich eine von der staatlichen Kontrolle **freie Kleinkredit-Wirtschaft** mit dem Resultat, dass parallel hierzu die

Vgl auch rechtshistorische Entwicklung: Ferancová, M.: Zabezpečenie pohľadávok zriadením záložného práva v historickom vývoji (Sicherung von Forderungen durch das Pfandrecht in der historischen Entwicklung). Lubyho právnické dni (2002). Sicherung von Forderungen und deren Befriedigung in Festschrift für Stefan Luby, VII. S. VII. Rechtstage von Luby (2002); Laclavíková, M.: History of the state and law on the territory of Slovakia : (1848 - 1948). 2. [1st ed.]. - Kraków : Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2014. - 190 p.

¹¹ Vgl. Hurdík, J. - Lavický, P.: Systém zásad soukromného práva (System der Grundsätzen des Privatrechts), Acta universitatis brunnensis, Masarykova univerzita, Brno 2010, s. 120-121.

¹² Vgl. Jurčová, M. – Štefanko, J.: Tenancy law in Slovakia: Housing Situation, Economic Urban and Social Factors of Housing. SEI. 2015. S. 46. <http://sei.iuridica.truni.sk/archive/2015/01/SEI-2015-01-Studies-Jurcova-Monika-Štefanko-Jozef.pdf>

¹³ wie oben, S. 68.

¹⁴ Dazu näher: Budjač, M.: Stav presadzovania dobrých mravov v spoločnosti so zreteľom na spotrebiteľské záväzkové vzťahy a ochranu spotrebiteľa (Der Stand der Umsetzung der guten Sitten in der Gesellschaft mit dem Rücksicht auf die verbraucherschuldrechtliche Verhältnisse und den Verbraucherschutz) in: Jurčová, M. – Dobrovodský, R. – Nevolná, Z. – Štefanko, J. (ed.): Liber amicorum Ján Lazar. Pocta profesorovi Jánovi Lazarovi k 80. narodeninám (Festschrift für Prof. Jan Lazar zum 80. Geburtstag). Veda. Trnava 2014. S. 143.

Verschuldung der Bevölkerung rasch anstieg.¹⁵ *Budjač* stellt fest dass im Jahre 2013 sind in der Folge der Kleinkredit-Wirtschaft mehr als 2 880 000 Einwohnern durch, oft nicht angemessene und widerrechtliche Exekutionen (Zwangsvollstreckungen) betroffen sind.¹⁶

Die bisherigen Erfahrungen in der Slowakei haben gezeigt, dass der ständige Wandel und die unüberschaubare Breite des Angebots im Laufe der Marktentwicklung zur Folge hatten, dass die Produktkenntnisse sowie auch Qualitätskenntnisse des Verbrauchers **minimal wurden**. Weil das Güterangebot mit den entwickelten Techniken außerordentlich differenziert und kompliziert wurde, ist die Fähigkeit des Verbrauchers zur Beurteilung und Bewertung des Angebots stark vermindert.¹⁷ Die vielfach künstlich hergestellte Vielfalt des Angebots schloss für den Normalverbraucher aus, relevante Informationen auszuwählen und Vergleiche anzustellen. Der Normalverbraucher konnte seine Bedürfnisse nicht eindeutig erfassen und dementsprechend planend vorgehen. Ihm genügte seine Fähigkeit nicht mehr, um **die notwendigen Konsumententscheidungen zu treffen**. Das Verhalten des individuellen Verbrauchers wurde also von einer begrenzten Rationalität charakterisiert und in der Regel von **einer beschränkten Rechenkapazität** bestimmt. Der Verbraucher stand nun den neuen oder differenzierten Konsumchancen einfach ohne Information gegenüber.

Der Prozess der Liberalisierung- und Deregulierung hat daher die Freiheit vor allem für die Unternehmer gebracht. Aber von einem vernünftiger, selbstverantwortlicher und urteilsfähiger Bürger (Verbraucher) kann sicher auch noch heute keine Rede sein. Die Garantie der abstrakt-formalen Gleichheit des Bürgers (Verbraucher) kann durch seine materielle Ungleichheit am Markt immer noch nicht erfüllt werden.

Viele Anbieter der Kleinkredit-Wirtschaft zogen aus der Situation der unvernünftigen, unselbstständigen, unverantwortlichen und nicht urteilsfähigen Bürger (Verbraucher) **gern die Vorteile**.¹⁸ Mit der nunmehr weitgehend unübersichtlichen Vielzahl von Kreditprodukten und der schwachen Kontrolle seitens der Finanzaufsicht erhielten die Anbieter die Chance, die Unwissenheit des Verbrauchers auszunutzen. Die vom Anbieter einseitig zu vermittelnde Information musste nicht unbedingt vollständige Angaben enthalten. Die Anbieter haben auf einem informationsasymmetrisch strukturierten Markt zu einer Strategie der Selektivaufklärung gegriffen: Positive Produktinformationen wurden übermittelt, weil sie die Zahlungsbereitschaft der Käufer erhöhten. **Negative Informationen** wie die **Höhe der Zinsen oder die Vertragsstrafen** wurden jedoch verschwiegen. Auch durch die Werbung in Massenmedien, durch die sich der Verbraucher über die verschiedenen Produktangebote informieren könnte, wurde die Hilflosigkeit des Verbrauchers noch verstärkt und gesteigert. Bei Annahme des Kredites glaubt der Verbraucher zwar eine rationale Entscheidung zu treffen, in Wirklichkeit jedoch wird er mehr oder weniger und oft auch durch Nutzung unlauterer (aggressiver) Geschäftspraktiken ferngesteuert.¹⁹ Seine freie Entscheidung ist dadurch häufig ausgeschaltet.

Die gesetzgeberische Schöpfung der Sicherungsübereignung an Immobilien: ein „Paradies“ für die Kleinkredit-Wirtschaft

Als Folge der Liberalisierung wurden die rechtlichen Hürden für die Kleinkredit-Wirtschaft abgeschafft. Die bereits genannte Novelle des ZGBs vom Jahr 1991 hat die Formen der hypothekarischen Sicherung von Forderungen an Immobilien in der Slowakei erweitert und vereinfacht: Die Novelle hat die **Sicherungsüber-**

¹⁵ Vgl. Rychtárik, Š.: Finančné aktíva a pasíva slovenských domácností (Finanziellen Aktiven und Passiven der slowakischen Haushalten). In: Biatic č. 2/2012. Bratislava 2012. http://www.nbs.sk/_img/Documents/_PUBLIK_NBS_FSR/Biatic/Rok2012/2-2012/01_biatic12-2_rychtarik.pdf

¹⁶ *Budjač* S. 143.

¹⁷ Vgl. Dobrovodský, R: Aktuálne otázky občianskoprávnej ochrany spotrebiteľa v právnom styku s podnikateľmi (Aktuelle Fragen des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes in der Rechtsverkehr mit Unternehmern) In: 16. slovenské dni obchodného práva (Die 16. slowakische Handelsrechtstage). Bratislava Slovenská advokátska komora (Slowakische Anwaltskammer). Bratislava. 2010 - S. 25ff.

¹⁸ Vgl. Mészáros, P.: Poskytovanie pôžičky spotrebiteľovi v minulosti a v súčasnosti (Kreditvergaben für Verbraucher in der Vergangenheit und in der Gegenwart) In: Súkromné právo v európskej perspektíve (Das Privatrecht in der europäischen Perspektive). Typi Universitatis Tyrnaviensis. Trnava 2011. S. 95-107.

¹⁹ *Budjač* S. 148.

eignung (zabezpečovací prevod práva) eingeführt. Es handelte sich damals um ein ziemlich neues Rechtsinstitut. Neben der Hypothek war die Sicherungsübereignung an Immobilien ein häufig verwendetes Sicherungsinstrument und gewährte dem Gläubiger durch den bedingten Erwerb des Eigentumsrechts an der Immobilie eine **höhere Sicherheit als die Hypothek**. Die Novelle ermöglichte dem Schuldner (Sicherungsgeber) die Übertragung seines Eigentumsrechts an den Gläubiger (Sicherungsnehmer) zur Sicherung der Erfüllung seiner Verpflichtung, die gegenüber dem Gläubiger besteht.

Vergleich mit dem Pfandrecht.

Stessl spricht von einer Form der Treuhand die dazu diente den strengeren Pfandrechtsbestimmungen auszuweichen.²⁰ Die Sicherungsübereignung unterscheidet sich vom Pfandrecht dahingehend, dass beim Pfandrecht der Pfandbesteller **sein Eigentumsrecht am Pfandgegenstand nicht einbüßt**, während dies bei der Sicherungsübereignung der Fall ist.

Ein weiterer Unterschied besteht in der **Verwertung der Sicherheit**: Während beim Pfandrecht **die Verfallsklausel**, eine Vereinbarung, dass die Sache nach Fälligkeit der Schuld dem Gläubiger automatisch zufällt verboten ist, **kann dies** bei der Sicherungsübereignung **sehr wohl vereinbart werden**. Die Übertragung dieses Rechts steht unter einer auflösenden Bedingung: Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung rechtzeitig und ordnungsgemäß, so geht das zuvor übereignete Recht **ex lege vom Gläubiger auf den Schuldner über**. Rechtsfolge der Erfüllung der Verpflichtung ist die automatische Übertragung des übereigneten Rechts auf den Schuldner. Ein weiterer Rechtsakt zur Erlangung der ursprünglichen Rechtsposition ist nicht erforderlich.

Aus der Sicht des Verbrauchers als Schuldner für das Pfandrecht sprechen die zufriedenstellende und umfassende gesetzliche Regelung, zahlreiche Judikatur²¹ und die historische Entwicklung dieses Rechtsinstituts. Im Vergleich dazu, überlies der Gesetzgeber den Vertragsparteien der Sicherungsübereignung **eine weitgehende Vertragsfreiheit**.²² Der kontrahierungswillige Vertragspartner - Schuldner (Sicherungsgeber) – war in der Praxis aber nicht der **beste Richter seiner eigenen Interessen**, da als vermöglicher Bürger (Verbraucher) er weder vernünftiger noch urteilsfähiger war. Er war nicht in der Lage den Vertrag über die Sicherungsübereignung möglichst genau und detailliert zu formulieren. Dies war die taktische Aufgabe des aus der Kleinkredit-Wirtschaft stammenden Gläubiger.

Modus Operandi des Missbrauches. Ein slowakischer Fall vor Gerichtshof der Europäischen Union

Aufgrund mangelnder Judikatur und kontroverser Lehrmeinungen in der praktischen Anwendung stößt die Sicherungsübereignung auf diverse Probleme. Diese Probleme und ein praktisch 15 Jahren dauerndes rechtliches Vakuum nutzte missbräuchlicherweise vor allem die Kleinkredit-Wirtschaft:

Durch Benutzung von **Verfallsklauseln** verloren viele Bürger ihr Eigentum an ihren Wohnungen und Häusern. War die Forderung z. B. in Höhe von 10.000 eur auch nur teilweise nicht befriedigt, hat der Gläubiger **sofort** mit der Befriedigung aus Sicherungsübereignung in Form einer Verwertung der übereigneten Immobilie (direkte Verwertung durch den Gläubiger oder mittels "freiwillige" Versteigerung) reagiert.

Valachovič dokumentiert die Fälle des Missbrauches der Sicherungsübereignung: In der Praxis kam es zu Veräußerungen von Liegenschaften **unter 50 % des Wertes der Immobilie**. In einigen Fällen auch im Ausmaß von nur 35 % des Wertes, und dies obwohl die Forderung beispielsweise lediglich 8 % des Versteigerungserlöses ausmachte.²³

²⁰ Vgl. Stessl, L.: Zur rechtlichen Stellung der Sicherungsgläubiger im Konkurs. VII. Lubyho právnické dni (2002). Sicherung von Forderungen und deren Befriedigung in Festschrift für Stefan Luby, VII. S. 519.

²¹ Obwohl auch die Rechtsprechung der Bezirksgerichte und Kreisgerichte zeigt dass vor allem bei der Verwertung der verpfändeten Immobilie in Form der direkten Verwertung durch den Hypothekargläubiger und Verkauf der Immobilie durch freiwillige Versteigerung die gerichtliche Intervention notwendig war (Kreisgericht Banská Bystrica, 14Co/346/2011, Bezirksgericht Banská Bystrica, 10C/121/2011); Dazu näher: Budjač, M.: Komentár k § 53 in: Števíček, M., Dulak, A., Bajánková, J., Fečík, M., Sedlačko, F., Tomašovič, M. a kol.: Občiansky zákonník I. § 1 - 450. Komentár (Kommentar zum Zivilgesetzbuch). Praha: C.H.Beck, 2015. S. 625 und ff.

²² Vgl. Števíček, M.: Otázky nad zabezpečením záväzku prevodom práva. VII. Lubyho právnické dni (2002). Sicherung von Forderungen und deren Befriedigung in Festschrift für Stefan Luby, VII. S. 322.

²³ Valachovič, M. Zákoné záložné právo podľa § 15 zákona o vlastníctve bytov a nebytových priestorov (zákon č.

Mit der Verwertung einer für einen Hypothekendarlehensvertrag bestellten Sicherheit hat sich auch der Gerichtshof der Europäischen Union beschäftigt: Im Rechtsstreit zwischen Frau Kušionová aus der Slowakei und der SMART Capital a.s. wegen der Art und Weise der Verwertung einer für einen Hypothekendarlehensvertrag bestellten Sicherheit und wegen der Zulässigkeit der in diesem Vertrag enthaltenen Klauseln legte Gericht in der Slowakei Fragen zur Vorabentscheidung vor. Am 26. Februar 2009 schloss Frau Kušionová mit SMART Capital²⁴ einen Verbraucherkreditvertrag über einen Betrag von 10 000 Euro. Zur Sicherung der Forderung wurde ein Grundpfandrecht an dem Einfamilienhaus bestellt, in dem die Klägerin des Ausgangsverfahrens wohnt. Diese erhob beim Okresný súd Humenné (Bezirksgericht Humenné) Klage auf Nichtigerklärung des Kreditvertrags und des Vertrags über die Bestellung des Pfandrechts wegen Missbräuchlichkeit der zwischen ihr und dieser Gesellschaft vereinbarten Vertragsklauseln. Dieses Gericht des ersten Rechtszugs stellte fest, dass einige Klauseln missbräuchlich seien, und erklärte den Kreditvertrag für teilweise nichtig. Der Pfandbestellungsvertrag wurde insgesamt für nichtig erklärt. Gegen dieses Urteil legten beide Parteien Berufung zum Krajský súd v Prešove (Regionalgericht Prešov) ein. Das vorliegende Gericht möchte wissen, ob eine der Klauseln des Pfandbestellungsvertrags, nämlich diejenige über die außergerichtliche Verwertung des vom Verbraucher als Sicherheit bestellten Grundpfandrechts, missbräuchlich ist, und weist darauf hin, dass diese Klausel dem Gläubiger erlaubt, das bestellte Pfand zu verwerten, ohne dass eine gerichtliche Kontrolle stattfindet. Im Rahmen dieser Beurteilung hat das vorliegende Gericht jedoch auf eine weitere Schwierigkeit hingewiesen, die sich daraus ergibt, dass die betreffende Klausel auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht, nämlich auf § 151j²⁵ des ZGB. Da die Vertragsklauseln, die das vorliegende Gericht zu prüfen hat, möglicherweise als missbräuchlich im Sinne der Richtlinie 93/13 anzusehen seien und eine dieser Klauseln auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe, ist dieses Gericht der Auffassung, dass die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits von der Auslegung des Unionsrechts abhängt.

Unter diesen Umständen hat der Krajský súd v Prešove beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Sind die Richtlinie 93/13 und die Richtlinie 2005/29 im Licht von Art. 38 der Charta dahin auszulegen, dass sie einer Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats wie § 151j Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Verbindung mit den übrigen Bestimmungen der im Ausgangsverfahren einschlägigen Regelung entgegenstehen, die es dem Gläubiger ermöglicht, im Wege der Zwangsvollstreckung in eine als Sicherheit dienende Immobilie des Verbrauchers eine auf unzulässigen Vertragsbedingungen beruhende Leistung zu fordern, ohne dass diese Vertragsbedingungen durch ein Gericht geprüft werden, und obwohl die Parteien hinsichtlich der Frage, ob es sich um unzulässige Vertragsbedingungen handelt, widerstreitende Ansichten vertreten?

2. Stehen die in der ersten Frage angeführten Rechtsvorschriften der Europäischen Union einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift wie § 151j Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Verbindung mit den übrigen Bestimmungen der im Ausgangsverfahren einschlägigen Regelung entgegen, die es dem Gläubiger ermöglicht, im Wege der Zwangsvollstreckung in eine als Sicherheit dienende Immobilie des Verbrauchers eine auf unzulässigen Vertragsbedingungen beruhende Leistung zu fordern, ohne dass diese Vertragsbedingungen durch ein Gericht geprüft werden, und obwohl die Parteien hinsichtlich der Frage, ob es sich um unzulässige Vertragsbedingungen handelt, widerstreitende Ansichten vertreten?

182/1993 Z.z.) Bulletin slovenskej advokácie 1-2/2008 (Das gesetzliche Pfandrecht nach § 15 des Gesetzes über das Wohnungseigentum und das Eigentum an Gewerberäumen. Bulletin der slowakischen Anwaltschaft – BSA 1-2/2008. S. 17.

²⁴ Die Rechtssache C-34/13, Urteil vom 10. September 2014.

²⁵ Wird die durch ein Pfandrecht gesicherte Forderung nicht ordnungsgemäß und rechtzeitig erfüllt, kann der Pfandgläubiger die Verwertung des Pfandes betreiben. Soweit dieses Gesetz oder ein besonderes Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, kann sich der Pfandgläubiger im Rahmen der Verwertung des Pfandes in der vertraglich bestimmten Weise oder durch Verkauf des Pfandes im Wege der Versteigerung nach einem besonderen Gesetz ... befriedigen oder Befriedigung durch Verkauf des Pfandes nach besonderen gesetzlichen Vorschriften ... verlangen, vorbehaltlich entgegenstehender Bestimmungen dieses Gesetzes oder eines besonderen Gesetzes.“

3. Ist das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Simmenthal (EU:C:1978:49) dahin zu verstehen, dass für die Erreichung des Zwecks der in der ersten Frage angeführten Richtlinien das nationale Gericht im Licht von Art. 38 der Charta die innerstaatlichen Bestimmungen wie § 151j Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Verbindung mit den übrigen Bestimmungen der im Ausgangsverfahren einschlägigen Regelung unangewandt lässt, die es dem Gläubiger ermöglicht, im Wege der Zwangsvollstreckung in eine als Sicherheit dienende Immobilie des Verbrauchers eine auf unzulässigen Vertragsbedingungen beruhende Leistung zu fordern, ohne dass diese Vertragsbedingungen durch ein Gericht geprüft werden, wodurch ihre amtswegige gerichtliche Kontrolle verhindert wird, obwohl die Parteien widerstreitende Ansichten vertreten?

4. Ist Art. 4 der Richtlinie 93/13 dahin auszulegen, dass eine in einem Vertrag mit einem Verbraucher enthaltene Vertragsbedingung, die von diesem ohne anwaltlichen Beistand vereinbart wird und die es dem Gläubiger ermöglicht, ohne gerichtliche Kontrolle die außergerichtliche Vollstreckung in ein Pfand zu betreiben, den unionsrechtlichen Grundsatz der amtswegigen gerichtlichen Kontrolle von Vertragsklauseln umgeht und daher auch dann missbräuchlich ist, wenn der Wortlaut dieser Vertragsklausel aus einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift stammt?

Der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

1. Die Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach eine auf möglicherweise missbräuchlichen Vertragsklauseln beruhende Forderung im Wege der außergerichtlichen Verwertung eines vom Verbraucher eingeräumten Grundpfandrechts begetrieben werden kann, nicht entgegenstehen, soweit diese Regelung die Wahrung der dem Verbraucher durch diese Richtlinie verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert, was zu prüfen Aufgabe des vorlegenden Gerichts ist.

2. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 ist dahin auszulegen, dass eine in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher enthaltene Vertragsklausel nur dann vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen ist, wenn sie auf dem Inhalt einer bindenden Rechtsvorschrift beruht, was zu prüfen Aufgabe des vorlegenden Gerichts ist.

Gesetzgeberische Interventionen

Bis zu dem Moment, als der Gesetzgeber beschloss, **eine umfassende Novelle** über die Bestimmungen der Sicherungsübereignung (Gesetz - Nr 568/2007) zu erlassen, war der Gläubiger berechtigt das übereignete Recht während des aufrechten Rechtsverhältnisses der Sicherungsübereignung **an Dritte zu übertragen oder zugunsten anderer zu belasten**. Im Außenverhältnis hat er die volle rechtliche Position eines Eigentümers. Erst die Novelle vom Jahr 2007 regelte dass jegliche vor der Fälligkeit der besicherten Forderung abgeschlossene Vereinbarung, auf deren Grundlage sich der Gläubiger dadurch befriedigen kann, dass er das Eigentumsrecht an der Liegenschaft endgültig erwirbt, ungültig sind.

Erst die zweite Novelle vom Jahr 2008 verbietet völlig die Erstellung der **Sicherungsübereignung an Immobilien** als Sicherung der verbraucherrechtlichen Forderung. Diese Novelle regelte auch rückwirkend die Methoden der Verwertung der Immobilie, die als Gegenstand der Sicherungsübereignung diente.

Diese legislativen Schritte sind willkommen. Meiner Meinung nach kamen sie zu spät. In der Zeitspanne von 1992 – 2007 sind viele Menschen obdachlos geworden. Der Staat musste die Sozialhilfen zahlen und Ersatzwohnungen gewähren. Die slowakischen Bürger haben durch Beiträge in den Sozialhilfefonds die Opfer von **bad banks und bad-Kleinkredit-Wirtschafts** saniert. Die „Täter“ sind vor der Steuerpflicht meistens in die Steueroasen geflüchtet.

Ich wünsche den georgischen Policy Makers und dem Gesetzgeber dass sie vernünftig und besonnen bei der Eröffnung von Märkten agieren. Bei der Formulierung der Gesetze sind vor allem die Interessen der georgischen Bürger und Verbraucher zu berücksichtigen.

III. საკუთრების რეგულირების ცალკეული ასპექტები

III. Einzelne Aspekte der Regelung des Eigentums

III. Отдельные аспекты регулирования права собственности

III. Certain Aspects of Property Regulation

Социологические аспекты огосударствления отношений собственности на примере экономики РФ

На протяжении более чем двух десятилетий в Российской Федерации происходит глубинная трансформация отношений собственности, главным вектором которой можно считать развитие собственности частной. История возрождения этого института представляет собой процесс преодоления общей для всех постсоветских стран базовой модели отношений собственности. И сегодня успех правовой эволюции той или иной страны на постсоветском пространстве можно оценивать, исходя из того, насколько успешно был преодолен и одновременно использован опыт советской модели.

1. Советская модель права

Уникальной чертой и конституционной основой всей советской системы¹ был институт социалистической собственности в составе государственной (общенародной) и колхозно-кооперативной, обладавший привилегированным местом в структуре общественных отношений и вытеснивший представление о ключевой роли частной собственности на периферию как повседневной практики, так и правовой теории. Институт частной собственности был редуцирован преимущественно до собственности личной вне рыночного оборота. Конституция СССР содержала прямой запрет на коммерческое использование имущества граждан – извлечение нетрудовых доходов.²

Наличие частной собственности зачастую становилось существенным обременением для индивида или домохозяйства: предполагало увеличение налоговых платежей (удвоение сельскохозяйственного налога для единоличных хозяйств).³ Или закрывало собственникам доступ к системам государственного распределения и обеспечения граждан (отказ в постановке в очередь на улучшение жилищных условий). Это побуждало граждан к отказу от собственности, иногда радикальными методами – через уничтожение соответствующих объектов. Особенно этот процесс был заметен в сельской местности.⁴ В ряде случаев высказывается точка зрения, что в советский период режим частной собственности де-факто существовал, хотя и в теневом режиме.⁵ В распоряжении граждан имелись относительно простые и доступные и, главное, легальные механизмы, компенсирующие заведомую неполноту прав держателя имущества, формальным собственником которого было государство. Гражданин мог с согласия соответствующих органов обменять недвижимое имущество, находящееся в пользовании. С этой точки зрения, существовал и своеобразный рынок со своими профессионалами, координировавший спрос и предложение и осуществлявший функцию циркуляции имущественных активов. Также в правовой ситуации, когда полноценная передача жилой недвижимости по наследству была в принципе невозможна, - определить потенциального преемника в основном из числа родственников, зарегистрировав его проживание в квартире.⁶

Тем не менее, подобные явления все же представляли собой периферию общественных отношений, поскольку государство сохраняло за собой контрольные полномочия и могло эффективно

¹ Конституция СССР, 1977, ст.10-12.

² Конституция СССР, 1977, ст.13.

³ СССР, Декрет ВЦИК и СНК от 10.05.1923 О едином сельскохозяйственном налоге; СССР, Закон о сельскохозяйственном налоге от 08.08.1953 ст.12, ст. 6-7.

⁴ Трагедия советской деревни. Коллективизация и раскулачивание. Документы и материалы. Т.5. Книга 1. Москва: Росспэн: 2004.

⁵ Шмелев Н.П., Попов В.В., На переломе: экономическая перестройка в СССР. М.: Агентство печати Новости, 1989, 436 с.

⁶ СССР. Постановление Совета Министров от 28.08.1974 №678 О некоторых правилах прописки граждан.

воспрепятствовать личным устремлениям гражданина. Поэтому указанные паллиативы собственности были терпимы только в качестве компенсаторных механизмов в условиях, когда государство, будучи центральным экономическим актором и ведущим механизмом распределения благ было не в состоянии удовлетворить даже базовые запросы общества. Что позволяет сегодня характеризовать эту систему как нерыночную «экономику раздатка».⁷

В то же время незыблемость государственной собственности опиралась на многочисленные нормы и механизмы защиты конституционного, гражданского, административного и уголовного права как во внутриэкономических отношениях, так и на внешнеэкономической арене. Усиленный режим уголовного преследования за преступления против государственной собственности сочетался с ее привилегированным положением в гражданском праве, что отражено в целом ряде норм:

- неограниченная виндикация государственного имущества;⁸
- отсутствие исковой давности по требованиям государственных организаций о возврате имущества;⁹
- особый порядок обращения взыскания на государственное имущество¹⁰ и другие.

Во внешнеэкономических отношениях Советский Союз активно использовал государственный статус своих предприятий, с тем, чтобы в полной мере распространить на них защитные механизмы абсолютного государственного иммунитета. Несмотря на настойчивую критику этой политики со стороны зарубежных контрагентов, постепенный отход от этой концепции внешних экономических отношений фиксируется лишь ближе к 1990-м.

С отказом от советской модели общественных отношений происходит правовая реабилитация частной собственности с установлением уже на конституционном уровне принципа равенства и правовой защиты всех видов собственности в РФ.¹¹

Современная реакция в правовой и политической мысли на недавнее прошлое, когда государственная или «общенародная» собственность являлась основной формой собственности, а попытки огосударствления отношений собственности оказались несостоятельны, обнаруживает существенный негативизм по отношению к различным формам публичной собственности. Гражданское право встраивает публично-правовые институты в смысловой ряд централизации и концентрации власти, отношений власти-подчинения, несвободы, этатизма. В то же время гражданско-правовые институты характеризуются посредством позитивно окрашенных понятий индивидуальной свободы, автономии, интереса, рациональности.¹²

Эмоционально подобная реакция вполне понятна. В ходе транзита от планового хозяйства к рыночному укладу институт государственной собственности претерпел радикальные изменения. Из института, определявшего всю систему хозяйственных отношений, он трансформировался в один из конституционно-правовых институтов, существующих наравне с институтом частной собственности, а государство, по крайней мере, на уровне идеологии разделило свои функции с рынком.

Прошедшее время, однако, показало, что сформировавшаяся в РФ система взаимодействий между публичной и частной сферами, позиционно и институционально представленными автономно функционирующими

- государством и гражданским обществом,
- государством и рынком,
- публичной (в правовой системе Российской Федерации – государственной - т.е. федеральной собственностью и субъектов федерации, и муниципальной собственностью) и частной собственностью, чрезвычайно далека от того нормативного идеала, который был заложен в основополагающих доктринах, на реализацию которых были нацелены реформы.

⁷ Бессонова О.Э. Раздаточная экономика России: эволюция через трансформации. М.: РОССПЭН, 2006. 144 с.

⁸ ГК РСФСР 1964 г., ст. 153.

⁹ ГК РСФСР 1964 г. ст.90., ч.1., п. 2.

¹⁰ ГК РСФСР 1964 г., ст. 98.

¹¹ Конституция РФ, 1993, ст.8.2.

¹² Покровский И.А., Основные проблемы гражданского права. М: Статут, 1998; С. 36-38; Rudenko Wiktor. Własność publiczna i jej podział w kontekście zmian społeczno-ekonomicznych w Rosji // Własność – zagadnienia ustrojowo-prawne. Porównanie rozwiązań w państwach Europy Środkowo-Wschodniej / Pod redakcją Krzysztofa Skotnickiego. – Łódź, 2006. – S. 153–172.

Чтобы понять специфику современной правовой ситуации в РФ необходимо вновь обратиться к анализу организующей роли государства в общественных и экономических отношениях, или шире – к анализу соотношения публичной и частной сфер и их правовому оформлению. В связи с этим для оценки перспектив правовой эволюции в современной РФ нам потребуется оценить,

во-первых, роль государства в структурировании общества сегодня,

во-вторых, экономический и административный потенциал российского государства по отношению к рынку.

2. Государство как центр общественной системы

Отвечая на первый из поставленных вопросов, необходимо отметить, что государство в современной Российской Федерации остается не просто организационным аппаратом, осуществляющим функции управления, координации развития, согласования общественных интересов, но является одним из основных механизмов структурирования общества.

В свое время, характеризуя бесклассовую социальную структуру советского общества с целью объяснить объективно существующие в ней неравенства, социологи использовали термин «ранговое общество».¹³ Он обозначал социальную структуру, в которой жизненные возможности человека, его доход и доступ к централизованно распределяемым благам (жилье, продукты и товары, система здравоохранения, организации досуга) определялись значимостью ведомства, министерства, предприятия, к которому относился индивид, в общей структуре государства.

Подобная структура отношений в полной мере сохраняет свою значимость и в современной РФ, где социальный статус, жизненные возможности и престиж различных групп определяется, прежде всего, именно их позицией по отношению к государству и его распределительным возможностям. Что позволяет сегодня делать выводы не только о провале рыночной парадигмы в РФ, но и о «новой сословности» в современной российской социальной структуре.¹⁴

Динамика, возвращающая государство в центр общественной и экономической системы, является преобладающей минимум в течение последних 10 лет. Прежде всего, государство в полной мере восстановило свои позиции основного источника дохода граждан: через пенсионную систему и систему пособий для нетрудоспособного и временно нетрудоспособного населения, систему социальной помощи для многочисленных категорий льготников, а также напрямую в качестве наиболее привлекательного работодателя. По данным Росстата доли государства и рынка в структуре занятости в РФ практически равны.¹⁵

При этом занятость в госсекторе заведомо означает относительно большие социальные гарантии в плане соблюдения трудового законодательства, стабильности занятости, «белой» зарплаты, гарантирует размер будущей пенсии, предоставляет для ряда категорий занятых расширенные возможности доступа к социальным благам: здравоохранению, системам дошкольного образования, бесплатному высшему образованию минуя конкурсные процедуры (целевой прием в вузы) и т.д. Как будет показано ниже – открывает недоступные другим категориям граждан возможности приобретения собственности.

Если в 2003 г. на государственных предприятиях были заняты преимущественно представители малообеспеченных слоев населения. То уже к 2012 г. эта структура превращается в прямо противоположную.¹⁶ Занятость же в государственном секторе экономики сегодня характеризует в первую очередь наиболее благополучные слои населения. А в рынок фактически сбрасываются излишние в государственном секторе трудовые ресурсы.

По данным Росстат и ведомственной статистики около 20 млн из 72 млн (более четверти) экономически активного населения прямо занято в государственном и муниципальном секторе –

¹³ Радаев В.В., Шкаратан О.И. Социальная стратификация. М.: Наука, 1985, 237 с.

¹⁴ Тихонова Н.Е. Социальная стратификация в современной России. Опыт эмпирического анализа. М.: Новый хронограф, 2014, с. 289-385; Кордонский С.Г. Сословная структура постсоветской России. М.: Институт Фонда «Общественное мнение», 2008. 216 с.

¹⁵ Росстат. Малое и среднее предпринимательство в России, 2015. http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/publications/catalog/doc_1139841601359.

¹⁶ Тихонова, *op. cit.* с.152-155.

государственная и муниципальная служба, ВС, МВД, МЧС, бюджетные здравоохранение и образование. Цифра становится существенно больше, если учесть не попадающие в статистику де-факто государственные предприятия, созданные в частно-правовых формах.

Также в РФ действует около 2,6 миллионов средних и малых частных предприятий (собственно именно они и представляют собой рыночный сегмент в чистом виде). В совокупности они трудоустраивают 12,6 млн россиян (около 16,8% экономически активного населения), генерируя при этом среднюю заработную плату для своих сотрудников на уровне 17 тыс. рублей, что примерно на 20% ниже среднего показателя по стране.¹⁷

Еще 3,5 млн граждан составляют контингент фактически действующих индивидуальных предпринимателей, обеспечивая рабочее место в целом для 4,5 млн (6% экономически активных) россиян преимущественно в розничной торговле. Представление об их успехе на рынке можно составить из данных о «выживаемости»: из 3,5 млн зарегистрированных ИП, только 636,7 (пятая часть) зарегистрированы до 2004 г.¹⁸ С 2012 г. фиксируется устойчивый отток числа ИП. Та же тенденция наблюдается по крестьянским хозяйствам. Неформальный сектор экономики в 2015 г. добавляет к этому числу 15% от всех занятых, которые работают в непрозрачных условиях (без легализации трудовых отношений) и получают заработную плату на 18-20% ниже сопоставимой в условиях официальной занятости.¹⁹

Фактически для рядового гражданина стать индивидуальным предпринимателем это выбор трудовой стратегии в условиях, когда выбора уже нет. Подобная деятельность практически соответствует уровню физического выживания. В итоге около 35% населения (по оценке Н. Тихоновой – 48%) концентрируется в стратах беднейших и малообеспеченных.

Положение данных слоев населения за пределами государственной занятости предопределяет отсутствие у них возможностей к накоплению имущественных активов и закрывает доступ к приобретению крупных объектов собственности.

3. Собственность граждан в РФ

Для данной статьи особое значение имеет тот факт, что именно позиция индивида в структуре государства или за его пределами определяет его доступ к приобретению, удержанию и накоплению собственности. В данном разделе целесообразно сконцентрироваться только на одном виде собственности: недвижимости жилого назначения, предназначенной для постоянного проживания. Именно этот вид собственности является наиболее значимым для определения уровня экономического благосостояния различных социальных групп. Кроме того, именно в этом сегменте в наибольшей мере проявляется конфликт ценностей, заложенный уже на конституционном уровне²⁰ и существенно влияющий на понимание института частной собственности и развитие его концепции в праве.

В современной Российской Федерации институт собственности некоммерческого характера продолжает оставаться высоко централизованным под эгидой государства. Несмотря на то, что в ходе приватизационной программы сформировался значимый слой собственников жилой недвижимости, как правило, в режиме общей (долевой) собственности членов семьи, реже индивидуальной, в государственной и муниципальной собственности на 2015 г. остается минимум 20% всех объектов недвижимости жилого назначения, которые в принципе подлежали приватизации.²¹

К этому числу необходимо добавить объекты, которые по закону не могли быть приватизированы гражданами: жилье, относящееся к аварийному и ветхому, а также объекты жилой недвижимости, находящиеся в собственности различных государственных министерств и ведомств. В итоге на сегодняшний день долю государственной, муниципальной и ведомственной недвижимости в общем жилом фонде можно оценить минимум в 25% с тенденцией к увеличению этой доли.

¹⁷ пересчет по уровню заработной платы 2010 года.

¹⁸ Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей по состоянию на 01.08.2015.

¹⁹ Росстат. Экономическая активность населения России, 2014. http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/publications/catalog/doc_1139918584312.

²⁰ Конституция РФ, ст. 40 и 34, 35.

²¹ Росстат Основные показатели жилищных условий населения, 18.09.2015 http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/housing/#.

Принципиально, однако, что государство продолжает быть одним из главных источников приобретения частной собственности некоммерческого назначения. Речь идет уже не о приватизации активов еще советского происхождения. Сегодня существует целый ряд инструментов, которые обеспечивают государственную поддержку гражданам в приобретении жилья. Некоторые из них применяются относительно эгалитарно, например, предоставление налогового вычета на сумму до 2 млн рублей (без учета процентов по кредитам) при приобретении жилья.²²

Более интересны механизмы, которые обеспечивают ряду категорий граждан возможность приобретать жилую недвижимость и вступать в права собственности вне рыночных механизмов, не мобилизуя собственные активы, но задействуя государство в качестве источника средств. Наиболее очевидны из них приобретение недвижимого имущества с помощью государственных жилищных сертификатов, предоставление социального жилья с возможностью дальнейшей приватизации, приобретение жилья с помощью материнского капитала, обеспечение льготных условий участия в ипотечных займах, бесплатное предоставление жилья в собственность отдельным категориям граждан (сироты, пострадавшие от катастроф и др.), ипотечно-накопительная система для военнослужащих.

Использование гражданами таких инструментов сопряжено с одновременной активацией механизмов, способствующих сохранению контрольных прав государства над индивидуальной собственностью. Так гражданин может обязываться сохранять неизменным место своей работы в течение определенного достаточно длительного периода после приобретения объекта, как это происходит в случае так называемой «военной ипотеки». В этом случае собственность поступает гражданину с обременением в пользу Российской Федерации, и возникает обязанность оставаться на военной службе в течение 20 лет (10 лет по льготным основаниям).²³ Требование сохранять место работы в течение 5 лет является обычным и при приобретении жилья трудоспособным гражданином посредством государственного жилищного сертификата, при том, что государственная субсидия способна покрыть лишь часть расходов на приобретения жилого объекта.

Использование материнского капитала²⁴ в покупке недвижимости означает обязательное наделение долями несовершеннолетних, что активизирует контрольные полномочия органов опеки и попечительства при дальнейших действиях собственника в отношении этого объекта недвижимости (этот же механизм действует при приватизации жилья с участием несовершеннолетних).

Объем жилой недвижимости граждан, остающейся в той или иной мере под обременением в пользу РФ или иными методами государственного надзора только за счет перечисленных инструментов, сегодня составляет в совокупности около 12% всего жилого фонда РФ (без учета приватизированных с участием несовершеннолетних квартир, или приватизированных квартир, где несобственники сохраняют право проживания).

Активные и масштабные полномочия государства препятствует превращению собственности в виде жилой недвижимости в реальный рыночный актив. Полноценному становлению собственности в качестве частной препятствует не только способ ее приобретения через опосредующие государственные механизмы, но и качество владения. Наличие в собственности второго жилого объекта характерно лишь для небольшой части россиян из наиболее обеспеченных слоев. Оценочно всего таких объектов в стране около 5 миллионов (около 7% всего жилого фонда в собственности около 3% населения страны).²⁵ Для абсолютного большинства домохозяйств это приобретение было и остается **единственным жильем**.

При этом в РФ установлен исполнительский иммунитет в отношении единственного жилья, если оно не является объектом ипотеки по целевому займу.²⁶

При этом суды, как правило, признают ничтожным залог единственного жилья в обеспечение обязательств по нецелевому кредиту или займу, и подтверждают, таким образом, приоритет конституционных прав граждан-должников перед их обязательствами по договорам и контрактам. Конфликт конституционных ценностей, связанных с правом граждан на жилье и связанных с их правом заниматься

²² РФ. Налоговый кодекс, ст. 220.

²³ РФ. Федеральный закон от 20 августа 2004 г. N 117-ФЗ О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих.

²⁴ РФ. Федеральный закон от 29.12.2006 N 256-ФЗ “О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей”.

²⁵ Расчет по: Тихонова. *op. cit.*

²⁶ ГПК, ст. 446; Постановление КС РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П.

предпринимательской деятельностью, в целом решается не в пользу рынка. Исходя из этих же позиций, сформулированы последние нормы законодательства о банкротстве физических лиц.²⁷

Несмотря на то, что позиции о возможности изъятия единственной жилой недвижимости все же высказываются²⁸, в целом баланс прав и законных интересов взыскателей и должников оказывается нарушен, и недвижимое имущество, находящееся в собственности граждан не может выполнять роль стабилизатора и гарантии их обязательств перед контрагентами.

Наконец, следует указать, что вне государственной помощи значимое число собственников не в состоянии нести выполнять обязанности по содержанию своей жилой недвижимости²⁹: до 25% граждан получают различные виды вспоможения (как в натуральном виде, так и в денежном) для оплаты услуг ЖКХ и содержания жилья, еще 6% домохозяйств получают субсидию на оплату коммунальных услуг. В случае ухода государства из этой сферы и росте долгового бремени, в данном сегменте правоотношений будут возникать массовые конфликты, неразрешимые в данной конфигурации отношений собственности. То же относится к риску гибели имущества³⁰ в этом сегменте собственности: государство активно восполняет утраченную в ходе природных и техногенных катастроф собственность посредством целевых программ.

Таким образом, в некоммерческой сфере крупная частная собственность предстает, прежде всего, в виде **неотчуждаемого конституционного блага под защитой государства**. В настоящее время эта позиция усиливается: в условиях, когда рынок через систему распределения трудовых доходов не в состоянии обеспечить достаточный уровень доступа к объектам недвижимости «государство должно обеспечить нуждающихся жильем, но не собственностью».³¹

Это предопределяет постепенное сворачивание программы приватизации жилой недвижимости (на момент написания статьи срок окончания программы буде предположительно установлен на 01.03.2017 г., будет ли он продлен, или станет ли приватизация бессрочной в настоящее время вопрос дискуссионный), расширение жилищного строительства силами министерств, ведомств, государственных предприятий, в результате которого формируется ведомственный жилой фонд, не предполагающий передачи в собственность и участие в рыночном обмене. Фактически это означает реставрацию советской модели «государство/муниципалитет/ведомство-собственник, гражданин – наниматель» при незначительных собственных возможностях гражданина к приобретению полноценной частной собственности.

При этом доступ к приобретению частной собственности с помощью государственных программ предстает перед нами, прежде всего, **в виде привилегии** отдельных слоев населения, наделение ею становится одним из механизмов нерыночного распределения общественных благ с сохранением более или менее интенсивных инструментов контроля над переходами собственности со стороны государства.

Очевидно, что государство и в принципе не поощряет оборот собственности в сфере жилой недвижимости и ограничивает его, в т.ч., за счет особенностей налогового законодательства (требование трехлетнего владения). Такой «закрепленный» характер собственности фактически отбрасывает современное понимание собственности как рыночного актива к более раннему пониманию ее как **«богатства»** и функционально редуцирует ее качество к состоянию владения.

Поэтому реальный эффективный статус собственников в современном понимании для абсолютного большинства граждан оказывается отложен на отдаленную перспективу.

4. Государство в секторе собственности коммерческого назначения

Не меньшую значимость имеет позиция государства в сегменте крупной собственности производственного назначения. Экономика РФ в настоящее время является высокоцентрализованной. Прибыль всего около 200 организаций создает более 70% национального дохода, а численность занятых здесь составляет более 20% от общего числа работающего населения.³²

²⁷ РФ. Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О несостоятельности (банкротстве)".

²⁸ Определение СК по гражданским делам ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 80-В12-2.

²⁹ ГК РФ ст. 210.

³⁰ ГК РФ ст. 211.

³¹ зам. министра регионального развития РФ И. Пономарев. <http://www.restate.ru/material/132008.html>.

³² Минэкономразвития РФ, Перечень системообразующих организаций 08.02.2015. <http://economy.gov.ru/minrec/about/structure/depsectoreconom/2015020801>.

Необходимо отметить, что государственный сегмент собственности также продолжает оставаться высоко значимым, несмотря на масштабные проекты перевода ресурсов советской системы в рыночный сектор. Государство уже в ходе реализации программы приватизации закрепило за собой значительный пласт собственности в стратегически важных сегментах экономики. Первый ФЗ «О приватизации государственных и муниципальных предприятий» вводил классификацию объектов государственной собственности по возможности их приватизации. В 1992 г. первая Государственная программа приватизации содержала 24 категории объектов, приватизация которых была запрещена; 15 категорий объектов, приватизация которых могла происходить только по решению Правительства России, а 13 категорий – только с учетом мнения Госкомимущества.

Со временем этот перечень расширялся. Во второй Государственной программе приватизации,³³ список разрешенных к приватизации объектов только по решению Правительства РФ был увеличен до 36 категорий, на 20 категорий был увеличен список запрещенных к приватизации объектов. Та же политика проводилась и после принятия нового Федерального закона от 21 июля 1997 года № 123-ФЗ «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества Российской Федерации».

Тем не менее в результате приватизационных усилий к началу 2000 года совокупная доля чисто государственных и муниципальных организаций в общем числе организаций составляла 11,25%.³⁴ А к 2015 г. она составляет чуть более 6,5% от всех юридических лиц, зарегистрированных в РФ (включая государственные и муниципальные учреждения, унитарные предприятия).³⁵

Подобные цифры не должны вводить в заблуждение и вести к выводу о самоограничении государства в экономической сфере. Надо отметить, что ведение хозяйственной деятельности коммерческого плана является рутинной практикой государственных и муниципальных ведомств и служб (например, оказание платных услуг Министерством чрезвычайных ситуаций).

Уже сама классификация государственных и муниципальных учреждений показывает, насколько разветвленным и многообразным оказывается присутствие государства в хозяйственной деятельности в коммерческом и некоммерческом секторах экономики. Государственные корпорации и компании, государственные и муниципальные унитарные предприятия, казенные, бюджетные и автономные учреждения с особым правовым статусом и режимом для каждой категории и даже для отдельных предприятий - это те субъекты экономической деятельности, которые фактически изъяты из конкурентной логики рынка, являясь при этом де-факто значимыми акторами.

Основная деятельность таких организаций заключается в выполнении государственных (муниципальных) заказов и заданий. Главным источником их финансирования являются поступления из государственного (регионального) или муниципального бюджета в зависимости от принадлежности предприятия – в виде финансирования по смете для казенных учреждений, субсидии и субвенции для бюджетных и автономных учреждений, которые закрывают основные экономические потребности таких учреждений, включая обязательства по заработной плате, налогам, отчислениям в фонды обязательного страхования.

Все это позволяет квалифицировать данные организации как некоммерческие и регулировать их деятельность соответствующими правовыми актами. Тем не менее, они обладают также правом вести коммерческую деятельность в уставных целях, осуществлять реализацию товаров, работ, услуг, производить инвестирование и размещение на рынке своих временно свободных активов.³⁶

Государство устанавливает дифференцированные режимы передачи имущества своим учреждениям, которые определяют степень автономии распоряжения ими со стороны менеджмента компаний. Так имущество, переданное госкорпорации РФ, становится имуществом госкорпорации, госкомпания действует на основе доверительного управления, а бюджетные учреждения в режиме оперативного управления. Даже в рамках одной классификационной категории организации могут пользоваться различным объемом привилегий, поскольку для каждой из них может приниматься отдельный федеральный закон (случай государственных корпораций и компаний).

³³ Указ Президента РФ от 24 декабря 1993 года № 2284.

³⁴ Радыгин А.Д., Мальгинов Г.Н. Государственная собственность в российских корпорациях. М., 2001.

³⁵ Единый государственный реестр юридических лиц, 01.08.2015.

³⁶ Федеральный закон от 12.01.1996 N 7-ФЗ (ред. от 13.07.2015) "О некоммерческих организациях" ст. 7.1., 7.2., 9.2.4, 25, 26.

Такие различия определяют степени свободы, с которыми то или учреждение может включаться в рыночную деятельность, однако, при любом режиме государство и муниципалитет предоставляют своим аффилированным учреждениям механизмы снижения рисков от рыночной неудачи. Прежде всего, устанавливая многочисленные изъятия из списков объектов, на которые может быть обращено взыскание кредиторов. Взыскание не может быть наложено, например, на недвижимость и особо ценное имущество. В итоге во многих регионах распространены практики включения в эту категорию абсолютно всего имущества учреждения, даже находящегося за балансом (списанного и амортизированного). Что делает невозможным удовлетворение практически любого взыскания.

Таким образом, для этой категории организаций в полной мере наблюдается иммунитет, характерный для публичной собственности с ее принципами неотчуждаемости, неконфискуемости, недопустимости наложения на нее ареста и пр., при том, что подобные учреждения и организации в действительности включены в процессы, регулируемые частно-правовыми нормами.

Нерыночное преимущество, которое создано за счет аффилиации к государству приводит к тому, что целые отрасли экономики, особенно требующие существенных затрат, находятся под контролем подобных учреждений: наука, образование, здравоохранение, дорожное строительство, коммунальные услуги и др. Доминирование аффилированных к министерствам, ведомствам, муниципалитетам структур закрывают входение в соответствующие рынки частных игроков.

Что касается экономики, производящей национальный продукт и налоговую массу, то предпочтительным режимом присутствия государства здесь оказалось не собственно владение предприятиями и учреждениями на правах единственного собственника, хотя примеры тому есть – ОАО РЖД, ОАО Транснефть, АО Россельхозбанк и др., а участие в уставном и акционерном капитале, то есть присутствие в режиме смешанной формы собственности.

В случае если государство не является единственным собственником, оно рассматривается как равноправный владелец доли акций и соответствующий участник гражданско-правовых отношений, и публичный характер собственности здесь оказывается завуалирован. Вместе с тем мы можем наблюдать, что в регулировании АО с участием государства в значительной мере задействованы механизмы, связанные с де-факто публичным характером деятельности подобных организаций. Например, в электроэнергетике Организация по управлению единой национальной (общероссийской) электрической сетью формируется в форме АО (с участием государства в уставном капитале не менее 50% +1 акция) и осуществляет ограниченные права собственников и законных владельцев (право заключения договоров, использования объектов, ограничения на продажу) объектов электросетевого хозяйства.³⁷ В случае возникновения конфликта по поводу использования единой электроэнергетической сети РФ, спорный вопрос решается во внесудебном порядке, и арбитром выступает Правительство РФ.³⁸

В подобном правовом оформлении практически повсеместно государственная собственность лишь мимикрует, хотя и вполне успешно, под частную. В этом аспекте она открывает преимущественный доступ к ней определенным заинтересованным группам, ограничивая другие группы. При этом она сохраняет в полной мере защиты и иммунитеты, характерные для собственности публичной.

Таким образом, в существующие правовые реалии консервируют ситуацию, в которой на многих рынках государство оказывается доминирующим или единственным игроком, трансформируя свои предприятия в «естественные монополии» на федеральном или региональных рынках. Среди них крупные инфраструктурные отрасли, такие как российские железные дороги, газпромышленная и нефтетранспортная отрасли, атомная промышленность, кредитование и инфраструктурное обеспечение сельского хозяйства, региональные ипотечные агентства, банковский сектор, инфраструктура авиации и авиакомпаний. Но государствоцентрированные монополии формируются и в таких малоподверженных картелизации отраслях как, например, сельское хозяйство или швейная промышленность (сконцентрированная в РФ в системе исполнения наказаний).

При столь значимом количестве исключений из нормального гражданского поля правомерно задать вопрос, насколько адекватным является подобное вступление государства в частно-правовую сферу, посредством использования формы акционерного общества для осуществления функций, имеющих системную значимость и потому по природе своей публичных.

³⁷ ФЗ от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике" ст. 7.2., 8 .

³⁸ ФЗ от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике" ст. 7.2., 8.

Ответ здесь лежит, к сожалению, не столько в сфере правового регулирования, сколько в структурных особенностях российской административной системы. Очевидная проблема здесь заключается в том, что смешение частного и публичного начал в рамках единой правовой формы облегчает и способствует конвертации экономического актива, который формируется за счет функционирования всего народнохозяйственного комплекса и концентрируемого в руках государства за счет обязательных поступлений (налоговых платежей), в актив, распоряжение и потребление, извлечение выгоды из которого осуществляется фактически частным образом.

5. Выводы

В совокупности сказанное позволяет сделать не слишком оптимистичные выводы относительно качества и перспектив развития современных форм частной собственности в РФ.

Объем присутствия государства в ключевых отраслях экономики и его контроль над собственностью населения весьма масштабны. Но само по себе наличие крупных лотов государственной собственности не является проблемой. Во многих государствах объем публичной собственности вполне значим. Достаточно вспомнить, например, протяженные федеральные земли в собственности США в богатых полезными ископаемыми штатах.

Проблемой становится ситуация, когда происходит нефункциональное смешение публичной и частной собственности, при котором частная собственность получает атрибуты публичной, получая дополнительные степени защиты, а публичная функционирует как частная и выводится из-под контроля общества. Когда наличие публичной собственности не увязано жестко и необходимо с выполнением публичных функций.

Частью решения проблемы является системное разведение государства и рынка, которые должны быть максимально автономны. В противном случае участие государства в рынке становится механизмом эксплуатации, причудливым образом соединяя функции минимальной защиты населения перед лицом рынка и предоставлением колоссальных преимуществ на рынке немногочисленным привилегированным акторам.

В настоящее время практика законодательного регулирования отношений собственности в Российской Федерации базируется не на каком-либо системном видении распределения публичной и частной собственности, а строится из необходимости решения прагматических задач согласования интересов министерств, ведомств, политически влиятельных групп и задач поддержания функционирования российской экономики и общества. Поэтому в сегменте отношений собственности правовые решения оказываются высокочувствительными от текущей конфигурации политических интересов как на уровне нормотворчества, так и судебного правоприменения. Соответственно, правовые нормы, регулирующие деятельность экономических акторов чаще всего являются неуниверсальными и каждый раз формулируются заново, исходя из особенностей той или иной компании, корпорации, предприятия. Регулярный правовой процесс теряет свою эффективность перед административным торгом.

Эта ситуация определяет высокий коррупционный потенциал всей системы, где конкуренция между хозяйствующими субъектами ведется не за доли рынка, а за финансовые и имущественные потоки, распределяемые государством на федеральном и региональном уровне и муниципалитетами уже на уровне бюджетного планирования. Причем наиболее значимым вопросом становится распределение постов и должностей в соответствующих аффилированных по отношению к государству квазирыночных структурах. Низкий уровень прозрачности ведения деятельности в компаниях под контролем государства также является системной проблемой (здесь показателен, например, скандальный отказ руководителей государственных АО от публикации налоговых деклараций).

На макроуровне подобная ситуация представляет собой системную угрозу для развития частного права как такового, перемещая основной локус разрешения конфликтов из залов судов в административные органы.

В противовес современным концепциям развития частного права, которое определяется как самостоятельный автономный регулятор общественных отношений³⁹, в РФ структурой, определяющей вектор развития гражданских правоотношений, доктринальных дискуссий и юридических решений

³⁹ Jansen N., Michaels R., Private Law and the State. In: *RebelsZ Bd.71*, 2007, S. 345–397.

остаётся именно государство. Развитие частного права возможно только в том случае, если оба организующих центра общества функционально и организационно автономны, выполняют свойственные только им задачи. Если государство действительно является носителем и выразителем публичного, а рынок – частного интереса, и различие между этими сферами действительно существует и институционально поддерживается.

Поэтому магистральным направлением коррекции сложившейся ситуации является последовательное разделение публичной и частной сфер с распределением между ними сфер ответственности за общественное и экономическое развитие, функций. Подобное разведение позволило бы произвести более точную классификацию собственности, которая участвует в осуществлении публичных функций государства и поставить заслон ее переводу в частный оборот, с одной стороны, и с, другой стороны, вывести из-под государственных иммунитетов объекты собственности, которые де-факто играют роль рыночных активов, но имеют дополнительные степени государственной защиты, разрушая тем самым конкурентную рыночную среду.

Sociological Aspects of Transferring Ownership Relations into State Ownership Domain Illustrated by the Example the evidences from today's Russia's Economy

Deep transformation of ownership relations has been going on in the Russian Federation for more than two decades, and the main vector of the transformation was the evolution of private ownership. Reinstatement of private ownership is a process of eliminating the basic model of ownership relations that used to be a common model for all post-Soviet countries. Today the success of the evolution of post-Soviet legislations may be evaluated by the extent to which the Soviet model has been eliminated and at the same time used as experience.

1. Soviet Model of Law

The institution of socialist ownership, along with ownership by the state (the people), and collective farms and cooperatives, used to be the main attribute and the constitutional basis of the entire Soviet System.¹ Socialist ownership held a privileged position in the structure of public relations and dislodged the concept of private ownership to the periphery of the everyday practice as well as of the theory of law. The institution of private ownership was reduced to individual property that was not part of the market transaction. The USSR Constitution placed a direct ban on commercial use of property owned by individuals, which qualified as an offense of deriving unearned income.²

Private property possession frequently placed a serious burden on individuals or households as it implied increased taxes (such as doubled agricultural tax for individual households)³. In addition, it deprived the individual of access to systems of state distribution and provision of property (e.g. denial of inclusion in housing registers). That discouraged individuals from owning property, and sometimes they even destroyed their own assets. The process was especially obvious in rural areas.⁴

There is an opinion that private ownership actually de-facto existed in the Soviet period, though as a shadow institution.⁵ Individuals had access to relatively simple, affordable and, most importantly, legal mechanisms that compensated for the lack of rights enjoyed by holders of property that was formally owned by the state. With the consent of respective agencies, an individual could exchange the immovable property that was in his/her usage. From this viewpoint, there existed a market of some kind that coordinated both the offer and demand and fulfilled the function of circulating assets. Against the legal background in which transfer of residential real estate by succession was impossible in principle, individuals managed to identify

¹ USSR Constitution, 1977, Articles 10-12.

² USSR Constitution, 1977, article 13.

³ USSR, Decree of the All-Russian Central Executive Committee and the Council of People's Commissars of 10.05.1923 'On the Single Agricultural Tax; USSR, Law On the Agricultural Taxation of 08.08.1953, Article 12, Article 6-7.

⁴ Трагедия советской деревни. Коллективизация и раскулачивание. Документы и материалы (Tragedy of the Soviet Rural Population. Collectivization and Dekulakization. Documents and Materials) [-]. Т.5. Книга 1. Москва: Росспэн: 2004.

⁵ Шмелев Н.П., Попов В.В., На переломе: экономическая перестройка в СССР (Shmelev N. P., Popov V.V., On the Turning Point: Economic Reorganization in the USSR). М.: Агентство печати Новости, 1989, 436 с.

their potential successors, primarily family members, by having him/her registered at the apartment.⁶ Yet such transactions were still in the periphery of social relations as the State retained control over the property and could efficiently interfere with personal aspirations of individuals. Therefore, the above palliatives of ownership were tolerable only as compensatory mechanism in a situation where the state was the central economic actor and the main machinery for benefits distribution. Thus today this system can be referred to as the “economy of distribution”,⁷ that could not satisfy even the basic needs of the society.

At the same time, the stability of the system of state ownership was supported by numerous norms and mechanisms for the protection of the constitutional, civil, administrative, and criminal law in both domestic and foreign economic relations. Severe prosecution for crimes against state-owned assets was combined with the preferential treatment that the state property enjoyed in civil law, as reflected in a number of norms including:

- unlimited vindication of state assets;⁸
- lack of the statute of limitation of action for claims of state-owned organizations about return of property;⁹ and
- special procedures for recovery against state property,¹⁰ etc.

The Soviet Union actively benefited from the state-owned status of its enterprises in its foreign trade relations as it permitted protecting them by the application of protection mechanisms of absolute state immunity. Though strongly criticized by foreign counterparts, that policy of foreign economic relations was gradually abandoned only by 1990s.

Abandonment of the Soviet model of public relations brought about the rehabilitation of private ownership in law, and the principle of equality, and legal protection of all types of ownership was established at the constitutional level in the Russian Federation.¹¹

The legal and political beliefs of the recent past, with the state or “people’s” ownership being the main form of ownership and with the failed attempts to transfer all ownership relations to those of the state ownership only, have resulted in today’s substantially negative attitude to different forms of state/public ownership. Today’s civil law identifies state/public concepts as part of centralization and concentration of power, relations of power and subordination, lack of freedom, and statism. Contrastingly, civil institutions are described using positive attributes, such as individual freedom, autonomy, interest, rationality.¹²

Emotionally, such a response is understandable. During the transition from the planned economy to the market economy, the concept of state ownership has changed fundamentally. Once an institution that determined the entire system of economic relations, it has now transformed into one of the constitutional institutions that co-exist with the institution of private ownership; and the state, at least at the level of ideology, shares its functions with the market.

The system of interaction between the public and the private in the Russian Federation (henceforth ‘RF’) is represented, positionally and institutionally, by autonomously functioning

- the State and the civil society
- the State and the market
- public property (or, as stipulated in the RF law, state-owned property, i.e., federal property and property owned by federal entities and by municipalities) and private property.

Time has shown that this is very far from the perfect system that is reflected in fundamental doctrines and what the reforms intended to create.

⁶ USSR. Resolution of the Council of Ministers of 28.08.1974, #678 “On Some Rules of Residence Registration”.

⁷ Бессонова О.Э. Раздаточная экономика России: эволюция через трансформации (Bessonova O. E. Distribution Economy in Russia: Evolution Through Transformations). М.: РОССПЭН, 2006. 144 с.

⁸ RSFSR Civil Code, 1964, Article 153.

⁹ RSFSR Civil Code, 1964, Article 90, part 1, para 2.

¹⁰ RSFSR Civil Code, 1964, Article 98.

¹¹ Russian Federation Constitution, 1993, Article 8.2.

¹² Покровский И.А., Основные проблемы гражданского права (Pokrovsky, I. A. Main Issues of Civil Law). М: Статут, 1998; С. 36-38; Rudenko Wiktor. Własność publiczna i jej podział w kontekście zmian społeczno-ekonomicznych w Rosji // Własność – zagadnienia ustrojowo-prawne. Porównanie rozwiązań w państwach Europy Środkowo-Wschodniej / Pod redakcją Krzysztofa Skotnickiego. – Łódź, 2006. – S. 153–172.

In order to understand the specifics of today's legal situation in the RF, it is necessary to analyze the organizing role of the state in public and economic relations, or to scrutinize the relations between the public and the private in general as well as their reflection in law. Thus, for evaluating certain aspects of legal evolution in modern Russia, we need to study:

- the role of the state in the structure of today's society; and
- the economic and administrative capacity of the Russian State in relation to the market.

2. The State as the Center of the Public System

In response to the first question, it is necessary to mention that the state in the contemporary Russian Federation remains not only the organizational machinery fulfilling the function of governance, coordination of development or public interests, but it is also one of the main mechanisms for structuring the society.

Sociologists used to apply the term of "society of ranks" to characterize the classless social structure of the Soviet society and to objectively explain existing inequalities.¹³ They described the social structure, in which individual's life capacity, income and access to centrally distributed benefits (housing, food and goods, healthcare system, recreation, etc.) were determined by the importance that the state agency, ministry, or enterprise, to which the individual belonged, had in the general structure of the state.

Such structure of relations is fully preserved in contemporary Russia where social status, life opportunities and prestige of different groups primarily depend on their position in relation to the state and its distribution capacities. This suggests not only the failure of the market paradigm in the Russian Federation but also the emergence of "new estates" in Russia's social structure.¹⁴

The trend that reestablishes the state as the center of the public and economic system has prevailed at least for the recent 10 years. The state has fully restored its position as the main source of income for citizens through the system of pensions and allowances for disabled and temporarily disabled groups, the system of social benefits for different vulnerable groups, and, also directly, as the most attractive employer. According to the Russian Statistics Committee, the state and the market have almost equal shares in Russia's employment structure.¹⁵

Employment in the state/public sector at the same time means better social guarantees in terms of the employer's compliance with the Labor Code; stability of employment; official pay; guaranteed amount of the future pension; access to social benefits, including health care, preschool education, free of charge higher education without entrance exams (so-called "purposive admission" to universities), etc. It also offers some possibilities for acquisition of property to which others do not have access.

Whereas in 2003, state-owned enterprises mainly employed people from low-income population groups; in 2012, the structure was the opposite.¹⁶ Today, people employed in the public sector of economy are most successful, whereas the market receives only the workforce that the public sector does not need any more.

According to the Russian Statistics Committee and sectoral statistics, about 20 million out of 72 million economically active individuals (more than one fourth) are directly employed in the state and municipal sector such as the public and municipal services, Armed Forces, the police, the emergency forces, public healthcare, and education facilities. This employment figure is even higher if it includes de-facto state-owned companies that have been established as Public Private Partnerships and are not included in the official public employment statistics.

¹³ Радаев В.В., Шкаратан О.И. Социальная стратификация. М.: Наука, 1985, 237 с.

¹⁴ Тихонова Н.Е. Социальная стратификация в современной России. Опыт эмпирического анализа. М.: Новый хронограф, 2014, с. 289-385; Кордонский С.Г. Сословная структура постсоветской России. М.: Институт Фонда «Общественное мнение», 2008. 216 с.

¹⁵ Russian Statistics Committee. Medium and Small Entrepreneurship in Russian, 2015, [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/publications/catalog/doc_1139841601359].

¹⁶ Тихонова, *op. cit.* с.152-155.

There are also about 2.6 million medium-sized and small private companies in the RF (these are the actual market segment) that altogether employ 12.6 million Russian citizens (about 16.8% of economically active population), at the same time paying an average salary of about 17 thousand rubles, which is approximately 20% lower than the average salary in the country.¹⁷

Another 3.5 million people are active self-employed businesspersons (so called individual entrepreneurs) who provide jobs to another 4.5 million people (6% of economically active citizens), primarily in the retail trade. Their success at the market may be judged by their ‘survival rates’; only 6,36,700 out of 3.5 million registered “individual entrepreneurs” (one fifth) were registered before 2004.¹⁸ After 2012, there has been a sustainable decrease in the number of “individual entrepreneurs”. The same trend is observed in farm households. There were also 15% of all the employed who worked in the informal sector of the economy in 2015; their labor relations are not legalized and their wages are 18-20% lower than official wages for similar positions.¹⁹

In fact, an ordinary individual would choose to become an individual entrepreneur as an employment strategy only if there was no other choice left. Individual entrepreneurship is actually equal to working for sustenance. As a result, about 35% of the population (or 48%, as evaluated by Tikhonova [Тихонова]) belong to the poorest or low-income groups.

The fact that these groups of people are not employed in the state sector leaves them without chances to accumulate assets and closes their access to purchasing bigger properties.

3. Property of Individuals in the RF

For the purposes of this article, it is important to note that an individual’s employment in or out of the public sector determines his/her access to acquisition, retention and accumulation of property. It would be useful to focus only on one type of property in this chapter, namely, the residential housing intended for permanent residence. This type of property is the most important factor for evaluating the economic wellbeing of different social groups in the RF. In addition, this segment demonstrates the conflict of values that is predetermined at the constitutional level²⁰ and significantly influences the understanding of the institution of private ownership and development of its concept in law.

Today, ownership of noncommercial property in the Russian Federation is significantly centralized and controlled by the state. There is a significant group of owners of residential real estate that emerged during the privatization program; these are mainly family members co-owning an apartment/house, or – more rarely – individual owners. Yet in 2015, at least 20% of all residential houses that could have been privatized were still owned by the state or municipalities.²¹

There are also facilities that may not be privatized by individuals as stipulated by law. These include houses in dangerous condition and ramshackle houses, and residential buildings owned by different ministries and agencies. Consequently, today the state, municipalities and agencies own at least a 25% share of the housing stock in the country, and this figure shows a tendency of growing.

However, the state remains also one of the main sources of noncommercial private property. It not only still offers privatization of ex-Soviet assets, yet today there is a number of tools that ensure state

¹⁷ Recalculated according to the salaries of 2010.

¹⁸ Single State Register of Individual Entrepreneurs as of 01.08.2015.

¹⁹ Russian Statistics Committee. Economic Activity of Russia’s Population, 2014, [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/publications/catalog/doc_1139918584312].

²⁰ RF Constitution, Article 40 34, and 35.

²¹ Russian Statistics Committee, Key Indicators of Housing Conditions of the Population, 18.09.2015, [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/housing/#].

support to individuals who purchase housing. Some of these tools are applied in an egalitarian way, e.g., a tax deduction to the amount of up to 2 million rubles (excluding interest on credits) for purchase of housing.²²

But there are more interesting mechanisms that permit certain categories of individuals to purchase residential real estate and obtain ownership rights without using any market mechanisms or mobilizing their own assets but instead by using the state as the source of money. Examples include purchase of real estate using state-issued housing certificates; provision of social housing by the state with the right of subsequent privatization; purchase of housing with money from the 'maternity fund'; provision of privileged mortgage conditions; free of charge provision of housing to certain categories of individuals (orphans, disaster survivors, etc); and mortgage and savings system for servicemen.

Application of these instruments is accompanied by the mobilization of mechanisms that ensure that the state would retain supervision rights over the individual property. Thus, an individual may be required to commit to work in a certain position/place for a long period of time after the purchase of the housing, as it happens in case of so-called "military mortgage". In such cases, the property is transferred to the individual encumbered with a mortgage lien due to the RF, and the individual has the commitment to stay in military service for 20 years (or 10 years in special preferential cases).²³ The requirement to stay in service for 5 years also usually applied to able individuals who buy a house/apartment using the state housing certificate, even though the state subsidizes only part of the purchase cost.

The use of the maternity fund²⁴ for the purchase of housing implies mandatory allocation of shares to underage family members, which entails supervision by bodies of trusteeship and guardianship over the owner's subsequent transactions in relation to this property. The same mechanism is activated in case of privatization with the participation of minors.

Today about 12% of the entire individually owned housing stock in the Russian Federation is encumbered to the state or otherwise remains under the state's supervision (excluding apartments privatized with the involvement of minors, or of privatized apartments where non-owners retain the right of residence).

Active and large powers of the state prevent transformation of the residential property into a factual market asset. Full-fledged private ownership is hampered not only by the use of indirect mechanisms for property purchase but also by the quality of ownership. Only a small percentage of Russian citizens belonging to the well-off category own a second house/apartment. By estimates, the total number of such houses/apartments in the country is about 5 million (which is about 7% of the total housing stock owned by about 3% of the country's population).²⁵ The absolute majority of households own *only one house/apartment*.

At the same time, there exists performance immunity for the only owned house/apartment unless it is mortgaged for a special-purpose loan.²⁶

As a rule, courts void mortgaging the only house/apartment for securing liabilities under no-purpose credits or loans, and thereby confirm the priority of the constitutional rights of citizens-debtors over their obligations under agreements and contracts. The conflict between the constitutional values related to citizen's rights for housing and the associated right for entrepreneurial activity generally is not resolved in favor of the market. The same approach is reflected in the latest provisions of the law on bankruptcy of individuals.²⁷

Though views are expressed that there should be a possibility to confiscate the only house/apar-

²² Tax Code of the RF, Article 220.

²³ Federal Law of the RF of August 20, 2004, #117-ФЗ On the Savings and Mortgage System for Housing of Servicemen.

²⁴ Federal Law of the RF of 29.12.2006, #256-ФЗ "On Additional Measures of State Support to Families with Children".

²⁵ Estimated on the basis of: Тихонова. *opt. cit.*

²⁶ Code of Civil Procedure, Article 446; Resolution of the Constitutional Court of the RF of May 14 2012 #11-P.

²⁷ Federal Law of the RF of 26.10.2002, #127-ФЗ (amended on 29.12.2015) "On Insolvency (Bankruptcy)".

ment,²⁸ in general the balance of rights and lawful interests of creditors and debtors is upset, and the real estate owned by the citizens cannot act as a stabilizer or guarantee of their liabilities before contract parties.

Finally, it should be noted that without the state support, a considerable part of the owners cannot afford maintaining their house/apartment;²⁹ up to 25% of citizens receive different types of assistance (in kind as well as money allowances) to pay for communal services and maintenance, and another 6% of households receive subsidies to pay for communal services. In case the state withdrew from this sphere and the debts burden is increased, there would be massive conflicts in this segment of legal relations that would remain unresolved in the given structure of ownership. The same applies to the loss-of-property risk³⁰ in this segment of ownership. Through its targeted programs, the state actively compensates for a property lost because of natural or manmade disasters.

Thus in the noncommercial sphere, large private property primarily exists in the form of **unalienable constitutional benefit under the state protection**. At present, this position is strengthening; whereas the market cannot provide sufficient access to real property by the distribution of earned incomes, “the State shall ensure housing but not property to those who need it”.³¹

This predetermines gradual shrinking of the real property privatization program (termination of the program is tentatively scheduled for 01.03.2017, and discussions are now ongoing whether the program should be prolonged or whether the privatization should become open-ended). Extensive construction of residential houses funded by Ministries, agencies, state-owned enterprises would finally create a pool of houses/apartments possessed without the right of ownership or participation in market exchange. In fact, this means restoration of the Soviet model of “the state/municipalities/departments acting as owners, and the citizen acting as tenant”, with minor possibilities for the individual to purchase adequate private property.

At the same time, access to the purchase of private property with the assistance of state programs seems to be a **privilege** for some population groups, and provision of such privileges is a mechanism for nonmarket distribution of public benefits, permitting the state to retain more or less intense controls over property transfer.

The state apparently does not encourage property transaction in the field of residential housing and limits it with some provisions of the tax legislation (e.g. the requirement for 3-year possession). This “fixed” character of property ownership actually throws the modern understanding of property as a market asset back to its earlier perception as “wealth”, and functionally reduces the quality of ownership down to possession only.

Therefore, the real effective status of owners in the modern understanding of this concept seems to be a distant perspective for absolute majority of the population.

4. The Role of the State in the Sphere of Commercial Property

The role of the state in the sector of large industrial property is equally important. The economy of the Russian Federation is highly centralized. Over 70% of the national income is constituted by profits of about 200 enterprises, while the number of those employed in this sector exceeds 20% of the working population.³²

It is noteworthy that the state property segment remains highly important as well despite the large-scale projects on transferring Soviet system resources to the market sector. In the course of the privatization program, the state reserved a significant portion of property in strategic economic sectors. The first RF Law “On Privatization of State and Municipal Enterprises” classified state-owned facilities depending on their

²⁸ Resolution of the Judicial Board on Civil Cases of the RF Supreme Court of May 29 2012, #80-B12-2.

²⁹ RF Civil Code, Article 210.

³⁰ RF Civil Code, Article 211.

³¹ I. Ponomarev, Deputy Minister of Regional Development of the RF, [<http://www.restate.ru/material/132008.html>].

³² The Ministry of Economic Development of the RF, The List of Strategic Organizations 08.02.2015, [<http://economy.gov.ru/minec/about/structure/depsectoreconom/2015020801>].

eligibility for privatization. The first State Privatization Program of 1992 involved 24 categories of facilities banned for privatization; 15 categories of facilities eligible for privatization only by the RF Government's decision; and 13 categories of facilities eligible for privatization only with due consideration to the opinion of the State Property Committee.

The list was extended over time and in the second State Privatization Program,³³ the list of facilities eligible for privatization included 36 categories, while the list of facilities not eligible for privatization was replenished by 20 categories. The same policy was pursued after the adoption of the first Federal Law of 21 July 1997, # 123-ФЗ "On Privatization of State Property and on the Bases for Privatization of Municipal Property in the Russian Federation". Yet, as a result of privatization efforts, by 2000, total share of state-owned and municipal facilities made up 11.25% of the total number of enterprises.³⁴ By 2015, the share slightly exceeded 6.5% of all registered legal entities (including state and municipal facilities and unitary enterprises).³⁵

These figures do not bear evidence of self-restriction of the state in the economic sphere as might appear at first sight. It is noteworthy that commercial economic activities (e.g. provision of paid services by the Ministry for Emergency Situations) are a routine practice of state and municipal agencies and services. The current classification of state and municipal organizations shows how far-reaching and diversified the state's presence in economic activity of commercial and non-commercial sectors is. State corporations and companies, state and municipal unitary enterprises, public, state-funded and autonomous agencies with a special legal status and regime for each category and even each enterprise are the subjects of economic activity that are factually removed from the competitive market logic while being *de facto* important actors.

Such organizations mainly focus on the fulfillment of state (municipal) orders and tasks. Their main source of funding is either the state (regional) or the municipal budget, depending on their belonging. The funding comes in the form of allocated budgets for public agencies, subsidies and subventions for state-funded and autonomous agencies. The funds are sufficient to meet the basic economic needs of such agencies, including liabilities related to salaries, taxes and social security contributions.

All the above allows classifying these organizations as non-commercial and regulating their activity by corresponding legislative acts. Yet, they have equal right to engage in commerce for the purposes set forth in their charters, to sell goods and services, to make investments and place temporarily free assets on the market.³⁶

The state sets differentiated property transfer regimes for its enterprises, which determine the degree to which enterprise management can autonomously dispose of the property. Thus, property transferred to the RF state corporation becomes property of the state corporation that acts on the basis of trust management, while state-funded agencies act on the basis of operational management. Even companies falling under the same category may enjoy different privileges as separate federal law may be passed in relation to each of them (this refers to state corporations and companies).

Such differentiation determines the degree of freedom to which an enterprise may engage in market activity. However, regardless of the regime, the state and the municipality provide their affiliated enterprises with mechanisms for mitigating risks from market failures, and protection from loan foreclosure. Thus, immovable property and most valuable assets cannot be subject to loan foreclosure. As a result, in many regions, they refer to this category the entire property of an enterprise, including discarded property.

Consequently, this category of enterprises enjoys almost absolute immunity, which is typical for public property subject to the principles of inalienability, immunity against confiscation, etc., while such enterprises and agencies participate in processes regulated by private law. The non-market privilege stemming from their

³³ Decree of the RF President # 2284 of 24 December 1993.

³⁴ Радугин А.Д., Мальгинов Г.Н. Государственная собственность в российских корпорациях (Radygin A.D., Malginov G.N., State Property in Russian Corporations), М., 2001.

³⁵ Uniform State Register of Legal Entities, 01.08.2015.

³⁶ Federal Law of 12.01.1996, #N 7-ФЗ (as worded on 13.07.2015) "On Non-Commercial Organizations", Articles. 7.1., 7.2., 9.2.4, 25, 26.

affiliation with the state allows such agencies and enterprises to control entire sectors of economy, especially the most cost-intensive ones, including science, education, health care, road construction, municipal services, etc. The prevalence of organizations affiliated with ministries, agencies and municipalities bars private actors from respective markets.

As regards the economic sectors producing the national product and the bulk of taxes, it would be preferable for the state to act not as the exclusive owner of enterprises and agencies (as it is the case with JSC Russian Railway, JSC Transneft, JSC Rosselkhozbank and others) in these sectors, but as a holder of a stake in their equity capital (i.e., mixed ownership).

If the state is not the exclusive owner, it is regarded as an equal stakeholder and participant to civil law relations, and the public nature of ownership is toned down in this case. At the same time, we can see that administration of joint stock companies with the participation of the state involves mechanisms related to *de facto* public nature of activities of such organizations. Thus, in the electric power industry, the organization to manage a unified national (All-Russia) electrical network was created as a JSC (with state's share in the authorized capital being not less than 50% +1 share), enjoying limited rights of legal holders (power to contract, right to use, and limitation of sale) of electric grid facilities.³⁷ Possible disputes related to the use of unified electrical network of the RF shall be settled extra-judicially and arbitrated by the RF Government.³⁸

Within this legal framework, state property barely imitates private property and does it rather successfully, giving privileged access to certain interested groups, while limiting the access to others. At the same time, it fully maintains protection and immunity enjoyed by public property. Thus, the current legal environment fosters the situation in which the state becomes the dominating or sole actor, transforming its enterprises into "natural monopolies" at the federal or regional markets in such strategic sectors as the railway, gas and oil industry, nuclear industry, financing and infrastructural development of agriculture, regional mortgage agencies, banking sector, aviation infrastructure and air companies. However, the state-centered monopolies are also formed in such less cartelizable industries as agriculture or sewing industry (mostly concentrated in the penitentiary system of correctional facilities in Russia).

Given so many exceptions from the rules of civil law, it would be quite natural to ask whether it is normal for the state to participate in the private law relations by using the format of joint stock companies for performing functions that have system-wide importance and therefore are public by their nature.

Unfortunately, the answer to these questions can be found not in the sphere of legal regulation, but in structural peculiarities of Russia's administrative system. The obvious problem is that the confusion of private and public principles within a single legal form promotes transformation of economic asset, formed through the functioning of the entire national economy and concentrated in the hands of the state through mandatory payments (taxes), into a privately used and disposed asset.

5. Conclusions

All the above allows drawing not very optimistic conclusions regarding quality and prospects of development of modern forms of private property in Russia.

The degree to which the state participates in the key economic sectors and controls property of the population is rather impressive. However, the existence of large lots of state property is not the issue in itself. In many other countries, the sizes of public property are also rather significant, suffice it to recall the vast federal lands in mineral-rich states in the US.

The problem consists in nonfunctional confusion between public and private property ownership, when private property acquires features of public property, including additional degrees of protection, while public property functions as private property and is taken out of public control. The presence of public property does not necessarily and explicitly imply performance of public functions.

The problem can be partially solved through systemic separation of the state and the market, ensuring

³⁷ Federal Law of 26 March 2003, #35-Ф3 "On Electric Power Industry" Article 7.2., 8.

³⁸ Federal Law of 26 March 2003, #35-Ф3 "On Electric Power Industry" Article 7.2.

their maximal autonomy. Otherwise, the state's participation in the market becomes an exploitation tool, giving the population minimum protection from the risks related to market failure and providing colossal advantages to the few privileged market actors.

The current practice of legal regulation of property relations in the Russian Federation is based not on a comprehensive vision of distribution of private and public property, but on the need for aligning interests of ministries, agencies and influential political groups and keeping the Russian economy and society functioning. Therefore, in the sphere of property relations, legal decisions strongly depend on the current configuration of political interests both at the level of rulemaking and judicial enforcement. Consequently, legal norms regulating the activity of economic actors are often non-universal and are formulated based on specifics of concrete companies, corporations and enterprises. The regular legal process is suppressed by administrative bargain.

This situation conditions high corruptogenicity of the entire system, where economic entities compete not for market shares, but for financial and property flows distributed by the state at the federal and regional levels and by municipalities at the budgetary planning level. The main focus in this system is made on the distribution of posts and offices in corresponding state-affiliated quasi-market structures. The low level of transparency in companies controlled by the state is also a systemic problem (which is vividly illustrated by scandalous refusal of managers of state-owned JSCs to publish their tax returns).

At the macro-level, this situation represents a threat for development of private law as such, shifting the main venue of dispute settlement from courts to administrative bodies. Contrary to modern concepts that define private law development as an independent regulator of public relations,³⁹ in the Russian Federation, the state remains the structure that defines the vector of development of civil relations, doctrinal discussions and legal decisions. Private law development is possible only when both organizing centers of the society function autonomously and perform only their own specific tasks: i.e., the state represents public interests and the market - private interests; the difference between these two spheres indeed exists and that difference is supported at the institutional level.

Therefore, the main trend in correcting the current situation is consistent division of public and private spheres and distribution of functions and responsibility for public and economic development between them. This would enable more precise classification of property, involved in public functions by the state. It would also prevent the transfer of such property to private transaction on the one hand, and would allow lifting state immunity from a property that *de facto* acts as a market asset, but enjoys additional public protection, thus affecting the competitive market environment.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

³⁹ Jansen N., Michaels R., Private Law and the State. In: *RebelsZ Bd.71*, 2007, S. 345–397.

Вопросы разработки и основные положения Закона о государственном имуществе в Республике Казахстан

Основные положения правового регулирования государственной собственности в Республике Казахстан заложены в Гражданском кодексе Республики Казахстан. Это, конечно же, и общие нормы ГК о собственности, отдельные статьи о праве государственной собственности, о собственности на землю и другие природные ресурсы, о стратегических объектах, о праве оперативного управления и праве хозяйственного ведения и некоторые другие. Помимо этого, право государственной собственности на природные ресурсы и отдельные виды имущества закреплены в ряде специальных законов, таких, как Кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года «Земельный кодекс Республики Казахстан», Кодекс Республики Казахстан от 9 июля 2003 года «Водный кодекс Республики Казахстан», Кодекс Республики Казахстан от 8 июля 2003 года «Лесной кодекс Республики Казахстан», Законе Республики Казахстан от 9 июля 2009 года «Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира», Законе Республики Казахстан от 24 июня 2010 года «О недрах и недропользовании», Законе Республики Казахстан от 8 декабря 2001 года «О железнодорожном транспорте» и в некоторых иных законах.

Но помимо этого в Республике Казахстан, как и в Грузии, принят и действует специальный закон – Закон Республики Казахстан от 1 марта 2011 года «О государственном имуществе». Разработка законопроекта была начата в 2008 году, но он был принят, в связи долгим обсуждением и согласованием в государственных органах, только в 2011 году. С этого момента, по крайней мере, для государственных органов, вопросы регулирования государственной собственности ограничились преимущественно этим законом.

Данный закон разрабатывался по инициативе Министерства экономики Республики Казахстан, который в ходе проведения анализа эффективности использования имущества и реформы регулирования управления государственным имуществом обосновал необходимость принятия специального закона, обеспечивающего эффективное осуществление государством прав собственника, определяющего правовые основы управления государственным имуществом (в том числе имуществом, закрепленным за государственными юридическими лицами, принадлежащими государству акциями и долями участия в уставном капитале юридических лиц), определяющего основания приобретения и прекращения прав на государственное имущество.

В отличие от Закона Грузии «О государственном имуществе», одноименный Закон Республики Казахстан намного объемнее и шире в правовом регулировании, что объясняется довольно просто тем, что Министерство экономики Республики Казахстан привлекло к разработке законопроекта рабочую группу, состоящую в основном из цивилистов, которую возглавил профессор Сулейменов Майдан Контурарович, и в которую входили казахстанские ученые и специалисты гражданского права. В данную рабочую группу входили также и специалисты других отраслей права – административисты, экономисты, государственные чиновники из министерства экономики и министерства финансов. Однако, руководство работой над законопроектом профессором Сулейменовым М.К. предопределило то, что со свойственным цивилистам подходом был разработан законопроект, охватывающий максимально широкий круг вопросов правового регулирования государственного имущества, который к тому же содержит общую и особенную части. При разработке законопроекта рабочая группа попыталась, насколько это было поддержано инициатором законопроекта – Министерством экономики, охватить все вопросы правового регулирования приобретения, использования и прекращения права государства на государственное имущество, в том числе восполнить пробелы правового регулирования таких институтов, как национализация, реквизиция и изъятие имущества для государственных нужд.

Уже по структуре Закона о государственном имуществе можно оценить степень охвата регулируемых отношений. Первый раздел Закона о государственном имуществе, который можно

отнести к общей части, состоит из двух глав – «Общие положения об управлении государственным имуществом» и «Компетенция государственных органов по управлению государственным имуществом». В главе первой даются общие понятия, используемые в законе, определяются виды государственного имущества, предмет регулирования, сфера применения, принципы управления государственным имуществом, перечисляются субъекты управления государственным имуществом, даются общие положения об управлении государственным имуществом, решаются вопросы передачи имущества из республиканской собственности в коммунальную и наоборот, передачу коммунального имущества по уровням местного государственного управления имуществом.

Раздел 2 Закона о государственном имуществе, состоящей из глав 3-6 закона, посвящен вопросам приобретения государством имущественных прав. В главе 3 Закона о государственном имуществе предусмотрены все основные виды (все знакомые по ГК) приобретения имущества государством как участником имущественных отношений, включая приобретения по общим основаниям – по гражданско-правовым сделкам, по специальным основаниям, связанным с осуществлением государством публичных функций – поступление в собственность государства конфискованного имущества, безхозной недвижимой вещи, движимого имущества, от которой отказался собственник, выморочного имущества, права государства на клад, находку и т.д. Глава 4 Закона о государственном имуществе предусматривает правовое регулирование реквизиции при чрезвычайных ситуациях и для нужд обороны в период действия военного положения и в военное время. Глава 5 Закона о государственном имуществе предусматривает правовое регулирование национализации имущества. Глава 6 Закона о государственном имуществе предусматривает принудительное отчуждение земельного участка или иного недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка для государственных нужд.

При разработке правового регулирования реквизиции, национализации и отчуждения имущества для государственных нужд была сделана попытка урегулировать эти процессы с точки зрения рыночных принципов. При этом, наиболее дискуссионным стало обсуждение раздела о принудительном отчуждении имущества для государственных нужд, поскольку в период разработки и принятия Закона о государственном имуществе государство широко пользовалось этим правом. По поводу изъятия имущества для государственных нужд в то время, да и сейчас, велись и ведутся многочисленные и многолетние судебные тяжбы, заканчивающиеся преимущественно в пользу государства.

Раздел 3 Закона о государственном имуществе посвящен владению и пользованию государственным имуществом. Как ни странно, если вопросы приобретения и прекращения государственного имущества потребовали большого массива нормативного регулирования, вопросы владения и пользования государственным имуществом были объединены в один раздел и предусматривают только две главы – общие положения и отдельные основания владения и пользования государственным имуществом. Все указанные основания владения и пользования преимущественно не отличаются от общих оснований владения и пользования имуществом иными негосударственными субъектами имущественного оборота - это и договор найма имущества, доверительного управления имуществом, договор подряда и т.д.. В качестве особенностей владения и пользования имуществом государством необходимо указать о концессии. Но в отношении концессии в Республике Казахстан был принят отдельный закон, который не вошел в Закон о государственном имуществе по ряду субъективных причин. Но безусловно, концессия является таким же основанием владения и пользования государственным имуществом, как и иные перечисленные в Законе о государственном имуществе основания. Особым видом владения и пользования государственным имуществом является предоставление в безвозмездное пользование государственных природных грантов. К владению и пользованию государственным имуществом относится и передача в пользование природных ресурсов, урегулированных специальным законодательством о недрах, о земле, о лесном, водном фонде и т.д.

Раздел 4 Закона о государственном имуществе посвящен вопросам прекращения имущественных прав государства и состоит из двух глав – основания прекращения имущественных прав государства и отчуждение государственного имущества. К перечню оснований прекращения имущественных прав государства относятся приватизация и иное отчуждение имущества, предоставление в частную собственность земельных участков, реституция при признании недействительными сделок с участием государства, возврат имущества при расторжении договора и иные общие основания прекращения прав на имущество, включая реализацию продукции государственными предприятиями. В качестве специфических оснований прекращения прав на имущество можно назвать и передачу природных грантов,

использование или выпуск материальных ценностей из государственного материального резерва и т.д.. Глава об отчуждении государственного имущества предусматривает особенности отдельных видов прекращения права государственной собственности и содержит нормы о приватизации и иных видах передачи государственного имущества другим лицам, включая взнос в уставный капитал учреждаемых государством акционерных обществ и товариществ с ограниченной ответственностью и т.д.

Разделы 5 и 6 Закона о государственном имуществе посвящены центральным вопросам, в связи с которыми и появилась необходимость у Министерства экономики в разработке специального закона.

Раздел 5 Закона о государственном имуществе «Особенности управления отдельными видами государственного имущества» содержит две главы – Глава 11 «Осуществление государством прав на имущество государственных юридических лиц», то есть государственных предприятий и государственных учреждений, и Глава 12 «Осуществление прав на принадлежащие государству акции акционерных обществ и доли участия в уставном капитале товариществ с ограниченной ответственностью».

Одной из задач при разработке законопроекта о государственном имуществе Министерство экономики видело в реформировании правового регулирования государственных предприятий и государственных учреждений. Изначально Министерство экономики хотело исключить правовое регулирование государственных предприятий на праве хозяйственного ведения, преобразовав их, в зависимости от необходимости и сферы деятельности, в акционерные общества и хозяйственные товарищества с государственным участием либо в казенные предприятия, расширив при этом право оперативного управления последних.

Необходимо указать, что отличия между предприятием на праве хозяйственной деятельности и казенным предприятием заключается, во-первых, в праве, на котором указанные виды предприятий наделяются государственным имуществом – праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, и, во-вторых, особенностях ответственности каждого вида предприятия по своим обязательствам. Право хозяйственного ведения более широкое право, которое позволяет государственному предприятию на праве хозяйственного ведения практически самостоятельно владеть, пользоваться и распоряжаться закрепленным за ним государственным имуществом, за исключением основных фондов. Государственное предприятия на праве хозяйственного ведения не несет ответственности по долгам учредителя – государства, а государство не несет ответственности по долгам государственного предприятия на праве хозяйственного ведения, за исключением банкротства, если оно вызвано действиями учредителя – государства. Государственное предприятие самостоятельно устанавливает цены на свою продукцию, осуществляет предпринимательскую деятельность аналогично с частными предприятиями. Казенное предприятие наделяется имуществом на праве оперативного управления, оно менее самостоятельно в распоряжении своим имуществом, оно обязано согласовывать с уполномоченным органом действия по распоряжению имуществом. Цены на производимые товары, работы и услуги казенного предприятия устанавливаются уполномоченным государственным органом. Казенное предприятие, как и государственное учреждение, несет ответственность по своим обязательствам находящимися в его распоряжении деньгами, и при этом обращение взыскания на остальное имущество казенного предприятия не допускается. Но при недостаточности у казенного предприятия денег субсидиарную ответственность по его обязательствам несет учредитель – государство.

Необходимость реформирования государственных предприятий было продиктовано тем, что в ходе анализа деятельности государственных предприятий в сфере жилищно-коммунального хозяйства Министерство экономики пришло к неутешительному выводу по поводу низкой эффективности деятельности государственных предприятий по сравнению с акционированными в ходе приватизации отдельными организациями жилищно-коммунального хозяйства. Министерство экономики пришло к парадоксальному выводу, что эффективность деятельности организаций жилищно-коммунального хозяйства может напрямую зависеть от организационно-правовой формы. Например, приватизированные акционированные энергоснабжающие организации по истечению нескольких лет рассчитывались с долгами, в том числе по налогам и иным бюджетным задолженностям, и выходили на прибыльную рентабельность. В то же время осуществляющие такую же деятельность неприватизированные государственные предприятия на праве хозяйственного ведения за эти же годы увеличивали свои долги. Объяснялось это тем, что подведомственные местным государственным органам государственные предприятия получали прямое бюджетное финансирование, несмотря на низкую рентабельность, для покрытия долгов перед поставщиками, что не побуждало их бороться с неплатежами населения и повышать

рентабельность и производительность труда. К тому же, государственные предприятия практически невозможно подвергнуть банкротству. В то же время, лишённые какого-то бюджетного финансирования акционированные аналогичные энергоснабжающие предприятия, при тех же тарифах за свои услуги, снижали затраты, проводили работу по повышению платёжной дисциплины населения, повышали рентабельность и производительность труда всеми возможными средствами, дабы избежать банкротства, что в конце концов давало положительный результат.

Забегая вперед, необходимо отметить, что от идеи, ликвидировать государственное предприятие на праве хозяйственного ведения, пришлось отказаться по причине того, что одно государственное ведомство, как оказалось, реализует долгосрочный заем от международной финансовой организации через подведомственные ему государственные предприятия на праве хозяйственного ведения, и одним из условий получения займа (ковенант по займу- договорное обязательство заемщика кредитором, которое содержит перечень определенных действий, которые заемщик обязуется выполнять или воздержаться от их выполнения на протяжении действия кредитного договора) было сохранение неизменности структуры заемщика, а значит и правового регулирования государственных предприятий на праве хозяйственного ведения. В то же время, при разработке законопроекта о государственном имуществе были заложены основы для ограничения возможности создания как государственных предприятий на праве хозяйственного ведения, так и казенных предприятий, и постепенного исключения использования государственного предприятия на праве хозяйственного ведения для осуществления предпринимательства. Так, в соответствии с пунктом 2 статьи 133 Закона о государственном имуществе предусмотрено, что государственные предприятия могут создаваться (без всяких ограничений по видам деятельности) в случаях: отсутствия иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества; использования и содержания стратегических объектов, принадлежащих государству; осуществления деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии; когда такое создание прямо предусмотрено законами Республики Казахстан, Указами Президента Республики Казахстан. В то же время создание государственных предприятий для осуществления деятельности, где осуществляется предпринимательство субъектами частного рынка, возможно только при отсутствии на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства, осуществляющего (осуществляющих) производство и (или) реализацию аналогичного либо взаимозаменяемого товара, и только по ограниченным видам деятельности, предусмотренным в статье 134 Закона о государственном имуществе в пункте 2 для государственного предприятия на праве хозяйственного ведения (24 вида деятельности) и в пункте 3 для казенного предприятия (8 видов деятельности).

При разработке Закона о государственном имуществе были восполнены некоторые концептуальные пробелы правового регулирования государственных учреждений. Это касается государственных учреждений, являющихся государственными органами – центральные и местные государственные органы, министерства, агентства и иные ведомства, признаваемые актами об учреждении в качестве юридического лица. Хотя такие учреждения практически не выступают в имущественном обороте, но, тем не менее, наделяются имуществом, имеют самостоятельную смету финансирования и имеют ряд существенных особенностей, выделяющих их из всей системы юридических лиц, в частности, по учреждению таких юридических лиц. Множество государственных органов считаются созданными в силу Конституции, конституционных и иных законов, указов Президента, постановлений Правительства. Соответственно, если они признаются для имущественного оборота юридическими лицами, то единственной допустимой организационной формой является государственное учреждение. При этом каких-либо дополнительных актов о создании таких государственных учреждений не требуется. В законодательстве Республики Казахстан до принятия Закона о государственном имуществе не было прямо закреплено правовое регулирование этих вопросов и они решались исходя из доктрины гражданского права о юридических лицах. Интересно в связи с этим вспомнить, что при принятии Закона в 1995 году о Национальном банке довольно бурно обсуждался вопрос об организационно-правовой форме Национального банка, поскольку представители этого органа предлагали закрепить организационно-правовую форму Национального банка в виде акционерного общества. Но в итоге в статье 6 Закона о Национальном банке была предусмотрена организационно-правовая форма для Национального банка в виде государственного учреждения исходя из того, что Национальный банк является центральным государственным органом, обеспечивающим разработку и проведение денежно-кре-

дитной политики государства, функционирование платежных систем и осуществляющим иные государственные функции, закрепленные в этом законе (валютный контроль, надзор за финансовыми рынками и т.д.).

Одной из главных задач при разработке Закона о государственном имуществе для Министерства экономики Республики Казахстан было определиться с возможностью участия государства в уставных капиталах юридических лиц, определить виды юридических лиц, в которых государство может участвовать или в которых нельзя допустить такое участие, закрепить порядок осуществления прав на принадлежащие государству акции акционерных обществ и доли участия в уставном капитале товариществ с ограниченной ответственностью, определить порядок участия государства в управлении такими юридическими лицами, в контроле за деятельностью и отчетностью таких юридических лиц перед учредителем - государством. Одной из оперативных задач Министерства экономики было определиться со всей системой национальных компаний и их дочерних организаций, возможностью создания дочерних организаций и степени последующего создания последними своих дочерних организаций. В ходе анализа деятельности национальных компаний выяснилось, что в некоторых существовала 10-ти и более уровневая система создания дочерних организаций, при этом на более низких уровнях порой участие государства было незначительным. Существовала необходимость классификации юридических лиц с участием государства, закрепление особенностей правового регулирования этих юридических лиц в зависимости от доли участия государства. Имеющиеся разрозненные нормы в отдельных законах об акционерных обществах, о хозяйственных товариществах, о недрах и недропользовании и других законах не позволяли комплексно и в полной мере урегулировать эти вопросы.

В соответствии с главой 12 Закона о государственном имуществе эти вопросы были в достаточно подробном виде урегулированы. В частности, в соответствии со статьями 166 и 172 Закона о государственном имуществе законодательно установлено правило, что государство может выступать учредителем только в акционерных обществах и товариществах с ограниченной ответственностью, и что оно не вправе участвовать в юридических лицах иных организационно-правовых форм. При этом до принятия Закона о государственном имуществе каких-либо ограничений практически не было, и на практике существовала случаи, когда государству принадлежали даже паи в производственных кооперативах. Безусловно, Закон о государственном имуществе не может распространяться на отношения, возникшие до его принятия, если только в нем прямо не предусмотрена обратная сила. Также весьма допустимо, что и после принятия Закона о государственном имуществе государство прямо или через принадлежащие ему национальные компании или иные юридические лица с участием государства может приобрести доли участия в юридических лицах иных организационно-правовых форм (приобретение стратегических объектов, выморочное имущество и т.д.), но в этом случае государство или национальная компания обязаны будут по общим правилам реализовать это имущество в течение одного года (как имущество, которое не может принадлежать субъекту в силу закона) или преобразовать юридическое лицо в акционерное общество или товарищество с ограниченной ответственностью, либо если на базе этого имущества не будет создано государственное юридическое лицо (государственное предприятие или государственное учреждение).

Довольно подробно в главе 12 Закона о государственном имуществе предусмотрены механизмы управления национальными компаниями и иными юридическими лицами с участием государства, в том числе и через регулирование порядка принятия решения этими юридическими лицами, отчетности, получения государством дохода от деятельности этих юридических лиц, планирования деятельности, контроля за деятельностью этих юридических лиц с участием государства.

Раздел 6 Закона о государственном имуществе посвящен правовому регулированию стратегических объектов.

Существующее до принятия данного закона правовое регулирование - статьи ГК о стратегических объектах и приоритетном праве государства на приобретение стратегического объекта, массив подзаконных нормативных актов и актов индивидуального назначения об отнесении определенного имущества к стратегическим объектам и о порядке получения разрешения на обременение или отчуждение такого объекта и т.д., - было явно недостаточным и требовало более подробного законодательного урегулирования. Это и было сделано при принятии Закона о государственном имуществе. В законе о государственном имуществе содержится две главы по поводу стратегических объектов - глава

13 «Обременение и отчуждение стратегических объектов, принадлежащих физическим и негосударственным юридическим лицам» и глава 14 «Приоритетное право Республики Казахстан на приобретение стратегических объектов, принадлежащих физическим лицам и негосударственным юридическим лицам».

И, наконец, раздел 7 Закона о государственном имуществе, посвященный учету государственного имущества, мониторингу, оценке и контролю использования государственного имущества, относится непосредственно к деятельности Министерства экономики. Указанные вопросы до принятия Закона о государственном имуществе регулировались подзаконными актами и принятие Закона о государственном имуществе позволило поднять уровень правового регулирования до уровня закона. Это вполне оправдано, поскольку многие вопросы, рассматриваемые при учете, оценке и контролю за использованием государственного имущества касаются прав и имущественных интересов не только государства, но и частных лиц, что обуславливает разработку законодательного регулирования этих вопросов.

В связи с проведенным анализом казахстанского закона о государственном имуществе необходимо отметить, что существует дискуссия о необходимости разработки большого законопроекта и целесообразности включения в него ряда законов, таких, как о государственном предприятии и о приватизации, хотя вопросы приватизации не настолько актуальны. Основная часть государственного имущества уже приватизирована и приватизация осуществляется в основном в отношении государственных предприятий, осуществляющих деятельность на рынках, где уже присутствуют частные предприниматели, осуществляющие аналогичные виды деятельности, где развивается конкуренция и нет необходимости государственного присутствия в этих сферах. В отношении Закона о государственном предприятии можно отметить, что отдельный закон, разумеется, удобен в правоприменении. В то же время существует необходимость унификации правового регулирования управления всеми государственными организациями – и государственными предприятиями, и государственными учреждениями. Необходима унификация управления как государственными предприятиями, так и юридическими лицами с участием государства. Поэтому отказ от отдельного закона и включение норм о государственном предприятии в Закон о государственном имуществе видится допустимым и правильным.

Issues of Development and Basic Provisions of the Law of the Republic of Kazakhstan „On State Property“

The basic provisions of legal regulation of state ownership in the Republic of Kazakhstan are set forth in the Civil Code of the Republic of Kazakhstan. These are general provisions on ownership, separate articles on the right of state ownership, ownership of land and other natural resources, ownership of strategic facilities, right of operative and economic management, etc. Furthermore, state ownership of natural resources and certain types of property is stipulated by a number of special laws, including the Land Code of the Republic of Kazakhstan dated June 20, 2003, Water Code of the Republic of Kazakhstan dated July 9, 2003, Forest Code of the Republic of Kazakhstan dated July 8, 2003, Law of the Republic of Kazakhstan “On Protection, Reproduction and Use of Wildlife” dated July 9, 2009, Law of the Republic of Kazakhstan “On Subsoil and Subsoil Use” dated July 24, 2010, Law of the Republic of Kazakhstan “On Railway Transport” dated December 8, 2001, and some other laws.

On March 1, 2011, Kazakhstan, like Georgia, enacted Law on State Property. Law drafting started back in 2008, but it took almost three years for governmental agencies to discuss and finalize it. However, from the moment of its adoption, all issues of state property management have been guided by this law (it is true at least for governmental agencies).

The law was developed at the initiative of the Ministry of Economy of the Republic of Kazakhstan. While analyzing efficiency of state property use and state property management reform, the ministry saw a need for drafting a special law to outline a legal framework of state property management that would pertain to: state property assigned to public entities, state-owned shares and state equity interest in the authorized capital of legal entities, and legal grounds for acquisition and termination of rights to state property. The law aimed to ensure efficient exercise of the state’s right to ownership and other rights related to state property.

The Kazakh Law “On State Property” is much larger and broader than its Georgian analogue in terms of legal regulation, because the Ministry of Economy of the Republic of Kazakhstan established for its drafting a working group mainly comprised of civil lawyers. The group was led by Professor Maidan Suleimanov and involved civil law experts and specialists in other branches of law, including administrative law, as well as economists and state officials from the Ministries of Economy and Finance. The group leadership by Professor Suleimanov and the particular approach used by civil lawyers were the reason why the draft law covered the widest possible range of issues of state property management and consisted of the general and special parts. The working group sought, as far as the Ministry of Economy allowed, to cover all legal regulation issues pertaining to acquisition, use and termination of the state’s right to ownership and to address legal regulation gaps in the spheres of nationalization, requisition and expropriation of property for state needs.

The structure of the Law “On State Property” gives an idea of the range of relations regulated by it. Section One of the Law, included in the General Part, consists of two chapters: “General Provisions on State Property Management” and “The Competence of State Bodies to Manage State Property”. The first chapter contains basic definitions used in the law, lists types of state property, defines subject of regulation and scope of application of the law, outlines principles of state property management, lists entities responsible for state property management, sets out general provisions on state property management, elaborates on issues related to property transfer from republican to communal ownership and vice versa, and transfer of communal property from one level of local government to another.

Section 2 of the Law, consisting of Chapters 3-6, deals with acquisition of ownership by the state. Chapter 3 lists all types of acquisition of ownership by the state as a participant of property relations (also listed in the Civil Code), including acquisition of ownership on general grounds: through civil transactions, and

acquisition of ownership on special grounds through performance of public functions by the state: transfer of confiscated property, property under abeyance, movable property resigned by owner, escheat, treasure trove, etc. into state ownership. Chapter 4 of the Law provides for legal regulation of requisition of property in a state of emergency and for defense purposes under martial law or at war time. Chapter 5 is dedicated to legal regulation of property nationalization. Chapter 6 deals with expropriation of a land parcel or other immovable property on grounds of its requisition for state needs.

While working on legal regulation of requisition, nationalization and expropriation of property for state needs the drafters tried to use an approach based on market economy principles. The part related to expropriation of property for state needs became the subject of heated controversy, as the state made full use of this right in the time when the Law "On State Property" was drafted and adopted. Legal battles over confiscated property are still in progress, most of them ending in favor of the state.

Section 3 of the Law is dedicated to possession and use of state property. Strange as it may seem, but while the issues of acquisition and termination of the right to state property required a whole body of regulations, the issues related to possession and use of state property were united into one section consisting of only two chapters: General Provisions and Certain Grounds for Possession and Use of State Property. Grounds for possession and use of state property listed in this section mostly coincide with general grounds for possession and use of property by other non-state subjects of civil transactions. These grounds include the agreements of tenancy (lease) of state property, entrusted administration of state property, turnkey contracts, etc. A special focus in regard to possession and use of state property should be put on concession agreement, but Kazakhstan adopted a special law on concession agreement that was not included into the Law "On State Property" for a number of subjective reasons. However, concession certainly is a ground for possession and use of state property just as other grounds listed in the Law "On State Property". A special form of possession and use of state property is gratuitous use of land grants. Another agreement related to possession and use of state property concerns assignment of natural resources for use in compliance with the special regulations on subsoil, land, forest, water etc.

Section 4 covers the issues of termination of ownership rights of the state. It consists of two chapters: Grounds for Termination of Ownership Rights of the State and Alienation of State Property. The grounds for termination of ownership rights include: privatization or other alienation of state property; assignment of land lots for private ownership, restitution of property obtained through transactions with state participation that were held invalid, return of property during termination of a contract and other general grounds for termination of ownership right, including sales of products by state enterprises. Specific grounds for termination of ownership rights are: transfer of land grants, use or issuance of material values from the state material reserves, etc. The chapter on alienation of state property lists types of alienation of state property and contains norms of privatization and other forms of transfer of state property to other persons, including equity payments in joint stock companies or limited liability partnerships established by the state, etc.

Section 5 and 6 of the Law deal with the key issues that conditioned the development of the special law.

Section 5 "Special Aspects of Managing Certain Types of State Property" consists of two articles: Article 11 "Exercise of the Rights to Property of Public Entities by the State" (public entities stand for state-owned enterprises and governmental agencies) and Article 12 "Exercise of the Rights to State-Owned Shares of Joint Stock Companies and Participating Interest in the Authorized Capital of Limited Liabilities Partnerships".

One of the tasks set by the Ministry of Economy in drafting the Law "On State Property" consisted in reforming legal regulation of state-owned enterprises and governmental agencies. Initially, the ministry sought to exclude legal regulation of state-owned enterprises on the basis of the right of economic management and to transform such enterprises either into joint stock companies and business partnerships with state participation, or in public enterprises with broadened rights of operative management. The difference between the enterprises operating on the basis of the right of economic management and public enterprises consists in their right to state property assigned to them and in their liability for obligations. The right of economic management is a broader right that enables an enterprise to possess, use and dispose of state property assigned to it, except fixed assets. A state-owned enterprise exercising the right of economic management is not liable for debts of its founder - the state, while the state is not liable for debts of such

enterprise except in case of bankruptcy, if it was caused by actions of the state. A state-owned enterprise shall independently set prices of its products and carry out business activity just like private enterprises. As regards a public enterprise, property is assigned to it on the basis of the right of operational management, so it is less independent in disposing of its property and has to agree its actions with an authorized body, which sets prices of goods, works and services produced by the public enterprise. Just like a state agency, a public enterprise shall meet its obligations only using money at its disposal. No execution upon other property of the enterprise shall be allowed. But if the available money is not enough to meet the enterprise's subsidiary liability, the liability shall be assumed by its founder - the state.

The need for reforming state-owned enterprises was confirmed by results of a survey of performance of state-owned enterprises in the housing and utilities sector, conducted by the Ministry of Economy. The survey showed extremely low efficiency of such enterprises as compared to privatized joint stock companies operating in the same sector. The ministry arrived at a paradoxical conclusion that efficiency of enterprises engaged in the housing and utilities sector may directly depend on their legal status. For example, privatized power companies paid off their debts, including taxes and other budget arrears, and became profitable during a period of several years. Meanwhile, similar state-owned companies, operating on the basis of the right of economic management, incurred new debts during the same period. It was explained by the fact that state-owned enterprises under the jurisdiction of local authorities received direct budgetary funding despite their low profitability. This allowed them to pay their debts to suppliers and to put up with non-payment of utility bills by customers, as well as with their own low profitability and inefficiency. Furthermore, it is almost impossible to make a state-owned enterprise bankrupt. At the same time, similar privatized companies without budgetary funding and with same service tariffs, managed to reduce their costs, improve payment discipline among the population, and enhanced their profitability and efficiency to avoid bankruptcy.

Looking ahead it should be noted that the law drafters had to give up the idea of excluding state-owned enterprises with the right of economic management, as it turned out that a state agency had taken a long-term loan from an international financial organization under a project implemented by state-run enterprises with the right of economic management. One of the conditions for loan allocation was constituency of the loan recipients' structure, including operation of the state-owned enterprises involved on the basis of the right of economic management (covenant is a type of contract in which the covenantor makes a promise to a covenantee to do or not do some action during the period of a loan agreement). At the same time, law drafters laid the basis for restricting establishment of state-owned enterprises with the right of economic management and public enterprises and gradually excluding their use in business sector. Thus, Article 133 (2) of the Law "On State Property" reads that state-owned enterprises can be established (irrespective of their activity type) in the following cases: if there is no other opportunity to ensure security and defensive ability of the state or protect public interests; if it is necessary for operating and maintaining state strategic facilities; for implementing activities in the spheres of state monopoly; when it is explicitly envisaged by laws of the Republic of Kazakhstan and decrees of the President of the Republic of Kazakhstan. At the same time, establishment of state enterprises for operation in the spheres where private market entities operate is possible only in the absence of private enterprises engaged in production or sale of similar or interchangeable commodities at a corresponding commodities market. State-owned enterprises with the right of economic management can be established in the mentioned spheres only for implementation of 24 types of activities listed in Article 134 (2) of the Law "On State Property", while public enterprises can be established in the same spheres only for implantation of 8 types of activities listed in Article 134 (3) of the same law.

Development of the Law "On State Property" allowed filling some conceptual gaps of legal regulation of governmental agencies, including local and central authorities, ministries, agencies and other departments qualified as legal entities by their deeds of foundation. Although such entities seldom participate in civil transactions, they have their property, budget and a number of important features, distinguishing them from other legal entities. This specifically concerns the procedure for establishment of such entities, which is based either on the Constitution, constitutional and other laws, presidential decrees and governmental resolutions. Consequently, if such entities are classified as legal entities in civil transactions, governmental agency is the only legal form of organization admissible for them. There is no need for some additional acts for establishing

such agencies. Before the Law “On State Property” was enacted, the legislation of the Republic of Kazakhstan had lacked any explicit legal regulation of the above issues, and decisions were made on the basis of the civil law doctrine on legal entities. It would be appropriate to remind that enactment of the Law “On the National Bank” in 1995 came amid a rather heated discussion of the legal organizational form of the bank, as its representatives insisted on the status of a joint stock company. But eventually organizational form of the National Bank was defined as governmental agency and set forth in Article 6 of the Law “On the National Bank”. This decision was conditioned by the fact that the National Bank was a central governmental authority responsible for development and implementation of monetary policy of the state, functioning of payment systems and fulfillment of other state duties stipulated by the law (currency control, financial market surveillance, etc.).

The key objectives of the Law, set by the Ministry of Economy, were: to make a decision on possibility of state participation in the authorized capital of legal entities; to identify types of legal entities, allowing or ruling out state participation; to establish the procedure for exercising the right to state-owned shares of joint stock companies and equity interest in authorized capital of limited liabilities partnerships; to determine the procedure for state participation in management and monitoring of activity of such legal entities, as well as their accountability to their founder - the state. One of the operational objectives for the Ministry of Economy was to identify the entire system of national companies and their subsidiaries, the possibility of establishing subsidiaries and further establishment of branch organizations by the subsidiaries. Analysis of performance of national companies showed that some of them had a system of establishment of subsidiaries consisting of 10 and more levels and state participation at the lower levels was insignificant. It was necessary to classify legal entities with state participation, to identify specifics of legal regulation of activity of these entities depending on state’s equity interest. But separate norms contained in different laws on joint stock companies, limited liabilities partnerships, subsoil and subsoil use and other laws prevented comprehensive resolution of those issues.

The issues, however, were covered in sufficient detail in Chapter 12 of the Law “On State Property”. In particular, Articles 166 and 172 of the Law read that the state is entitled to act as a founder of only joint stock companies and limited liabilities partnership and has no right to participate in legal entities with different legal organizational forms. Prior to the Law enactment there had been almost no restrictions in this sphere, and in several instances the state even owned shares of cooperatives. The Law “On State Property” certainly cannot extend to relations that sprang up before its enactment, unless otherwise expressly provided by it. It is also quite possible that after the Law enactment, the state can acquire shares in legal entities with different legal organizational forms either directly or via national companies or other legal entities with state participation (this concerns strategic facilities, escheated property, etc.). But in this case the state or a national company will have to sell this property within one year as a general rule (as a property that cannot belong to the entity by law) or to transform the corresponding legal entity into a joint stock company or a limited liabilities partnership if no public entity (state-owned entity or governmental agency) is established on the basis of this property.

Chapter 12 of the Law describes in some detail mechanisms of managing national companies and other legal entities with state participation, including through regulation of their decision-making procedures, accountability, acquisition by the state of income from activity of these entities, planning and controlling their activity.

Section 6 of the Law is dedicated to legal regulation of strategic facilities. The Civil Code of the Republic of Kazakhstan includes several articles pertaining to strategic facilities and priority right of the state in acquiring such facilities. There is also a body of bylaws and individual legal acts that refer certain kinds of property to strategic facilities, determine authorization procedure for encumbrance or alienation of such facilities, etc. Yet, it was obvious that the issues required a more detailed legal regulation, which was ensured through including into the Law “On State Property” of two chapters: Chapter 13 “Encumbrance and Alienation of Strategic Facilities Owned by Individuals and Non-State Legal Entities” and Chapter 14 “Priority Right of the Republic of Kazakhstan to Acquisition of Strategic Facilities Owned by Individuals and Non-State Legal Entities”.

And finally, Section 7 of the Law “On State Property”, dealing with state property accounting, monitoring, evaluation and control of state property use directly relates to the sphere of the Ministry of

Economy. Prior to the adoption of the Law “On State Property” the mentioned issues had been regulated by bylaws. Law enactment allowed propelling legal regulation to the level of law. It was justified, as many issues considered in the process of accounting, evaluation and control of the use of state property pertain to rights and property interests of the state and private persons. This fact necessitates legal regulation of these issues. It should be noted in connection with the review of the Law “On State Property” that the need for drafting such a bulky law and including into it a number of other laws, like the laws on state-owned enterprise and on privatization, is still the subject of discussion in Kazakhstan. Debates around the privatization law are less heated, as a major part of state property has been privatized. Privatization mainly concerns state enterprises operating in the markets, where similar private enterprises operate, competition is developing and there is no need for state participation. In regard to the Law “On State Enterprise” it should be noted that it is easier to administer a separate law. At the same time, it is necessary to harmonize management of state-owned enterprises, governmental agencies and legal entities with state participation. Hence, it was admissible and correct to include state enterprise provisions into the Law “On State Property” instead of setting them forth in a separate law.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

დავით მაისურაძე

სამართლის დოქტორი, კალიფორნიის დევისის
უნივერსიტეტის მაგისტრი,
მონვეული ლექტორი – ივ. ჯავახიშვილის
სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი,
ასოცირებული პროფესორი –
ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი
თბილისი/საქართველო

საწარმოში სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა საქართველოს მაგალითზე

1. შესავალი

საქართველოში, როგორც ყველა საბჭოთა სოციალისტურ ქვეყანაში, დამოუკიდებლობის გამოცხადებამდე, კერძო საკუთრება მინიმუმადე იყო დაყვანილი და ყველა ობიექტი სახელმწიფო საკუთრებაში იყო. საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ დაიწყო საბაზრო ურთიერთობაზე გადასვლის პროცესი და გაჩნდა შესაძლებლობა, სახელმწიფო საბაზრო ურთიერთობის დროს გამოსულიყო როგორც ამ ურთიერთობის ერთ-ერთი მონაწილე და სხვადასხვა ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმის მეშვეობით დაეფუძნებინა საწარმოები.

1994 წლის 28 ოქტომბრის „მენარმეთა შესახებ“ კანონით განსაზღვრული იყო გარდამავალი პერიოდისთვის სახაზინო საწარმოების არსებობა. სახაზინო საწარმო წარმოადგენდა იურიდიულ პირს და შეადგენდა სამენარმეო მიზნებისთვის განკუთვნილ სახელმწიფო ან მმართველობის ადგილობრივი ორგანოების განცალკევებულ ქონებას. თუმცა, რადგან სახაზინო საწარმოების ვალებისათვის პასუხს აგებდა სახელმწიფო, ასეთი საწარმოების არსებობა საფრთხის ქვეშ აყენებდა სახელმწიფო ბიუჯეტს.¹ ამიტომ, „მენარმეთა შესახებ“ კანონის 1999 წლის 19 თებერვლის ცვლილების თანახმად, სახაზინო საწარმოებს დაეკისრათ ვალდებულება, გარდაქმნილიყვნენ შეზღუდული პასუხისმგებლობის ან სააქციო საზოგადოებებად.² აქედან გამომდინარე, ისევე როგორც ეს გავრცელებულია საბაზრო ეკონომიკის მქონე ქვეყნებში, „მენარმეთა შესახებ“ კანონის თანახმად, სახელმწიფოს შეუძლია, იყოს შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების პარტნიორი და/ან სააქციო საზოგადოების აქციონერი. ქართული კანონმდებლობა შესაძლებლობას იძლევა, საწარმოები არსებობდნენ სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობით.

საბაზრო კონკურენციაზე დამყარებული ურთიერთობის არსებობა შესაძლებლობას მისცემს სახელმწიფოს, კონკურენციის პირობებში განვითარდეს და ჩამოყალიბდეს როგორც ამ ურთიერთობის სრულყოფილი სუბიექტი. ამავდროულად, სახელმწიფოს საბაზრო ურთიერთობებში კერძო სამართლის სუბიექტად მონაწილეობა მნიშვნელოვან როლს ასრულებს სახელმწიფოს მიერვე შემუშავებული სამართლებრივი წესრიგის დაცვის საკითხში.³

სტატიის მიზანია, ხაზი გაუსვას საქართველოში სახელმწიფოს წილობრივ მონაწილეობასთან დაკავშირებულ სხვადასხვა აქტუალურ და მნიშვნელოვან საკითხს. სტატია ემყარება საქართველოს საკანონმდებლო აქტების ანალიზს; სხვადასხვა ორგანიზაციის მიერ გამოქვეყნებულ კვლევებს, მათ შორის: სახელმწიფო აუდიტის სამსახურის „სახელმწიფო საწარმოების მართვის და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტის ანგარიშს“;⁴ ინფორმაციის თავისუფლების განვითარე-

¹ ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მენარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მესამე გამოცემა, თბ., 2002, 20.

² საქართველოს კანონი „მენარმეთა შესახებ“, 1994, 70-ე მუხლი.

³ ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მენარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მესამე გამოცემა, თბ., 2002, 20.

⁴ სახელმწიფო აუდიტის სამსახური, სახელმწიფო საწარმოების მართვისა და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტი, 2015, ხელმისაწვდომია: <<http://sao.ge/files/audit/efectianobis-angarishi/2015/sacarmotva-martva.pdf>>.

ბის ინსტიტუტის (IDFI) მიერ მომზადებულ კვლევას – „სახელმწიფო საწარმოები საქართველოში და მათი ეფექტიანობა“⁵ და საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის კვლევას – „სახელმწიფოს მიერ დაფუძნებული საწარმოების გამჭვირვალობა და ანგარიშვალდებულება“⁶; ასევე, სტატია ეფუძნება ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციისა⁷ და მსოფლიო სავაჭრო ორგანიზაციის რეგულაციებსა და რეკომენდაციებს.⁸

2. საწარმოში სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის ცნება

აღიარებულია, რომ სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოების საკითხის აქტუალურობას ორი ძირითადი მიზეზი განაპირობებს: პირველი, ეს არის გადასახადების გადამხდელთა თანხების მენეჯმენტი და მეორე, კერძო სამართლის სხვა სუბიექტებთან მიმართებით სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოთა კონკურენციის საკითხი.

უპირველეს ყოვლისა, უნდა დავსვათ კითხვა: რა არის საწარმოში სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა და რა ოდენობის წილს უნდა ფლობდეს სახელმწიფო საწარმოში, იმისათვის, რომ ეს უკანასკნელი ჩაითვალოს სახელმწიფო საწარმოდ?

2.1. საწარმოში სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის განმსაზღვრელი პროცენტული ოდენობა

„მენარმეთა შესახებ“ კანონი განსაზღვრავს სახელმწიფოს, როგორც აქციონერის, უფლებებს, ისეთ კომპანიაში, სადაც სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა აღემატება 50%-ს. მაგალითად, იმ „საზოგადოებაში, რომელშიც სახელმწიფო ფლობს ხმათა საერთო რაოდენობის 50%-ზე მეტს, საქართველოს მთავრობის გადაწყვეტილებით, შეიძლება შეიქმნას სამეთვალყურეო საბჭო,⁹ ან, განსხვავებით სხვა საწარმოებისაგან, რომლებიც ვალდებული არიან, ლიკვიდაციის დროს ქონების რეალიზაციის შედეგად მიღებული ფული განათავსონ ნოტარიუსის სადეპოზიტო ანგარიშზე, სახელმწიფოს 50%-ზე მეტი წილობრივი მონაწილეობით შექმნილ საწარმოებს უფლება აქვთ, ლიკვიდაციის შედეგად მიღებული თანხა განათავსონ უშუალოდ საწარმოს ანგარიშზე.¹⁰ იმავე კანონის მე-14 მუხლის მე-10 პუნქტის თანახმად, იმ საწარმოს ლიკვიდაციის წესს, რომლის აქციათა ან წილის 50%-ზე მეტს ფლობს სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანო, ამტკიცებს საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტრო.¹¹ „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ კანონის პირველ მუხლში საუბარია ისეთ სახელმწიფო წილობრივი მონაწილეობით შექმნილ საწარმოებზე, სადაც სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა აღემატება 50%-ს.¹²

საქართველოს კანონი „სახელმწიფო ქონების შესახებ“ ხაზს უსვამს სახელმწიფოს ან სახელმწიფოს მიერ დაფუძნებული საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ წილობრივი მონაწილეობით შექმნილი საწარმოების არსებობას, სადაც სახელმწიფოს ან სახელმწიფოს მიერ

⁵ ინფორმაციის თავისუფლების განვითარების ინსტიტუტი (IDFI), სახელმწიფო საწარმოები საქართველოში და მათი ეფექტიანობა, 2014, ხელმისაწვდომია: https://idfi.ge/public/upload/pdf/SOEs/SOEs_and_their_efficiency_GE.pdf.

⁶ საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, სახელმწიფოს მიერ დაფუძნებული საწარმოების გამჭვირვალობა და ანგარიშვალდებულება, 2015, ხელმისაწვდომია: https://www.gyla.ge/files/news/sawarmoebi_geo.pdf.

⁷ OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, ხელმისაწვდომია: <http://goo.gl/abneHo>.

⁸ World Trade Organization, Technical Information on State Trading Enterprises, ხელმისაწვდომია: https://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/statra_info_e.htm.

⁹ საქართველოს კანონი „მენარმეთა შესახებ“, 1994, მე-9.8 მუხლი.

¹⁰ იქვე, მე-14.5 მუხლი.

¹¹ იქვე, მე-14.10 მუხლი.

¹² საქართველოს კანონი „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“, 1998, 1-ლი.8 მუხლი.

დაფუძნებული საჯარო სამართლის იურიდიული პირის საკუთრებაშია წილის (აქციების) 50% ან 50%-ზე მეტი.¹³ შესაბამისად, „მენარმეთა შესახებ“ და „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ კანონებისგან განსხვავებით, „სახელმწიფო ქონების შესახებ“ კანონში საუბარია სანარმოებში სახელმწიფოს 50%-იანი წილის არსებობის შესაძლებლობაზე. პროცენტული ოდენობის ეს უკანასკნელი მაჩვენებელი, შეიძლება, ასევე, დავაკავშიროთ „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ კანონით რეგულირებული შვილობილი სანარმოს ინსტიტუტთან, სადაც მინიმუმ 50%-იანი მონაწილეობა საკმარისია სანარმოში, იმისათვის, რომ ერთი სანარმო ჩაითვალოს მეორე სანარმოს შვილობილად.¹⁴

აქედან გამომდინარე, ისეთი სანარმოები, სადაც სახელმწიფოს, ადგილობრივი თვითმმართველობის და/ან სახელმწიფოს მიერ დაფუძნებული საჯარო სამართლის იურიდიული პირების წილობრივი მონაწილეობა შეადგენს 50% ან მეტ პროცენტს, წარმოადგენენ სახელმწიფო სანარმოებს.

ზემოთ დასახელებული საკანონმდებლო აქტების შედარების საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ არ არსებობს ერთიანი მიდგომა სახელმწიფო წილობრივი მონაწილეობის მქონე სანარმოების დაფუძნების, წილობრივი მაჩვენებლის განსაზღვრის და, აქედან გამომდინარე, უფლებრივი მდგომარეობის შესახებ.

2.2. სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა და სახელმწიფო სანარმოები

რაც შეეხება საკუთრივ სახელმწიფოს წილობრივ მონაწილეობას, ის ფართო ცნებაა და საკუთარ თავში მოიაზრებს სახელმწიფო სანარმოებსაც. სახელმწიფო სანარმოები, ამავდროულად, სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე სანარმოებია, თუმცა ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ყველა სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე სანარმო სახელმწიფო სანარმოა. თუ სახელმწიფოს წილი სანარმოში 50%-ზე ნაკლებია, ეს ნიშნავს, რომ სახელმწიფო მონაწილეობს აღნიშნულ სანარმოში, თუმცა ეს უკანასკნელი არ არის სახელმწიფო სანარმო.

აქვე შეიძლება დავსვათ კიდევ ერთი კითხვა: მიუხედავად სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობისა, უნდა ჩაითვალოს თუ არა სახელმწიფო სანარმოებად ისეთი სანარმოები, რომლებიც არიან განსაკუთრებული სტატუსის მქონენი ან ბუნებრივი მონოპოლიები ბაზარზე, მაგალითად, სს „თელასი“, სადაც სახელმწიფოს წილი შეადგენს 24.5%-ს?¹⁵ თუ სახელმწიფო სანარმოს ცნებას არ დავაფუძნებთ მხოლოდ სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის საკითხზე, ეს შესაძლებლობას მოგვცემს, სანარმოები, სადაც სახელმწიფოს მონაწილეობა ნაკლებია 50%-ზე, განსაკუთრებულ შემთხვევაში მაინც განვიხილოთ როგორც სახელმწიფო სანარმო.¹⁶

3. სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე სანარმოების საჯაროსამართლებრივი ბუნება

მომდევნო მნიშვნელოვანი საკითხი, რასაც სტატიაში უნდა შევეხოთ, არის სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე სანარმოების სახელმწიფო ორგანოებთან მსგავსების ტენდენცია. კერძოდ, საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობის სამართლებრივი ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ სახელმწიფო ცდილობს, მის წილობრივი მონაწილეობის მქონე სანარმოებს, კერძო სამართლის სუბიექტებთან სრულყოფილი კონკურენციის ნაცვლად, ჰქონდეთ განსაკუთრებული სტატუსი. მაგალითად, როგორც უკვე აღინიშნა, „მენარმეთა შესახებ“ კანონის თანახმად, იმ სანარმოს ლიკვიდაციის წესს, რომლის აქციათა ან წილის 50%-ზე მეტს

¹³ საქართველოს კანონი „სახელმწიფო ქონების შესახებ“, 2010, 36-ე.3 მუხლი.

¹⁴ საქართველოს კანონის „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“, 1998, მე-2.65 მუხლი.

¹⁵ იხ.: http://www.fund.ge/geo/strateglc_assets.

¹⁶ World Trade Organization, Technical Information on State Trading Enterprises, ხელმისაწვდომია: <https://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/statra_info_e.htm>.

ფლობს სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანო, ამტკიცებს საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტრო.¹⁷ სახელმწიფო საწარმოების სახელმწიფო ორგანოებთან დაკავშირების კიდევ ერთი მცდელობაა საჯარო მომსახურების ამ საწარმოების სამეთვალყურეო საბჭოში დანიშვნა, რაც „მენარმეთა შესახებ“ კანონის ჩანაწერის თანახმად, არ ჩაითვლება საჯარო სამსახურში ინტერესთა შეუთავსებლობად.¹⁸ შეგახსენებთ, რომ ასეთ შემთხვევაში სამეთვალყურეო საბჭო იქმნება საქართველოს მთავრობის გადანყვეტილებით. ასევე, საინტერესოა „ფასიანი ქალაქების ბაზრის შესახებ“ კანონის ჩანაწერი, სადაც აღნიშნულია, რომ სახელმწიფო ორგანოებს ან/და სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობით შექმნილ საწარმოებს, სადაც სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობა აღემატება 50%-ს, ეკრძალებათ ფინანსურ ინსტიტუტებში წილის ფლობა.¹⁹

ამავდროულად, რადგან სახეზე არ არის სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე ორგანიზაციების მკვეთრი გამიჯვნა სახელმწიფო ორგანოებისაგან, ეს ასევე ნიშნავს, რომ ასეთი საწარმოები შეიძლება გახდნენ პოლიტიკური ჩარევის ობიექტებიც.

ზღვრის გავლება კერძო სამართლის სუბიექტის კერძოსამართლებრივ ხასიათსა და საჯარო ფუნქციით მის დატვირთვას შორის, არის ერთ-ერთი გამოსავალი, რამაც შეიძლება, სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოების წარმატებულ მაგალითებამდე მიგვიყვანოს. ერთი მხრივ, შესაძლოა, მოხდეს კერძო სამართლის სუბიექტის საჯარო ფუნქციებით აღჭურვა, ხოლო, მეორე მხრივ ამ სუბიექტმა უნდა შეინარჩუნოს კერძოსამართლებრივი ბუნება.

4. სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოს კორპორაციული მართვის არსებული სტანდარტი

მომდევნო პრობლემური საკითხი არის სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოების გამჭვირვალობა და ეფექტური მენეჯმენტი.²⁰ ასეთ საწარმოებს არ აქვთ კორპორაციული მართვის ერთიანი სტანდარტი, არ არის უნიფიცირებული საწარმოთა მართვის პრაქტიკა. კვლევები აჩვენებს, რომ სახელმწიფო წილობრივი მონაწილეობით შექმნილ საწარმოთა აბსოლუტური უმრავლესობა არის წაგებიანი.²¹ ასევე, არ არსებობს მათი ზუსტი სტატისტიკა და სახელმწიფო ქონების ეროვნული სააგენტოს და მენარმეთა და არასამენარმეო (არაკომერციული) იურიდიულ პირთა რეესტრის მონაცემები ერთმანეთისგან განსხვავდება.²²

სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოებს არ აქვთ მკვეთრად და მკაფიოდ ჩამოყალიბებული მიზნები და ამოცანები. არ არის განსაზღვრული და დანერგული საწარმოთა საქმიანობის შეფასების კრიტერიუმები, არ არის შემუშავებული საწარმოების თანამშრომელთა შრომის ანაზღაურებისა და წახალისების სამართლიანი და ეფექტიანი სისტემა.²³ ეს უკანასკნელი, გარკვეულწილად, ანარეკლია საჯარო სამსახურში არსებული ანაზღაურებისა და წახალისების სისტემისა, სადაც დღემდე სერიოზულ პრობლემად რჩება პრემიებისა და დანამატების დარიცხვის საკითხი.

¹⁷ საქართველოს კანონი „მენარმეთა შესახებ“, 1994, მე-14.10 მუხლი.

¹⁸ იქვე, მე-9.8 მუხლი.

¹⁹ საქართველოს კანონი „ფასიანი ქალაქების ბაზრის შესახებ“, 1998, 1-ლი.8 მუხლი.

²⁰ სახელმწიფო აუდიტის სამსახური, სახელმწიფო საწარმოების მართვის და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტი, 2015, ხელმისაწვდომია: <<http://sao.ge/files/audit/efeqtlanobs-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 24.

²¹ იქვე.

²² იქვე, 5.

²³ სახელმწიფო აუდიტის სამსახური, სახელმწიფო საწარმოების მართვისა და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტი, 2015, ხელმისაწვდომია: <<http://sao.ge/files/audit/efeqtlanobs-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 46-53.

5. დასკვნა/რეკომენდაციები

ყოველივე ზემოთ აღნიშნულიდან გამომდინარე, სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოებთან მიმართებით რეკომენდაციების სახით შეიძლება ჩამოვყალიბოთ შემდეგი:

1. სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოები უნდა იყვნენ მკვეთრად გამიჯნული სახელმწიფო ხელისუფლების განხორციელებისაგან.

2. აუცილებელია, ქართული საკანონმდებლო ბაზის დახვეწა და საწარმოებში სახელმწიფოს წილობრივ მონაწილეობასთან დაკავშირებით ერთიანი სამართლებრივი ნორმების შემუშავება.

3. აუცილებელია ბალანსის პოვნა სახელმწიფოს მხრიდან პარტნიორის უფლებამოსილების აქტიურად განხორციელებასა და საწარმოთა საქმიანობაში ზედმეტ ჩარევას შორის.

4. საქმიანობის პირობების თანაბარი უზრუნველყოფის მიზნით აუცილებელია კერძო სამართლის სუბიექტებს შორის ერთიანი სამართლებრივი რეგულირების არსებობა და ისეთი დანაწესების გაუქმება, როგორცაა, მაგალითად, სახელმწიფოს 50%-ზე მეტი წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოს ლიკვიდაციის წესის ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების მინისტრის ბრძანებით დამტკიცება. ასევე, აუცილებელია ისეთი დანაწესების გაუქმებაც, როგორცაა იმ საზოგადოებაში, რომელშიც სახელმწიფო ფლობს ხმათა საერთო რაოდენობის 50%-ზე მეტს, საქართველოს მთავრობის გადაწყვეტილებით სამეთვალყურეო საბჭოს შექმნა. ამ რეგულაციების გაუქმება დაახლოებს სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოებს კერძო სამართლის სუბიექტების ბუნებასთან.

5. აუცილებელია შემცირდეს სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობით დაფუძნებული კომპანიების გავლენა სახელმწიფო ბიუჯეტზე, კერძოდ, უნდა შეიზღუდოს წამგებიანი კომპანიების შენახვა ბიუჯეტის ხარჯზე. აუცილებელია, ყველა წამგებიანი კომპანიის ან რებრენდინგი და მოგებაზე ორიენტირებით გარდაქმნა, ან გასხვისება ან ლიკვიდაცია. ამ მიმართულებით სახელმწიფომ 2012 და 2013 წლებში დაიწყო მნიშვნელოვანი ნაბიჯების გადადგმა, რის შედეგადაც ქონების მართვის სააგენტოს დაქვემდებარებაში არსებული საწარმოების მნიშვნელოვანი ნაწილი გასხვისდა, მოხდა მათი შერწყმა ან ლიკვიდაცია. 2014 წლის ოქტომბრის მონაცემებით, ქონების მართვის სააგენტოს, რომელიც სახელმწიფო საწარმოების მაკოორდინებელი რგოლია, მმართველობის ქვეშ არსებული საწარმოების რაოდენობა შეადგენს 344-ს, 2012 წელს ეს რაოდენობა იყო 1129. დამატებით უნდა აღინიშნოს, რომ დარჩენილი 344 საწარმოდან დაახლოებით 75% იმყოფება მძიმე ფინანსურ მდგომარეობაში.²⁴

6. აუცილებელია გამჭვირვალობის მაღალი სტანდარტისა და ეფექტური მენეჯმენტის სისტემის შექმნა.

7. აუცილებელია სამეთვალყურეო საბჭოს როლის გაძლიერება ეფექტური შიდაკონტროლის მექანიზმის საშუალებით, მაგალითად, თანამშრომლების წარმომადგენლობა კორპორაციის მმართველ ორგანოებში.²⁵

8. ასევე, საინტერესოა შემდეგი საკითხი, კერძოდ, მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფო საწარმოების უმრავლესობა არის ქონების მართვის სააგენტოს დაქვემდებარებაში, რაც ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის სტანდარტების მიხედვით მოწინავე მიდგომა,²⁶ პრაქტიკაში სხვა სურათს ვხედავთ, რადგან ქონების მართვის სააგენტოს სახელმწიფოს უფლებამოსილება დელეგირებული აქვს სხვადასხვა სახელმწიფო ორგანოზე, შესაბამის-

²⁴ სახელმწიფო აუდიტის სამსახური, სახელმწიფო საწარმოების მართვისა და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტი, 2015, ხელმისაწვდომია: <<http://sao.ge/files/audit/efeqtlanobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 24.

²⁵ OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, ხელმისაწვდომია: <<http://goo.gl/abneHo>>, 26-27.

²⁶ სახელმწიფო აუდიტის სამსახური, სახელმწიფო საწარმოების მართვისა და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტი, 2015, ხელმისაწვდომია: <<http://sao.ge/files/audit/efeqtlanobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 27.

სად, სახელმწიფოს, როგორც პარტნიორის, უფლებამოსილება სახელმწიფო საწარმოებში ერთიანი არ არის. რეალურად სახელმწიფოს მიდგომა საწარმოების მმართველობის მიმართ ატარებს დუალისტურ და დეცენტრალიზებულ ნიშნებს, რაც შეუსაბამოა საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკისა.²⁷

9. ბოლო საკითხად, ასევე, უნდა აღინიშნოს, რომ ამ სფეროში ჩატარებული სხვადასხვა კვლევის მიხედვით სახელმწიფოს წილობრივი მონაწილეობის მქონე საწარმოთა საქმიანობის ერთ-ერთ ხარვეზად მიიჩნევენ ამ საწარმოების მიერ მკაფიოდ განსაზღვრული ამოცანებისა და მიზნების არქონას. რა თქმა უნდა, მნიშვნელოვანია სწორი სტრატეგიის დასახვა და განხორციელება, თუმცა, მეორე მხრივ, ასეთი ამოცანების არსებობამ არ უნდა მიგვიყვანოს სპეციალური უფლებაუნარიანობის საკითხამდე, რაც დამახასიათებელია საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილების განმახორციელებელი ორგანოებისთვის.²⁸

²⁷ სახელმწიფო აუდიტის სამსახური, სახელმწიფო საწარმოების მართვის და განკარგვის ეფექტიანობის აუდიტი, 2015, ხელმისაწვდომია: <<http://sao.ge/files/audit/efeqtlanobs-angarishi/2015/sacarmota-mar-tva.pdf>>, 29-32.

²⁸ საქართველოს კანონი „საჯარო სამართლის იურიდიული პირის შესახებ“, 1999, მე-3 მუხლი.

State Shareholding Enterprise in Georgia

1. Introduction

Private property rights were nearly nonexistent and all the objects were owned by the state before the declaration of independence in Georgia, as in the rest of the USSR. Dissolution of the Soviet Union led to the establishment of market relations and the state was given an opportunity to participate in these relations as one of its subjects and establish an enterprise through different organizational forms.

The Law of Georgia “On Entrepreneurs”, dated 28 October 1994, determined the existence of government enterprises for the transitional period. Government enterprises were legal entities and represented the property of the state or local self-government authorities for entrepreneurial goals. However, since the state was liable for all obligations arising from government enterprises’ entrepreneurial activities, existence of such enterprises endangered state budget.¹ That is why, under the amendment to the Law of Georgia “On Entrepreneurs”, dated 19 February 1999, government enterprises were required to be transformed into limited liability (LLC) or joint-stock companies (JSC).² Hence, just as it is common in market economy countries, under the Law of Georgia “On Entrepreneurs”, the state can be a partner in a limited liability company and/or a shareholder in a joint-stock company. In other words, Georgian legislation allows for the existence of enterprises with state participation.

Market relations based upon competition will enable the state to develop and form as a full subject of these relations in a competitive environment. At the same time, participation of the state in market relations as the subject of private law plays an important role in the protection of the legal order established by the state itself.³

The aim of the present article is to highlight the various topical and relevant issues regarding state shareholding in Georgia. The article is based upon the analysis of Georgian legislative acts; published studies by various organizations, including the performance audit report of the State Audit Office on “Governance and Disposal of State Owned Enterprises”⁴; a study on “State-Owned Enterprises in Georgia and their Efficiency”⁵ prepared by the Institute for Development of Freedom and Information (IDFI); and a study on “Transparency and Accountability of State Owned Companies”⁶, prepared by the Georgian Young Lawyers’ Association. The article is also based upon the regulations and recommendations of the Organization for Economic Co-operation and Development⁷ and the World Trade Organization⁸.

¹ L. Tchanturia, T. Ninidze, Commentary to the Law of Georgia on “Entrepreneurs”, third edition, Tbilisi, 2002, 20.

² Law of Georgia on „Entrepreneurs“, 1994, Article 70.

³ L. Tchanturia, T. Ninidze, Commentary to the Law of Georgia on “Entrepreneurs”, third edition, Tbilisi, 2002, 20.

⁴ State Audit Office, Performance Audit Report on “Governance and Disposal of State Owned Enterprises”, 2015, available at: <<http://sao.ge/files/auditi/efeqtianobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>.

⁵ Institute for Development of Freedom and Information (IDFI), State-Owned Enterprises in Georgia and their Efficiency, 2014, available at: <https://idfi.ge/public/upload/pdf/SOEs/SOEs_and_their_efficiency_GE.pdf>.

⁶ Georgian Young Lawyers’ Association, “Transparency and Accountability of State Owned Companies”, 2015, available at: <https://www.gyla.ge/files/news/sawarmoebi_geo.pdf>.

⁷ OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, available at: <<http://goo.gl/abneHo>>.

⁸ World Trade Organization, Technical Information on State Trading Enterprises, available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/statra_info_e.htm>.

2. Concept of the State Shareholding Enterprise

It is recognized that there are two main reasons for the topicality of the issue of enterprises with state participation. The first is the management of taxpayers' funds and the second is the issue of fair competition between state participation enterprises and other subjects of private law.

First, we should ask ourselves what is the enterprise with state participation and what should be the amount of shares owned by the state, in order for the organization to be considered as a state-owned enterprise.

2.1. Percentage of Shares Determining the Participation of a State in the Enterprise

The Law of Georgia "On Entrepreneurs" defines rights of the state in a company, with state shareholding of over 50%. For example, "by the decision of the Government of Georgia, a Supervisory Body may be formed in companies where the state holds more than 50 per cent of the total number of votes"⁹, or in case of liquidation, unlike other enterprises that are obliged to deposit the sales proceeds into the account of a notary, an enterprise, with state shareholding of over 50%, may deposit the sales proceeds into the account of the enterprise itself.¹⁰ Under Article 14 (10) of the abovementioned Law, the Ministry of Economy and Sustainable Development of Georgia shall approve the liquidation procedure for an enterprise with more than 50% shareholding by the state or a local self-government authority.¹¹ Article 1 of the Law of Georgia "On the Securities Market" talks about enterprises with state participation, in which the state's share exceeds 50%.¹²

The Law of Georgia "On State Property" emphasizes the existence of enterprises with the participation of a state or a legal entity of public law (LEPL) established by the state, in which the state or a legal entity of public law (LEPL) established by the state owns 50% of shares or more.¹³ Accordingly, unlike the Laws of Georgia "on Entrepreneurs" and "On Securities Market", the Law "On State Property" talks about enterprises with state shareholding of 50% or more. We may as well connect the foregoing percentage to the institution of subsidiary enterprises regulated by the Law of Georgia "On Securities Market", under which ownership of at least 50 percent of the voting stocks of one enterprise by another is enough for the former to be considered as a subsidiary.¹⁴

Therefore, the enterprises, in which the state, local self-government authorities and / or the legal entities of public law own 50 percent or more of the voting stocks, represent state-owned enterprises.

If we compare the above-mentioned legislative acts, we may say that there is no unified approach towards the establishment of state-owned enterprises, determination of the ownership percentage and hence rights of given shareholders in the enterprises.

2.2. State Shareholding Enterprises and State-Owned Enterprises

State ownership is a broad term and encompasses state-owned enterprises. State-owned enterprises at the same time represent the enterprises with the state as a regular shareholder; however, this does not mean that all the enterprises with state participation are state-owned enterprises. If the state owns less than 50 percent of a company's voting stock, this means that the state participates in the enterprise; however, the latter is not a state-owned enterprise.

Here, we may as well ask one more question, namely, regardless of state participation, should we consider as state-owned enterprises such companies, which have a special status or represent an enterprise

⁹ The Law of Georgia on "Entrepreneurs", 1994, Article 9.8.

¹⁰ The Law of Georgia on "Entrepreneurs", 1994, Article 14.5.

¹¹ The Law of Georgia on "Entrepreneurs", 1994, Article 14.10.

¹² The Law of Georgia "On Securities Market", 1998, Article 1.8.

¹³ The Law of Georgia "On State Property" 2010, Article 36.3.

¹⁴ The Law of Georgia "On Securities Market", 1998, Article 2.65.

that is holding a monopoly of the market, for example, JSC “Telasi”, where the state owns 24.5 percent of its voting stock?¹⁵ If the concept of state-owned enterprise is not dependent only upon the issue of state participation, it will allow us to consider enterprises with state shareholding of less than 50% as state-owned enterprises, at least in special cases.¹⁶

3. Public-Law Nature of State Shareholding Enterprises

Another significant issue that should be addressed in this article is the similarity between state shareholding enterprises and state institutions. In particular, on the basis of legal analysis of Georgian legislation, we may say that the state is trying to acquire a special status for a state shareholding enterprise, instead of pursuing the equal competition with private law subjects. For instance, as already mentioned above, under the Law of Georgia “On Entrepreneurs”, the Ministry of Economy and Sustainable Development of Georgia approves the liquidation procedure for an enterprise with more than 50% shareholding by the state or a local self-government authority.¹⁷ Another attempt to relate state enterprises to state institutions is to enroll a public servant in a supervisory board of these enterprises, which will not be considered as a conflict of interest under the Law of Georgia “On Entrepreneurs”.¹⁸ Let me remind you that in this case, the supervisory board is formed by the decision of the Government of Georgia. One of the provisions of the Law of Georgia “On Securities Market” is also of particular interest, as it stipulates that the state institutions and / or enterprises with state shareholding of over 50% are not allowed to own shares in financial institutions.¹⁹

At the same time, since there is no rigid line of demarcation between state institutions and state shareholding enterprises, this also means that such enterprises may as well be subjected to political interference.

Drawing a line between the private nature and public function of a subject of private law is one of the solutions that could lead to the successful examples of enterprises with state participation. On the one hand, public functions may be delegated upon a subject of private law, yet on the other hand, this subject must maintain its private law nature.

4. Existing Standards of Corporate Governance of State Shareholding Enterprises

The next widely recognized problem in Georgia is the issue of transparency and efficient management of state shareholding enterprises.²⁰ These enterprises do not have a unified standard of corporate governance; there is no unified practice of enterprise management. Studies show that the absolute majority of state shareholding enterprises are unprofitable.²¹ Herewith, there are no accurate statistics regarding these enterprises and the data of the National Agency of State Property and of Registry of Entrepreneurs and Non-entrepreneurial (Non-commercial) Legal Entities are different.²²

State shareholding enterprises do not have a clear and well-defined goals and objectives. Criteria for the evaluation of enterprises’ performance are not developed and introduced; fair and effective remuneration and bonus system for the enterprise personnel is not implemented.²³ The latter somewhat reflects the remuneration and promotion system existent in public service, where the issue of bonus payments and allowances still remains a problem.

¹⁵ See: http://www.fund.ge/geo/strategic_assets.

¹⁶ World Trade Organization, Technical Information on State Trading Enterprises, available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/statra_info_e.htm>.

¹⁷ Law of Georgia on “Entrepreneurs”, 1994, Article 14.10.

¹⁸ Law of Georgia on “Entrepreneurs”, 1994, Article 9.8.

¹⁹ The Law of Georgia “On Securities Market”, 1998, Article 1.8.

²⁰ State Audit Office, Performance Audit Report on “Governance and Disposal of State Owned Enterprises”, 2015, available at: <<http://sao.ge/files/auditi/efeqtianobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 24.

²¹ Ibid.

²² Ibid, 5.

²³ State Audit Office, Performance Audit Report on “Governance and Disposal of State Owned Enterprises”, 2015, available at: <<http://sao.ge/files/auditi/efeqtianobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 46-53.

5. Conclusion/Recommendations

Based on all of the above-mentioned, the following recommendations can be made with regard to the enterprises with state shareholding:

1. State shareholding enterprises should be sharply separated from exercising state authority.
2. It is necessary to refine Georgian legislative base and elaborate unified legal norms concerning state shareholding enterprises.
3. It is necessary to find a balance between the exercise of its shareholding powers by the state and the excessive interference in the activities of an enterprise.
4. In order to ensure equal conditions of subjects of private law, it is necessary to establish unified legal regulations for all these subjects and abolish such regulations as, for instance, the one stating that the liquidation procedure for the enterprise with more than 50% shareholding by the state shall be approved by the decree of the Minister of Economy and Sustainable Development of Georgia. It is also essential to abolish the regulation providing that a supervisory board may be formed in companies where the state holds more than 50% of the total number of vote by the decision of the Government of Georgia. Abolition of the foregoing regulations will bring the state shareholding enterprises closer to the nature of the subjects of private law.
5. It is essential to reduce the impact of state shareholding companies upon state budget; in particular, maintenance of unprofitable companies at the expense of state budget should be limited. It is necessary for all the unprofitable companies to be rebranded, transformed into profit-oriented enterprises, and alienated or liquidated. In this regard, the government began to take some important steps in 2012 and 2013, as a result of which, a significant number of enterprises, being under the supervision of National Agency of State Property, were alienated, merged or liquidated. According to the data as of October 2014, there are 344 enterprises under the supervision of National Agency of State Property, which is the coordinating link between state-owned enterprises. In 2012, 1129 enterprise were under the supervision of National Agency of State Property. It should be additionally noted that 75% of the remaining 344 enterprises are in a difficult financial situation.²⁴
6. It is necessary to establish high standards of transparency and effective management system.
7. It is necessary to strengthen the role of the supervisory board through the introduction of effective internal control mechanisms. For example, the representation of personnel in the governing body of a corporation.²⁵
8. The following issue is of particular interest as well. Specifically, despite the fact that the majority of state-owned companies are under the control of National Agency of State Property, which according to the standards of Organization for Economic Co-operation and Development is the advanced approach,²⁶ we are witnessing another reality in practice. Since the National Agency of State Property is delegating state authority to various state agencies, as a result, partnership authority of a state in the state-owned enterprises is not unified. In fact, the government's approach towards the governance of enterprises has dualistic and decentralized character, which is not consistent with the best international practices.²⁷
9. Lastly, it should also be noted that according to the various studies made in the foregoing field, one of the flaws of state shareholding enterprises is the lack of clearly defined objectives and goals. Obviously, development and implementation of the correct strategy is important. However, on the other hand, existence of such goals should not lead us to the issue of special capacity for rights, which is typical to the bodies implementing public authority.²⁸

Translated from the Georgian by Mariam Kobiashvili

²⁴ State Audit Office, Performance Audit Report on "Governance and Disposal of State Owned Enterprises", 2015, available at: <<http://sao.ge/files/auditi/efeqtianobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 24.

²⁵ OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, available at: <<http://goo.gl/abneHo>>, 26-27.

²⁶ State Audit Office, Performance Audit Report on "Governance and Disposal of State Owned Enterprises", 2015, available at: <<http://sao.ge/files/auditi/efeqtianobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 27.

²⁷ State Audit Office, Performance Audit Report on "Governance and Disposal of State Owned Enterprises", 2015, available at: <<http://sao.ge/files/auditi/efeqtianobis-angarishi/2015/sacarmota-martva.pdf>>, 29-32.

²⁸ Law of Georgia "On Legal Entities of Public Law", 1999, Article 3.

IV. საკუთრების უფლების გადაცემის სანივთოსამართლებრივი ასპექტები

IV. Sachenrechtliche Aspekte der Übertragung des Eigentums

IV. Вещно-правовые аспекты передачи собственности

IV. Jus in Rem Aspects of Transfer of the Right to Property

Фидуциарный титул и передача собственности в праве Украины

Вступление

1. Украина находится на этапе формирования традиций общества социально ориентированной рыночной экономики, юридически опосредованного процессами ускоренного приближения институтов вещного права к общепризнанным принципам международного права.

Реализация политики экономического либерализма в Украине нашла отражение в тенденции дезинтеграции единого права собственности посредством законодательного признания вещи и иного имущества объектом права собственности, распространения режима права собственности на индивидуализируемые обязательственные, корпоративные, иные субъективные имущественные права и законные интересы как объекты гражданского оборота.

2. Современный этап развития института права собственности характеризуется расширением содержания полномочий собственника, развитием процесса сближения вещных и обязательственных концепций права собственности, появлением новых видов «нематериального» имущества, имеющих характеристики товара (информация, ноу-хау и т. п.).

3. Наблюдается тенденция к переоценке социального назначения права собственности, определяемого с учетом концепции либерального правопонимания, основанной на идеях социальной солидарности и сотрудничества, социологического и экономического анализа права.

4. Усиливается акцент к пониманию собственности как средства (инструмента) права. Право собственности перестало быть самоцелью, и все более приобретает признаки средства, используемого человеком для организации своей самореализации. С учетом этого способность воспользоваться правом собственности нацеливается на организацию предпринимательской деятельности, в которой человек создает себя сам и именно для него приобретает такие качества, как образованность, работоспособность, приобретение высокой квалификации¹.

5. В национальном гражданском праве утверждается новый подход к классификации института права собственности, не предусматривающий его деление на формы собственности. Отказ ГК Украины 2003 г. от термина «форма собственности» и деления собственности на формы (государственную, коммунальную, частную) способствовал формированию в украинской доктрине гражданского права идеи о необходимости отказа от самого понятия «форма собственности».

Действующая Конституция Украины не содержит положений о делении собственности на определенные формы, как это было в Конституции УССР 1978 г. и в Законе Украины «О собственности». Указанная тенденция обусловлена тем, что право собственности, по сути, является единым для всех субъектов права собственности независимо от того, кто является субъектом права собственности – гражданин, юридическое лицо, либо государство, оно всегда характеризует состояние присвоенности вещи, следовательно, деление на формы собственности утрачивает какой-либо смысл².

Сущность все еще встречающихся в законодательстве словосочетаний типа «организации различных форм собственности», «имущество, относящееся к различным формам собственности» состоит в обозначении того, что отличия между различными собственниками отсутствуют, они все равны. Такой

¹ Шевченко Я. Право приватної власності в Україні: проблеми і перспективи. [Текст] // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – (С. 17–24). – С. 22.

² Шевченко Я. М. Питання права власності (коментар до Конституції України). [Текст] // Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. – К., 2000. – С. 170–174.

подход закреплен и в Конституции Украины, в которой декларируется равенство всех собственников. В свою очередь, она прокладывает путь к пониманию права собственности как единого института, независимо от правосубъектности. Поэтому употребление термина «формы собственности» в законодательстве является нецелесообразным³.

6. Подобный подход к пониманию деления права собственности свидетельствует о формировании в украинской цивилистической доктрине монистического понимания собственности, основанного на идеях «социального либерализма», близкого к общепринятой в странах ЕС либеральной концепции права собственности.

Концепция «социального либерализма» права собственности в Украине находит свое проявление: 1) в многообразии проявлений (видов, типов, форм) собственности; 2) в утверждении принципа равноправия всех собственников; 3) в понимании частной собственности как естественного права человека, которое, независимо от воли своего носителя может отчуждаться только в случаях, прямо предусмотренных законом; 4) в постепенном переходе от абсолютного к ограниченному характеру права собственности в связи с возрастанием социальной функции собственности (собственность обязывает – ч. 3 ст. 13 Конституции Украины)⁴.

7. Активная интеграция Украины в европейское правовое пространство обусловила актуальность вопросов допустимых пределов имплементации вещно-правовых конструкций, общепринятых в праве ЕС. Допустимым объектом и пределом такой имплементации должны быть не столько конкретные вещно-правовые конструкции, как их соответствие основным ценностям и принципам права ЕС. Прежде всего, речь идёт о принципе свободы оборота продукции (услуг), капиталов и рабочей силы. Это означает, что имплементацию европейского образца конструкций в вещное право Украины необходимо проводить с учётом её национальных интересов и традиций.

8. В украинском праве существует тенденция к расширению круга вещных прав за счёт так называемых «скрытых» вещных прав.

Такого рода атипичные вещные права могут быть выявлены следующими двумя способами: а) вещные права, определяемые исходя из содержания норм ГК, иных законов Украины, прямо не названных законом вещными правами – доверительное управление имуществом, преимущественное право купли-продажи имущества, аренда, залог, ипотека, удержание; б) вещные права, предусмотренные специальными законами и находящиеся в ГК Украины в системе обязательственных прав (аренда недвижимости, доверительное управление имуществом и т. п.).

9. Один из вызовов для классического понимания вещного права связан с внедрением в право Украины конструкций доверительной собственности, бенефициарной собственности, иных фидуциарных титулов, основанных на идее «целевого имущества» как одного из способов осуществления права собственности. Правовая природа целевого права собственности состоит в самоограничении абсолютного права собственности на определенное время с возможностью восстановления в полном объеме после достижения цели либо по иным основаниям, определенным законом либо сделкой⁵.

10. Интерес к фидуциарным титулам в праве Украины во многом обусловлен недостаточной эффективностью классических вещных и иных субъективных имущественных прав, и как следствие, стремлением участников гражданского оборота сконструировать непоименованные правовые конструкции, находящиеся за пределами типичных, «зарегулированных» государственным правом правовых титулов.

11. Фидуциарный титул призван способствовать правовой стабильности в обществе посредством применения титулов собственности, владения, иных прав в интересах третьего лица либо определенной цели. Мотивами применения фидуциарного титула обычно являются отсутствие профессиональных знаний, необходимых для управления собственностью, фактическая либо юридическая невозможность личного осуществления титула собственника либо владельца.

³ Спасибо-Фатеева І. Форми права власності. [Текст] // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 3. – (С. 145–154). – С. 145

⁴ Кісель В. Й. Сучасні уявлення про сутність права власності // Проблеми цивільного права та процесу : Матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна (30 травня 2015 р.). – Харків : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2015. – (468 с.). – (С. 202–205). – С. 205.

⁵ Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). [Текст] // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – (С. 37–57). – С. 39.

Фидуциарный титул является определенным вызовом для традиционного понимания понятия права собственности и вещного права в целом, что обусловлено особенностями интереса, структуры и иных элементов фидуциарного титула.

I. Понятие и виды юридических титулов

а) Понятие титула как основания приобретения прав и технического названия полномочий

12. В юридической науке под титулом понимается правовое состояние лица по отношению к имуществу, в отличие от статуса, представляющего собой правовое состояние лица в обществе.

Основания приобретения (то есть, возникновения) субъективных гражданских прав принято называть титулами указанных прав.

В цивилистической доктрине выделяются способы и основания приобретения права собственности: «Факты, с наступлением которых лицо приобретает право собственности, называются способами приобретения права собственности (*modus adquirendi*), а юридические факты (особенно сделки), служащие основанием для приобретения права собственности, называются титулом приобретения (*titulus adquirendi*)»⁶.

Соответственно, юридический титул обозначает законное основание (не противоправный способ) приобретения права либо вступления во владение.

В связи с этим титул может рассматриваться как основание приобретения права собственности, иного вещного права и как техническое название соответствующих полномочий, а не его основание.

13. С учетом понимания титула как условия и основания приобретения права собственности, в современной доктрине разделяют основания и способы приобретения права собственности, являющиеся автономными понятиями.

К способам приобретения права собственности относят передачу вещи, государственную регистрацию права и т. п.

При этом для договоров, требующих нотариального удостоверения и в определенных случаях государственной регистрации, факт их заключения служит не только основанием, но и способом приобретения права собственности⁷.

Титул рассматривают не только в качестве законного основания владения, но и как юридическое владение, защищаемое в судебном порядке.

Титулы могут удостоверять право собственности и вещные права на чужое имущество. Титул вещного права удостоверяет владение вещью (имуществом) на основе определенного вещного права, что следует из соответствующего правообразующего юридического факта.

Например, основаниями приобретения права собственности могут быть договоры купли-продажи и дарения, завещание, либо решение суда.

В отличие от беститульного владения, фактическое владение не основывается на каком-либо правовом основании, хотя при установленных законом условиях и оно может повлечь определенные правовые последствия.

б) Титулы строгого права и права доброй совести

14. В зависимости от наличия либо отсутствия полномочий на распоряжение в отчуждателя и возможности узнать об этом у приобретателя имущества выделяют титулы строгого права (*jus stricti*) и титулы доброй совести (*bona fides*).

В самом широком смысле добрая совесть предполагает незнание приобретателем имущества об отсутствии полномочий на распоряжение у отчуждателя и отсутствие возможности узнать об этом («не знал и не мог знать»).

⁶ Новицкий И. Б. Римское право. – М., 2005. – С. 115.

⁷ См.: Спасибо, І. Набуття права власності у цивільному праві України [Текст] : автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. Спасибо. – К. : Наук.-дослід. ін.-т приват. права і підприємництва АПрН України, 2009. – С.9, 10; Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – (656 с.). – С. 433.

Эта категория распространяется на те отношения между участниками гражданского оборота, которые связаны не с приобретением имущества, а с выполнением обязательств.

В этом значении «добрая совесть» отождествляется с проявлением необходимой заботливости и осмотрительности, которая требуется по характеру обязательств и условиям оборота и становится синонимом безвиновности.

В этом случае объектом возможного познания при приобретении имущества является его возможность и обязанность проявлять необходимую осмотрительность в деле сохранности вверенного ему чужого имущества или имущества в чужом интересе или действовать с необходимой заботливостью в целях выполнения возложенных на него обязательств.

Сложность признания должного поведения доверенного лица обусловлена тем, что оно (поведение) должно соответствовать правилам честности и порядочности лица при аналогичных обстоятельствах.

В последнем случае понятие «добрая совесть» переходит в понятие «путативный», или мнимый титул.

15. Теория доверия к внешнему выражению фактов предусматривает приведение приобретателем аргументов в пользу того, почему можно было этим фактам довериться.

Ответчик доказывает, что он обоснованно доверился видимости права и тем самым «заслужил» приобретение им права собственности.

Ответчик доказывает свой статус усредненного субъекта права, то есть то обстоятельство, что любой доверился бы отчуждаемому при сравнимых обстоятельствах.

Основанный на доброй совести титул (*bona fideas*) является основанным лишь на вере добросовестного приобретателя, который оправдывает приобретение вещи не от владельца, поскольку представляет собой сочетание как веры приобретателя в непорочность, правовую чистоту сделки, так и надежды на то, что эта сделка никому не повредит.

Поскольку такая вера исцеляет сделку, она сама выступает основанием права.

Учитывая это, такой титул признается основанием права собственности на основе доброй совести, которая способна заменять право и приравниваться к нему.

Именно благодаря добросовестности, в предусмотренных законом случаях, лицо приобретает право на вещь.

Следовательно, понятие доброй совести, в первую очередь, связано с видимостью полномочия отчуждателя: его принимают за владельца вещи⁸.

Сторона, заключившая сделку с лицом, только для видимости уполномоченным, защищена не потому, что она имеет соответствующее право, а несмотря на отсутствие такого права, и притом только как знак признания ее добросовестности и в интересах стабильности оборота⁹.

в) Титулы собственного и фидуциарного интереса

16. Формами принадлежности вещей (господство над вещью) в зависимости от степени обособления являются право собственности, вещное право на чужое имущество и владение.

По характеру интереса следует выделять (а) титулы собственного интереса и (б) титулы зависимого (фидуциарного) интереса.

Титулы собственного интереса осуществляются по собственному усмотрению их носителей, не ограниченным обязанностью осуществления права для определенной цели, передать вещь третьему лицу в будущем.

Особенность титулов зависимого (фидуциарного) интереса заключается в осуществлении права на имущество для определенной цели, с достижением которой или с наступлением другого определенного обстоятельства такое имущество подлежит возврату предыдущему владельцу (собственнику) или определенному третьему лицу.

Титулы собственности предусматривают осуществление права собственности в собственном интересе владельца или в фидуциарном (зависимом) интересе – в чужом интересе, определенном конкретной целью.

⁸ Германов А. В. От пользования к владению и вещному праву. – М.: Статут, 2009. – (700 с.). – С. 559.

⁹ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права, Том первый. Полутом второй. – М., 1949. – С. 273.

Титул собственности в собственном интересе его носитель осуществляет по собственному усмотрению, не обремененный обязанностью совершать активные действия в отношении вещи в пользу третьих лиц.

Титул собственности в зависимом (фидуциарном) интересе уполномочивает его носителя (фидуциария) осуществлять право собственности на имущество для определенной цели, с тем чтобы после ее достижения или с наступлением определенных обстоятельств имущество было возвращено отчуждателю или определенному им лицу.

Владением в зависимом (фидуциарном) интересе является зависимое держание, содержание которого составляет право на владение вещью в течение определенного срока и обязанность возврата этой вещи по окончании этого срока.

Зависимое владение порождает сделки, которым присущи следующие существенные элементы: (а) правом собственности должно обладать лицо, передающее вещь другому; (б) обладать имуществом должен зависимый владелец; (в) на зависимом владельце должна лежать обязанность вернуть имущество, лицу, передавшему ему имущество, или распорядиться имуществом согласно указаниям этого лица¹⁰.

Зависимым владельцем является лицо, получившее вещь на основании сделок в зависимом интересе. По таким сделкам вещь передается одним лицом другому для определенной цели, с тем чтобы после осуществления этой цели вещь была возвращена тому, кем она передана.

В этом контексте заслуживает внимания признанная в английском праве классификация зависимого держания (Bailment), классическими видами которого считаются депозит, заем, аренда, залог, подряд и мандат¹¹.

По объему полномочий и характеру защиты выделяют три вида зависимого владения: а) представительское (служебное) владение; б) оперативное управление; в) ограниченное вещное право в зависимом интересе.

Субъектом представительского (служебного) владения является владелец - представитель собственника (например, продавец в магазине), выполняющий роль служащего, который обязан следовать указаниям хозяина, осуществляет надзор за вещью с целью ее сохранности и ее физического содержания с целью продажи.

Оперативное управление предусматривает предоставление владельцу вещи самостоятельной вещественно-правовой защиты от всех третьих лиц, но не от владельца. Владелец может, при определенных условиях, изъять имущество, предоставленное субъекту оперативного управления.

Ограниченное вещное право в зависимом интересе (например, доверительное управление чужим имуществом) возникает в правоотношении, из которого владелец передает владение вещью владельцу и самостоятельную вещественно-правовую защиту от всех третьих лиц, в том числе от владельца для достижения определенной цели.

Субъект владения может предъявить вещно-правовой иск к владельцу вещи, не зависящий от изменения субъекта собственности¹².

II. Общая характеристика фидуциарного титула

а) Понятие и виды фидуциарных титулов

17. Конструкция фидуциарных правоотношений основывается на фидуциарном титуле, на основании которого фидуциар осуществляет свои полномочия относительно вверенного (фидуциарованного) ему имущества.

Фидуциарный титул представляет собой субъективное право фидуциария, обремененное его фидуциарной обязанностью действовать в чужом интересе для достижения определенной цели, с достижением которой или с наступлением определенного обстоятельства передать доверенное (фидуциарованное) имущество, совершить другие действия имущественного характера в интересах третьих лиц – фидуцианта (учредителя, доверителя) и/или выгодоприобретателя.

¹⁰ Германов А. В. От пользования к владению и вещному праву. – М.: Статут, 2009. – (700 с.). – С. 495–496.

¹¹ Германов А. В. Указ. соч. – С. 496.

¹² Германов А. В. Указ. соч. – С. 499.

Фидуциарный титул играет определяющую роль во всех без исключения правовых формах фидуциарных правоотношений стран континентального и англо-американского права.

18. Концепция фидуциарного титула имеет широкое толкование. На таком титуле основываются как вещные, так и обязательственные права в чужом интересе, например имущественные обязательства отца в отношении сына или директора в отношении хозяйственного общества.

Основными видами фидуциарного титула является доверительная и бенефициарная собственность, фидуциарное владение, фидуциарные обязательства, иное фидуциарное право, фидуциарный законный интерес.

19. Носителем фидуциарного титула является фидуциарий, обремененный фидуциарной обязанностью осуществить положительные действия в зависимом интересе (для достижения определенной цели), в частности, вернуть имущество владельцу по его требованию или по достижении цели сделки, или передать вещь третьему лицу по распоряжению владельца в пределах прямо определенных и предполагаемых полномочий, с соблюдением закрепленных нормами права, обычаями, нормами профессиональной этики и морали о добросовестном поведении, разумности и честности.

20. Содержание фидуциарного титула составляет фидуциарное право фидуциария, обремененное его фидуциарной обязанностью действовать в чужом интересе для достижения определенной цели, а после ее достижения или наступления другого определенного обстоятельства передать доверенное имущество, совершить другие действия имущественного характера в интересах фидуцианта (учредителя, доверителя) и/или выгодоприобретателя.

В зависимости от характера права фидуциарный титул может предусматривать передачу доверенному лицу имущества в собственность или владение, или полномочия на осуществление права требования преимущественно или исключительно в чужом интересе (доверителя или выгодоприобретателя).

21. Традиционным видом фидуциарных правоотношений является доверительное управление имуществом, предусматривающее передачу принадлежащего учредителю имущества в доверительную собственность либо во владение доверительного управляющего в интересах учредителя или выгодоприобретателя на условиях договора [доверительного] управления имуществом.

22. Фидуциарный титул может иметь невладелецский характер в случаях осуществления доверенным лицом обязательственного права требования в чужом интересе. Примерами «невладельческого» фидуциарного права могут быть отношения между адвокатом и клиентом, директором и компанией и т.п.

23. Фидуциарный титул является особой формой присвоения имущества через третьих лиц, предусматривающий осуществление права в чужом интересе, с определенной целью. Фидуциарный титул сформирован на стыке права собственности, владения, обязательства, других прав и законных интересов, с присущими им признаками, со степенью присвоения и заботливостью, которая может преобладать заботливость со стороны владельца и даже собственника, и обуславливает присутствие в статусе фидуциария элементов вещных (in rem) и обязательственных прав (in personam).

б) Система фидуциарных титулов

24. Систему фидуциарных титулов предопределяют следующие основные группы институтов: фидуциарные вещные права, фидуциарные обязательства, другие фидуциарно-правовые конструкции (натуральные обязательства в чужом интересе и т. п.).

25. Фидуциарными вещными правами являются институты доверительной собственности, другой «целевой» (квазидоверительной) собственности, фидуциарных прав на чужое имущество.

26. Доверительная собственность и квазидоверительная собственность является собственностью, определенной конкретной целью. По праву Украины доверительная собственность возникает на основании договора об установлении доверительной собственности или в результате прямого указания закона.

Квазидоверительная собственность является определенной целью собственностью, не являющейся доверительной собственностью. Квазидоверительная собственность устанавливается для достижения определенной цели при отсутствии волеизъявления об установлении доверительной собственности.

27. Фидуциарные вещные права на чужое имущество предусматривают установление титула ограниченного вещного права в чужом интересе или с определенной целью.

28. Систему фидуциарных вещных прав на чужое имущество составляют три группы вещно-правовых институтов:

а) вещное управление чужим имуществом (доверительное управление чужим имуществом, право хозяйственного ведения, право оперативного управления имуществом);

б) фидуциарное владение (владение спорным имуществом до разрешения спора; депозит денег в суде, нотариуса, организатора торгов и т. п.);

в) фидуциарное распоряжение имуществом (распоряжение имуществом ипотекодержателя в интересах третьего лица, распоряжение имуществом банкрота распорядителем (ликвидатором), право государственного исполнителя на распоряжение имуществом в процедуре исполнительного производства и т.п.).

29. Фидуциарные обязательства предусматривают предоставление фидуциарных услуг или иного имущественного предоставления фидуциарием в чужом интересе или для достижения определенной цели.

30. Фидуциарными обязательствами являются:

а) представительское управление имуществом (управление общим имуществом участников совместной деятельности; представительская деятельность доверительных обществ, управление государственными корпоративными правами, коллективное управление имуществом авторскими и смежными правами, управление имуществом многоквартирного дома, профессиональные услуги исполнительного органа юридического лица и т. п.);

б) фидуциарное обязательственное распоряжение имуществом (распоряжение арестованным конфискованным имуществом, комиссионером и поверенным на заключение сделок по распоряжению имуществом и т. п.);

в) фидуциарные финансовые услуги (фидуциарные займы и кредиты, эскроу-счет, фидуциарное страхование, профессиональное инвестиционное консультирование и т. п.);

г) фидуциарные услуги адвокатов (ответственное хранение документов, открытие и ведение депозитных, иных банковских счетов в интересах клиента и т. п.);

д) обязательства из неосновательного обогащения, возникающие вследствие приобретения или сохранения имущества без надлежащего правового основания.

III. Особенности титула доверительной собственности

а) Фидуциарность доверительной собственности

31. Определяющей чертой доверительной собственности является фидуциарность отношений, возникающих между доверительным собственником, учредителем и выгодоприобретателем.

Фидуциарные отношения обуславливают существование вещного титула, обремененного фидуциарной обязанностью.

Природа и объем фидуциарных обязанностей закреплены в концепции фидуциарных отношений.

По своей сути фидуциарная обязанность означает «добросовестно принятое на себя обязательство доверительного собственника действовать, провести встречное предоставление, в интересах другого, учредителя или выгодоприобретателя доверительной собственности, на условиях договора или закона, как в интересах самого себя ...»,¹³ то есть так, как поступил бы «средний» умный учредитель или выгодоприобретатель при аналогичных обстоятельствах.

32. На доверительного собственника возложена обязанность доверительной опеки (Fiduciary duty of care). Содержание этой обязанности состоит в том, что действия, необходимые для осуществления права доверительной собственности, должны быть совершены с заботливостью и осмотрительностью абстрактного «среднего» доверительного собственника (то есть, который имеет нормальный, средний уровень интеллекта, знаний и жизненного опыта)¹⁴, имеющего аналогичные цели, если из содержания или сущности отношений не следует установление определенных требований, предъявляемых к конкретному доверительному собственнику, учитывая его индивидуальные особенности.

¹³ Дженкс Э. Английское право. – М., 1947. – С. 322.

¹⁴ Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – С. 115.

Доверительная опека состоит также в обязанности фидуциария действовать порядочно и быть преданным (лояльным), что не дает оснований для двусмысленного толкования и возможности для неосновательного обогащения и мошенничества¹⁵.

Общая цель существования доверительной собственности заключается в управлении доверительной собственностью в чужом интересе, содержании ее исключительно на благо третьих лиц. Доверительный собственник является своеобразным доверенным лицом, которое должно при осуществлении своей фидуциарной обязанности управлять с надлежащей заботливостью имуществом, доверительным собственником которого он является, в чужом интересе, и не имеет права пользования в своих личных интересах.

33. Интерес в доверительной собственности можно рассматривать как сочетание чужого и собственного интереса (учредителя/выгодоприобретателя и доверительного собственника), содержание которых составляют два элемента –

(а) цель: осознанное или неосознанное изменение объективного положения (учредителя/выгодоприобретателя), и (б) заинтересованность: средство, осознанный стимул (доверительного собственника). Доверительный собственник, действуя в чужом интересе, преследует интерес учредителя как цель своего субъективного права. Вместе с тем, рассчитывая обычно на своё вознаграждение как управителя имущества, он одновременно реализует и свой собственный интерес как сущность своего субъективного права¹⁶.

В этом контексте право доверительной собственности можно рассматривать как специфический способ осуществления права собственности исключительно или преимущественно в чужом интересе, что заключается в обязательстве доверительного собственника, действовать в интересах выгодоприобретателя и/или учредителя.

Под действиями в интересах выгодоприобретателя или учредителя необходимо понимать совершенные с надлежащей заботливостью действия, не противоречащие закону и имеющие своей целью хранение, приумножение стоимости переданного в управление имущества, или достижение иного определенного результата, достигнутого без неоправданного риска возможных потерь так, как поступил бы на месте управляющего сам учредитель при аналогичных обстоятельствах.

б) Целевой характер доверительной собственности

34. Юридическая природа доверительной собственности состоит в предоставлении доверительному собственнику вещного права, обремененного целевым характером его осуществления в интересах определенных лиц. Целевой характер означает обусловленность субъективного права целью, для которой передается имущество в доверительную собственность.

Особенность доверительной собственности заключается в ее осуществлении в зависимом интересе с учетом ограничений полномочий доверительного собственника, определенных законом или договором (доверительного) управления имуществом. Доверительный собственник приобретает юридически полное право собственности, а с прекращением этого правового титула учредителем управления, передает принадлежащее ему на праве собственности имущество для достижения конкретно поставленных целей в интересах определенных лиц. Доверительный собственник осуществляет право собственности на объект доверительной собственности только для надлежащего выполнения обеспеченного фидуциарным имуществом требования (в виде непогашенного долга) или достижения иной определенной цели, обременяющей право доверительной собственности.

35. Доверительный собственник вправе произвести отчуждение доверительной собственности, передать ее в залог или наложить другие вещные обременения только для достижения с ее помощью определенной учредителем цели, или если обеспечиваемое ею обязательство не будет выполнено должным образом, а из вырученной суммы погасить обеспечиваемое требование, если иное не определено договором или законом.

Целевым характером доверительной собственности объясняется существование ограничений по взысканию на доверительную собственность и нераспространение её на отдельные имущественные

¹⁵ Майданик Р. А. Теоретические проблемы регулирования доверительных отношений в гражданском праве: автореф. дисс. ...докт. юрид. наук. – Киев, 2003. – С. 14.

¹⁶ Беневоленская З. Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 37.

объекты. В случае банкротства учредителя или доверительного собственника доверительная собственность не включается в ликвидационную массу. Обычно правила о доверительной собственности не распространяются на отношения залога товаров в обороте и в переработке, если иное не вытекает из положений закона или сущности конкретных отношений.

в) Доверительная собственность как особый объект гражданских прав

36. Доверительная собственность является разновидностью "целевой" собственности, основанной на особом, определенном цели, обособленном имущественном фонде, отличном от простой совокупности отдельных вещей и имущественных прав тем, что фидуциарные отношения своим объектом имеют «не сами вещи и имущественные права, а предпринимательскую деятельность (бизнес)». Такая деятельность осуществляется управляющим с помощью данных вещей, прав и иных имущественных ценностей и «индивидуализирует сам фонд, связанные с ним права и обязанности и дает возможность использовать его для деятельности, определенной целью».

37. Вследствие целевой определенности имущества, основанной на фидуциарных отношениях, наблюдается целевая и юридическая персонификация доверительной собственности.

Присущая доверительной собственности целевая и юридическая персонификация обусловлена тем, что доверительная собственность, институт доверительного управления имуществом в целом и другие институты, основанные на фидуциарных отношениях, дают возможность решать определенные общественно значимые задачи, которые называются функциями фидуциарных отношений.

Особенность функций доверительных отношений заключается в том, что они могут иметь тот же целевой эффект, который обычно достигается с помощью традиционных правовых институтов. Целевой характер и универсализм сфер применения обуславливает специфику института доверительного управления имуществом, которая, в частности, заключается в персонификации целей, которым этот институт должен служить и для достижения которых будет использоваться переданное в доверительное управление имущество (вещи, имущественные права).

В подавляющем большинстве случаев доверительное управление имуществом, в том числе доверительная собственность, может применяться для любых предусмотренных для соответствующих объектов права собственности социально-полезных целей, не признанных противоправными. Целевая универсальность применения этого способа реализации права собственности предоставляет возможность использовать его в дополнение или даже параллельно, то есть взамен существующих правовых конструкций, традиционно оформляющих адекватные им правоотношения.

38. Переданный в доверительное управление либо доверительную собственность имущественный фонд имеет признаки особого объекта гражданского права. Доверительное управление имуществом сочетает в себе и допускает одновременное сосуществование доверительного фонда как субъекта и объекта права, степень обособленности которого обусловила наделение его признаками юридической личности, присущими синтетическому (юридическому) лицу. Его следует рассматривать как обособленный имущественный фонд, общность, охватывающая переданное имущество и находящееся в доверительном управлении. В его состав могут входить различного рода движимые и недвижимые вещи (ценные бумаги, денежные средства, здания, сооружения, оборудование, сырье, топливо, полуфабрикаты), имущественные права и обязанности (в том числе права на изобретения, товарные знаки, промышленные образцы, «ноу-хау», авторские права, требования к третьим лицам и обязанности, связанные с функционированием доверительного управления), а также такие нематериальные элементы, как репутация учредителя и доверительного управляющего в глазах клиентов, перспективы его деятельности, которые в западной юридической литературе называют «шансами» предприятия.

39. Фидуциарный (доверительный) фонд представляет собой особый имущественный фонд, обособленный от иного имущества субъектов доверительного управления, прежде всего, учредителя и доверительного управляющего, владеющего этим фондом. Проявлением приведенной особенности является то обстоятельство, что при доверительном управлении обязательно ведется самостоятельный бухгалтерский и налоговый учет и отчетность, что дает возможность отобразить состояние имущества доверительного управления и осуществленные доверительным собственником операции.

40. Доверительное управление имуществом включает в себя право на собственное фирменное наименование, которое может содержать торговое или иное наименование учредителя и доверительного управляющего, однако в котором обязательно должны указываться вид доверительного управления и наименование учредителя или выгодоприобретателя. В конце концов, доверительный

фонд как единое целое, может быть предметом залога, договоров купли-продажи, аренды и т. п., а также переходить в порядке наследования. В любом случае, все эти права осуществляются в интересах выгодоприобретателя доверительного управления.

Процесс отделения доверительного управления можно толковать как предпосылку появления нового субъекта гражданского права, что изменяет статус как учредителя, так и самого доверительного управляющего (доверительного собственника).

г) Целевая и юридическая персонификация доверительной собственности

41. Вследствие целевой обособленности имущества, основанной на фидуциарных отношениях, наблюдается персонификация (целевая и юридическая) доверительной собственности как проявление процесса разделения пользования и присвоения результатов деятельности управляющего доверительным имущественным фондом, а также как следствие эволюции рыночного общества и устранения собственников (в том числе доверительных) которые, ранее как абсолютные хозяева, постепенно становятся слугой доверенной им собственности. Имущество, находящееся в доверительной собственности, представляет собой особый объект гражданского права, с присущими ему признаками целевой и юридической персонификации, является субъектом права, который только рождается.

42. Персонификация доверительной собственности заключается в признании доверительного имущественного фонда субстратом юридической личности (квазисубъектом) и особым объектом гражданского права, обладающим автономностью или «целевой и юридической персонификацией».

Выступление доверительного собственника исключительно в интересах третьего лица объясняет существование правила юридической автономности доверительной собственности как специфического имущественного фонда.

Содержательными элементами этого правила выступают его персонификация (целевая, юридическая, объектная) и автономная ответственность.

43. Целевая персонификация предусматривает наличие в договоре доверительного управления конкретно определенной цели его создания. Юридическая персонификация проявляется в осуществлении свойств юридической самостоятельности доверительного имущественного фонда. Под объектной персонификацией понимается юридическое и техническое отделение и специализация имущества, которое передается и находится в доверительной собственности и доверительном управлении в целом. Автономная ответственность заключается в том, что имущество, находящееся в доверительном управлении не включается в ликвидационную массу и невозможно погасить обязательства учредителя и управляющего за счет имущества, находящегося в доверительном управлении. Вышеизложенное дает основание рассматривать доверительную собственность в качестве особого, доверительного имущественного фонда с элементами правоспособности.

Доверительный имущественный фонд является особой совокупностью юридически обособленного и персонифицированного имущества, права на которое не зависят от изменения субъекта и объекта (отдельной вещи, простой/обособленной совокупности вещей или прав имущественного комплекса). На доверительный имущественный фонд распространяются положения о едином имущественном комплексе, если иное не предусмотрено законом или не вытекает из сущности доверительной собственности.

Доверительный имущественный фонд, представленный доверительным собственником, может рассматриваться в качестве своеобразного квази-субъекта права, обладающего самостоятельной правоспособностью.

По своей сути доверительная собственность является определенным целевым вещным правом на доверительный имущественный фонд, обременённым обязанностью его осуществления в чужом интересе.

IV. Элементы и осуществление титула доверительной собственности

а) Субъектный состав доверительной собственности

44. Субъектный состав отношений доверительной собственности может предусматривать наличие двух, трех или более участников указанных отношений. Обязательными участниками отношений доверительной собственности выступают учредитель (фидуциант) и доверительный собственник (фи-

дуциар). В случаях, прямо определенных законом или договором, наряду с указанными участниками этих отношений появляется фигура выгодоприобретателя (бенефициария).

Учредителем доверительной собственности может быть собственник имущества или лицо, которое приобретет право собственности в будущем, с последующей передачей его в доверительную собственность.

Доверительным собственником признается физическое лицо или юридическое лицо-субъект предпринимательской деятельности, которому передается имущество в доверительную собственность.

Выгодоприобретателем является физическое или юридическое лицо, в пользу которого передаются выгоды от доверительной собственности.

Доверительная собственность может предусматривать и иных участников, в частности опекунов, которые обычно компетентны предоставлять управляющим разрешения (согласования) на распоряжение доверенным имуществом.

б) Содержание титула доверительной собственности

45. Содержание права доверительной собственности заключается в обязанности учредителя передать титул собственности и имущество доверительному собственнику для достижения определенных целей. Доверительный собственник обязуется передать в дальнейшем титул и имущество учредителю либо выгодоприобретателю после наступления определенных юридических фактов на условиях договора управления имуществом. В случае достижения целей управления право доверительной собственности прекращается фактической передачей (datio) доверительным собственником этого имущества учредителю либо выгодоприобретателю. Отказ или уклонение доверительного собственника от совершения datio может быть преодолено обязательственно-правовым иском учредителя или выгодоприобретателя об исполнении обязательства в натуре или о возмещении убытков. Риск несовершенства datio является проявлением особого доверия учредителя к доверительному собственнику.

в) Структура титула и ограничения доверительной собственности

46. Структура титула доверительной собственности определяется двумя элементами – правом собственности и фидуциарным обязательством, являющихся неотъемлемыми составляющими и лишь в совокупности формирующими этот вид субъективного права.

Фидуциарное обязательство ограничивает право собственности путем «сужения возможности осуществления субъективного права собственности». По своему характеру фидуциарное обязательство должно рассматриваться как неотчуждаемое вещное обременение права доверительной собственности активно-пассивного типа. Такое обременение следует судьбе вещи, которая находится в доверительной собственности, его носителем-должником может быть только доверительный собственник. Кроме того, фидуциарное обязательство прекращается с прекращением доверительной собственности.

Доверительный собственник фидуциарно обязан совершать как пассивные, так и активные действия в интересах третьего лица (в частности, выгодоприобретателя). По этому критерию право доверительной собственности отличается от сервитутного обременения, содержание которого составляет пассивную обязанность собственника, обремененного сервитутом, воздерживаться от нарушений сервитутного права.

Право доверительной собственности, как и любое другое субъективное право, представляет собой меру возможного поведения собственника. При этом содержание доверительного права собственности имеет определенные пределы как по объему, так и по характеру его существования. Поскольку невозможно дать исчерпывающий перечень правомочий доверительного собственника, границы субъективного права доверительной собственности могут быть намечены с помощью запретов на совершение тех или иных действий доверительного собственника в отношении принадлежащего ему на фидуциарных началах имущества. Этим обуславливается необходимость определенного государственного регулирования отношений доверительной собственности и контроля за действиями доверительного собственника.

47. Ограничения права доверительной собственности должны соответствовать общим принципам гражданского права, в частности, законности, разумности и добросовестности.

С устранением ограничений права доверительной собственности свобода доверительного собственника возобновляется в первичном объеме без дополнительных управомочивающих актов, если иное не следует из закона, условий договора управления имуществом, или сущности соответствующего вида доверительной собственности.

Ограничение права доверительной собственности представляет собой ограничение доверительного собственника в осуществлении его субъективного права на фидуциарное имущество в целях обеспечения прав и охраняемых законом интересов фидуцианта и выгодоприобретателя. Оно не является правом фидуцианта или выгодоприобретателя на чужую вещь, находящуюся в доверительной собственности, поскольку право на чужую вещь является уже выделенной совокупностью разрешений из права собственности, и составляет его границу.

В отличие от субъективного права, объективное право доверительной собственности не может быть ограничено, оно может иметь пределы. В свою очередь, способы и цели ограничения субъективного права доверительной собственности могут быть разнообразными. Ограничения проявляются в осложнениях, ограничениях доверительного собственника в реализации его правоспособности, обусловленных интересами фидуцианта, выгодоприобретателей и общества в целом.

Ограничения права доверительной собственности представляют собой самостоятельные правоотношения, возникающие из юридических фактов, основанных на законе или договоре управления имуществом в случаях, предусмотренных законом. Обязательным субъектом такого правоотношения является доверительный собственник. Другими участниками этих отношений выступают учредитель (фидуциант), выгодоприобретатель, другие лица, предусмотренные законом. Содержанием указанного правоотношения является осуществление доверительным собственником определенных юридических и фактических действий, или воздержание от них с целью обеспечения права третьих лиц.

Право и ограничения права доверительной собственности представляют собой различные правовые категории. Нельзя смешивать границы права доверительной собственности с границами ограничения права доверительной собственности.

Под пределами юридического содержания права доверительной собственности следует понимать общие, глобальные границы, внутри которых устанавливаются ограничения: по объектам, по субъектам, по сферам общественной деятельности, по функциям и иные ограничения, закрепленные законом.

Границами права доверительной собственности могут выступать предусмотренные законом запреты, определяющие границы свободы действий доверительного собственника в отношении принадлежащего ему имущества. Границами ограничений права собственности могут выступать ограниченные права фидуцианта, выгодоприобретателя, иных третьих лиц на фидуциарное имущество, а также другие права и законные интересы третьих лиц.

г) Переход прав доверительного собственника к третьим лицам

48. Личный характер исполнения фидуциарной обязанности устанавливает ограничения перехода права доверительной собственности к третьим лицам. С точки зрения доктринального понимания доверительной собственности титул доверительного собственника может переходить только к другим доверительным собственникам, являющимся содоверительными собственниками (по аналогии с трастом – со-trustee). Поэтому применение цессии, перевод долга, других способов правопреемства (в частности, реорганизация и наследование) не могут быть применены к отношениям доверительной собственности, если иное прямо не предусмотрено законом, или если иное не предусмотрено договором управления и такое условие не противоречит закону (например, принципам наследственного права).

Вместе с тем сложность толкования этих положений заключается в том, что действующее законодательство не содержит такого рода ограничений по переходу права доверительной собственности третьим лицам, что делает возможным применение на практике любых способов правопреемства. В связи с этим можно предположить, что развитие этих отношений пойдет по пути формирования судебной и иной правоприменительной практики отдельных составов ограничения правопреемства права доверительной собственности как условия их нормативного закрепления в виде универсального правила в ГК Украины о недопустимости цессии, наследования и реорганизации права доверительной собственности.

д) Ответственность доверительного собственника за нарушение фидуциарной обязанности

49. Следующей проблемой является вопрос допустимости применения к доверительному собственнику положений ГК Украины относительно субсидиарной ответственности управляющего, предусмотренной частями 2 и 3 ст. 1043 ГК. Согласно части 2 указанной нормы ГК управляющий приз-

нается субсидиарным должником по долгам, возникшим в связи с осуществлением им управления, если стоимость имущества, переданного в управление, недостаточна для удовлетворения требований кредиторов. Признание учредителя основным должником в этом случае объясняется тем, что учредитель остается собственником имущества, переданного в управление.

При этом целесообразно учитывать определенный целью режим имущества, переданного в управление, и обусловленную этим презумпцию ограничения такой ответственности как стоимостью, так и составом имущества, переданного в управление. Иными словами, следует исходить из невозможности обращения взыскания кредиторов по долгам управляющего в связи с управлением, на иное имущество учредителя, чем переданное им в управление.

Такой подход имеет своим основанием принцип ограничения обращения взыскания кредиторов управляющего на другое имущество управляющего, чем то, которое передано в управление. Однако в условиях отсутствия длительных традиций применения доверительной собственности в этой части невозможно предсказать, насколько такой подход воспримет правоприменительная практика.

Кроме того, нормы о субсидиарной ответственности управляющего как доверительного собственника по правилам части 2 ст. 1043 ГК трудно применить, поскольку сначала нужно привлечь к ответственности основного должника – учредителя управления, что также не может быть проведено в связи с отсутствием у него права собственности на имущество, переданное в доверительную собственность.

Нельзя согласиться с перспективой распространения на отношения доверительной собственности нормы ч. 3 ст. 1043 ГК, предусматривающей субсидиарную ответственность управляющего по правилам ч. 2 этой статьи, в случае совершения сделок с превышением предоставленных ему полномочий или установленных ограничений, при условии добросовестности третьих лиц, участвующих в сделке (то есть, если они не знали и не могли знать о превышении управляющим полномочий или установленных ограничений).

Указание на такую ответственность управляющего-доверительного собственника является излишним. Такой управляющий является собственником, который несет не субсидиарную, а самостоятельную и полную ответственность, поскольку учредитель управления не является основным должником по долгам, созданным доверительным собственником в связи с осуществлением им управления.

Проведенный анализ показывает, что положения ГК о доверительном управлении имуществом могут применяться к отношениям доверительной собственности при условии, если законом или договором управления имуществом прямо предусмотрено создание доверительной собственности и это не противоречит сущности доверительной собственности как вида права собственности.

Приведенные примеры двух правовых коллизий, обусловленных ошибочной позицией законодателя относительно автоматического применения положений ГК об управлении имуществом к отношениям доверительной собственности, свидетельствуют о целесообразности отдельного регулирования отношений доверительного управления имуществом и доверительной собственности. Целесообразно принять отдельную главу ГК Украины, посвященную регулированию доверительной собственности, поскольку указанный институт вещного права, с присущими ему элементами обязательственных прав, имеет ряд существенных отличий от доверительного управления чужим имуществом.

э) Имущественный иммунитет доверительной собственности от обращения взыскания

50. Доверительную собственность характеризует так называемый относительный имущественный иммунитет от взыскания, который заключается в «недопустимости обращения взыскания на имущество, в отношении которого содержится запрет в законе». При этом речь идет о двух имущественных иммунитетах – по требованиям кредиторов как учредителя, так и доверительного собственника.

Требования кредиторов доверительного собственника по долгам, возникшим не в связи с осуществлением управления доверительным собственником, не могут удовлетворяться за счет имущества, переданного в доверительную собственность. Согласно ч. 3 ст. 1030 ГК Украины такое имущество юридически и технически отделяется от другого имущества доверительного собственника как управлятеля (собственного имущества или от других случаев доверительной собственности).

Невозможность обращения взыскания на имущество доверительной собственности по требованиям кредиторов доверительного собственника по долгам, возникшим в связи с осуществлением управления доверительным собственником, предусмотрена специальными законодательными актами

по вопросам доверительной собственности. В соответствии со ст. 7 Закона Украины «О финансово-кредитных механизмах и управлении имуществом при строительстве жилья и операциях с недвижимостью» управляющий при реализации права доверительной собственности не может отвечать по своим долгам активами Фонда финансирования строительства (ФФС) и фонда операций с недвижимостью (ФОН). Аналогичное положение законодательно закреплено относительно доверительной собственности на ипотечные активы. Согласно ст. 27 Закона Украины «Об ипотечном кредитовании, операциях с консолидированным ипотечным долгом и ипотечных сертификатах» управляющий не может отвечать по своим долгам ипотечными активами, находящимися у него в управлении, и не имеет права использовать эти активы для обеспечения исполнения своих обязательств.

Имущественный иммунитет от взыскания по требованиям кредиторов учредителя доверительной собственности вытекает из норм ГК Украины. Согласно ст. 1040 ГК Украины обращение взыскания на имущество, переданное в управление, по требованию кредитора учредителя управления не допускается, кроме случая признания учредителя управления банкротом или обращения взыскания по требованию залогодержателя на имущество, являющееся предметом договора залога. В случае признания учредителя управления банкротом договор управления этим имуществом прекращается и оно включается в ликвидационную массу.

51. Нерешенным остается вопрос о том, распространяется ли на отношения доверительной собственности норма ст. 1040 ГК Украины относительно возможности взыскания по требованиям кредиторов учредителя на имущество доверительной собственности, являющееся предметом залога в случае признания учредителя банкротом. Буквальное толкование этой нормы не исключает возможности распространения этой нормы на отношения доверительной собственности и обращение взыскания кредиторов учредителя на доверительную собственность.

Однако системный анализ этой нормы ГК и норм об общих условиях обращения взыскания по требованиям кредиторов (ст. 576 ГК) отрицает допустимость применения буквального толкования нормы ст. 1040 ГК Украины. Взыскание по требованиям кредиторов может проводиться только на собственное имущество учредителя доверительной собственности-должника, которое может быть отчуждено им. К имуществу учредителя переданное в доверительную собственность имущество не относится. Поэтому кредиторы учредителя не могут обратиться взысканием на имущество, переданное им в доверительную собственность.

В то же время признание учредителя банкротом должно признаваться основанием прекращения доверительной собственности, поскольку применение нормы ст. 1040 ГК Украины не противоречит существу доверительной собственности и должно рассматриваться как случай обратного возвращения титула собственности к учредителю-банкроту вследствие прямого указания закона.

е) «Персонификация» ответственности в доверительной собственности

52. Наряду с обособленным имущественным характером объекта доверительного управления специфика этой правовой конструкции проявляется в «персонификации» ответственности, бремя которой возлагается и самостоятельно осуществляется самим доверительным фондом, вернее, за его счет.

Ответственность за долги, возникшие в результате осуществления доверительного управления, ограничивается размерами фонда и реализуется, в основном, за счет самого доверительного фонда.

В случае недостаточности имущества доверительного фонда для погашения обязательств перед третьими лицами, возникшую в связи с осуществлением доверительного управления субсидиарную ответственность по долгам доверительного управления несет учредитель.

Практическая ценность подобной обособленности доверительного управления заключается в том, что это предоставляет возможность ограничить ответственность учредителя и/или доверительного управляющего по долгам последнего размерами имущества доверительного фонда. Представляется, что это является возможностью расширить перечень используемых и апробированных для этой цели конструкций, основанных исключительно на институте юридического лица.

Несмотря на существование элементов субсидиарной ответственности учредителя по долгам доверительного управления (в случае недостаточности имущества доверительного фонда для погашения

обязательств, возникших в связи с доверительным управлением) можно утверждать о наличии признаков самостоятельной имущественной ответственности доверительного управления.

Приведенные выше черты «персонофикации» доверительного управления имуществом, а именно, имущественная обособленность доверительного фонда, особый собственный интерес его субъектов-несобственников и самостоятельная имущественная ответственность, наделяет доверительный имущественный фонд частичной правосубъектностью.

53. Институты доверительной собственности и доверительного управления имуществом в целом являются самостоятельными титулами персонифицированных имущественных фондов.

Выводы

В праве Украины фидуциарные титулы находятся на стадии формирования.

Юридическая судьба указанных титулов зависит от степени реализации законодателем, доктриной и правоприменительной практикой социальной направленности конструкций персонифицированного имущественного фонда и «целевой» собственности в целом, призванных нормативно закрепить ограниченную, не абсолютную природу власти хозяина имущественного фонда и превратить владельца/собственника в слугу «целевого» имущества.

Roman Maydanyk

Doctor of Laws, Professor,
Head of the Civil Law Department
of Taras Shevchenko
National University of Kyiv
Kyiv / Ukraine

The Fiduciary Title and Transfer of Ownership in the Ukrainian Law

Introduction

1. Ukraine is now at the stage of forming societal traditions in the conditions of socially oriented market economy, legally mediated by the processes of bringing the right *in rem* institution closer to the generally recognized principles of international law.

Implementation of the policy of economic liberalism in Ukraine has resulted in a tendency towards disintegration of the right of ownership, by legally recognizing a thing (property) or another property as an object of ownership, and by spreading the right of ownership onto individualized rights *in personam*, corporate rights, and other subjective property rights and legal interests as objects in civil law.

2. Current stage of the institution of ownership is characterized by broadened authority of the owner, approximation of the *in rem* and *in personam* concepts of ownership, emergence of new types of 'nonmaterial' property that has characteristics of a commodity (information, knowledge, etc.).

3. There is a tendency to re-evaluating the social purpose of ownership, defined in view of concept of liberal understanding of rights, based on ideas of social solidarity and cooperation, and sociological and economic analysis of law.

4. Greater emphasis is placed on understanding ownership as an instrument of law. The right of ownership is no longer a goal *per se*, and gradually becoming a means used by individuals for self-realization. Hence, the ability to use ownership is needed to organize entrepreneurial activities for self-making, for which an individual improves his/her education, efficiency, and qualifications¹.

5. In the national civil law, there is a new approach towards the classification of the right of ownership that does not envisage forms of ownership. The fact that the Civil Code of Ukraine of 2003 no longer uses the term "form of ownership" or differentiates between the state, communal or private ownership, promoted the idea of rejecting the concept of "the form of ownership" in the Ukrainian doctrine of civil law.

Unlike the Constitution of the Soviet Socialist Republic of Ukraine of 1978 and the Ukrainian Law "On Ownership", the existing Constitution of Ukraine does not differentiate between forms of ownership. This results from the fact that the ownership right *per se* is universal for all subjects of ownership regardless of who the owner is, either the individual or the state; it always characterizes the status of the owned object, therefore subdivision into forms of ownership loses its sense².

Some terms that can still be found in the legislation, such as "organizations with different forms of ownership" and "property falling under different forms of ownership", actually refer to the absence of any difference between owners; all the owners are equal. This approach is reflected in the Ukrainian Constitution that emphasizes the equality of all owners. In its turn, this paves the way to understating ownership as a single institution regardless of legal personality of the owner. Thus, it is no longer appropriate to use the

¹ Шевченко Я. Право приватної власності в Україні: проблеми і перспективи. [Текст] // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – (С. 17–24). – С. 22.

² Шевченко Я. М. Питання права власності (коментар до Конституції України). [Текст] // Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. – К., 2000. – С. 170–174.

term 'form of ownership' in legislation³.

6. This approach to ownership also shows that the Ukrainian civil law doctrine today envisages monistic understanding of ownership that is based on the ideas of "social liberalism" close to the liberal concept of ownership generally recognized in the EU.

The concept of "social liberalism" in relation to ownership in Ukraine is reflected in the following: 1) the diversity of types and forms of ownership; 2) the declared principle of equality of all owners; 3) understanding of private ownership as a natural human right that regardless of the holder's will may be alienated only in cases directly envisaged by law; 4) and the gradual shift from absolute to restricted nature of ownership in relation to the growing social function of ownership (ownership obligates, see para. 3, Article 13 of the Ukrainian Constitution)⁴.

7. Ukraine's active integration in the European legal framework conditioned the discussions over acceptable limits of implementation of the right *in rem* concepts generally recognized in the EU law. The acceptable object and limits of this implementation are not so much specific right-*in-rem* concepts as such but their compliance with key values and principles of the EU law; primarily, the principle of the freedom of movement of products/services, capitals, and workforce. This means that EU ownership concepts should be implemented in the Ukrainian ownership law, taking into consideration national interests and traditions of the country.

8. There is a tendency to broaden the range of rights *in rem* by adding so-called "hidden" rights in the Ukrainian law.

Such atypical rights *in rem* may include the following: a) rights *in rem* that are defined depending on the provision of the Civil Code and other Ukrainian laws regulating such rules even if not legally identified as rights *in rem*; these include trust administration of property, preferential right for sale, lease, pledge, mortgage, and retention of property; and b) rights *in rem* stipulated in dedicated laws and included in the Ukrainian Civil Code as a part of rights *in personam* (real estate, trust administration of property, etc.).

9. One of the challenges for the classical understanding of the right *in rem* is introduction of concepts of trust ownership (trust), beneficiary ownership, other fiduciary titles in the Ukrainian law, which are based on the idea of 'purpose-oriented property' as a means of implementing the right of ownership. Legally, in purpose-oriented ownership, the absolute right of ownership may be restricted for a certain period with potential full restoration of the right upon accomplishment of the purpose or for other reasons as stipulated by law or agreement⁵.

10. The interest in fiduciary titles in the Ukrainian law is largely due to the lack of efficiency of classical rights *in rem* and other subjective property rights, and aspiration of the civil law participants for building unnamed legal concepts that would go beyond typical legal titles 'regulated' by the state.

11. The fiduciary title is intended to promote legal stability in the society with the application of titles of ownership, possession, and other rights in the interest of third parties or for a certain purpose. Reasons for the application of a fiduciary title usually include owner's lack of professional knowledge for property administration, and factual or legal incapability of personally implementing the title (of owner or possessor).

The fiduciary title poses a certain challenge for the traditional understanding of the general concept of ownership and right *in rem*, which is conditioned by specific aspects of the interest, structure, and other elements of the fiduciary title.

³ Спасибо-Фатєєва І. Форми права власності. [Текст] // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 3. – (С. 145–154). – С. 145.

⁴ Кісель В. Й. Сучасні уявлення про сутність права власності // Проблеми цивільного права та процесу : Матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна (30 травня 2015 р.). – Харків : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2015. – (468 с.). – (С. 202–205). – С. 205.

⁵ Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). [Текст] // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – (С. 37–57). – С. 39.

I. The Concept and Types of Legal Titles

a) Concept of title as a basis for the acquisition of rights and technical definitions of powers

12. In jurisprudence, title is understood as a legal condition of a person in relation to property, as opposed to status that is a legal condition of the person in the society.

Grounds for acquisition (i. e., emergence/origination) of subjective civil rights are usually called titles of the respective rights.

In the civil law doctrine, there are *modus* and *titulus* for the acquisition of ownership; “Facts that result in the person’s acquisition of ownership are referred to as *modus adquirendi*, and legal facts (especially transactions) that serve as a ground for acquisition of ownership are called *titulus adquirendi*”⁶.

Accordingly, a legal title is a legal ground (a lawful tool) for the acquisition of a right or possession.

Therefore, title may be considered as a ground for the acquisition of ownership, another right *in rem*, and as a technical identification of respective powers and not as a ground for the right.

13. Understanding title as a condition and a ground for the acquisition of property, modern doctrine differentiates between property acquisition grounds and modes these being autonomous concepts.

Modes of acquisition of ownership include transfer of an object (property), state registration of a right, etc.

At the same time, with regard to agreements that require notary verification and in certain cases state registration, the fact of signing is not only a mode but also an acquisition of ownership⁷.

A title is considered not only as a lawful ground for possession but also as a juridically defended legal possession.

Titles may verify rights of ownership and rights *in rem* for another’s property. The title of the right *in rem* verifies possession of an object (property) with a certain right *in rem*, which follows from a respective legal fact.

For example, grounds for the acquisition of ownership may include agreements of sale or deeds of gift, wills or court rulings.

As opposed to possession without title, factual possession is not based on any legal grounds, though it may entail certain legal consequences on the conditions stipulated by law.

b) *Jus stricti and bona fides*

14. Depending on whether the alienator has any powers to dispose of property and whether such information can be obtained from the owner, there may be titles of *jus stricti* and *bona fides*.

In the broadest sense, *bona fides* suggests that the property alienator has no knowledge about the lack of powers to dispose of the property and cannot obtain such information («did not and might not know»).

This category applies to such relationships between parties of civil law that pertain not to the acquisition of property but to fulfillment of duties.

In case of acquisition of property, the knowledge in question is about the holder’s possibility and duty to show due diligence in the retention of another’s property entrusted or property in another’s interest, or to act with due diligence for implementing the imposed duty.

Difficulty of recognizing due behavior of the fiduciary is due to the fact that it should comply with the rules of integrity and honesty of the person in similar circumstances.

In the latter case, the concept of ‘*bona fide*’ transforms in the concept of putative title.

⁶ Новицкий И. Б. Римское право. – М., 2005. – С. 115.

⁷ См.: Спасибо, І. Набуття права власності у цивільному праві України [Текст] : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. Спасибо. – К. : Наук.-дослід. ін.-т приват. права і підприємництва АПРН України, 2009. – С. 9, 10; Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – (656 с.). – С. 433

15. Theory of trust to external expression of facts envisages the acquirer bringing arguments in favor of trusting the facts.

The respondent proves that he/she reasonably trusted the seeming right and thus 'deserved' the acquisition of ownership.

The respondent proves his/her status of the averaged subject of law, i. e., the fact that anyone would have trusted the alienator in comparable circumstances.

The bona fides title is a title of possession of the bona fide acquirer that is based solely on trust, which justifies acquisition of the object (property) from someone other than the owner, because this title is a combination of both the acquirer's trust in the legal purity of the transaction and his/her hope that the transaction would do no harm to anyone.

Since such trust cures the transaction, it is also a ground for the right.

Considering this, such a title is recognized as a ground for bona fide ownership that may substitute for or be equal to this right.

Owing to this good faith, a person may acquire the right for an object (property) in cases envisaged by law.

Hence, the concept of 'good faith' is first of all related to the seeming authority of the alienator, i.e., he is taken for the owner of the object (property)⁸.

The party that engages in a transaction with an only seemingly authorized person is protected not because of having a respective right but rather despite having no such right, and only as a high regard of the party's good faith and in the interests of stable turnover⁹.

c) Title of own interest and fiduciary interest

16. By degree of severalty, forms of belonging of objects (domination over an object) may include ownership, right *in rem* for another's property, and possession.

By nature of the interest, there are (a) titles of own interest, and (b) titles of fiduciary interest.

Titles of own interest are implemented at the discretion of their holders, not limited by the duty to exercise the right for a certain purpose, to transfer the object (property) to a third party in future.

A special feature of titles of fiduciary interest is implementation of the right to property for a certain purpose, so that upon the accomplishment of the purpose or upon emergence of certain other circumstances, the property would be returned to the previous possessor (owner) or to a certain third party.

Titles of ownership envisage implementation of the right of ownership in the own interest of the owner or in the fiduciary interest – in another's interest defined by a specific purpose.

The title of ownership in own interest is implemented by its holder at his/her own discretion, without an obligation to actively perform any acts in relation to the thing (property) for the benefit of third parties.

The title of ownership in fiduciary interest authorizes its holder (fiduciary) to implement his/her right of ownership of the property for a certain purpose, so that upon accomplishment of the purpose or upon emergence of certain circumstances the property would be returned to the alienator or to a person specified by the alienator.

Possession in fiduciary interest is fiduciary holding of an object (property) with the right to possess the object (property) for a certain period of time and with the duty of returning the thing (property) upon expiry of this period.

Fiduciary (subordinate) possession results in transactions that have the following substantial elements: (a) right of ownership shall be given to the person transferring the thing (property) to another person; (b) the property shall be possessed by the fiduciary owner; and (c) the fiduciary owner shall return the property to the person who transferred the property to him/her, or to dispose of the property following directions of this person¹⁰.

A fiduciary (subordinate) owner is a person who receives a thing (property) resulting from a transaction in fiduciary interest. In such transactions, a thing (property) is transferred by one person to

⁸ Германов А. В. От пользования к владению и вещному праву. – М.: Статут, 2009. – (700 с.). – С. 559

⁹ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права Том первый. Полутом второй. – М., 1949. – С. 273.

¹⁰ Германов А. В. От пользования к владению и вещному праву. – М.: Статут, 2009. – (700 с.). – С. 495–496.

another for a certain purpose, so that upon accomplishment of the purpose the thing (property) would be returned to the person who transferred it.

In this context, consideration should be given to 'bailment' that is recognized in the English law and includes classical types of holding such as deposit, loan, lease, pledge, agreement, and mandate ¹¹.

By the scope of authority and nature of protection, there are three types of fiduciary/subordinate possession: a) representative (official) possession; b) operative administration; and c) limited right *in rem* in fiduciary interest.

The subject of representative (official) possession is the possessor representing the owner (for instance, a salesperson in a store), acting as an employee who must follow the instructions of the owner, and supervise the thing (property) for the purpose of ensuring its integrity and physically retain it for the purpose of selling.

Operative administration suggests that the thing's (property) possessor enjoys independent protection under the property law from any third party except for the owner. Upon certain conditions, the owner may withdraw the property provided to the operative administrator.

A limited right *in rem* in fiduciary interest (for instance, trust administration of another's property) emerges in a legal relationship, in which the owner transfers to the possessor the possession of the thing (property) as well as protection under the property law from any third parties, including the owner, for a certain purpose.

The subject of possession may file a claim under property law to the possessor of the thing (property), regardless of changes in the subject of ownership ¹².

II. General Description of the Fiduciary Title

a) Concept and Types of Fiduciary Titles

17. The concept of fiduciary relations is based on the fiduciary title that entitles the fiduciary to exercise his/her powers in relation to the entrusted property.

The fiduciary title is a subjective right of the fiduciary, encumbered with his/her fiduciary duty to act in another's interest for a certain purpose, and to transfer the entrusted property upon accomplishment of the purpose, and to fulfill other acts in the interest of third parties - the fiduciant (trustor, principal) and/or beneficiary.

The fiduciary title plays a vital role in all legal forms of fiduciary relationships without exclusion in countries with continental as well as Anglo-American law system.

18. There is a broad interpretation of the concept of fiduciary title. This title underlines both rights *in rem* and rights *in personam* in another's interest; for instance, a father's duty to his son or a company director's duty to the company.

Main types of the fiduciary title include trust ownership and beneficiary ownership, fiduciary possession, fiduciary duty, another fiduciary right, and fiduciary legitimate interest.

19. The holder of the fiduciary title is a fiduciary who has a fiduciary duty to perform a positive action in the fiduciary interest (for a certain purpose), namely, to return the property to the owner upon request or upon accomplishment of the transaction purpose, or to transfer the property to a third party as instructed by the owner, within the directly defined and supposed powers, and in compliance with law, traditions, norms of professional ethics and morals on bona fide behavior, reasonableness and integrity.

20. The substance of the fiduciary title is the fiduciary right of the fiduciary encumbered with his/her fiduciary duty to act in another's interest for the accomplishment of a certain purpose, and, upon accomplishment of the purpose or emergence of another circumstance, transfer the entrusted property or perform other actions with regard to the property in the interest of the fiduciant (trustor, principal) and/or beneficiary.

¹¹ Германов А. В. Указ. соч. – С. 496.

¹² Германов А. В. Указ. соч. – С. 499.

Depending on the nature of the right, the fiduciary title may envisage transfer of the property to the fiduciary in ownership or possession, or transfer of powers for the implementation of the chose in action primarily and exclusively in another's interest (that of the principal or beneficiary).

21. Trust administration is a traditional type of fiduciary relationship that envisages transfer of property owned by the trustor to the trustee in trust ownership or in possession in the interest of the trustor or beneficiary on conditions stipulated by the property administration (trust administration) agreement.

22. A fiduciary title may be non-possessory in case the fiduciary fulfills a duty in another's interest. Examples of non-possessory fiduciary right include relations between a lawyer and a client, between a company director and the company, etc.

23. A fiduciary title is a special form of property appropriation through third parties, envisaging the implementation of the right in another's interest, with a certain purpose. A fiduciary title crosscuts the rights of ownership, possession, other rights and legitimate interest with their typical indicators, with a degree of appropriation and diligence that may prevail over the diligence of the possessor and even the owner, and conditions the fact that the status of the fiduciary includes both elements of rights *in rem* and rights *in personam*.

b) The system of fiduciary titles

24. The system of fiduciary titles depends on the following main groups of rights: fiduciary rights *in rem*, fiduciary rights *in personam*, and other concepts of the fiduciary law (natural obligations in another's interest, etc.).

25. Fiduciary rights *in rem* include trust ownership and other types of 'purpose-defined', quasi-trust ownership, and fiduciary rights to another's property.

26. Trust ownership and quasi-trust ownership is ownership defined by a specific purpose. Under Ukrainian law, trust ownership occurs on the basis of a trust ownership agreement or resulting from a direct indication in the law.

Quasi-trust ownership is purpose-defined ownership other trust ownership. Quasi-trust ownership is established for the accomplishment of a certain purpose provided there is no expressed will to establish trust ownership.

27. Fiduciary rights *in rem* for another's property envisage the establishment of the title of limited right *in rem* in another's interest or for a certain purpose.

28. The system of fiduciary rights *in rem* includes the following three groups of rights:

a) real (*in rem*) administration of another's property (trust administration of another's property, right of economic administration, and right of operative administration of property);

b) fiduciary possession (possession of disputable property until resolution of the dispute; money deposit in court, notary, tender organizer, etc.); and

c) fiduciary disposal of property (disposal of the mortgagee's property in the interest of a third party, disposal of the bankrupt's property by a liquidator, state enforcement officer's right to dispose of property in enforcement proceedings, etc.).

29. Fiduciary duties envisage provision of fiduciary services or another representation of property by the fiduciary in another's interest or for a certain purpose.

30. fiduciary rights *in personam* (fiduciary obligations) include:

a) representative administration of property (administration of common property of persons engaged in a common activity; representation activities of trusts, administration of state corporate rights, collective administration of copyright and neighboring rights to property, administration of property of a multi-story building, professional services of executive agencies of legal entities, etc.);

b) fiduciary administration of property (disposal of seized property, by a commission agent and by an attorney in transactions for the administration of property, etc.);

c) fiduciary financial services (fiduciary loans and credits, escrow accounts, fiduciary insurance, professional investment counseling, etc.);

d) fiduciary services of lawyers (responsible storage of documents, opening and maintenance of deposit and other bank accounts in the interest of the client, etc.); and

e) obligations following from unjust enrichment, resulting from acquisition or keeping of property without legal justification.

III. Specific Aspects of the Title of Trust (Fiduciary) Ownership

a) *The Fiduciary Nature of Trust Ownership*

31. A determining characteristic of trust ownership is the fiduciary nature of the relations that emerge between the trustee, the trustor and the beneficiary.

Fiduciary relations condition the *in rem* title accompanied by fiduciary duty.

The nature and scope of fiduciary duties are reflected in the concept of fiduciary relations.

By its essence, fiduciary duty means 'bona fide duty of the trustee to act, conduct cross-representation, in interests of another, trustor or beneficiary of the trust ownership, on terms of an agreement or law as if in his own interest',¹³ i. e., as an 'average' smart trustor or beneficiary would act in similar circumstances.

32. The trustee has the fiduciary duty of care. This duty means that actions necessary for the implementation of trust ownership should be made with the same due diligence and care as would be expected from an abstract 'average' trustee (i. e., one that has average, normal intellect, knowledge and life experience)¹⁴ pursuing similar goals, unless concrete requirements to a specific trustee follow from the content or substance of the relations in view of the trustee's individual qualities.

Fiduciary duty of care also means that the fiduciary must act honestly and loyally, thus preventing ambiguous interpretation of his duty as well as possibilities for unjust enrichment and fraud¹⁵.

The overall goal of trust ownership is the administration of entrusted property in another's interest and maintenance of the property solely for the benefit of third parties. A trustee is a fiduciary of some kind who fulfills his/her fiduciary duty by administering with due diligence the property that he/she fiducially owns, in another's interest, and who has no right to use the property in his/her own interest.

33. Interest in trust ownership may be considered as a combination of another's and own interest (of the trustor/ beneficiary and trustee), that consist of the following two elements:

(a) a purpose, conscious or unconscious modification of the objective position (of the trustor/beneficiary), and (b) an interest, i.e., an instrument, a conscious motivation (of the trustee). A trustee acting in another's interest pursues the interest of the trustor as the purpose of his/her subjective right. At the same time, when estimating his/her compensation for the property administration, the trustee also implements his/her own interest as the substance of his/her subjective rights¹⁶.

In the context, trust ownership may be considered as a specific technique of ownership solely or predominantly in another's interest, which is reflected in the trustee's fiduciary duty to act in the interest of the beneficiary and/or trustor.

Actions in the interest of the beneficiary and/or trustor should be understood as actions performed with due diligence, compliant with law, and for the purpose of storage, multiplication of the value of the entrusted property or for another purpose without unjustified risk of potential losses, i.e., actions that the trustor himself/herself would perform in similar circumstances.

¹³ Дженкс Э. Английское право (Jenks E. Book of English Law). – М., 1947. – С. 322.

¹⁴ Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – С. 115.

¹⁵ Майданик Р. А. Теоретические проблемы регулирования доверительных отношений в гражданском праве: автореф. дисс. ...докт. юрид. наук. – Киев, 2003. – С. 14.

¹⁶ Беневоленская З. Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 37.

b) Purpose-defined Nature of Trust Ownership

34. Legal nature of trust ownership is reflected in the provision of a right *in rem* to the trustee with the purpose of implementing this right in the interest of certain persons. Purpose-defined ('special') nature means that this subjective right is conditioned by the purpose for which the property is transferred in trust.

A specific aspect of trust ownership is its implementation in fiduciary interest in view of limited powers of the trustee, as stipulated by law or the property administration (trust administration) agreement. The trustee acquires a full right of ownership with simultaneous termination of this title of the trustor who transfers his/her owned property to the trustee for the accomplishment of certain defined purposes in the interest of certain persons. The trustee implements trust ownership only for due satisfaction of a claim secured with the trust (as an unpaid debt) or for another purpose of the trust ownership.

35. The trustee may alienate, pledge or otherwise encumber the trust for the purpose identified by the trustor, or, if the claim secured with the trust is not duly fulfilled, for the purpose of using the amount received for the trust to repay the secured claim, unless stipulated otherwise by agreement or law.

The purpose-defined nature of trust ownership accounts for limitations on claims for trust or non-distribution of the claim for separate property objects. In case of bankruptcy of the trustor or trustee, the trust is not included in the liquidation estate. Usually rules on trust ownership do not apply to pledge of goods in turnover or pledge of goods in the process of manufacturing, unless otherwise following from provisions of law or from the substance of concrete relations.

c) Trust Ownership as a Special Object of Civil Rights

36. Trust ownership is a type of ownership of special, purpose-defined, isolated property fund that is different from a simple constellation of separate objects (properties) and property rights in the sense that the object of fiduciary relations is 'neither the objects (properties) themselves nor property rights but entrepreneurial activity (business)'. Such ownership is exercised by an administrator over objects (properties), rights and other property, and 'individualized by the property itself, by associated rights and duties, and permits using them for a purpose-defined activity'.

37. Because of the purpose-defined nature of the property based on fiduciary relations, there may be purpose-based and legal personification of the trust ownership.

The purpose-based and legal personification of trust ownership is conditioned by the fact that trust ownership and trust administration in general as well as other institutions based on fiduciary relations permit pursuit of certain socially relevant purposes or directions that are referred to as functions of fiduciary relations.

Functions of fiduciary relations are unique in the sense that they may have the same impact on the purpose as achieved through traditional legal institutions. The purpose-based nature and universality of application condition the specificity of trust ownership of property, namely, personification of the purposes of such ownership that should be achieved using the trust (property or property rights).

In most cases, trust administration of property, including trust ownership, may apply to any socially beneficial purposes envisaged for respective objects of ownership, unless unlawful. The universal application of trust ownership permits using this method in addition to or even in parallel with the existing concepts of law that traditionally formalize adequate legal relations.

38. A property fund transferred in trust administration or ownership has the characteristics of a special object of civil law. Trust ownership of property combines and permits the trust fund to exist both as the subject and object of law, whose specificity is conditioned by the fact that it has acquired the characteristics of legal personality that are intrinsic of a synthetic (legal) entity. It should be viewed as a special estate, an entirety that embraces the transferred property and is placed in trust administration. This may include different movable and immovable objects (securities, money, buildings, structures, equipment, raw materials, fuel, semi-manufactured articles, etc.), property rights and duties (including rights to inventions, trademarks, rights in industrial design, knowledge, copyrights, claims to third parties and duties related to the trust functioning), also intangible elements such as trustor's and trustee's reputation in the eyes of clients, perspectives of his/her activity that in western legal literature are referred to as 'company's chances'.

39. Trust as a special property fund that is severed from any other property belonging to the subjects of the trust administration, primarily the trustor and the trustee who possesses the fund. This specific feature

is reflected in the circumstance that trust administration demands separate accounting and tax bookkeeping and reporting to reflect the status of the trust as well as transactions carried out by the trustee.

40. A trust may have its own corporate name that may contain the trade name or another name of the trustor and the trustee, yet must reflect the type of the trust administration and the name of the trustor and the beneficiary. Finally, trust in its entirety may be mortgaged, sold/brought, leased, inherited, etc. In any case, all these rights are exercised in the interest of the beneficiary.

The process of singling out trust administration as a separate concept may be interpreted as a prerequisite for the creation of a new subject of civil law, a fact actually 'pushing out' the trustor and the trustee/trust administrator.

d) Purpose-based and legal personification of trust ownership

41. Resulting from the purpose-based severalty of the property based on fiduciary relations, there is personification (purpose-based and legal) of the trust ownership that reflects the process of severing the possession and appropriating the outcome of trustee's activities, as well as follows from the evolution of the market society and exclusion of ex-owners of this society (including trust owners) who, once absolute owners, gradually become servants of the entrusted property. The entrusted property is a special object of civil law that has all the typical signs of purpose-based and legal personification and is a subject of currently emerging law.

42. Personification of the trust ownership is reflected in the recognition of the trust property fund as a substrate of legal personality (a quasi-subject) and a special object of civil law with autonomy and 'purpose-based and legal personification'.

The fact that the trustee acts solely in the interest of the third party explains the existence of the rule of legal autonomy of trust as a specific property fund.

Substantial elements of this rule include personification (purpose-based, legal, and object-based) and autonomous duty.

43. Purpose-based personification envisages a specific purpose of the trust administration to be indicated in the trust agreement. Legal personification is reflected in the implementation of characteristics of legal independence of the trust property. Object-based personification is understood as legal and technical separation and specialization of the property owned or administered by a trust in general. Autonomous duty means that the property in trust is not included in the liquidation estate and cannot be used for repaying debts of the trustor or trustee. The above suggest that a trust may be considered as a special trust fund that has elements of legal capacity.

Trust is a special entity of legally severed and personified property, the rights for which do not depend on changes of the subject and object (i.e., a separate object [property], simple/special constellation of objects [properties] or property rights). Provisions of single property portfolio apply to the trust fund unless envisaged otherwise by law or following from the substance of the trust.

A trust represented by a trustee may be considered as a quasi-subject of law of some kind that has its own independent legal capacity.

By its essence, trust ownership is a purpose-defined right *in rem* for the trust property with the duty to use the property in another's interest.

IV. Elements and Implementation of the Trust Ownership Title

a) Parties in the Relations of Trust Ownership

44. There may be two, three or more parties in the relations of trust ownership. Mandatory parties in the relations of trust ownership are the trustor (fiduciant) and the trustee (fiduciary). In cases directly stipulated by law or agreement, there may also be a beneficiary.

Trustor maybe the property owner or a person who would acquire the property in future and further places it in trust.

Trustee is an individual or a legal entity/ an entrepreneur, to whom the property is transferred in trust.

Beneficiary is an individual or a legal entity receiving benefits from the trust.

There may be other parties in trust ownership, namely, custodians usually authorized to give permission (approval) for administration (alienation) of the entrusted property to trustees.

b) The substance of the Trust Ownership Title

45. The substance of trust ownership is the duty of the trustor to transfer the title of ownership and the property to the trustee for a certain purpose, with the trustee's fiduciary duty of further transferring the title and property back to the trustor or to the beneficiary upon occurrence of certain legal facts stipulated by the provisions of the property administration agreement. Upon completion of the property administration purposes, the trust ownership is terminated by factual transfer (*datio*) of the property by the trustee back to the trustor or to the beneficiary. Trustee's refusal or evasion from *datio* may be addressed by an action *in personam* by the trustor or the beneficiary claiming fulfillment of the duty in kind or compensation of damages. This risk of non-fulfillment of *datio* is a manifestation of the trustor's special trust in the trustee.

c) Structure of the Title and Restrictions of Trust Ownership

46. The structure of the trust ownership title is defined by two elements, namely, ownership right and fiduciary obligation, which in their entirety form this type of subjective law.

Fiduciary obligation restricts the right of ownership by "narrowing the possibility for implementation of the subjective right of ownership". By its nature, the fiduciary obligation should be viewed as an inalienable real encumbrance of the trust ownership of active-passive type. Such encumbrance follows the things (properties) that are placed in trust, and may be held only by the trustee. In addition, fiduciary obligation terminates with the termination of the trust ownership.

The trustee has the fiduciary duty of performing both passive and active actions in the interest of third parties (namely, the beneficiary). Hence, the right of trust ownership is different from servitude that implies passive duty of the servitude owner to refrain from violations of the servitude right.

Trust ownership as any subjective right is a measure of potential conduct of the owner. At the same time, the trust ownership right is limited in its scope and nature. Since it is impossible to make an exhaustive list of trustee's powers, the limitations (boundaries) of the subjective right of trust ownership may be identified by the placement of bans on certain actions of the trustee in relation to the property in trust. This stipulates the need for certain state regulation of trust relations and for control over trustee's actions.

47. Restrictions of the right of trust should comply with general principles of civil law, namely, those of legality, reasonableness, and good faith.

After the restrictions on trust are removed, the freedom of the trustee is restored to its initial capacity without any additional authorization acts, unless stipulated otherwise by law, property administration agreement, or the substance of the respective type of trust property.

Restriction of the trust right is limiting the trustee's subjective right for the fiduciary property for the purposes of ensuring rights and legally protected interests of the fiduciant and beneficiaries. It is not the right of the fiduciant or beneficiary for another's object (property) placed in trust, since the right for another's object (property) is a constellation of permissions singled out from the right of ownership and identifies its limits.

Unlike the subjective right, objective right of trust ownership may not be restricted, yet it may have limits. In their turn, there may be different methods and purposes of limiting the subjective right of trust. Restrictions are reflected in the complication and limitation of the trustee in the execution of his/her powers, for the interests of the fiduciant, beneficiaries, and the society in general.

Restriction of trust implies independent legal relations that emerge from legal facts based on law or property administration agreement in cases envisaged by law. The trustee is an obligatory subject of such relations. Other participants of these relations are trustor (fiduciant), beneficiary, and other persons as envisaged by law. The substance of these relations is the implementation of or refraining from certain legal and factual actions by the trustee for ensuring the rights of third parties.

Rights of trust and restrictions of trust are different legal categories. Limits (boundaries) of trust should not be confused with the boundaries of restriction of trust.

Boundaries of the legal substance of trust should be understood as general, global boundaries, within which restrictions are placed; by objects, subjects, spheres of public activities; functions; and other restrictions envisaged by law.

Boundaries of the right of trust may include legal prohibitions that identify limits of the trustee's freedom of action in relation to the trust. Boundaries of restrictions of trust may include restricted rights of the trustor, beneficiary, and other third parties, for the fiduciary property, also other rights and legal interests of third parties.

d) Transfer of Trustee's Rights to Third Parties

48. Personal character of implementation of fiduciary duty places restrictions on the transfer of trust to third parties. In terms of doctrinal understanding of trust, a trustee's title may be transferred only to other trustees, i. e., co-trustees. Therefore, the use of cession, transfer of debt, and other methods of legal succession (namely, reorganization and inheritance) may not be applied to trust relationships unless stipulated otherwise by law or by administration agreement, and unless this condition is contradictory to law (i. e., principles of the Law of Succession).

At the same time, difficulty in the interpretation of these provisions is reflected in the fact that the applicable legislation does not include such restrictions on the trust transfer to third parties, which makes it possible to use any methods of succession in practice. This suggests that development of these relations would entail development of the judiciary and other enforcement practices of placing restrictions on trust property succession rights as a precondition for their reflection as a universal rule in the Civil Code of Ukraine on unacceptability of cession, inheritance and reorganization of trust.

e) Trustee's Liability for Violation of the Fiduciary Duty

49. There is the issue of acceptability of applying to the trustee provisions of para 2 and 3 of Article 1043 of the Ukrainian Civil Code on secondary liability of the administrator. Under para 2 of this article, the administrator shall bear secondary liability for the debts appeared in connection with his/her administration, if the price of the property transferred into administration is not enough to satisfy the creditors' claims. Recognition of the trustor as the primary debtor in this case is accounted for by the fact that the trustor remains the owner of the property transferred into administration.

At the same time, consideration should be given to the purpose-defined regime of the property transferred into administration and the conditioned presumption of limitation of this liability by the cost and composition of the property. In other words, it is impossible to transfer the creditors' claims for the administrator's debts in relation to the administration, to any property of the trustor other than the property transferred into administration.

This approach is based on the principle of limitation of claims of the administrator's creditors to any property of the administrator other than the property transferred into administration. Yet in absence of a long tradition of trust ownership, it is impossible to predict the reaction of the judiciary and other enforcement practices to this approach.

In addition, provision on secondary liability of the administrator as a trustee under Article 1043 (2) of the Civil Code is difficult to apply since the primary debtor (the trustor) should be held liable first, which is impossible because he/she has no ownership right for the property transferred in trust.

One cannot agree with the perspective of extending to relations of trust provisions of article 1043 (3) of the Civil Code that envisages secondary liability of the administrator. Under para 2 of this article, the administrator's liability shall also occur in case of transactions concluded by exceeding his/her authority or established restrictions, provided the third persons taking part in the transaction prove that they were not and could not be aware of the administrator exceeding his/her authority or the established restrictions.

Indication to this responsibility of the administrator/trustee is excessive. Such an administrator is an owner that bears not secondary but independent and full responsibility since the trustor is not the primary debtor for debts incurred by the trustee in relation to the property administration.

The analysis shows that provisions of the Civil Code on trust administration of property may apply to trust ownership provided that the law or the property administration agreement directly envisages creation of trust and that does not contradict the substance of the trust as a kind of ownership.

The above examples of two legal collisions, caused by the legislature's automatic application of the Civil Code provision on property administration to the relations of trust ownership, suggest that trust administration of property and trust ownership should be regulated separately. It is advised to include a new chapter in the Ukrainian Civil Code that would be dedicated to the regulation of trust ownership, since this institute of the right *in rem* with elements of the right *in personam* has characteristics that make it significantly different from trust administration of another's property.

f) Property Immunity Against Debt Recovery in Trust Ownership

50. A typical element of trust ownership is the so-called relative property immunity against recovery, i. e., "the impossibility to recover against the property upon claim for which there is a prohibition in the legislation." There are two kinds of property immunity, viz., against trustor's claims and trustee's claims.

Claims of trustee's creditor for debts that do not arise in relation to the trustee's administration of property, may not be satisfied by recovery action against the trust. Pursuant to Article 1030 (3) of the Ukrainian Civil Code, such property is legally and technically separated from another property of the trustee as administrator (from his/her own property or from other cases of trust ownership).

The impossibility of recovery against trust property upon the claim of the trustee's creditors for debts that relate to the trustee's administration of the trust is stipulated by special legal acts on trust ownership. Pursuant to article 7 of the Ukrainian Law "On Financial/Crediting Mechanisms and Administration of Property during Construction of Residential Houses and Transactions Involving Real Estate", the trust administrator may not use assets of the Construction Financing Fund (CFF) and Real Estate Transactions Fund (RETF) for repaying his/her debts. There is a similar provision in law in relation to trust ownership in mortgage assets. Pursuant to article 27 of the Ukrainian Law "On Mortgage Crediting, Transactions Involving Consolidated Mortgage Debt and Mortgage Certificates", the administrator may not use mortgage assets in his/her administration for repaying his/her debts or securing his liabilities.

Immunity of property against claims of the trustee's creditors follows from the provisions of the Ukrainian Civil Code. Pursuant to article 1040 of the Civil Code, seizure of property transferred into administration upon the claim of the administration settler's creditor shall not be allowed, except for cases when the administration settler is declared bankrupt or the property that is the subject of the mortgage agreement is seized upon the claim of the mortgagee. In case the trustor is recognized as bankrupt, the property administration agreement is terminated and the property is included in the liquidation estate.

51. There is a still pending issue of whether the provisions of Article 1040 of the Ukrainian Civil Code, which regulates recovery against trust property used as collateral upon the claims of a trustor's creditors also applies in case the trustor is declared bankrupt. Literal interpretation of this provision does not exclude extending the provision to relations of trust and recovery against trust upon the claim of the trustor's creditors.

Yet, analysis of this provision of the Civil Code, as well as provisions regulating general conditions of recovery upon claims of creditors (Article 576 of the Civil Code), does not accept literal interpretations of Article 1040 of the Civil Code. Recovery upon creditors' claims may only apply to the trustor's (i. e., debtor's) own property that he/she may alienate. Property transferred in trust is not part of the trustor's property; therefore, the trustor's creditors may not claim recovery against the property the debtor transferred in trust.

At the same time, the trustor's being declared bankrupt should be recognized as grounds for the termination of the trust ownership, since application of Article 1040 of the Civil Code does not contradict the substance of the trust ownership and should be considered as return of the title of ownership back to the bankrupt trustor as directly stipulated by law.

g) 'Personification' of Liability in Trust Ownership

52. Along with the special character of the property in trust, the specifics of this legal structure is manifested in the personification of liability imposed and independently implemented by the trust fund, i. e., at its expense.

Liability for debts that arise from trust administration is limited and mainly realized at the expense of the trust fund itself.

If the trust property is not sufficient to repay liabilities to third parties that arise in relation to the implementation of the trust administration, the trustor shall bear secondary liability for the debts.

Practically, this separate character of trust administration is manifested in the fact that the liability of the trustor and/or trustee for the latter's debt may be limited to the property of the trust fund. This seems to offer a possibility to continue the list of structures used and tested for this purpose and now based solely on the institution of legal entity.

Despite the existence of elements of secondary liability of the trustor for debts of the trust ownership (in case the property of the trust fund is not enough to repay liabilities that arise in relation to the trust administration), one may insist on indicators of independent property liability of trust administration.

The above features of 'personification' of trust administration, namely, severalty of the property of the trust fund, the special interest of its subjects/owners and independent property liability, ensure the partial legal capacity of the trust funds.

53. Institutions of trust ownership and trust administration of property in general are independent titles of personified property funds.

Conclusion

In the Ukrainian law, the fiduciary titles are still nascent.

The future existence in law of mentioned titles depends on the degree to which the legislature, the doctrine and the enforcement practice implement the social aspect of the personified property fund and the 'purposes' ownership in generally, intended to reflect in law the limited, non-absolute character of the powers of a property owner and to transfer the owner into a servant of the 'purposes' property.

*Translated from the Russian by **Guranda Jachvliani***

თამარ ზარანდია

სამართლის დოქტორი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული
ფაკულტეტის დეკანის მოადგილე,
ასოცირებული პროფესორი
თბილისი/საქართველო

საკუთრების უფლების საინდიკაციო დაცვა ქართულ სამართალში

ზოგადად

თანამედროვე სამართლებრივი და საზოგადოებრივი წესრიგი ეყრდნობა კერძო საკუთრების ფუძემდებლურ ცნებას, ამდენად, საკუთრების უფლების დაცვა სამართლის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი პრობლემაა. თუკი საკუთრების უფლებამ უფლებამოსილ პირს უნდა მიანიჭოს ნივთის გამოყენების თავისუფლება, იგი, იმავდროულად, თავის საკუთრებაზე უკანონო ზემოქმედების აღსაკვეთად, მესაკუთრეს ანიჭებს თავდაცვის საშუალებებს, რომლებითაც მას შეუძლია, თავიდან აიცილოს ან შეწყვიტოს ზიანის მიყენება¹. ამ მიზანს ემსახურება საკუთრების დაცვასთან დაკავშირებით არსებული მოთხოვნები და გასაჩივრების წესი. თუმცა ქართულ სამართალში საკუთრების დაცვის საკითხი რამდენიმე თავისებურებით ხასიათდება, რომლებზეც გაკეთდება სწორედ აქცენტი ჩემს დღევანდელ მოხსენებაში.

I. საკუთრების დაცვა ქონებაზე თუ ნივთებზე?

საკუთრების უფლების ობიექტების განსაზღვრისას ქართულმა სამართალმა აირჩია გერმანული სამართლისაგან განსხვავებული კონცეფცია. საკუთრების უფლების დეფინიციის ფორმულირებისას საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 170-ე მუხლი პირდაპირ მიუთითებს, რომ საკუთრების უფლების ობიექტად მიჩნეულია ქონება. ქართული სამართალი აფართოებს ქონების ცნებას და, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 147-ე მუხლის შესაბამისად, ქონების ცნებაში გულისხმობს ნებისმიერ ნივთსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეს. ამდენად, ქართული კანონმდებლობით ქონებას განეკუთვნება არა მხოლოდ ნივთები, არამედ ქონებრივი უფლებები.² საქართველოს სასამართლო პრაქტიკით, ასეთ უფლებებად მიჩნეულია, მაგალითად, სასარგებლო წიაღისეულის მოპოვების უფლება,³ ასევე მშენებლობის ნებართვა⁴. „ინტელექტუალური საკუთრება“ ქართული დოქტრინით საკუთრების სპეციფიკური სახეა, საკუთრების ტრადიციული სახეების გვერდით,⁵ თუმცა საავტორო და მომიჯნავე უფლებების დარღვევის საკითხები რეგულირდება სპეციალური კანონით.⁶ ამდენად, ქართული სამართალი ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთესთან მიმართებით განსხვავებულ სამართლებრივ რეჟიმს ადგენს, ხოლო საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 172-ე მუხლი, რომელიც მესაკუთრეს ანიჭებს უკანონო მფლობელობიდან ნივთის გამოთხოვისა და ხელშეშლის აღკვეთის მოთხოვნის უფლებებს, ერთი შეხედვით, არ

¹ შდრ. Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §21, Rn.1.

² შდრ. ბ. ზოიძე, ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 26; დ. კერესელიძე, კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, თბ., 2009, 186.

³ იხ. დანვრილებით სუსგ, საქმე №ას-379-352-2010, 2010 წლის 19 ოქტომბერი.

⁴ იხ. დანვრილებით სუსგ, საქმე №ას-199-893-03, 2003 წლის 31 ოქტომბერი.

⁵ იხ. ბ. ზოიძე, ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 2005, 173.

⁶ „საავტორო და მომიჯნავე უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონი, 1999 წლის 22 ივნისი.

ვრცელდება მთლიანად ქონებაზე, რადგან ამ მუხლში პირდაპირ საუბარია ნივთებზე. საკამათოა, რა წესით შეიძლება მოხდეს არამატერიალური ქონებრივი სიკეთის გამოთხოვა სხვისი უკანონო მფლობელობიდან. სასამართლო პრაქტიკაში გვხვდება შემთხვევები, როდესაც საკუთრების უფლებაში სასამართლო მოიაზრებს, მაგალითად, მშენებლობის ნებართვას, ხოლო მშენებლობის განხორციელების ხელშეშლას ამ საკუთრების უფლების ხელყოფად განიხილავს.⁷ ამდენად, ამ მომენტისათვის რთული სათქმელია, როგორ განვითარდება ქართულ სამართალში ეს საკითხი, დაახლოვდება თუ არა უფრო მეტად ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეებზე საკუთრების უფლების დაცვის რეჟიმები,⁸ თუ მოხდება მათი ერთმანეთისაგან მკვეთრი გამოიჯვანა.

II. სავინდიკაციო მოთხოვნის წინაპირობები

პირველ რიგში, უნდა განიმარტოს, რომ არამფლობელი მესაკუთრის მიერ უკანონო მფლობელობიდან ნივთის გამოთხოვისას უნდა არსებობდეს შემდეგი წინაპირობები: ა. მოსარჩელე უნდა იყოს მესაკუთრე; ბ. მოპასუხე უნდა იყოს ნივთის მფლობელი; გ. მოპასუხეს არ უნდა ჰქონდეს ამ ნივთის ფლობის უფლება⁹. ამდენად, მოთხოვნის დამყენებელი უნდა იყოს მესაკუთრე, რაც შეეხება **გამოსათხოვ, დასაბრუნებელ ნივთს, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე**, მოთხოვნა ეხება როგორც **მოძრავი** ასევე **უძრავი** ნივთების უკან დაბრუნებას. იგი მოიცავს ყოველთვის მხოლოდ კონკრეტულ ნივთს, და არა სხვა ნივთებს, რომლებიც თავდაპირველი ნივთის ადგილზე არსებობენ¹⁰. ამ სამი წინაპირობის ერთდროული არსებობა არის სავინდიკაციო მოთხოვნის საფუძველი. 172-ე მუხლის პირველი ნაწილი შეიცავს მოთხოვნას მფლობელობის გადაცემაზე, თუმცა იურიდიულ ლიტერატურაში გვხვდება ასევე ტერმინ საკუთრების გამოთხოვის უფლება, რადგან მესაკუთრის მოთხოვნის უფლება მისი საკუთრების უფლებიდან გამომდინარეობს. საკუთრების გამოთხოვის უფლება რომაულ სამართალში **rei vindicatio**-ს ინსტიტუტით რეგულირდებოდა,¹¹ სწორედ ამიტომ ტერმინი ვინდიკაცია შემორჩა იურიდიულ სამეცნიერო ბრუნვას.

საყურადღებოა, რომ ვიდრე ნივთი არის არაუფლებამოსილი პირის მფლობელობაში, სწორედ ის იღებს ამ ნივთის გამოყენების შედეგად ფაქტობრივ სარგებელსაც, რომელსაც, როგორც წესი, მესაკუთრე უნდა იღებდეს. ასევე შესაძლებელია, რომ ნივთმა დაკარგოს თავისი ღირებულება, რადგან მფლობელის მიერ მოხდა მისი ბოლომდე გამოყენება, ზოგ შემთხვევაში გახარჯვა, დაზიანება, მთლიანი განადგურება. თუმცა შესაძლოა, პირიქითაც მოხდეს და ნივთის მფლობელმა გამოიჩინოს ნივთის მიმართ იმგვარი მზრუნველობა და მოვლა, რომ ნივთის ღირებულება გაიზარდოს. ზემოთ მოყვანილი ვარიაციებით ცხადი ხდება, რომ კანონი მესაკუთრისა და უკანონო მფლობელის ურთიერთობის მონესრიგებისას ვერ დაკმაყოფილდება მხოლოდ მფლობელობის მესაკუთრისათვის დაბრუნების მოთხოვნით, არამედ სამართლიანი ბალანსისათვის ყურადღება უნდა მიაქციოს სხვა გარემოებებსაც. ეს ხორციელდება მესაკუთრის მოთხოვნებით სარგებლის გადაცემასა და ზიანის ანაზღაურებაზე, აგრეთვე მფლობელის საპირისპირო მოთხოვნებით (აუცილებელი ხარჯების ანაზღაურება, თანხალების უფლება, მაგ., თუ მფლობელმა ნივთს არსებითი შემადგენელი ნაწილის სახით მიუერთა სხვა ნივთი და ა.შ.). ყველა ეს მოთხოვნა მხედველობაში მიიღება როგორც **უძრავ**, ასევე **მოძრავ ნივთებთან** მიმართებით, თანაბარი მოცულობით. საყურადღებოა, რომ იგი მოიცავს ყოველთვის მხოლოდ კონკრეტულ

⁷ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, გადაწყვეტილება ას-199-893-03, 2003 წლის 31 ოქტომბერი.

⁸ მსგავსი განვითარების პრობლემებისა და პერესპექტივების შესახებ იხ.: Knieper, R. Von Sachen und Gütern – In neuen und alten Kodifikationen. In Festschrift für Andreas Heldrich, 2005, 759 ff.

⁹ შდრ. სუსგ, საქმე №ას-774-735-2013, 2012 წლის 11 ნოემბერი.

¹⁰ შდრ. Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §21, Rn.16.

¹¹ შდრ.: რომის სამართალში ვინდიკირების წესთან დაკავშირებით, რომის სამართლის ძეგლები, გაიუსის ინსტიტუციები, ლათინურიდან თარგმნა, წინასიტყვაობა და ლექსიკონი დაურთო ნუგზარ სურგულაძემ, თბ., 2011, IV, 5, 184; IV, 16-17, 186-188; ასევე, გარიშვილი, ხოფერია, რომის სამართალი, თბ., 2013, 313.

ნივთს, და არა სხვა ნივთებს, რომლებიც თავდაპირველი ნივთის ადგილზე არსებობენ. ეს სამი წინაპირობა ერთდროულად არის სავინდიკაციო მოთხოვნის საფუძველი.

1. 172-ე მუხლიდან გამომდინარე მოთხოვნა

ა) მოკლე მიმოხილვა

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 172-ე მუხლის პირველი ნაწილი მესაკუთრეს ანიჭებს მფლობელისაგან ნივთის დაბრუნების მოთხოვნის უფლებას. თუმცა, რადგან მფლობელი შესაძლოა უფლებამოსილი იყოს მფლობელობაზე, თუკი მან ნივთი მესაკუთრისაგან, მაგ., იყიდა, იქირავა ან იჯარით აიღო, შეუძლებელია, მოთხოვნა ნებისმიერი მფლობელის წინააღმდეგ არსებობდეს. ამდენად, თავად 172-ე მუხლის პირველი ნაწილი აწესებს ფარგლებს: გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა მფლობელს ჰქონდა ამ ნივთის ფლობის უფლება. სამოქალაქო კოდექსის 162-ე მუხლის შესაბამისადაც, დაუშვებელია, მართლზომიერ მფლობელს მოეთხოვოს ნივთის უკან დაბრუნება. მართლზომიერი მფლობელობის განმავლობაში მის კუთვნილებად ითვლება ნივთისა და უფლების ნაყოფიც. ეს ნესი ეხება ასევე პირდაპირი მფლობელობის ურთიერთობას არაპირდაპირ მფლობელთან. ამდენად, თუკი მფლობელობა მესაკუთრის მიმართ უფლებამოსილია, მესაკუთრეს არ შეუძლია, გამოითხოვოს ნივთი. მესაკუთრის მოთხოვნა მფლობელობის გადაცემაზე არსებობს მხოლოდ უკანონო მფლობელის მიმართ, ანუ მფლობელის მიმართ, რომელსაც არ გააჩნია ფლობის უფლება.

ბ) მტკიცების ტვირთი

ზოგადი მტკიცებითსამართლებრივი პრინციპებიდან გამომდინარე, მოთხოვნაზე უფლებამოსილმა პირმა მისთვის სასარგებლო მოთხოვნის წინაპირობები, მეორე მხარემ კი მისთვის ხელსაყრელი თავდაცვითი საშუალებების წინაპირობები უნდა დაამტკიცოს. იმით, რომ 172-ე მუხლის პირველი ნაწილი საკუთრების გამოთხოვის უფლებას მხოლოდ საკუთრებასა და მფლობელობაზე დამოკიდებულს ხდის, მესაკუთრე ატარებს მტკიცების ტვირთს მხოლოდ ამ წინაპირობებისათვის.¹² ეს ნიშნავს, რომ მესაკუთრეს, რომელსაც თავისი საკუთრების უფლება და მფლობელობა სხვა პირისა აქვს დასამტკიცებელი (დასასაბუთებელი), თავის მოთხოვნას დაიკმაყოფილებს, თუკი მფლობელს არ შეუძლია, თავის მხრივ, მისი მფლობელობის უფლების დასაბუთება.

გ) მოსარჩელის საკუთრების უფლება

ვინდიკაციის მოთხოვნის უფლებაზე უფლებამოსილია მხოლოდ მესაკუთრე. ამდენად, პირველ რიგში, აუცილებლად უნდა შემოწმდეს დანვრილებით, მოსარჩელე წარმოადგენს თუ არა, მართლაც, მესაკუთრეს. ვინდიკაციის მოთხოვნა აქვს, აგრეთვე, **თანამესაკუთრეს**, რამდენადაც საქმე ეხება მისი წილის შესაბამის **თანამფლობელობას**. მას შეუძლია, მისი თანამფლობელობის აღიარება მოითხოვოს (155-ე მუხლის IV ნაწილი). ამიტომ მას, აგრეთვე, შეუძლია, **მთლიანი ნივთის გადაცემის** მოთხოვნა დააყენოს; ამასთან, მას არ აქვს უფლება, შესრულება მხოლოდ თავისთვის მოითხოვოს, არამედ მან უნდა მოითხოვოს შესრულება ყველა თანამესაკუთრის მიმართ ერთობლივად.

დ) მესაკუთრედ ყოფნის პრეზუმფცია

მესაკუთრეს შეუძლია, ისარგებლოს თავისი საკუთრების უფლების დასადასტურებლად სამოქალაქო კოდექსით განმტკიცებული პრეზუმფციებით, უძრავი ნივთების შემთხვევაში, 312-ე მუხლის პირველი ნაწილით, რომლის მიხედვითაც რეესტრის მონაცემთა მიმართ მოქმედებს

¹² შდრ. რომის სამართლის ძეგლები, გაიუსის ინსტიტუციები, ლათინურიდან თარგმნა, წინასიტყვაობა და ლექსიკონი დაურთო ნუგზარ სურგულაძემ, თბ., 2011, II, 194, 101.

უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია, ე.ი. რეესტრის ჩანაწერები ითვლება სწორად, ვიდრე არ დამტკიცდება მათი უზუსტობა. მოძრავი ნივთების შემთხვევაში კი მოქმედებს 158-ე მუხლით გათვალისწინებული პრეზუმფცია – ნივთის მფლობელი ივარაუდება მის მესაკუთრედ.¹³ საყურადღებოა, რომ 158-ე მუხლით გათვალისწინებული პრეზუმფცია მოქმედებს მხოლოდ საკუთარი თავისთვის მფლობელისათვის და არა სხვისი ნივთის მფლობელისათვის.

ე) მოთხოვნის ადრესატის მფლობელობა

მიმდინარე, არსებული მფლობელობა. ნივთის დაბრუნების ვალდებულება ეკისრება მფლობელს მანამ, სანამ იგი მფლობელია. სხვა პირის სასარგებლოდ ნივთის ფაქტობრივი მფლობელი არ არის მფლობელი, უფლებრივი გაგებით, და, აქედან გამომდინარე, არ არის მოთხოვნის სათანადო ადრესატი. როცა მფლობელი კარგავს მფლობელობას ან გადასცემს სხვა პირს, მოთხოვნა 172-ე მუხლიდან გამომდინარე, მის მიმართ აღარ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს, არამედ იგი მიმართული უნდა იყოს ახალი მფლობელის მიმართ. საკუთრების გამოთხოვის უფლება არსებობს არა მხოლოდ პირდაპირი, არამედ, აგრეთვე, არაპირდაპირი მფლობელის მიმართაც.

ვ) სამართლებრივი შედეგი: გამოთხოვა (ნივთის გადაცემა)

მოთხოვნა, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე, მიმართულია ნივთის მესაკუთრისათვის დასაბრუნებლად. ნივთის უკან გამოთხოვის უფლების საფუძველზე წარმოიქმნება კანონისმიერი **ვალდებულებითი ურთიერთობა** მესაკუთრესა და მფლობელს შორის, რომელიც წარმოშობს ვალდებულების ყურადღებით შესრულების ვალდებულებას. აქედან შესაძლებელია, წარმოიქმნას დამატებითი ვალდებულებები (გვერდითი ვალდებულებები), მაგ., მითითების ვალდებულებები, რომელთა დარღვევამაც შესაძლოა, გამოიწვიოს 394-ე მუხლის პირველი ნაწილიდან გამომდინარე მოთხოვნების წარმოქმნა.¹⁴

შესრულების ადგილისათვის გამოიყენება 362-ე მუხლის ზოგადი რეგულაცია. როგორც წესი, ნივთი იქ უნდა იქნეს დაბრუნებული, სადაც იგი იმ მომენტისათვის იმყოფება. შესაბამისად, სხვა გარემოებების არარსებობისას კეთილსინდისიერი მფლობელის მიმართ მოქმედებს ე.წ. ნაღების ვალდებულება.

III. საკუთრების მუდმივი ხასიათი? (სავინდიკაციო მოთხოვნის ხანდაზმულობის საკითხი ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში)

სსკ-ის 128-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად, სხვა პირისაგან რაიმე მოქმედების შესრულების ან მოქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნის უფლებაზე ვრცელდება ხანდაზმულობა. კანონით განსაზღვრულია ის გამონაკლისები, რომლებზეც ხანდაზმულობის ვადის მოქმედება არ ვრცელდება. მათ მიეკუთვნება: პირადი არაქონებრივი უფლებები, მეანაბრეთა მოთხოვნები ბანკსა და სხვა საკრედიტო დაწესებულებებში შეტანილი ანაბრების გამო.¹⁵ ქართული სამართალი არ ითვალისწინებს სავინდიკაციო მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადას და, ერთი შეხედვით, ეს ვადა ზოგადი ათწლიანი ვადის ფარგლებში მოიაზრება. ამასთან, უძრავ და მოძ-

¹³ ამასთან დაკავშირებით იხ. თ. ზარანდია, ნივთის მფლობელი ივარაუდება მის მესაკუთრედ – პრეზუმფციის გამოყენების წინაპირობები და გამონაკლისები, აკაკი ლაბარტყავას საუბილეო კრებული, თბ., 2012, 200-208.

¹⁴ §278. საკუთარი საქმეების მიმართ გულისხმიერება. მოვალე პასუხს აგებს თავისი კანონიერი წარმომადგენლისა და იმ პირთა მოქმედებისათვის, რომელთაც იგი იყენებს საკუთარი ვალდებულების შესასრულებლად, იმავე მოცულობით, როგორც საკუთარი ბრალეული მოქმედების დროს. §276, მე-3 ნაწილის ნორმა არ გამოიყენება. Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §21, Rn.31.

¹⁵ სსკ, 128-ე მუხლი, მე-2 ნაწილი.

რაც ნივთებზე საკუთრების ხანდაზმულობით შეძენისათვის კანონით დადგენილია განსხვავებული წინაპირობები და განსხვავებული ვადები: კერძოდ, თუკი პირი მოძრავ ნივთს 5 წლის განმავლობაში უწყვეტად ფლობს, როგორც საკუთარს, მოიპოვებს მასზე საკუთრების უფლებას (სსკ-ის 165-ე I მუხლი). ამასთან, მოძრავი ნივთის შეძენა დაუშვებელია, თუკი სახეზეა არაკეთილსინდისიერი ფლობა (სსკ-ის 165-ე II მუხლი). უძრავ ნივთებთან მიმართებით მოთხოვნები უფრო მკაცრია და მხოლოდ 15 წლის განმავლობაში რეესტრში რეგისტრაციის ფაქტი და პირის მიერ ნივთის საკუთრად ფლობა ითვლება საკუთრების ხანდაზმულობით შეძენის წინაპირობებად (167-ე მუხლი). ამდენად, ე.წ. შეძენითი ხანდაზმულობით საკუთრების შეძენა შესაძლებელია 5- და 15-წლიანი ვადის გასვლის შემდგომ. აღსანიშნავია, რომ უძრავ ნივთებთან მიმართებით კანონით დადგენილი შეძენითი ხანდაზმულობის 15-წლიანი ვადა უფრო ხანგრძლივია, ვიდრე ხანდაზმულობის ზოგადი 10-წლიანი ვადა. ამ ჭრილში მნიშვნელოვანია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2005 წლის 16 სექტემბრის გადაწყვეტილება, რომელიც საინტერესო მსჯელობას აყალიბებს სავინდიკაციო მოთხოვნის ხანდაზმულობასთან დაკავშირებით, კერძოდ, ამ გადაწყვეტილების მიხედვით: „საკუთრების აბსოლუტური უფლებიდან გამომდინარე, სამოქალაქო კოდექსის 158-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, მესაკუთრეს შეუძლია, არ ფლობდეს კუთვნილ ნივთს, ისევე, როგორც მესაკუთრეს შეუძლია, არ ისარგებლოს კუთვნილი ნივთით. ამდენად, მესაკუთრეს აქვს საკუთარი ნივთის ფლობისა და მისით სარგებლობის თავისუფლება“... ეს კი გულისხმობს მესაკუთრის თავისუფლებას, ნებისმიერ დროს დაეუფლოს კუთვნილ ნივთს, ან ისარგებლოს ამ ნივთით, მათ შორის, მოითხოვოს უკანონო მფლობელობიდან მისი გამოთხოვა. შესაბამისად, მესაკუთრის ეს თავისუფლების ხანდაზმულობის შემზღუდავი დანაწესისადმი დაქვემდებარება ეწინააღმდეგება საკუთრების ფუნქციას, მის აბსოლუტურ ბუნებას, საქართველოს კონსტიტუციისა და სამოქალაქო კოდექსის აღნიშნულ ნორმებს, სამოქალაქო ბრუნვის ინტერესებს¹⁶.

პირველი შეხედვით, იმ ფონზე, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი არ ითვალისწინებს სავინდიკაციო მოთხოვნის ხანდაზმულობის სპეციალურ ვადას, ამ გადაწყვეტილებით მოხდა მითითება იმ გარემოებაზე, რომ სავინდიკაციო მოთხოვნაზე ასეთი ვადა არც უნდა გავრცელდეს. ამით სასამართლომ დაადგინა, ასე ვთქვათ, საკუთრების უფლების „მუდმივი ხასიათი“, მაგრამ მისი ფარგლები მაინც შეზღუდულია. ქვეყანაზე არც ადამიანია მარადიული, არც ნივთები. საკუთრების უფლება თაობიდან თაობას გადაეცემა და ეს გარანტირებულია საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლით, მაგრამ ვერ ვიტყვით, რომ მხოლოდ ეს მიუთითებს საკუთრების უფლების მუდმივ ხასიათზე, რადგან გადაცემადია არამუდმივი უფლებებიც, ისეთი უფლებები, რომლებზეც ვრცელდება ხანდაზმულობის ვადა. თუ მაინც შევთანხმდებით, რომ საკუთრების უფლებას მუდმივი ხასიათი უნდა მივანიჭოთ, ეს მხოლოდ იმას უნდა ნიშნავდეს, რომ სხვა უფლებების უმეტესობისაგან განსხვავებით, იგი არ იკარგება უფლების განუხორციელებლობის გამო. სხვა სიტყვებით, იგი არ ექვემდებარება მანუალირებელ ხანდაზმულობას. თუ თანმიმდევრულები ვიქნებით და საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკას დავეყრდნობით, რაც არ უნდა ხანგრძლივი იყოს უფლების განუხორციელებლობის ვადა, თუნდაც რამდენიმე საუკუნე, მესაკუთრეს შეუძლია, განახორციელოს საკუთარი უფლება.¹⁷ თუმცა, უნდა ითქვას, რომ რეალურად ასეთი ვინდიკაცია, ალბათ, იშვიათად მიაღწევს მიზანს. ჯერ ერთი, იმიტომ, რომ ასეთი „დაგვიანებული გამოღვიძებები“ შეიძლება მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებს მივაკუთვნოთ, ასევე, ასე „დროში დაკარგული“ ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში გამოუყენებელი უფლების დამტკიცება თავისთავად ძალიან ძნელი გახდება. მაგრამ ყველაზე მეტად იმიტომ, რომ მესაკუთრე, რომელიც იყენებს „დაგვიანებულ ვინდიკაციას“, რისკავს, დაუპირისპირდეს ეგრეთ წოდებულ „შეძენით ხანდაზმულობას“.

IV. ვინდიკაცია vs „შეძენითი ხანდაზმულობა“

¹⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლო, გადაწყვეტილება.

¹⁷ შდრ. Simler, Les blens, Presses unversitalres de Grenoble, 2006, 38 და შემდგ.

და მართლაც, თუ დავუშვებთ, რომ საკუთრება არ იკარგება უფლების განუხორციელებლობის გამო, სამაგიეროდ, მოძრავი ნივთების შემთხვევაში, იგი შეიძინება ფლობით; უძრავი ნივთების შემთხვევაში კი რეგისტრაციის არსებობით. თუ შეძენითი ხანდაზმულობის ყველა წინაპირობა შესრულებულია, მფლობელის მიერ ასე შეძენილი უფლება მას უპირატესს ხდის. ასე რომ, ყოფილი მესაკუთრის საკუთრების უფლებას დაბრკოლდება ექმნება არა უფლების განუხორციელებლობის ან მისი უფლების ხანდაზმულობის გამო, არამედ ხდება შეძენითი ხანდაზმულობის საფუძველზე იმ მფლობელის საკუთრების უფლების ცნობა, რომელიც ყოფილი მესაკუთრის საკუთრების უფლებას ჩაენაცვლა.

ამდენად, თეორიულად შესაძლოა, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ზემოთ მითითებული გადაწყვეტილებით მოხდა საკუთრების უფლების მუდმივი ხასიათის აღიარება, მაგრამ ეს ხასიათიც შეზღუდულია. შესაძლოა, დავუშვათ, რომ საკუთრების უფლება არ ამოინურება უფლების განუხორციელებლობის გამო და სავინდიკაციო სარჩელი არ ექვემდებარება ხანდაზმულობის ვადის მოქმედებას, მაგრამ აუცილებლად დასაზუსტებელია, რომ ეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში ხდება, თუ არავინ არ ასრულებს 165-ე–167-ე მუხლებით გათვალისწინებულ შეძენითი ხანდაზმულობით მოთხოვნილ პირობებს.

V. ვინდიკაცია vs კეთილსინდისიერი შეძენა

1. უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების შეძენა

შესაძლოა, მესაკუთრის ვინდიკაცია დაუპირისპირდეს ასევე „კეთილსინდისიერ შეძენას“ და ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია დღეს ქართული სამართლისათვის, რადგან საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში განიხილება სამოქალაქო კოდექსის იმ ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხი, რომლებიც უძრავი ნივთების კეთილსინდისიერ შეძენასთან არის დაკავშირებული.

ა) უძრავი ნივთების გაგება

ქართული სამართალი ნივთებს ყოფს უძრავ და მოძრავ ნივთებად (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 148-ე მუხლი). მოძრავ ნივთად შეიძლება ჩაითვალოს ყველა ნივთი, რომლებიც არ განეკუთვნება უძრავს ან მის არსებით შემადგენელ ნაწილს.¹⁸ ამდენად, ქართული სამართალი უძრავ ნივთებში გულისხმობს მიწის ნაკვეთებს, ხოლო შენობებს განიხილავს მიწის ნაკვეთის შემადგენელ ნაწილებად. „superficies solo cedit“-ის პრინციპი, რომლის თანახმადაც, მიწის ნაკვეთზე მდებარე ნაგებობის სამართლებრივი ბედი დაკავშირებულია ამ მიწის ნაკვეთის სამართლებრივ ბედთან, უზრუნველყოფს ნაკვეთისა და ნაგებობის სამართლებრივ ერთიანობას.¹⁹ ამასთან, სსკ-ის 193-ე მუხლის თანახმად, თუ მოძრავი ნივთი მიწის ნაკვეთს იმგვარად შეუერთდება, რომ იგი მიწის ნაკვეთის არსებითი შემადგენელი ნაწილი გახდება, მაშინ მიწის ნაკვეთზე საკუთრების უფლება ვრცელდება ამ ნივთზეც. ჩვენთანაც წლების განმავლობაში გარკვეული მიწის ნაკვეთების პრივატიზება დაკავშირებული იყო სირთულეებთან და ადამიანებს საკუთრების უფლება მოპოვებული ჰქონდათ შენობა-ნაგებობებზე. მას მერე, რაც დაშვებულ იქნა ამ მიწის ნაკვეთების გასხვისება, თეორიულად შესაძლებელი იყო ისეთი რეალობა, რომ სხვა პიროვნებას შეეძინა მიწის ნაკვეთი და მოეთხოვა საკუთრების უფლების ცნობა მასზე აღმართულ შენობაზე, რომელიც საკუთრების უფლებით უკვე სხვა პირს ეკუთვნოდა.

ბ) ხელშეკრულების ფორმა

ცალკე აღნიშვნის ღირსია ხელშეკრულების ფორმის საკითხი, რომელიც ძალიან აქტუალურია. უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების შეძენის ამჟამად მოქმედი წესები საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში აისახა 2006 წლის 29 დეკემბრის კანონით. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 183-ე მუხლის მოქმედი რედაქციის მიხედვით, უძრავი ქონების შეძენისათვის საკმარი-

¹⁸ ლ. ჭანტურია, უძრავი ნივთების საკუთრება, თბ., 2001, 164.

¹⁹ Staudinger-Jlckll/Stleper, Kommentar zum BGB Neubearbeitung 2004, § 94 Rn. 2.

სია, გარიგება დაიდოს წერილობითი ფორმით და მოცემული გარიგებით განსაზღვრული საკუთრების უფლება დარეგისტრირდეს საჯარო რეესტრში.²⁰

პრაქტიკულად, გარიგების გაფორმება ხდება უშუალოდ სარეგისტრაციო სამსახურის მიერ, სადაც უფლებამოსილი პირი ადგენს მხარეთა ვინაობას და მხარეები მისი თანდასწრებით ხელს აწერენ ხელშეკრულებას. სარეგისტრაციო სამსახურის უფლებამოსილი წარმომადგენლის ფუნქციებში შედის მხოლოდ იმის შემოწმება, განკარგავს თუ არა უძრავ ქონებას მესაკუთრე და გარიგების ხელმოწერის ფაქტის დადასტურება. გარიგების შინაარსსა და ნამდვილობაზე პასუხისმგებლობა სრულად ეკისრებათ მხარეებს.²¹

უძრავი ქონების შეძენის საკითხთან დაკავშირებით სამოქალაქო კოდექსში ცვლილებების შეტანამდე აუცილებელი იყო ხელშეკრულების ნოტარიულად დამოწმება და საჯარო რეესტრში მყიდველის დარეგისტრირება²². დღეისათვის საქართველოში მოქმედი წესი უზრუნველყოფს საკუთრების უფლების გადასვლის საჯაროობას უძრავი ქონების გარიგების საჯარო რეესტრში სავალდებულო რეგისტრაციით. საკამათოა საკითხი იმის შესახებ, თუ რამდენად უზრუნველყოფს ასეთი რეგულირება სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობას. სანოტარო ფორმის აუცილებლობა, გარკვეულწილად, იცავდა ბრუნვის მონაწილეებს აჩქარებისაგან, იგი ასრულებდა გამაფრთხილებელ ფუნქციას და ხელშეკრულების მონაწილეებს უზრუნველყოფდა განსაზღვრული კონსულტაციით სამართლებრივ საკითხებში. საგულისხმოა, რომ ამ შემთხვევაში, როდესაც საქმე შეეხება ისეთი განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე ხელშეკრულებას, როგორცაა უძრავი ქონების თაობაზე დადებული გარიგებები, სახელმწიფო ვალდებულია, კანონმდებლობით უზრუნველყოს და მოქალაქეს თავს მოახვიოს მისი დაცვის მინიმალური სტანდარტი, რომელიც, ჩემი აზრით, გადის სწორედ ასეთი ტიპის ხელშეკრულებათა სანოტარო წესით დამოწმებაზე.²³ ამის გარეშე, მიმაჩნია, რომ მხარეთა დაცვის ხარისხი გაუმართლებლად არის შესუსტებული.

გ) საჯარო რეესტრში საკუთრების უფლების რეგისტრაცია

ქართულ სამართალში,²⁴ საჯარო რეესტრთან მიმართებით მოქმედებს უტყუარობის პრეზუმფცია, ე.ი. რეესტრის ჩანაწერები ითვლება უტყუარად, ვიდრე მათი უზუსტობა არ დამტკიცდება. საქართველოში, საჯარო რეესტრის უტყუარობის პრეზუმფცია შემძენს იმის გარანტიას აძლევს, რომ ჩანაწერის უზუსტობის შემთხვევაში, დავის არსებობისას, უპირატესობა ენიჭება აღნიშნულ მონაცემებსა და საჯარო რეესტრის მიმართ შემძენის კეთილსინდისიერ ნდობას.²⁵

ამდენად, საჯარო რეესტრი ახორციელებს მატერიალური საჯაროობის პრინციპს და მასთან დაკავშირებულია საკუთრების გადაცემის მომენტი (183-ე მუხლი), საკუთრების უფლების არსებობის პრეზუმფცია (312-ე მუხლი) და კეთილსინდისიერება (185-ე და 312-ე მუხლები)²⁶. არის თუ არა ქართულ სამართალში კანონის საფუძველზე საკუთრების უფლების წარმოშობის ან გადასვლის უფლებანარმომქმნელი ელემენტი საჯარო რეესტრის ჩანაწერი? – ეს საკითხი საკამათოა. ერთი მხრივ, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით: „თუმცა პირის საკუთრების უფლება ქონებაზე შეიძლება არ დასტურდებოდეს საჯარო რეესტრიდან, მაგრამ აღნიშნული უდავოდ იქნეს მიჩნეული პირის საკუთრებად სხვა სამართლებრივი საფუძვლიდან გა-

²⁰ შეად. ზ. ძლიერიშვილი, ქონების საკუთრებაში გადაცემის ხელშეკრულებათა სამართლებრივი ბუნება, 2010, 22.

²¹ ამ წესის კრიტიკა, იხ. თ. ზარანდია, გარიგების ფორმის პრობლემა ქართულ სამართალში, ჟურნ. „განათლება“, 2009, №1, 105-114.

²² იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 183-ე მუხლის თავდაპირველი რედაქცია, 2006 წლის ცვლილებებამდე.

²³ შდრ. Zarandla, T. Das Problem der Vertragsform Im georgischen Recht, In: Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung In den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens In Theorie und Praxis, Materialien einer Konferenz an der Universität Bremen vom 29. und 30. März 2007, Berlin 2009, S. 142-146, ასევე, Курзински/Зарандия, Рецепция немецкого вещного права в Грузии, Вестник Гражданского права, № 1/2012, 253-254.

²⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 312-ე მუხლის პირველი ნაწილი, აგრეთვე, „საჯარო რეესტრის შესახებ“ საქართველოს 2008 წლის 19 დეკემბრის კანონის მე-5 მუხლი.

²⁵ სუსგ, 2006 წლის 24 იანვარი, საქმე №ას-203-622-06.

²⁶ სუსგ, 2015 წლის 17 აპრილი, საქმე №ას-314-299-2013.

მომდინარე და გახდეს სავინდიკაციო სარჩელის დაკმაყოფილების საფუძველი²⁷. ამის მაგალითად, ალბათ, გამოდგება კანონით მემკვიდრეობის შემთხვევა, რომელიც დამტკიცებულია მემკვიდრეობის შესახებ მონუმბით.

მეორე მხრივ, მეუღლეების საერთო საკუთრებასთან დაკავშირებით საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ გამოტანილი განჩინებების საფუძველზე შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ ქართული სამართალი საჯარო რეესტრის ჩანაწერებს ანიჭებს უფლებანარმოქმნელ მნიშვნელობას, რასაც ავრცელებს კანონიდან გამომდინარე საკუთრების უფლების გადაცემაზე. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1158-ე მუხლის თანახმად, ქონება, რომელიც შეძენილია მეუღლეთა მიერ ქორწინების განმავლობაში, არის მათი საერთო ქონება (საერთო საკუთრება), თუ საქორწინო ხელშეკრულებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული.²⁸ საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ, შეძენის ინტერესებიდან გამომდინარე, მეუღლეთა უძრავ ქონებაზე მათი ერთობლივი საკუთრება წარმოიშობა მხოლოდ საჯარო რეესტრში ორივე მეუღლის რეგისტრაციის შემდეგ, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მესამე პირებისათვის რეესტრის ჩანაწერები სწორად ითვლება.²⁹ სასამართლოს ფორმულირება – „საერთო საკუთრება წარმოიშობა“ – საშუალებას იძლევა, ვივარაუდოთ, რომ რეესტრში შესაბამისი ჩანაწერის განხორციელებას სასამართლო განიხილავს მეორე მეუღლისათვის საკუთრების უფლების წარმოშობის შემადგენელ ელემენტად, მიუხედავად იმისა, რომ ამ შემთხვევაში საკუთრება არ წარმოიშობა უძრავი ნივთის განკარგვის შედეგად.³⁰ შეიძლება ისიც ვივარაუდოთ, რომ ეს ფორმულირება არაზუსტი იყო და უზენაეს სასამართლოს მხედველობაში ჰქონდა მხოლოდ კეთილსინდისიერი შემძენის პოზიცია, რომლის სასარგებლოდაც ჩანაწერი სწორად ითვლება. მიიჩნევა თუ არა მეორე მეუღლის რეესტრში რეგისტრაცია საკუთრების წარმოშობის წინაპირობად, წმინდა თეორიული საკითხია, რადგან ასეთ შემთხვევაში (როდესაც მეორე მეუღლის რეესტრში რეგისტრაცია მისი საკუთრების უფლების წარმოშობის წინაპირობაა) შემძენის კეთილსინდისიერება არანაირ როლს აღარ შეასრულებს და მოხდება უფლების მესაკუთრისაგან შეძენა. შედეგად, შემძენი შეძლებს, გახდეს უძრავი ნივთის მესაკუთრე, თუნდაც მან იცოდეს, რომ შეძენილ ნივთზე ვრცელდება საერთო საკუთრების რეჟიმი.

2. უძრავი ნივთების კეთილსინდისიერი შეძენა – სასამართლო პრაქტიკა

სამოქალაქო კოდექსი განსხვავებულად აწესრიგებს მოძრავი და უძრავი ნივთების კეთილსინდისიერი შეძენის საკითხებს, თუმცა სასამართლო პრაქტიკაში იყო მცდელობა, რომ ის ინტერესთა ბალანსი, რაც გათვალისწინებულია მოძრავ ნივთებთან მიმართებით, გავრცელებულიყო ასევე უძრავ ნივთებზე. კერძოდ, დაუშვებელი ყოფილიყო მესაკუთრის ნების წინააღმდეგოდ გასხვისებული უძრავი ქონების (მაგალითად გაყალბებული ნასყიდობის ხელშეკრულების საფუძველზე გასხვისებული ბინის შემთხვევაში) „კეთილსინდისიერი შეძენა“. საკასაციო სასამართლოს ჩარევა გარდაუვალი გახდა.³¹

ერთი მხრივ, ცხადია, რომ მესაკუთრის საკუთრების უფლებას არ უნდა შეექმნას საფრთხე და მას უნდა შეეძლოს, განახორციელოს სრული ბატონობა ნივთზე, თავისი შეხედულებისამებრ განკარგოს იგი. „მესაკუთრეს არ უნდა აწუხებდეს მუდმივი შიში იმისა, რომ მისი ამგვარი უფლება შესაძლოა, ერთ დღესაც მისი ნებისგან დამოუკიდებლად გაუქმდეს ან, საერთოდ, გაქრეს“.³² ამასთან, მესაკუთრესა და შემძენს შორის ურთიერთობაში ჩართულია საჯარო რეესტრი, რომლის და-

²⁷ იხ. სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები, თბ., 25.07.2007, 59-60.

²⁸ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 1172-ე მუხლი.

²⁹ იხ.: ნორმის ინტერპრეტაცია, რომელიც აისახა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის 2002 წლის 9 დეკემბრის განჩინებაში, საქმე №3K/932-02. <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2002-3k-932-02.pdf> (ნახვის თარიღი: 2.03.2016 წ.).

³⁰ ამ საკითხთან დაკავშირებით იხილეთ აგრეთვე: ე.ზარნაძე, მეუღლეთა თანაცხოვრების პერიოდში შეძენილი ქონების მართვისა და განკარგვის საკითხებთან დაკავშირებული სასამართლო დავების ზოგიერთი თავისებურება, ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 10/2007-1, 120-138.

³¹ იხ. სუსგ, 2014 წლის 16 იანვარი, საქმე №ას-189-182-2013.

³² იხ. სუსგ, 2014 წლის 16 იანვარი, საქმე №ას-189-182-2013.

ნიშნულბაც არის, სწორად ასახოს რეგისტრაციას დაქვემდებარებული უფლებების მდგომარეობა. საჯაროობის პრინციპი, როგორც სანივთო სამართლის ერთ-ერთი ფუნდამენტური პრინციპი, უძრავ ნივთებთან დაკავშირებით გულისხმობს იმას, რომ მესამე პირებისათვის ამგვარი უფლება სწორედ რეგისტრაციის მომენტიდან იძენს იურიდიულ ძალას. ქართული კანონმდებლობა აწესებს საჯარო რეგისტრაციის უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციას,³³ რაც ნიშნავს იმას, რომ მესამე პირებისათვის რეგისტრაციის ჩანაწერები ითვლება სწორად, რადგან მათ იცავთ საჯარო რეგისტრაციისადმი არსებული საჯარო ნდობა.³⁴ ამდენად, საჯარო რეგისტრი, ერთი მხრივ, სამოქალაქო ბრუნვის გარანტიის ფუნქციას ასრულებს, ხოლო, მეორე მხრივ, იგი სრულ კონსენსუსშია სამოქალაქო ბრუნვაში დამკვიდრებულ ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპთან.

პრობლემა იქმნება იმ შემთხვევებში, როდესაც რეგისტრში რეგისტრირებული უფლება არ შეესაბამება ამ უფლების ნამდვილ შინაარსს, ხოლო მესამე პირისათვის ეს ფაქტი უცნობია. უფრო მეტად რომ დავაკონკრეტოთ, ამ შემთხვევაში, სახეზე გვაქვს კონფლიქტი ნამდვილ მესაკუთრესა და კეთილსინდისიერ შემძენს შორის, და ისმის კითხვა – ვის უნდა მიანიჭოს უპირატესობა კანონმა – თავდაპირველ მესაკუთრეს თუ კეთილსინდისიერ შემძენს? საქართველოს კანონმდებლობით მესამე პირთა დაცვის გარანტიები მოცემულია სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლში, რომლის თანახმადაც, შემძენის ინტერესებიდან გამომდინარე, გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჯარო რეგისტრში, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა შემძენმა იცოდა, რომ გამსხვისებელი არ იყო მესაკუთრე. ეს ნორმა უშვებს საჯარო რეგისტრში რეგისტრირებულ უფლებაში ხარვეზის შესაძლებლობას, თუმცა, მიუხედავად ამისა, იცავს ისეთ შემძენს, რომელიც ამ ფაქტის მიმართ კეთილსინდისიერია. შემძენის ინტერესების დაცვის გარანტიებს შეიცავს ასევე სამოქალაქო კოდექსის 312-ე მუხლი, რომლის მე-2 ნაწილის მიხედვით, იმ პირის სასარგებლოდ, რომელიც გარბევის საფუძველზე სხვა პირისაგან იძენს რომელიმე უფლებას და ეს უფლება გამსხვისებლის სახელზე იყო რეგისტრში რეგისტრირებული, რეგისტრის ჩანაწერი ითვლება სწორად, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ამ ჩანაწერის სანაწარმდევოდ შეტანილია საჩივარი, ან შემძენმა იცოდა, რომ ჩანაწერი უზუსტოა. ამდენად, საკასაციო სასამართლოს ჩათვალა, რომ აღნიშნული კონფლიქტი კანონმდებელმა სამოქალაქო კოდექსის 185-ე და 312-ე მუხლების მიხედვით, შემძენის სასარგებლოდ გადაწყვიტა, ნიშნავს იმას, რომ მესაკუთრეს აქვს უფლება, შესაბამისი საზღაური მოითხოვოს არამართლზომიერი გამსხვისებლის მიმართ, ხოლო კეთილსინდისიერ შემძენს უნარჩუნდება საკუთრების უფლება.

ნიშანდობლივია, რომ სწორედ 185-ე და 312-ე მუხლების კონსტიტუციურობის საკითხის განხილვა უწევს ამჟამად საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს. საინტერესოა, ასევე, აღინიშნოს, რომ ამგვარ შემთხვევებს, სავარაუდოდ, შეამცირებდა სანოტარო დამონმების სავალდებულო ხასიათი. და ასევე მნიშვნელოვანია იმის აღნიშვნაც, რომ ამ იურიდიული კომპრომისის ფარგლებში ერთი კონკრეტული კეთილსინდისიერი შემძენის ინტერესები არ არის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი, მნიშვნელოვანია სამოქალაქო ბრუნვა, რომელიც ამ შემძენის უკან დგას.

დასკვნა

ამდენად, საქართველოში საკუთრების უფლების დაცვა კერძო პირების ჩარევისაგან გარანტირებულია, ერთი მხრივ, თავდაცვითი უფლებების არსებობით და, მეორე მხრივ, ანაზღაურების მოთხოვნების შესაძლებლობით, რომელიც მესაკუთრეს ანიჭებს უფლებას სანაცვლო ღირებულებაზე. თუკი საკუთრებაზე ხდება ზემოქმედება იმით, რომ მესაკუთრეს მფლობელობა ჩამოერთმევა ან მის გადაცემაზე უარი განეცხადება, მას აქვს უკანონო მფლობელის მიმართ ნივთის გამოთხოვის უფლება, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 172-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად. ხელშეშლის აღკვეთისათვის მას შეუძლია 172-ე მუხლის მეორე ნაწილის შე-

³³ სსკ, 312-ე მუხლი.

³⁴ შეად. ბ. ზოიძე, სანივთო სამართალი, 2003, 363; ქ. ქოჩაშვილი, მფლობელობა და საკუთრება – ფაქტი და უფლება სამოქალაქო სამართალში, 2013, 198-203.

საბამისად მოქმედებისაგან თავის შეკავების ან უფლების დარღვევის აღმოფხვრის შესახებ მოთხოვნა დააყენოს. საკუთრების დასაცავად მესაკუთრეს აქვს ასევე აუცილებელი მოგერიების უფლება, 116-ე მუხლის შესაბამისად, და, აგრეთვე, წინაპირობების არსებობისას 118-ე და 119-ე მუხლების შესაბამისად თვითდახმარების უფლება.

საყურადღებოა, რომ საკუთრების უფლების ობიექტების განსაზღვრისას ქართულმა სამართალმა აირჩია გერმანული სამართლისაგან განსხვავებული მიდგომა, გააფართოვა ქონების ცნება და მის ქვეშ გააერთიანა როგორც ნივთები, ასევე არამატერიალური ქონებრივი სიკეთე. ამდენად, ქართული კანონმდებლობით ქონებას განეკუთვნება არა მხოლოდ ნივთები, არამედ ქონებრივი უფლებები.³⁵ თუმცა, საკუთრების დაცვის თვალსაზრისით, 172-ე მუხლში საუბარია მხოლოდ ნივთებზე.

საყურადღებოა ასევე, რომ ქართულ სამართალში არამფლობელი მესაკუთრის მიერ უკანონო მფლობელობიდან ნივთის გამოთხოვისათვის უნდა არსებობდეს შემდეგი წინაპირობები: ა. მოსარჩელე უნდა იყოს მესაკუთრე; ბ. მოპასუხე უნდა იყოს ნივთის მფლობელი; გ. მოპასუხეს არ უნდა ჰქონდეს ამ ნივთის ფლობის უფლება.³⁶ ამდენად, მოთხოვნის დამყენებელი უნდა იყოს მესაკუთრე, რაც შეეხება **გამოსათხოვ, დასაბრუნებელ ნივთს, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე** მოთხოვნა ეხება როგორც **მოძრავი**, ასევე **უძრავი** ნივთების უკან დაბრუნებას. იგი მოიცავს ყოველთვის მხოლოდ კონკრეტულ ნივთს, და არა სხვა ნივთებს, რომლებიც თავდაპირველი ნივთის ადგილზე არსებობენ. ამ სამი წინაპირობის ერთდროული არსებობა არის სავინდიკაციო მოთხოვნის საფუძველი.

ამასთან ერთად, საინტერესოა ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არსებული შეხედულება სავინდიკაციო სარჩელის ხანდაზმულობასთან დაკავშირებით. სხვა უფლებების უმეტესობისაგან განსხვავებით, **საკუთრების უფლება არ იკარგება უფლების განუხორციელებლობის გამო** და იგი არ ექვემდებარება მაანუღლირებელ ხანდაზმულობას. თუმცა, უნდა ითქვას, რომ რეალურად ასეთი ვინდიკაცია, ალბათ, იშვიათად მიაღწევს მიზანს. ჯერ ერთი, იმიტომ, რომ ასეთი „დაგვიანებული გამოღვიძებები“ შეიძლება მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებს მივაკუთვნოთ, აგრეთვე, ასე, „დროში დაკარგული“ ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში გამოუყენებელი უფლების დამტკიცება თავისთავად ძალიან ძნელი გახდება. მაგრამ ყველაზე მეტად იმიტომ, რომ მესაკუთრე, რომელიც იყენებს „დაგვიანებულ ვინდიკაციას“, რისკავს, დაუპირისპირდეს ეგრეთ წოდებულ „შეძენით ხანდაზმულობას“. და მართლაც, თუ დავუშვებთ, რომ საკუთრება არ იკარგება უფლების განუხორციელებლობის გამო, სამაგიეროდ, მოძრავი ნივთების შემთხვევაში, იგი შეიძინება ფლობით; უძრავი ნივთების შემთხვევაში კი რეგისტრაციის არსებობით. თუ შეძენითი ხანდაზმულობის ყველა წინაპირობა შესრულებულია, მფლობელის მიერ ასე შეძენილი უფლება მას უპირატესს ხდის. ასე რომ, ყოფილი მესაკუთრის საკუთრების უფლებას დაბრკოლდება ექმნება არა უფლების განუხორციელებლობის ან მისი უფლების ხანდაზმულობის გამო, არამედ ხდება შეძენითი ხანდაზმულობის საფუძველზე იმ მფლობელის საკუთრების უფლების ცნობა, რომელიც ყოფილი მესაკუთრის საკუთრების უფლებას ჩაენაცვლა. აღსანიშნავია ასევე, რომ საკუთრების უფლების „კეთილსინდისიერ“ შეძენასთან დაკავშირებით, ისევე როგორც ბევრ სხვა საკითხთან მიმართებით, ქართულ სამართალს და, განსაკუთრებით სასამართლო პრაქტიკას, კიდევ მოუწევს საკუთარი გადანყვეტილებების ძიება.

³⁵ შდრ. ბ. ზოიძე, ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 26; დ. კერესელიძე, კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, თბ., 2009, 186.

³⁶ შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმე №ას-774-735-2013, 2012 წლის 11 ნოემბერი.

Protection of the Property Right through Replevin under Georgian Legislation

General

Modern legal and public order is based upon the fundamental concept of private property; hence, protection of property rights represents one of the most important problems of the law. If the property right entitles a person to use a thing, it also provides the owner with the means to prevent illegal use of his/her property, with which the owner may prevent or stop the damage.¹ Existing requirements with respect to the protection of property rights and procedures for appeal serve the same purpose. However, under Georgian legislation, protection of property right has several features, which will be the focus of my article today.

I. Protection of the Title to the Property or to the Thing?

While determining the objects of property rights, Georgian Law followed a concept that was different from the German law. While formulating the definition of property right, Article 170 of the Civil Code of Georgia explicitly states that the object of the ownership right is the property. Georgian law expands the concept of property and Article 147 of the Civil Code of Georgia provides that all things and intangible property fall under the concept of property. Thus, according to Georgian legislation, the concept of property is deemed to encompass not only things, but property rights as well.² According to the Georgian court practice, such rights are considered to be, for example, mining rights³, as well as the construction permit⁴. According to Georgian doctrine, „intellectual property“ is a specific form of ownership along with its traditional forms⁵, however, violation of copyright and related rights is regulated by a special law.⁶ Thus, the Georgian law establishes different legal regimes with respect to things and intangible property. On the other hand, Article 172 of the Civil Code of Georgia, which grants the owner a right to demand a revindication of a thing from illegal possession and putting an end to the disturbance, at first glance does not apply to the property in general, because the article directly mentions the thing. It is controversial as to which rule should be followed while restoring intangible property from illegal possession. In Georgian court practice, we come across cases when the court considers a construction permit to be the ownership right and the impeding of construction process - the infringement of such right.⁷ Thus, at this point, it is hard to say what will be the

¹ See, e.g., Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §21, Rn.1.

² See, e.g., Zoidze B., Georgian Law of Things, Tbilisi, 2003, 26; Kereselidze D., General Systemic Notions of the Private Law, Tbilisi, 2009, 186.

³ For detailed information please see: Decision of the Supreme Court of Georgia, as-379-352-2010, dated October 19, 2010.

⁴ For detailed information please see: Decision of the Supreme Court of Georgia, as-199-893-03, dated October 31, 2003.

⁵ See, Zoidze B., Reception of European Private Law by Georgia, Tbilisi, 2005, 173.

⁶ Law of Georgia on “Copyright and Related Rights”, June 22, 1999.

⁷ See, Decision of the Supreme Court of Georgia as-199-893-03, October 31, 2003.

development of this issue under Georgian legislation - whether or not will the ownership protection regimes for things and intangible property become closer⁸, or will these two regimes be sharply separated from each other.

II. Preconditions of Replevin

First, it should be specified that in order for the owner to demand a revindication of a thing from illegal possession, the following preconditions should be met: a) the plaintiff should be the owner of the thing in question; b) the defendant should be in possession of the said thing; c) the defendant should not be entitled to possess the mentioned thing.⁹ Thus, the owner should bring a case in a court proceedings; as for **the thing that is to be returned/revindicated, according to Article 172 of the Civil Code of Georgia**, object of the demand may be the revindication of both **movable** and **immovable** property. The demand may only concern a specific thing and not the things that have replaced the original thing.¹⁰ The three above-mentioned preconditions represent the base of the replevin. Part 1 of Article 172 contains a demand of transfer of possession, but in legal literature the term “right to vindicate” can be found, as the right of the owner derives from his right to property. In Roman law the right to vindicate the property was regulated with the institute called *rei vindicatio*¹¹, which is why the term “vindication” has survived in legal science.

It is noteworthy that until the thing is in the possession of an unauthorized person, such person, using this thing receives the actual benefits from it, which, as a rule, should be taken by the owner of the thing. It is also possible for the thing to lose its value, because the possessor used it totally, in some cases the thing was consumed, damaged or totally destroyed. However, it is also possible quite the opposite to occur and the possessor of the thing can show such care and maintenance towards the thing to increase its value. Above-mentioned variations make it clear that the law regulating relations between the owner and the unauthorized possessor cannot be satisfied only with the request to restore the possession right for the owner, but for the fair balance, other circumstances should also be deemed in mind. This is done at the owner’s requests to compensate and transfer benefits, also by the opposite requests of the possessor (right to compensate necessary expenses, right to take along, for example, if the possessor added another part to the thing as its substantial part and etc.). All these requirements are taken into account with regard to **immovable**, as well as to the **movable things** to equal extent. It is noteworthy that it always includes only certain thing and not the other things, which exist in place of the original thing. The simultaneous presence of the mentioned three conditions is the basis for the vindication request.

1. Request Deriving from Article 172

a) Brief Summary

Part 1 of Article 172 of the Civil Code of Georgia gives the owner the right to demand the return of the thing from the possessor. However, because the possessor may be entitled to possess the thing, if he, for example, bought, rented or leased the thing from the owner, it is impossible to have the demand against any possessor. Thus, part 1 of article 172 establishes the scope: except the case, when the possessor had the right to possess the thing. According to Article 162 of the Civil Code of Georgia it is also impermissible to request the return of the thing from the lawful possessor. During lawful possession the fruit and outcome of

⁸ On similar development problems and perspectives please see: Knieper R., Von Sachen und Gütern – in neuen und alten Kodifikationen. In Festschrift für Andreas Heldrich, 2005, 759 ff.

⁹ See, e.g., Decision of the Supreme Court of Georgia, Case №as-774-735-2013, November 11, 2012.

¹⁰ See, e.g., Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §21, Rn.16.

¹¹ Regarding the rule of vindication in Roman law, compare Roman law sources, The Institutes of Gaius, translation from Latin, preface and glossary was attached by Nugzar Surguladze, Tbilisi, 2011, IV, 5, 184; IV, 16-17, 186-188, also Garishvili, Khoperia, Roman Law, Meridiani, Tbilisi, 2013, 313.

the thing and the right to it is also deemed as the ownership of the lawful possessor. This rule applies also to the relation between direct possession and indirect possessor. Thus, if the owner is entitled to possession, owner is not able to retrieve the thing. Owner's request to transfer the possession exists only towards the unlawful possessor, i.e. the possessor, who does not have the right to possess the thing.

b) Burden of Proof

According to the general claims – deriving from the legal principles, person entitled to a demand should prove the preconditions of the demand, as another person should prove the prerequisites for favorable terms of defense measures. The fact that the part 1 of Article 172 makes the demand of return of the thing dependant only on the ownership and possession, the owner bears the burden of proof only for these preconditions.¹² This means that the owner of the property, who has to prove his ownership right and the possession of another person should satisfy his demand, if the possessor is unable on its part to substantiate its right to possess.

c) Claimant's Property Right

Only the owner of the thing is entitled to have the right to demand the vindication. Thus, first of all, it is necessary to examine in details whether the claimant is truly the owner. The **co-owner** has also the right to demand the vindication, as far as it comes to the **co-ownership** of his share. He may require the recognition of his co-ownership (part 4 of article 155). Thus, he also is able to demand the return of the whole thing; however he has no right to demand the performance only for himself, but he should demand the performance for all co-owners together.

d) The Presumption of Being the Owner

In order to prove his property right, the owner may apply to the presumptions, enshrined in the Civil Code and, in case of immovable things – in part 1 of article 312, according to which the presumption of authenticity and accuracy applies towards the registry data, i.e. registry's recordings are deemed correct and accurate, until proved their inaccuracy. Meanwhile, in case of movable things, the presumption, envisaged by article 158, is applied – the possessor of the thing is believed to be its owner¹³. Significantly, the presumption, envisaged by article 158, applies only for themselves and not for the possessor of another person's thing.

e) Possession of Demand's recipient

Current, existing possession. The return of the thing shall be borne by the possessor as long as he is regarded as the possessor. In favor of another person the actual possessor of the thing is not regarded as the possessor of the legal sense and therefore does not represent demand's proper recipient. When the possessor is losing the possession or he transfers it to another person, the demand under article 172 cannot be addressed to him, but the demand should be directed towards the new possessor. The right to request the ownership exists not only towards the direct, but - indirect possessor as well.

¹² Compare, Roman law sources, The Institutes of Gaius, translation from Latin, preface and glossary was attached by N. Surguladze, Tbilisi, 2011, II, 194, 101.

¹³ See, e.g. Zarandia Possessor is Presumed as Property Owner - Preconditions for utilization of Presumption and *It's* Exceptions, Anniversary collection in honor of Prof. Akaki Labartkava, Tbilisi State University publishing house, Tbilisi, 2012, 200-208

f) Legal Outcome: Revendication (Transfer of a thing)

The demand under Article 172 aims at returning the thing to its owner. Based on the right to demand the return of the thing back, the legal **obligational relations** arise between the owner and the possessor, which gives rise to an obligation to perform the obligation carefully. From the mentioned the additional obligations (side liabilities) may arise, for example, obligations to add instructions, violation of which may lead to the appearance of requirements derived from part 1 of Article 394.¹⁴

Regarding the **place of the performance**, general regulation of Article 162 is used. As a rule, the delivery of the object must be in a place, where it is in the present moment. Thus, in the absence of other circumstances possessor in a good faith enjoys the so called obligation of taking back.

III. Permanent Character of Ownership?

(The Issue of Period of Limitation of Replevin in Georgian Court Practice)

Under Article 128 (1) of the Civil Code of Georgia, the right to demand that another person performs or refrains from a certain action, shall be the subject to a period of limitation. The law defines exceptions to which the period of limitation shall not apply. These exceptions include personal non-property rights and claims of depositors for deposits made with a bank or other credit institutions.¹⁵ Georgian law does not provide for a specific period of limitation for replevin and at first glance, this period is considered to be the general term of ten years. Herewith, the law provides different preconditions and different terms for the acquisition of movable and immovable things by prescription: namely, if a person uninterruptedly possesses a movable thing for five years as his/her own thing, he/she shall obtain the right of ownership to it (Article 165 (1) of the Civil Code of Georgia). Herewith, acquisition by prescription of a movable thing is not allowed if the acquirer has possessed the thing in bad faith (Article 165 (2) of the Civil Code of Georgia). Requirements with respect to immovable property are more stringent and the only preconditions for the acquisition of such property by prescription are the existence of registration of the person in the Public Registry as the owner for fifteen years and the possession of the property by the person as his/her own (Article 167 of the Civil Code of Georgia). Thus, according to the so-called acquisition by prescription, acquisition of property is possible after the expiration of five-year period and fifteen-year period. It is worth noting that the term for acquisition of immovable property by prescription, which is 15 years as determined by law, is longer than the general period of limitation, which is only 10 years. In this context, decision of the Supreme Court of Georgia, dated 16 September 2005, is of particular importance, as it provides an interesting discussion on the period of limitation upon replevin. In particular, as stated in this decision, “according to Article 158 (2) of the Civil Code of Georgia, the owner is entitled not to possess, as well as not to use, the property in question, as derived from the absolute right of ownership”. Thus, the owner is free in his/her choice to possess and use the property in question... It means that the owner has the right to possess and use the property under his/her ownership at any time, as well as to restore the said property from defective possession. Accordingly, subjecting the given right of the owner to the restrictive norm of period of limitation would contradict the function of the ownership, its absolute nature, as well as mentioned provisions of the Constitution of Georgia and Civil Code of Georgia, and the interests of civil circulation.¹⁶

At first glance, since the Civil Code of Georgia does not provide for a special term of the period of limitation for the replevin, the given decision once again emphasized that such a term should not apply to replevin. With this, the court established, so to speak, the “permanent nature” of the ownership right, yet its scope is still limited.

¹⁴ §278. Extraordinary diligence towards its own cases. Debtor shall be liable for the actions of his legal representative and those persons, which he uses to perform the obligation to the extent as for his own culpable action. The Norm of the part 3 of §276 does not apply. Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, §21, Rn. 31.

¹⁵ Article 128 (2) of the Civil Code of Georgia.

¹⁶ Decision of the Supreme Court of Georgia.

Neither people, nor things are eternally existent on this earth. The right of ownership is passed down from generation to generation and is guaranteed by Article 21 of the Constitution of Georgia; however, we cannot say that only this indicates the permanent nature of the ownership right, since non-permanent rights, which are subjected to a period of limitation, are similarly passed down through generations. If we can agree that the right of ownership should be given the permanent nature, this may only mean that, unlike most of the other rights, the owner may not be deprived of the right of ownership, owing to the fact that he/she does not exercise it. In other words, the ownership right is not a subject to the period of limitation resulting in the annulment of ownership title. If we are consistent and adhere to the practice of the Supreme Court of Georgia, the owner may exercise his/her ownership rights, even if he/she has not done so for a very lengthy period of time, even centuries.¹⁷ However, we must say that in reality such replevin will probably rarely achieve its goal. This is so in view of the fact that such „delayed awakening” can only be an exceptional case. In addition, it will obviously be very difficult to prove the existence of, so to speak, “lost in time” right that was not exercised for such a long period. But most of all, this is so because of the fact that the owner, who uses the “belated replevin”, risks to encounter the so-called “acquisition by prescription”.

IV. Replevin vs. “Acquisition by Prescription”

Indeed, we may assume that the right of ownership cannot be stripped off due to the failure to exercise it; on the other hand, the right of ownership of movable property can be acquired through possession, while in case of immovable property, such right can be acquired through registration in the Public Registry. If all the preconditions of the acquisition by prescription are fulfilled, than the new owner will be granted a primacy over the former owner. That is to say, the right of ownership of the former owner may be hindered not because of the failure to exercise the said right or because of the period of limitation applied to it, but rather because of the recognition of new owner’s right, which is acquired by prescription and which replaced former owner’s property right.

Thus, theoretically it is possible that the abovementioned decision of the Supreme Court of Georgia recognized the permanent nature of the ownership right, however, even this nature is limited. We may assume that the right of ownership cannot be expired because of the failure to exercise it and the replevin cannot be subjected to period of limitation, but we should definitely specify that this only takes place in case no one fulfills the preconditions of acquisition by prescription as envisaged by Articles 165-167 of the Civil Code.

V. Replevin vs. Bona-Fide Acquisition

1. Acquisition of Ownership upon Immovable Property

It is also possible that the replevin is opposed by a “bona-fide acquisition”. This issue is especially important for the Georgian law nowadays, as the Constitutional Court of Georgia is discussing the constitutionality of those provisions of the Civil Code of Georgia, which are related to the bona-fide acquisition of immovable property.

a) Notion of Immovable Property

Georgian law divides things into movable and immovable property (Article 148 of the Civil Code of Georgia). Movable property can be considered to be all the things that are not immovable property or their component parts.¹⁸ Thus, Georgian Law considers plots of land as immovable property and buildings – as component parts of the land. The principle of “Superficies solo cedit”, according to which the legal fate of the

¹⁷ See, e.g., Simler, *Les biens*, Presses universitaires de Grenoble, 2006, 38 and further.

¹⁸ Chanturia L., *Ownership of Immovable Property*, Tbilisi, 2001, 164.

construction situated on the plot of land is connected to the legal fate of the land itself, provides for the legal unity of the plot of land and the construction situated thereon.¹⁹ Herewith, according to Article 193 of the Civil Code of Georgia, if a movable thing becomes attached to a plot of land in such a manner that it has become an essential component part of it, then the ownership right of the land applies to the mentioned accessories as well. During many years, in Georgia, privatization of certain plots of land was somewhat troublesome and people were only exercising their ownership rights over buildings and other constructions. Once the transfer of the right to these plots of land was allowed, theoretically it became possible for third persons to purchase the mentioned property and demand the recognition of their title to the construction/building situated thereon, which was already under someone else's ownership.

b) Form of a Contract

The form of a contract, which is a very topical issue, is worth mentioning separately. Current rules regarding the acquisition of ownership over immovable property were added to the Civil Code of Georgia by the Amendment to the Code, dated 29 December 2006. According to the existing wording of Article 183 of the Civil Code of Georgia, in order to acquire ownership of an immovable thing, it is enough that the transaction is made in writing and the acquirer's ownership right is registered in the Public Registry.²⁰

In fact, execution of a contract is done by the registration authority; namely, an authorized person approves the identities of the signatories, after which the parties sign the contract in front of the mentioned person. The only function of the authorized representative of the registration authority is to check whether or not the property in question is administered by the owner and to confirm the fact of signing of the contract. Parties bear full responsibility for the content and validity of the transaction.²¹

Before making amendments to the Civil Code of Georgia with respect to the acquisition of immovable property, notarization of the contract of sale and registration of the buyer in the Public Registry was mandatory.²² Nowadays, rules that are in force in Georgia provide that the transfer of the title to the property should be carried out through the mandatory registration of the real estate transaction in the Public Registry. It is controversial whether or not does the given regulation ensure stability of civil circulation. Mandatory notarization of contracts used to somewhat protect the subjects of civil circulation from being hasty, it used to have a warning function and provide the parties to the contract with consultation on different legal issues. It should be noted that in this case, when it comes to such a significant agreement, as the real estate transaction, the state is obliged to provide the minimum standard of protection by legislation; the foregoing standard, in my opinion, is the notarization of this kinds of contracts.²³ Without the aforementioned guarantee, I believe that the level of protection of parties to the contract is unjustifiably reduced.

c) Registration of the Right of Ownership in the Public Registry

In Georgian law²⁴, a presumption of veracity operates with respect to the Public Registry; that is the Register records are presumed accurate until proven incorrect. In Georgia, the presumption of the veracity of

¹⁹ Staudinger/Jickeli/Stieper, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 94 Rn. 2.

²⁰ See, e.g., Dzlierishvili Z., Legal Nature of the Contracts Transferring Title to the Property, 2010, 22.

²¹ For the criticism of the given rule, please see: Zarandia T., Problem related to the Form of a Contract in Georgian legislation, Journal Education, 2009, #1, 105-114.

²² See the original wording of Article 183 of the Civil Code of Georgia, before amendments of 2006.

²³ See, e.g., Zarandia T., Das Problem der Vertragsform im georgischen Recht, in: Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens in Theorie und Praxis, Materialien einer Konferenz an der Universität Bremen vom 29. und 30. März 2007, Berlin 2009, 142-146, Also, Курзински/Зарандия, Рецепция немецкого вещного права в Грузии, Вестник Гражданского права, # 1/2012, 253-254.

²⁴ Article 312 (1) of the Civil Code of Georgia. In addition, Article 5 of the Law of Georgia "On the Public Registry", dated December 19, 2008.

the Register entries provides the buyer with the guarantee that in case of incorrectness of the entry, and in case of a dispute, Public Register records prevail as well as the trust of the buyer towards Public Registry.²⁵

Thus, Public Registry is implementing the principle of material publicity and the transfer of property (Article 183), presumption of the existence of ownership right (Article 312) and bona fides (Articles 185 and 312) are associated to it.²⁶ Does the Public Register records represent the element promoting the transfer or origin of the ownership right on the basis of law, under Georgian legislation? This is a controversial issue. On the one hand, according to the interpretation of the Supreme Court of Georgia, “person’s title to the property may not be confirmed by the records of the Public Register, yet, based on another legal ground, the foregoing property may undoubtedly be deemed to be under the ownership of the said person and become the basis for the satisfaction of replevin”.²⁷ An example of this could be the case of intestacy, which is approved with the certificate of inheritance.

On the other hand, on the basis of rulings of the Supreme Court of Georgia with regard to the common property of spouses, we may assume that Georgian legislation gives high importance to the records of the Public Register with respect to origination of rights, which is also applied to the transfer of title to the property according to law. Under Article 1158 of the Civil Code of Georgia, any property acquired by the spouses during their marriage shall be treated as their joint property (matrimonial property), unless otherwise determined by the marriage contract.²⁸ The Supreme Court of Georgia noted that due to the interests of the buyer, the joint ownership of spouses upon their common property only arises after the registration in the Public Registry of both of the spouses. Otherwise, the records of the Public Registry shall be presumed accurate for the third persons.²⁹ The wording of the Court – “common property shall originate”, allows us to suppose that the Court considers relevant records of the Public Register as one of the elements for the origination of other spouse’s ownership, despite the fact that in the given case, ownership is not originated as a result of administration of immovable property.³⁰ We may as well assume that this wording was inaccurate and the Supreme Court of Georgia had in mind the position of the bona-fide acquirer, in whose favor the record is considered accurate. Whether other spouse’s registration in the Public Registry is a prerequisite for the origination of ownership, is a pure theoretical issue, since in these cases (when registration of another spouse in the Public Registry represents the precondition for the generation of his/her ownership) acquirer’s good faith does not play any role and the owner transfers the ownership right. As a result, the purchaser may become the owner of the immovable property, even if he/she knows that the given property is under a joint ownership.

2. Bona-Fide Acquisition of the Immovable Property – The Court Practice

The Civil Code of Georgia provides different regulations for the bona-fide acquisitions of movable and immovable property; however, there was an attempt in Georgian court practice to extend the balance of interests, which is ensured with respect to the movable property, to immovable property as well. In particular, there was an attempt to prohibit the “bona-fide acquisition” of the immovable property (e.g. In case of a flat transferred on the grounds of forged contract of sale), that was transferred against the will of the owner. Intervention of the Court of Cassation of Georgia became inevitable.³¹

²⁵ Decision of the Supreme Court of Georgia, January 24, 2006, Case №as-203-622-06.

²⁶ Decision of the Supreme Court of Georgia, April 17, 2015, Case №as-314-299-2013.

²⁷ See, Recommendation of the Supreme Court of Georgia on the Problematic Issues of the Civil Law-Related Court Practice, Tbilisi, 25.07.2007, 59-60.

²⁸ Article 1172 of the Civil Code of Georgia.

²⁹ See, interpretation of the norm, which was reflected in the ruling of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, dated December 9, 2002, on the Case №3k/932-02. Available at: <<http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2002-3k-932-02.pdf>> (Retrieved 2.03.2016).

³⁰ Regarding this issue, please also see: E. Zarnadze, Several Peculiarities of Court Cases related to the Management and Administration of the Property Acquired during the Cohabitation of Spouses, Journal – Overview of Georgian Legislation, 10/2007-1, 120-138.

³¹ See, Decision of the Supreme Court of Georgia, January 16, 2014, Case №as-189-182-2013.

On the one hand, it is clear that the owner's property rights should not be under a threat, he/she must be able to exercise full control of a thing and administer it at his/her discretion. "The owner does not have to be in a constant fear that his/her ownership right may be cancelled one day or disappear at all, independently of his/her will".³² Herewith, the Public Registry is involved in the relation between the owner and the buyer, as its function is to properly indicate the rights subjected to registration. The principle of publicity, as one of the fundamental principles of the Law of Things, provides that, with respect to immovable property, third persons' ownership rights acquire legal force from the moment of registration. Georgian legislation provides for the presumption of veracity and completeness of the Public Registry³³, which means that third parties consider Register entries accurate, owing to the public trust existing towards Public Registry.³⁴ Thus, the Public Registry, on the one hand, serves as a guarantee for civil circulation, and on the other, is in full consensus with the principles of trust and good faith, established in civil circulation.

The problem arises when the right registered in the Public Registry does not correspond to the actual content of this right, and the third party is unaware of this fact. To be more specific, in this case, there is a conflict between the real owner of the property and the bona-fide acquirer, and the question is – which one of them should the law prioritize - the original owner or the bona-fide acquirer? In Georgian legislation guarantees for the protection of third parties are provided by Article 185 of the Civil Code of Georgia, which states that in view of the interests of an acquirer, a transferor shall be deemed to be the owner if he/she is so registered in the Public Register, except when the acquirer knew that the transferor was not the owner. Given provision allows for the possibility of defect of the right registered in Public Registry, however, despite of this, it also protects the acquirer, who is acting in good faith with respect to the foregoing fact. Article 312 of the Civil Code of Georgia also provides the guarantees for the protection of acquirer's interests. According to Paragraph 2 of the said Article, an entry in the Register shall be deemed to be accurate in favor of the person who acquires some right from another person on the basis of a transaction and this right was registered in the Register in the name of the Transferor, unless a complaint has been filed against the entry or the acquirer has knowledge of the incorrectness of the entry. Thus, the Court of Cassation of Georgia construed that the legislature resolved the aforementioned conflict in buyer's favor on the basis of Articles 185 and 312 of the Civil Code of Georgia, which means that the owner has the right to demand compensation from the wrongful seller while the bona-fide acquirer retains the ownership right.

It is noteworthy that the Constitutional Court of Georgia is discussing the constitutionality of Articles 185 and 312 of Civil Code of Georgia at this moment. It should also be noted that mandatory notarization of documents would possibly reduce the number of such cases. It is also important to note that within the scope of this legal compromise, interests of one specific bona-fide acquirer are not particularly important; special importance is given to the civil circulation, which stands behind the said acquirer.

Conclusion

Thus, the protection of property right in Georgia from the third party intervention is guaranteed on one hand, with the existence of defensive rights and on the other hand – with the opportunity to claim the compensation, which entitles the owner of the replacement cost. If the property is impacted by the fact that the owner will be deprived of its possession or he will be denied from its transmission, under part 1 of Article 172, he has the right to demand a revendication of a thing from illegal possessor. For the prevention of the interference, he may demand that the disturber put an end to such action. In defense of the property, the owner according to Article 116 also has the right to necessary self-defense and when preconditions are met - the right to self-help according to Articles 118 and 119.

³² See, Decision of the Supreme Court of Georgia, January 16, 2014, Case №as-189-182-2013.

³³ Article 312 of the Civil Code of Georgia.

³⁴ See, e.g., Zoidze B., *The Law of Things*, Tbilisi 2003, 363; Kochashvili K., *Possession and Ownership – the Fact and the Right under Civil Law*, 2013, 198-203.

It should be noted that, when dealing with the question of determination of the objects of the ownership, Georgian law opted for a different approach from the German law and expanded the concept of property including in it things, as well as intangible property. Thus, according to Georgian legislation, the property includes not only things, but also the property rights³⁵. However, in terms of ownership protection, Article 172 speaks only about things.

It is also noteworthy that the following preconditions have to be met for the non-possessor owner to demand the revindication of a thing from illegal possessor: a) the applicant should be the owner; b) the defendant should be the possessor of the thing; c) the defendant should not have right to possess the thing.³⁶ Thus, the claimer of the demand should be the owner. As for the thing to be returned, the request under Article 172 applies to returning both movable and immovable things. This always covers only certain things, and not other things, which exist in place of the original item. The simultaneous presence of the mentioned three conditions is the basis for the vindication request.

Additionally, Georgian case law regarding the limitation period is also very interesting. Unlike most of the other rights, the property is not compromised due to non-realization of the right and it is not subject to cancelling limitation. However, it should be noted that in reality this kind of vindication rarely reaches the goal. First, because such “delayed awakenings” can only be attributed to the exceptional cases, also, unused for a long period of time, such “lost in time” rights are very difficult to prove, but most of all, because the owner, who uses “the delayed vindication” risks to confront the so-called, “acquisitive prescription“. Indeed, even assuming that the right to property is not lost due to failure, however, in the case of movable property it is purchased by possessing and in the case of immovable property – by the existence of the registry. If all the prerequisites for the acquisitive prescription are met, the possessor, who acquired the thing in such a way, enjoys the advantages. Therefore, former owner’s right to property has hindrances not because of non-realization of the right or the statute of limitation, but because, based on the acquisitive prescription, raises the question of the recognition of property right of the former possessor, who replaced the former owner of the property right. It should also be noted that regarding the question of the acquisition of the property right “in a good faith” and also regarding many other issues, Georgian law and especially Georgian case law will have to find their own solutions.

Translated from the Georgian by Mariam Kobiashvili

³⁵ See, e.g., Zoidze B., *Georgian Law of Things*, Tbilisi, 2003, 26; Kereselidze D., *General Systemic Notions of the Private Law*, Tbilisi, 2009, 186.

³⁶ Compare: The Supreme Court of Georgia, case № 16-774-735-2013, November 11, 2012.

Соотношение виндикации и реституции в гражданском праве Казахстана¹

1. Несколько вводных замечаний

Вначале хотелось бы подчеркнуть одно обстоятельство, которое может свидетельствовать о наметившейся традиции: раз в три года собираться в Грузии, Тбилиси и проводить серьезные научные мероприятия. Предложение – сохранить эту традицию и, по возможности, сделать ее регулярной и, возможно, более интенсивной.

Для этого есть важные предпосылки. Очевиден сравнительно-правовой характер двух прошедших конференций. Причем не совсем обычный формат: *сравнительный аспект преимущественно связан с германской ветвью континентальной правовой системы, вопросам трансформации гражданского права в постсоветских государствах*. По нашему мнению, это безусловная и важная особенность встреч в Тбилиси.

Мои коллеги из Казахстана уже отметили некоторые особенности современного развития гражданского права в Казахстане. В развитие их выступлений дополнительно хотелось бы обозначить некоторые тенденции, имеющие отношения к рассматриваемой теме – трансформации понятия собственности.

В качестве первой можно назвать наметившийся вектор развития правовой системы Казахстана – ориентир на правовые идеи и институты англосаксонского права. Сегодня нельзя сказать со всей точностью, каким он будет и к каким результатам он приведет. Достоверно одно – именно заимствования из английского права провозглашены определенным и довольно своеобразным ориентиром правовой политики нашего государства². Замечу, что многие известные цивилисты Казахстана выступают последовательно против этого³.

¹ Настоящая статья подготовлена на основе выступления автора на совместной конференции Тбилисского Государственного университета им. Иванэ Джавахишвили и Института зарубежного и международного частного права им. Макса Планка, при поддержке Немецкого общества международного сотрудничества (GIZ), на тему «Собственность и правовая стабильность: трансформация понятия собственности», состоявшейся 5-6 ноября 2015 года (Тбилиси, Грузия).

² См., например, ст. 4 Конституционного закона Республики Казахстан от 7 декабря 2015 года № 438-V «О Международном финансовом центре «Астана»». Здесь и далее законодательство Республики Казахстан приводится по ИС Юрист по состоянию на 7 февраля 2016 года.

Эти идеи обсуждались 30 ноября 2015 года на международной научно-практической конференции, посвященной имплементации отдельных положений прецедентного права в национальное законодательство, проведенной Институтом законодательства и министерством юстиции Республики Казахстан. См.: URL: <http://www.iz.adilet.gov.kz/ru/news/v-ministerstve-yusticii-obsuzhdalis-voprosy-implementacii-otdelnyh-polozheniy-precedentnogo-0> (дата обращения: 5 января 2016).

³ См., например, Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана / URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34332948 (дата обращения: 01.02.2016); Карагузов Ф.С. Об «имплементации норм британского права в законодательство Республики Казахстан» / URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33424293 (дата обращения: 01.02.2016); Он же, Записка о возможности существования двух правовых систем в рамках одной юрисдикции (в связи с предполагаемым созданием международного финансового центра в Астане) / URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33607423 (дата обращения:

Далее, представляют интерес внутренние и внешние факторы, которые могут оказать влияние. К внутренним, помимо сказанного выше, следует отнести то, что за довольно короткий период в Казахстане были приняты новые редакции практически всех действующих кодексов (уголовного, уголовно-процессуально, гражданско-процессуального, административных правонарушений, трудового). А недавно принятому Предпринимательскому кодексу аналогов в постсоветском законодательстве стран СНГ просто нет⁴.

Общей чертой всех состоявшихся кодификаций является удивительная быстрота их исполнения. Например, новый Трудовой кодекс⁵ был подготовлен в течение 2-х (!) летних месяцев. Возможно, что этот факт может претендовать на некий сомнительный рекорд.

По существу неизменным остается только Гражданский кодекс (далее – ГК РК). Хотя неизменным его назвать все же нельзя. Редакционные изменения и дополнения вносятся в ГК с пугающей периодичностью. Например, в общую часть кодекса в течение 2015 года были внесены изменения и дополнения десятью (!) законами. Перманентное изменение ГК редко имеет направленность на совершенствование его положений. Чаще изменения в нем обусловлены принятием новых законов.

В качестве еще одного внешнего фактора, который потенциально может оказать влияние на состояние гражданского законодательства Казахстана, является внесение в течение 2012-2015 годов значительных изменений и дополнений в Гражданский кодекс России, а также находящиеся в стадии обсуждения существенные изменения раздела кодекса о праве собственности и других вещных правах (вещное право)⁶.

Таким образом, нельзя исключить возможности «срочного» изменения (новой редакции) ГК РК. При этом наличие политической воли, заявленная ориентация на англосаксонское право, отсутствие серьезного цивилистического представительства во власти, все это может самым печальным образом сказаться на содержании гражданско-правового регулирования в целом, и отношений собственности в частности.

2. О переходном характере действующих положений ГК РК о праве собственности

Нам уже доводилось проводить сопоставление положений гражданских законодательств о собственности Союза ССР и республик, модельного Гражданского кодекса и некоторых кодексов постсоветских государств. Мы отмечали в своих работах случаи преемственности и новелл состоявшихся в 90-х годах прошлого века кодификаций⁷. Для целей настоящей статьи кратко обозначим только некоторые из них.

Прежде всего, это *существующая структура государственной собственности*, в которой, по нашему мнению, реализована концепция разделенной собственности. Как известно, соответствующая модель была разработана и предложена академиком А.В. Венедиктовым. Она показала поразительную живучесть, до сих пор реализована во многих постсоветских государствах. Дихотомия собственнических отношений (*государство – государственное предприятие (на правах хозяйственного ведения или оперативного управления)*) не только сохраняется, но и в определенной степени имеет тенденцию к увеличению. Вопрос о том, почему нельзя обеспечить участие государства в гражданских правоотношениях используя традиционные (обычные) организационно-правовые формы коммерческих и некоммерческих юридических лиц, повисает в воздухе. Почему-то считается, что должна существовать особая правосубъектность (правовой статус) юридических лиц, за которыми стоит государство.

Далее, *вопросы земельной собственности*. Тут можно назвать и оставшуюся после СССР концеп-

01.02.2016). Нам тоже эти идеи не кажутся разумными и обоснованными. Мы предполагаем затронуть соответствующую проблематику в одной из последующих публикаций.

⁴ См.: Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан». Интересен тот факт, что он уже 14 января 2016 года был изменен и дополнен.

⁵ Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года № 414-V.

⁶ Термин «вещное право» [veshchnoe pravo, нем. - Sachenrecht] в английском праве не имеет аналога. Похожее правовое явление рассматривается в качестве собственности, ее разновидностей. Подробнее об этом см.: Суханов Е.А. Сравнительное исследование владения и собственности в английском и в германском праве // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 302-316.

⁷ См., например, Скрябин С.В. Право собственности в проекте изменений ГК РФ: преемственность и новеллы // Журнал «Вестник Пермского университета» (Российская Федерация). 2012. Выпуск 4 (18), С. 110-126.

цию государственной собственности, предположение (презумпция) ее существования на нераспределенные земли, леса, воды, растительный и животный мир. Для нас было всегда удивительным существующее законодательное решение: рыба в реке – государственная, поймал – твоя, упустил – опять государственная. Странно, что мало кто понимает всю абсурдность этой и других подобных ситуаций.

Наконец, это *разрыв между земельным участком и строениями* (зданиями, сооружениями и прочие объекты) на нем расположенными. В гражданском законодательстве Казахстана – это различные объекты, часто с особым правовым режимом. Вследствие этого масса проблем. Приведем только одну: проблемы долевого строительства, которые уже набили оскомину, но так и не имеют сколько-нибудь вразумительного ни законодательного, ни правоприменительного решения.

О более частных вопросах современного понимания права собственности в постсоветских государствах говорить можно много. В контексте же вопроса о соотношении виндикации и реституции, что составляет тему настоящей статьи, можно указать на основной результат сопоставления этих явлений: *Современная конструкция реституции является типичным продуктом советского и постсоветского развития гражданского права в Казахстане, довольно серьезно влияющим и даже препятствующим полноценной защите права собственности, конкурирующим с виндикацией.*

Полагаем, что конкуренция реституции и виндикации, кроме привычного поведения участников гражданских отношений⁸, имеет достаточно простое объяснение. Процедура реституции, включая вопросы признания сделки недействительной, довольно проста. Кроме возможного возмещения убытков, которое наличествует в ситуациях и реституции и виндикации (п. 7 ст. 157, ст. 263 ГК РК соответственно), при реституции не требуется ни доказывания титула, ни установления обстоятельств добросовестности и/или недобросовестности приобретателей, иных условий приобретения вещей (возмездность или безвозмездность). Весь процесс связан с установлением наличия либо отсутствия оснований признания сделок недействительными, указанными в ГК и некоторых законодательных актов. Практически это все. Наличие же общего основания признания сделки недействительной (если ее содержание не соответствует требованиям законодательства – ст. 158 ГК РК), делает потенциально уязвимой любую сделку. Иначе говоря, процедура реституции, связанная с недействительностью сделок, значительно проще, чем виндикация. А, как известно, народ тянется к простоте. В определенной степени конкуренцию реституции могла бы составить т.н. владельческая защита. Но ее в ГК РК нет и включение даже не планируется, в отличие от России⁹. Единственная ст. 240 ГК РК о приобретательной давности, одним из элементов которой является и незаконное владение и его защита, не может заменить собой ни полноценный гражданско-правовой институт владения, ни его защиту.

3. О реституции и других последствиях недействительности сделки. Юридическая природа реституции

Первоначально укажем на некоторые общие положения о последствиях недействительности сделки в ГК РК.

В результате изменений и дополнений¹⁰, редакция п. 3 ст. 157 ГК РК претерпела определенные изменения, которые сблизили ее с последствиями недействительности сделок, предусмотренными п. 2 ст. 167 ГК РФ, п. 2 ст. 166 Модельного Гражданского кодекса для государств – участников СНГ (далее – ГК СНГ).

В настоящее время гражданское законодательство Казахстана содержит две группы последствий недействительности сделки:

- 1) недействительные сделки, не влекущие для ее участников каких-либо негативных последствий.

⁸ О некоторых привычках в праве см.: Скрыбин С.В. Последствия признания сделки недействительной: некоторые вопросы теории и практики применения гражданского законодательства // Журнал «Зангер». № 10. 2013., С. 46-47.

⁹ См. ст.ст. 209-220 Проекта изменений в раздел II ГК РФ / URL: http://www.privlaw.ru/Index.php?section_id=100 (дата обращения 15.02.2011).

¹⁰ См.: Закон Республики Казахстан от 25 марта 2011 года № 421-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства».

К ним относятся случаи т.н. «исцеления» сделок¹¹, а также конвертация одной сделки в другую при признании сделки притворной (п. 2 ст. 160 ГК)¹². Кроме того, суд, признавая сделку недействительной, вправе ограничиться только запретом ее дальнейшего исполнения (п. 9 ст. 157 ГК), не применяя более никаких последствий, связанных с ее недействительностью;

2) специальные последствия недействительности сделок в виде:

- (а) возврата каждой из сторон полученного по сделке (двусторонняя реституция п. 3 ст. 157 ГК РК),
- (б) конфискации полученного по сделке обеими сторонами (недопущение реституции п. 4 ст. 157 ГК РК), или
- (в) конфискации полученного по сделке одной из сторон (односторонняя реституция п. 5 ст. 157 ГК РК).

Специальные последствия недействительности можно именовать «реституционными». При этом случаи конфискации (второе и третье последствия), т.е. взыскание в доход государства, не могут признаваться гражданско-правовыми последствиями *недействительности* сделок¹³.

Одновременно с указанными выше последствиями при недействительности сделок закон допускает возможность предъявления требования о возмещении убытков.

Наконец, ГК РК содержит специальные положения при невозможности возврата полученного по сделке в натуре. Закон говорит о трех ситуациях (1) когда полученное выражается в пользовании имуществом, (2) выполненной работе или (3) предоставленной услуге (п. 3 ст. 157 ГК РК). Выражение «в том числе» указывает на неисчерпывающий перечень подобных возможных ситуаций. Очевидно, что это касается случаев уничтожения, гибели вещи, переданной по сделке, признанной впоследствии недействительной. В этом случае сторона обязана возместить стоимость подлежащего возврату имущества, стоимость пользования имуществом, выполненных работ или оказанных услуг в деньгах. Для Казахстана, как мы уже указывали, данное правило является нововведением. Поэтому при признании недействительными договоров, предметом которых являются выполненные работы, оказанные услуги, либо не сохранившаяся в натуре вещь, суды должны применять компенсационную реституцию, размер которой пропорционален исполненному по сделке (договору). Подобные ситуации следует рассматривать в качестве случаев *объективной невозможности реституции*. При этом требования сторон реституционного отношения являются встречными и однородными и могут быть предъявлены к зачету (ст. 370 ГК), что влечет их прекращение.

Таким образом, изменения и дополнения ст. 157 ГК имеют существенное значение для корректировки существующей судебной практики признания сделок недействительными. Особенно важным представляется *изменение редакции п. 3 ст. 157 ГК РК, что позволяет трансформировать судебную практику, скорректировать ее в сторону учета реальной исполнимости, возможности взыскания полученного по сделке исходя из особенностей предмета договора*.

Однако ответа на вопрос о соотношении реституции и виндикации в ГК РК нет.

4. Общие положения о виндикации в гражданском законодательстве Казахстана

Первоначально выскажем несколько общих суждений о нормативном регулировании виндикации в гражданском законодательстве Казахстана. В целом соответствующие положения примерно аналогичны соответствующим предписаниям ГК СНГ (ст.ст. 302-304) и ГК РФ (ст.ст. 301-303). Поэтому назовем только основные отличительные особенности виндикации в Казахстане.

¹¹ Например, при фактическом исполнении сторонами или одной из сторон сделки, требующей нотариального удостоверения, и при условии, что она по своему содержанию не противоречит законодательству и не нарушает прав третьих лиц (п. 2 ст. 154 ГК). В этом случае суд по заявлению заинтересованной стороны признает сделку действительной и ее последующего нотариального удостоверения не требуется. Возможность исцеления (признания действительными) определенных сделок, совершенных лицом, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), и признанным недееспособным вследствие душевной болезни или слабоумия (п. 12 ст. 159 ГК) и другие.

¹² Подробно об этом см.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. – М.: Статут, 2007., С. 240-250, 301-332.

¹³ Нашу оценку этих последствий см.: Скрябин С. Последствия признания сделки недействительной., С. 51-52.

Таковых три.

Первая особенность вытекает из правила п. 3 ст. 261 ГК РК:

«3. Истребование имущества по основаниям, указанным в пункте 1 настоящей статьи, не допускается, если имущество было продано в порядке, установленном для исполнения судебных решений»¹⁴.

Это правило определенным образом согласуется с положениями ст. 248 ГК РК:

«Если лицо в порядке и на условиях, установленных законодательными актами, приобрело имущество, изъятое у собственника на законных основаниях, это лицо приобретает право собственности на имущество».

По существу перед нами еще один случай ограничения виндикации, который применяется наряду с традиционным (приобретение объекта виндикации возмездно, добросовестно, с выбытием вещи из владения собственника с участием его воли).

Можно привести пример практического применения данного правила: «...во исполнение судебного решения было обращено взыскание на имущество холдинговой компании «Иртыш-Березина»: была арестована и продана с торгов квартира в г. Усть-Каменогорске Орлову, который затем подарил ее Гавриковой. Макрушин в интересах Мартыненко и членов его семьи предъявил иск к управлению юстиции Восточно-Казахстанской области о признании договора купли-продажи квартиры с торгов недействительным и истребовании этой квартиры из чужого незаконного владения, так как квартира являлась собственностью Мартыненко и членов его семьи и никогда холдинговой компании «Иртыш-Березина» не принадлежала. Решением Ульбинского районного суда иск был удовлетворен частично: состоявшиеся торги, на которых была продана квартира, признаны недействительными. В истребовании же квартиры из владения Гавриковой было отказано, поскольку в соответствии со ст. 261 ГК РК не может быть истребовано имущество у добросовестного приобретателя. Ущерб за причинение вреда собственникам (стоимость проданной квартиры – 550000 тенге) взыскан с управления юстиции, так как виновным в причинении вреда был судебный исполнитель, проводивший торги. В данном случае в решении **неправильно обоснована невозможность виндикации** (выделено мною – С.С.). Исходя из требований ч. 1 ст. 261 ГК РК, имущество как раз подлежало истребованию у добросовестного приобретателя, поскольку оно выбыло из владения собственников помимо их воли. Но в соответствии с ч. 3 этой же статьи истребование имущества по основаниям, указанным в ч. 1 настоящей статьи, не допускается, если имущество было продано в порядке, установленном для исполнения судебных решений. Такого обоснования принятого решения суд не привел»¹⁵.

Вторым отличием правового регулирования виндикации в Казахстане будут особые правила для расчетов при возврате вещей из незаконного владения. Согласно п. 1 ст. 263 ГК РК «Добросовестный владелец в свою очередь вправе требовать от собственника возмещения произведенных им необходимых затрат на имущество с того времени, с какого собственнику причитаются доходы от имущества. *Недобросовестный владелец вправе получить такое возмещение полностью или частично лишь в случаях, когда требование владельца признано судом основательным* (выделено мною – С.С.)».

Мы полагаем подобное усмотрение суда неоправданным, а редакцию ч. 3 ст. 303 ГК РФ (ч. 2 ст. 304 ГК СНГ) более справедливой и адекватной. Наш мотив прост: *если незаконный недобросовестный владелец не будет нести подобные затраты, то это может повлечь за собой утрату, порчу, либо гибель истребуемой вещи, что не отвечает прежде всего интересам самого собственника*.

Наконец третья особенность виндикации связана с достаточно широким распространением требований (исков) о *признании лица добросовестным приобретателем*. Подчеркнем, что подобные требования заявлялись в качестве самостоятельных требований к суду. Они могли быть основными или встречными.

Нужно отметить определенные усилия Верховного суда Казахстана по преодолению подобной практики.

¹⁴ Соответствующие положения установлены нормами гл. 8 Закона Республики Казахстан от 2 апреля 2010 года № 261-IV «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей».

¹⁵ Киреева Т.Т. Анализ практики судов Восточно-Казахстанской области по делам о защите права собственности // Гражданское законодательство Республики Казахстан – толкование и комментирование. Выпуск 5. – Алматы: ТОО "Баспа", 1998., С. 41

Например, в «Обобщении практики рассмотрения судами споров о признании сделок недействительными (действительными), об истребовании имущества из чужого незаконного владения»¹⁶ (далее – Обобщение ВС) было отмечено, что «...исковое требование Г. о признании ее добросовестным приобретателем не могло являться отдельным предметом искового требования. По смыслу статьи 261 ГК определение добросовестности приобретателя может иметь место только при наличии тех правоотношений, которые регулируются данной нормой ГК»¹⁷. Ранее примерное аналогичное суждение было высказано относительно т.н. жилищных споров¹⁸.

Теперь несколько слов о проблемных (спорных) положениях существующего механизма виндикации, которые, как мы полагаем, можно преодолеть путем толкования действующих правил ГК РК. Таковых можно назвать три.

1) *правила об объектах виндикации.*

Иначе говоря, вопрос о том, что можно истребовать. Все нормы гл. 15 ГК оперируют термином «имущество».

Формально, следуя правилу п. 2 ст. 115 ГК РК, можно истребовать: **«вещи, деньги, в том числе иностранная валюта, финансовые инструменты, работы, услуги, объективированные результаты интеллектуальной творческой, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и другое имущество»**. Мы полагаем, что объектом виндикации могут быть только вещи. Деньги – только при условии их индивидуализации, ценные бумаги – только документарные (чего практически в Казахстане нет).

2) *правила ст. 240 ГК РК о приобретательной давности и виндикация.*

Действующая редакция ст. 240 ГК РК предоставляет незаконному владельцу две возможности: а) приобрести право собственности при наличии условий, указанных в п. 1 этой статьи и б) защитить свое владение от всех третьих лиц, исключая собственника имущества (п. 2). Если второе требование потенциально не может быть заявлено в отношении собственника, то первое получило довольно широкое распространение (см. выше). Полагаем, что правило п. 1 ст. 240 ГК РК являет собой случай *возражения ответчика в процессе виндикации, которое основывается на возникновении у лица нового права собственности на вещь, приобретаемого им в силу закона.*

3) *виндикационное требование и исковая давность.*

Буквальное толкование положений ст. 187 ГК РК об исковой давности позволяет заключить, что требование о виндикации подчинено правилам об исковой давности. Обоснование простое: *в перечень требований, на которые исковая давность не распространяется, виндикация не входит.*

Однако мы полагаем подобное толкование правильным только формально. Основным аргументом для подобного утверждения будет следующее:

Применение сроков исковой давности к требованиям собственника о виндикации своего имущества существенно ограничивает возможности защиты вещных прав, лишая ее абсолютного характера. Само лишение права на защиту фактически равнозначно прекращению соответствующего права вообще, что является недопустимым. При таком подходе становится неразрешимым вопрос о принадлежности вещи, когда в виндикации собственнику отказано по мотивам пропуска исковой давности (три года), и нет оснований для признания права собственности за добросовестным приобретателем, которому еще предстоит владение вещью (движимой – в течение двух, а недвижимой – в течение четырех лет, согласно измененной редакции п. 1 ст. 240 ГК РК).

Подобное положение, с учетом различий исковой и приобретательной давности, мы считаем

¹⁶ См.: Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. № 4. 2013., С. 64-87.

¹⁷ Обобщение ВС., С. 72.

¹⁸ Об этом см. части 2 и 3 п. 15 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 5 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с защитой права собственности на жилище»:

«Предъявление ответчиком встречных требований о признании его добросовестным приобретателем не требуется, так как разрешение этого вопроса входит в обязанность суда при рассмотрении виндикационных исков (об истребовании имущества из чужого незаконного владения) В иных случаях защиты права собственности и иных вещных прав установление лица добросовестным приобретателем правового значения не имеет».

недопустимым и требующим изменений. Сроки исковой и приобретательной давности имеют различную юридическую природу, вследствие чего их совместное применение к вещно-правовым гражданским отношениям недопустимо. По существу наличие в ГК РК особых (специальных) правил о сроках для права собственности и некоторых иных вещных прав, каковым является срок приобретательной давности, должно исключить применение к отношениям собственности исковой давности. Частично это положение реализовано в новой редакции правила п. 4 ст. 240 ГК РК: «4. Течение срока приобретательной давности начинается с момента завладения вещью»¹⁹. Тем самым законодатель выводит эти отношения из под действия исковой давности, устанавливая особые правила для исчисления приобретательной давности, связанные не с информированностью правообладателя (собственника) о нарушении его права, а действиями незаконного владельца.

Однако указанное изменение правил п. 4 ст. 240 ГК РК не оказало влияния на позицию Верховного суда по этим вопросам²⁰, оно осталось без должного внимания и в некоторых публикациях, изданных после вступления изменений в законную силу²¹.

5. О соотношении реституции и виндикации

Первоначально отметим, что в деятельности казахстанских судов по применению гражданского законодательства сложилась на практике довольно странная традиция: *признание сделки недействительной является наиболее удобным и универсальным средством защиты гражданских прав*²². При этом нельзя не отметить определенных усилий как казахстанской науки, так и практики для ее преодоления.

Между тем, реституция и виндикация как способы защиты гражданских прав, имеют определенные общие черты. Но нас больше интересуют отличия, которые возможно провести как с формальной, так и с содержательной стороны.

Формальное рассмотрение будет достаточно простым.

Реституция как самостоятельный способ защиты в ГК РК не указан. Это доктринальное понятие, которое следует из латинского термина *restituere* (т. е. вновь приводить в порядок, возмещать, восстанавливать)²³. Поводом для его выделения выступают две нормы ГК:

(1) п. 1 ст. 9 ГК, в котором законодатель в качестве самостоятельного способа защиты называет «восстановление положения, существовавшего до нарушения права», и

(2) выражение «при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке», используемое в п. 3 ст. 157 ГК РК. В последнем случае, как уже было указано выше, реституция является одним из возможных последствий недействительности сделок и поэтому может применяться как частный случай применения этого способа защиты гражданских прав. Формальное и буквальное прочтение приведенных положений ГК позволяет говорить о тождестве данных явлений. По нашему мнению, именно это *формальное тождество* способствовало столь активному распространению этого способа защиты в судебной практике.

¹⁹ Предлагаем сравнить с ранее действовавшей редакцией: «4. Течение срока приобретательной давности в отношении имущества, находящегося у лица, из владения которого оно могло быть истребовано в соответствии со статьями 260-263, 265 настоящего Кодекса, начинается не ранее истечения срока исковой давности по соответствующим требованиям».

²⁰ См., например, п. 11 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 20 апреля 2006 года № 3 «О практике рассмотрения судами споров о праве на жилище, оставленное собственником».

²¹ См., например, Секербеков Б. Вопросы права собственности на жилище в судебной практике / Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Выпуск 44. Под редакцией доктора юридических наук К.А. Мамаи, доктора юридических наук А.Г. Диденко. Алматы, 2015. Документ цитируется по ИС Юрист.

²² На эту тенденцию указано и в Обобщении ВС, согласно которому в Казахстане ежегодно наблюдается постоянный рост числа споров указанной категории, рассматриваемых судами. В большинстве случаев данные иски удовлетворяются (Обобщение ВС., С. 65).

²³ См.: Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск.— М.: Юрид. лит., 1989. — 448 с., С. 278. По мнению Д.О. Тузова впервые этот термин для обозначения последствий недействительности сделок был введен в научный оборот Д. М. Генкиным. Подробнее см.: Тузов Д. О. Теория недействительности сделок., С. 418 и сл.

Содержательный подход к определению реституции позволяет иначе определить ее правовую природу. Дело в том, что возврат в первоначальное положение имеет место не только как частный случай, относящийся к одному из возможных последствий недействительности сделок, но и *входит в содержание других способов защиты гражданских прав*: виндикационного и кондикционного исков (ст.ст. 260-263, ст. 953 ГК РК соответственно).

Учитывая тему нашей статьи остановимся только на первом примере.

Для нас очевидна направленность правил ст. 263 ГК РК: *возврат сторон в первоначальное положение*. Это осуществляется посредством особых правил о расчетах, должная реализация которых и приведет к искомому результату.

Изложенное выше позволяет заключить (1) реституция действующему ГК не известна в качестве самостоятельного способа защиты гражданских прав и (2) приведение сторон в первоначальное положение входит в содержание виндикационного способа защиты некоторых субъективных гражданских прав (право собственности и некоторые иные вещные права).

Следует заметить, что высказанная нами точка зрения отнюдь не нова и достаточно широко представлена в цивилистической литературе²⁴.

Изложенное позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, широкое применение недействительности сделок, реституционных последствий признание их недействительными не имеет ни должного нормативного, ни доктринального обоснования. Единственным объяснением этому факту (исключая обычную некомпетентность) может быть только следование устоявшимся традициям (привычкам) в сфере защиты гражданских прав, которые значительно влияют как на гражданский оборот, так и в целом на состояние защищенности гражданских прав.

Во-вторых, возврат сторон в первоначальное положение, как общий способ защиты гражданских прав (п. 1 ст. 9 ГК), является составной частью либо виндикационного, либо кондикционного способов защиты гражданских прав. Алогично этому их и стоит применять: при возврате вещи в натуре – только виндикация, при невозможности возврата вещи, возврата иных имущественных благ и прав, полученных в результате сделок, являющихся недействительными – правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения.

В-третьих, и это особенно важно для целей справедливости, применение виндикации для случаев недействительности сделок позволит *защитить имущественные интересы приобретателей* и, следовательно, *придать устойчивость гражданскому обороту*.

Так, при виндикации добросовестный приобретатель, отвечающий требованиям п. 1 ст. 262 ГК, будет защищен как от виндикации, так и от реституции вещи. Более того, он может заявить встречный иск о признании права собственности на предмет спора. Главным условием удовлетворения данного иска будет *доказанность добросовестности приобретения*. Это т.н. случай ограничения виндикации, известный гражданскому праву еще со времен Древнего Рима.

Далее, виндикация содержит механизм компенсации имущественных потерь (затрат), незаконного владельца (приобретателя), связанного с содержанием и сохранением имущества (ст. 263 ГК РК). Ни о чем подобном в последствиях недействительности сделок речи нет! Частично отсутствие данных правил скрадывает (но не заменяет!) правило п. 7 ст. 157 ГК РК. Однако требование о возмещении убытков, понимаемое в науке гражданского права в качестве общей меры гражданско-правовой ответственности, требует доказанности факта правонарушения, что почти не имеет места ни в виндикации, ни в кондикции. Кроме того, применение виндикации *имеет четкие временные ограничения*, которые *адекватны юридической природе защищаемых ими субъективных гражданских прав*. Для виндикации таким временным сроком будет срок приобретательной давности (ст. 240 ГК)²⁵.

²⁴ См., например: 1) Алимбеков М.Т., Тумабеков Д.А. О некоторых вопросах недействительности сделок, об истребовании имущества из чужого незаконного владения / Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 41. Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Раритет, 2013. – 344 с. С. 38 и сл.; 2) Шрамм Ханс-Йоахим Практические вопросы применения предписаний о сделках // Предмет, метод и система гражданского права: Материалы междунар. науч.-практ. конф., в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвящ. году «Германия в Казахстане 2010», Алматы, 13-14 мая 2010 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, ГЦТ, 2010. С. 550-551; 3) Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве. С. 206; 3) Тузов Д.О. Теория недействительности сделок. С. 405-415, 435.

²⁵ См. Ранее.

Наконец, в-четвертых, возврат полученного по недействительной сделке, до исключения и/или изменения гражданского законодательства в этой сфере, коррекции сложившейся судебной практики, можно проводить *только между сторонами совершенной сделки*. Во всех случаях возврата имущества у третьих лиц правила о реституции не подлежат применению и судам следует руководствоваться правилами ГК о виндикации или неосновательном обогащении.²⁶

6. Выводы и рекомендации

Применение последствий недействительности сделок нуждается в более тщательной проработке как в действующем законодательстве Республики Казахстан, так и в правоприменительной практике судов. Если первое является делом относительно далекой перспективы, то второе может быть реализовано в относительно короткие сроки посредством принятия соответствующего Нормативного постановления Верховного суда.

При применении последствий недействительности сделок судам следует руководствоваться принципами разумности, добросовестности и справедливости, которые указаны в ГК, но не получили развернутого нормативного регулирования. Полагаем это оправданным, поскольку раскрытие подобных дефиниций составляет предмет не законодательства, а науки гражданского права и судебной практики. Именно суд в каждом случае должен соизмерять действия сторон с соответствующими базовыми категориями, наполняя их конкретным смыслом исходя из обстоятельств дела.

Реституция, как самостоятельный способ защиты гражданских прав, может быть применена только при истребовании имущества у сторон, совершивших сделку. В случае, если вещь была передана по другой сделке, то ее возврат (истребование) может быть осуществлен только по правилам о виндикации или кондикции.

Мы полагаем, что эти и иные высказанные предложения позволят наконец преодолеть сложившуюся привычку признания недействительности сделок, как и применение соответствующих последствий. Это в конечном итоге будет способствовать надлежащей защите имущественных интересов приобретателей и придаст необходимую устойчивость гражданскому обороту.

²⁶ Примерно аналогичная позиция была высказана Надзорной судебной коллегией по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан, которая в Обобщении ВС указала, что «в случае избрания истцом в соответствии со статьей 9 ГК способа защиты нарушенного права в виде признания сделки недействительной, судом последствия недействительности сделки применяются в силу закона, независимо от позиции истца, поскольку применение последствий недействительности сделки не обязательно должно заявляться как отдельное исковое требование». И далее: «реституция применяется как последствие лишь к первой сделке при признании ее недействительной, как к сделке, совершенной между собственником и приобретателем имущества. К последующим сделкам (второй, третьей и т.п.) реституция не применима, поскольку эти сделки совершаются между неуправомоченными отчуждателями и новыми приобретателями. В данном случае последствия наступают в виде истребования имущества из чужого незаконного владения (статья 260 ГК), истребования имущества добросовестного приобретателя (при наличии условий, предусмотренных статьей 261 ГК), выселения и т.п.».

Тут требуется только уточнить, о каких именно исковых требованиях и к кому идет речь. Это, по нашему мнению, можно сделать в нормативном постановлении Верховного суда о недействительности сделок.

Correlation of Vindication and Restitution in the Civil Law of Kazakhstan¹

1. Introductory Remarks

Let me start by referring to our already established tradition of gathering in Tbilisi, Georgia for holding serious scientific events, every three years, and by proposing to keep the tradition and make the meetings regular and perhaps even more frequent.

There are important prerequisites for that. The comparative law nature of two last conferences is obvious. Notably, the format is not quite common: *the comparative aspect is majorly related to the German branch of continental law system, and to different issues of civil law transformation in post-Soviet countries.* In our opinion, this is a unique and important feature of the meetings in Tbilisi.

My colleagues from Kazakhstan have already mentioned some specifics of the contemporary development of civil law in Kazakhstan. In elaboration of those, I would additionally identify some trends related to the transformation of the concept of ownership.

The first trend is the vector of development of the law system in Kazakhstan, oriented at concepts and institutions of the Anglo-Saxon law. Today it is difficult to say precisely what kind of development it would be and what the outcome would be. However, some concepts of English law have been already declared as certain and specific guidelines for the law policy in our country² (Republic of Kazakhstan) Notably, many famous civil law scientists in Kazakhstan consistently oppose this approach³

There are also some internal and external factors that may have an influence. In addition to the above, another internal factor is the adoption of new versions of almost all Kazakh codes within a rather short

¹ This article is based on the author's presentation at the conference on "Ownership and Legal Stability: Transformation of Ownership", organized jointly by Ivane Javakishvili Tbilisi State University and Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law with GIZ support on November 5-6 2015, in Tbilisi, Georgia.

² See, for example, Article 4 of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of 7 December 2015 #438-V "On 'Astana' International Financial Center".

Hereinafter references to the Kazakh legislation are given according to the "Yurist" Information System as of 7 Feb 2016.

These ideas were discussed on 30 November 2015 at the International Theoretical and Practical Conference dedicated to the implementation of separate provisions of precedent law in the national legislation, held by the Institute of Law and the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan. See: URL: <http://www.iz.adilet.gov.kz/ru/news/v-ministerstve-yusticii-obsuzhdalis-voprosy-implementacii-otdelnyh-polozheniy-precedentnogo-0> (accessed on 05 January 2016).

³ See, for example, Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана (Suleymenov M. K. English Law and Legal System of Kazakhstan) / URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34332948 (accessed on: 01.02.2016); Карагузов Ф.С. Об «имплементации норм британского права в законодательство Республики Казахстан» (Karaguzov F. S. On Implementation of British Legal Provisions into Legislation of the Republic of Kazakhstan) / URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33424293 (accessed on: 01.02.2016); also Карагузов Ф.С. Записка о возможности существования двух правовых систем в рамках одной юрисдикции (в связи с предполагаемым созданием международного финансового центра в Астане (Karaguzov F. S. Note On Possible Co-Existence of Two Legal System in the Frames of One Jurisdiction (in relation to proposed establishment of an international financial center in Astana)) / URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33607423 (accessed on: 01.02.2016).

I do not find these ideas reasonable or justified either, and would suggest discussing the issue in one of the subsequent publications.

period of time, including the Criminal Code, the Code of Criminal Procedure, the Code of Civil Procedure, the Code of Administrative Offenses, and the Labor Code. The Entrepreneurial Code recently adopted in the country has no analogues in the post-Soviet space or CIS countries⁴.

All the codification efforts have one thing in common; they were drafted surprisingly fast. For example, the new Labor Code⁵ was drafted within two summer months (!), which is actually record-breaking, a dubious record, though. The only code that remains the same is the Civil Code, though it is also edited and amended too often. Editorial amendments to the Civil Code are appearing with fearful periodicity. Thus, in 2015, the general part of the Code was amended by ten (!) new laws. Continuous changes in the Civil Code are rarely intended to improve its provisions but are rather conditioned by the adoption of new laws.

One more external factor that might potentially influence the civil legislation in Kazakhstan is the significant changes and amendments that were made to the Russian Civil Code during 2012-2015 as well as substantial changes to the Chapter related to property rights and other rights on things (*veshchnoe pravo*)⁶ that are currently being discussed.

Thus it is also possible that the Kazakh Civil Code would be amended ‘urgently’ (new edition) would be adopted. The political will, declared orientation towards the Anglo-Saxon law, lack of competent representation of civil jurisprudence in the government may have an adverse impact on the content of the civil legislation in general and ownership relations in particular.

2. On the Transient Nature of Current Provisions of the Kazakh Civil Law On Ownership

Previously, we have already implemented a comparison of civil ownership laws in the Soviet Union and its republics, of the model Civil Code and some codes in post-Soviet states. In our works, we mentioned cases of succession and innovations made during the codification in 1990s⁷. I would identify only some of these for the purposes of this article.

Firstly, this is the existing structure of state ownership, which, in our opinion, reflects the concept of separate property. The model was developed and proposed by the academician A. V. Venediktov. It proved to be very viable and is still present in many post-Soviet countries. The dichotomy of proprietary relations (*between the state and a state-run enterprise (economic management or operational control)*) not only persists but also to a certain extent demonstrates an upward trend. The unanswered question that arises is why participation of the state in civil relationships cannot be ensured by application of traditional (conventional) organizational legal forms of commercial and noncommercial legal entities. For some reason, state-owned legal entities are believed to have a special legal status.

Another issue is land ownership. There is a still remaining ex-Soviet concept of state ownership, and the presumption of state ownership for undistributed lands, forests, water, flora and fauna. It has been always an amusing legislative decision that fish in the river belonged to the state, and became yours once you caught it, and belonged to the state again once you let it go. It is strange that only few realize the absurdity of this and other similar situations.

⁴ See the Entrepreneurial Code of the Republic of Kazakhstan of 29 November 2015, no. 375-V. It is worth mentioning the Code was already amended on 14 January 2016.

⁵ Labor Code of the Republic of Kazakhstan of 23 November 2015 no. 414-V.

⁶ “Right in things” (*veshchnoe pravo*) term has no analogue in English law. Approximately similar legal phenomenon is being considered as ownership and its varieties. For more details, please see Суханов Е.А. Сравнительное исследование владения и собственности в английском и в германском праве // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 302-316 (Sukhanov E.A. Comparative research of possession and ownership in English and German law. Civil Law Reporter. 2012 No. 6. Pages 302-316).

⁷ See, for example, Скрыбин С. В. Право собственности в проекте изменений ГК РФ: преемственность и новеллы (Skryabin S. V. Right of Ownership in Draft Amendments to the RF Civil Code: Succession and Innovations) // Журнал «Вестник Пермского университета» (Российская Федерация). 2012. Issue 4 (18). pp. 110-126.

Finally, there is a **gap in the ownership of land parcels and ownership of buildings, facilities and other objects** that are situated on the land. Under the Kazakh Civil legislation, these are separate objects frequently with specific legal regime, which causes many problems. For instance, there is a sore problem of shared construction projects that has seen no reasonable solution in terms of legislation or enforcement.

A lot can be said about the details of modern understanding of ownership right in post-Soviet countries. In the context of correlation between vindication and restitution, which is the topic of this article, comparison of these concepts suggests the following: *Modern concept of **restitution** is a typical product of the Soviet and post-Soviet development of civil law in Kazakhstan that seriously affects and even prevents adequate protection of ownership right, which competes with **vindication**.*

There is perhaps a simple explanation of the competition between restitution and vindication, in addition to the habitual behavior of parties in civil relationships⁸. The procedure of restitution, including invalidation of transactions, is rather simple. In addition to potential compensation of damages, which exists in both situations of restitution and vindication (Article 157 (7) and Article 263 of the Republic of Kazakhstan (hereafter “RK”) Civil Law, respectively), restitution does not require proof of title, or proof of good or bad faith of the acquirer, or other conditions for property acquisition (with or without compensation). The whole process of restitution requires only the proof of presence or absence of any grounds for invalidation of transactions, as stipulated by the Civil Code and several legislative acts. Thus, availability of general grounds for the invalidation of transactions (in case its content contradicts provisions of law – Article 158 of the RK Civil Code) actually makes any transaction potentially vulnerable. In other words, the procedure of restitution that is related to the invalidation of transactions is much simpler than vindication; and, people like simplicity. To a certain extent, so called possessory protection could compete with restitution, but there is no such concept in the Kazakh Civil Code, and it is not even planned to be included, in contrast to Russia⁹. The only Article 240 in the Civil Code on usucaption (illegal possession and its protection may be an element of usucaption) cannot substitute neither adequate civil law institution of possession in the nor possessory protection.

3. On Restitution and Other Effects of Invalidated Transactions; Legal Nature of Restitution

Let us first discuss some general provisions regulating the consequences of invalidation of transactions in the Civil Code of Kazakhstan.

Article 157 (3) of the Civil Code has been seriously amended¹⁰, and is now closer to provisions on consequences of invalid transactions that are set out in Article 167 (2) of the Code, and also in Article 166 (2) of the Model Civil Code for CIS countries (hereinafter CIS Civil Code).

At present, the civil legislation of Kazakhstan envisages two types of invalid transactions:

1) invalid transactions that do not have any negative consequences for the parties. These include cases of so-called “curing” of transactions¹¹, also conversion of one transaction into another in case the transaction

⁸ See: Скрыбин С.В. Последствия признания сделки недействительной: некоторые вопросы теории и практики применения гражданского законодательства (Skryabin S. V. Consequences of Invalid Transactions: Some Issues of the Theory and Practice of Civil Law) // Журнал «Зангер». № 10. 2013. pp. 46-47.

⁹ See pp. 209-220 of the Draft Amendments to Section II of the RF Civil Code / URL: http://www.Privlaw.ru/index.php?section_id=100 (accessed on 15.02.2011).

¹⁰ See: Law of the Republic of Kazakhstan of 25 March 2011, no. 421-IV “On Amendments and Addenda to Some Legal Acts of the Republic of Kazakhstan on Improvement of the Civil Legislation”.

¹¹ E. g. where a transaction which requires notarization is actually fulfilled by the parties or by one of the parties, and by its contents does not contradict legislation and does not violate the rights of third persons (Article 154(2) of the Civil Code), the court upon the application of the interested party shall have the right to recognize the transaction as valid, and no subsequent notarization shall be required. Curing (recognition as valid) applies to certain transactions made by minors under the age of fourteen and recognized as legally incapable because of a mental illness or dementia (Article 159 (12) of the Civil Code), etc.

is recognized fictitious (Article 160(2) of the Civil Code)¹². The court invalidating a transaction may also restrict itself at the prohibition of further execution of the transaction (Article 157 (9) of the Civil Code), refraining from the application of other consequences related to its invalidation; and

2) invalid transactions that have special consequences in the form of:

(a) redelivery of received under the transaction, to each party (mutual restitution, Article 157 (3) of the Civil Code),

(b) confiscation of received by both parties under the transaction (non-admission of restitution, Article 157 (4) of the Civil Code), or

(c) confiscation of received by one party under the transaction (unilateral restitution, Article 157 (5) of the Civil Code).

Special consequences of invalid transactions may be called “restitution consequences”. At the same time, cases of confiscation (the second and third consequences), i.e., seizure for the benefit of the state, may not be considered as a civil legal consequence of invalid transactions¹³.

Along with the consequences of invalid transactions described above, the law allows for a possibility of claiming compensation of damages.

Finally, the Civil Code of the Republic of Kazakhstan contains special provisions for cases when it is not possible to recover what has been received or due under the transaction. The law stipulates three situations when the received thing is (1) the usage of property; (2) performed work; and (3) provided service (Article 157 (3) of the RK Civil Code). “Including” phrase points out an inexhaustible list of such potential situations. Apparently, this includes cases when the property transferred under the transaction is destroyed or lost prior to the invalidation of the transaction. In this case, the party shall compensate for the cost of the recoverable property, the monetary cost of the property usage, and the performed work or provided services. As indicated previously, this is a new approach for Kazakhstan. Therefore, in case of invalidation of contracts which subject is (are) work performed, services provided, or property no longer existing in kind, courts should apply compensational restitution in the amount proportionate to implemented under the transaction/contract. Such situations should be viewed as cases of *objective impossibility of restitution*. In this case claims of parties in relations of restitution are counter-claims of the same kind and may be presented for offsetting (Article 370 of the Civil Code), which would entail their termination.

Thus, amendments to Article 157 of the Civil Code are very important in terms of adjusting the existing judicial practice of invalidation of transactions. Especially important is the amendment of *para 3, Article 157 that actually allows to transform the judicial practice, adjust to the record of realistic enforcement and the possibility of collection of everything that is due under the transaction depending on its subject*.

Yet the Civil Code does not clarify the correlation between restitution and vindication.

4. General Provisions on Vindication in the Civil Legislation of Kazakhstan

Let us first discuss several general judgement about legal regulation of vindication in the civil legislation of Kazakhstan. In general, provisions in the Kazakh law are closely similar to respective prescriptions of the CIS Civil Code (Articles 302-304) and the RF Civil Code (Articles 301-303). Therefore, the discussion below concerns only three aspects of vindication that are specific for Kazakhstan.

The first specific aspect follows from provision 261 (3) of the Kazakh Civil Code:

"3. Claiming assets on the grounds indicated in paragraph 1 of this Article shall not be allowed, provided the property was sold in accordance with the procedure established for the execution of court decisions."¹⁴

This provision corresponds to Article 248 of the same Code:

"If a person, in accordance

¹² См. ранее.

¹³ See our evaluation of these effects in: Скрыбин С. Последствия признания сделки недействительной (Skryabin S. Consequences of Invalid Transactions), pp. 51-52.

¹⁴ Respective requirements are stipulated by provisions of Chapter 8 of the Law of the Republic of Kazakhstan of 2 April 2010, no. 261-IV “On Executive Procedure and Status of Law Enforcement Officers”.

with the procedure and under the conditions stipulated in legislative acts, acquired property confiscated from the owner on a legitimate basis, the person shall acquire the right to own the property.”

Actually, here we have another case of limitation of vindication that is used together with the traditional limitation (acquisition of the object of vindication for a fee, in good faith, with withdrawal of the property from the possession of the owner under its will).

There is a practical example of how this rule may be applied: “The property of the ‘Irtys-Berezina’ Holding was claimed for the enforcement of a court decision. An apartment in the town of Ust-Kamenogorsk was sold through the tender to Mr. Orlov who presented it to Ms. Gavrikova as a gift. In the interests of Mr. Martynenko and his family members, Mr. Makrushin approached the Department of Justice of the Eastern Kazakhstan region and claimed voidance of the tender sales and withdrawal of the apartment from another’s unlawful possession, as the apartment was owned by Mr. Martynenko and his family members and had never belonged to the ‘Irtys-Berezina’ holding. The Ulbinsky District Court ruled to satisfy the claim partially by voiding the tender in which the apartment had been sold. However, the court refused the withdrawal of the apartment from Ms. Gavrikova’s possession, as under Article 261 of the RK Civil Code the assets of a bona fide acquirer may not be withdrawn. The cost of damage suffered by the owners (the cost of the apartment of 550000 *tenge*) was claimed from the Department of Justice, as the court enforcement officer who held the auction was found guilty of causing the damage. In this case, the court decision incorrectly stated the impossibility of vindication (emphasis added by author). Under Article 261 (1) of the Civil Code, the assets could be claimed from the bona fide buyer if they have been withdrawn from the owner’s possession against the latter’s will. Yet under para 3 of the same Article, ‘claiming assets on the grounds indicated in para 1 of this Article shall not be allowed, provided the assets were sold in accordance with the procedure established for the execution of court decisions’. Yet in this case the court did not mention this as a basis for its ruling.”¹⁵

The second special aspect of regulating vindication in Kazakhstan is special calculation rules for return of assets from illegal possession. According to Article 263 (1) of the Kazakh Civil Code, “A bona fide holder in his turn shall have the right to claim from the owner reimbursement of the necessary costs incurred in relation to the property from the time when income from the property became due to the owner. *A mala fide holder shall have the right to obtain such reimbursement entirely or in part only in the cases in which the claim of the owner is recognized by the court as substantial.*” (Emphasis added by author).

In our opinion, such assumption by court would be unjustified, and wording of Article 303 (3) of the RF Civil Code (part 2, Article 304 of the CIS Civil Code) would be more fair and adequate. The reason is simple: *If the illegal mala fide holder shall not incur such costs, this could entail loss, damage or destruction of the claimed property, which contradicts first of all interests of the owner himself.*

Finally, the third specific aspect of vindication is related to the wide use of claims for *a person’s recognition as a bona fide acquirer*. It should be emphasized that such claims were raised as independent claims to the court. Such claims could be major or cross-motion.

The Supreme Court of Kazakhstan makes certain efforts to counter such practices.

For example, in the “Summary of Judicial Practice of Disputes on Contract Validity/Invalidity, On Claiming Property from Another’s Illegal Possession,”¹⁶ (hereinafter ‘Summary of the Supreme Court’) it was noted that “Mr. G’s initial claim on her recognition as a *bona fide acquirer* could not constitute a separate

¹⁵ See, for example, Article 4 of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of 7 December 2015 #438-V “On ‘Astana’ International Financial Center”.

Hereinafter references to the Kazakh legislation are given according to the “Yurist” Information System as of 7 Feb 2016.

These ideas were discussed on 30 November 2015 at the International Theoretical and Practical Conference dedicated to the implementation of separate provisions of precedent law in the national legislation, held by the Institute of Law and the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan. See: URL:<http://www.iz. Adilet.gov.kz/ru/news/v-ministerstve-yusticii-obsuzhdalis-voprosy-implementacii-otdelnyh-polozheniy-precedentnogo-0> (accessed on 05 January 2016).

¹⁶ See: Bulletin of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan, No. 4. 2013. pp. 64-87.

claim. Under Article 261 of the Civil Code, the acquirer's bona fides may be determined only if there are legal relations in place that are regulated by this provision of the Civil Code."¹⁷ Previously a similar assumption had been made in relation to so-called housing disputes.¹⁸

I would now say a couple of words about the disputable provisions of the existing vindication mechanism that supposedly could be overcome by the interpretation of the following three existing provisions of the RK Civil Code.

1) Provisions on objects of vindication.

In other words, what may be claimed? In all the provisions of Chapter 15 of the Civil Code, the word "property" is used.

Formally, following from para 2, Article 115 of the Code, assets that may be claimed include: "Things, money, including foreign currency, securities, work, services, and the objectified results of creative and intellectual activities, commercial names, trademarks and any other means of individualization of products, property rights and any other property." Supposedly, objects of vindication are primarily things; or money only in case of their individualization, and securities only if documentary (which is not the case in Kazakhstan).

2) Provisions of Article 240 of the RK Civil Code on acquisitive prescription and vindication

The existing wording of Article 240 of the Code offers two possibilities to illegal holders: a) to acquire the right to own the assets provided there are conditions in place that are specified in para. 1 of this article; and b) to protect their ownership against third persons who are not the owners of the property (para. 2). While the latter may not potentially be claimed from the owner, the former requirement is widely used (see above). Supposedly, para 1, Article 240 of the Code is the case of *respondent's rejoinder in the process of vindication*, based on *the new right of ownership for the thing that the person acquires by operation of law*.

3) vindicatory claim and statute of limitation of action

Literal interpretation of provisions set out in Article 187 of the RK Civil Code on the statute of limitations suggests that the vindicatory claim may be subject to the statute of limitation of action, because vindication is not included in the list of claims to which the statute of limitations does not apply.

However, we assume such interpretation correct only formally. The following is a general argument for the corresponding statement:

Application of statutes of limitations to owner's claims on vindication of its property significantly limits chances for defense of the rights *in things*, which denies the absolute character of this defense. Deprivation of the right of defense is actually equal to full termination of the right, which is inadmissible. This makes it impossible to resolve the issue of the thing's belonging, when the owner is denied vindication because of the expired statute of limitations (three years). Yet there are no grounds for recognizing the bona fide acquirer as owner who is still to possess the property (movable – for two years, and immovable – for four years, according to the amended Article 240 (1) of the RK Civil Code).

In view of the differences between the statutes of limitation of action and of acquisitive prescription, such a provision is inadmissible and needs to be changed. The statutes of limitation of action and of acquisitive prescription have different legal nature; hence, they may not be jointly applied to property relations under civil law. In essence, the fact that the Civil Code includes special rules on statute of limitations of ownership and some other rights *in things*, including the acquisitive prescription, should exclude application of the statute of limitations to ownership relations. Partially this is stipulated by the new wording

¹⁷ Summary of the Supreme Court, p. 72.

¹⁸ See also 2) and 3), para. 15 of the Normative Resolution of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan of 16 July 2007, No. 5 "On Some Issues of Resolution of Disputes Related to Protection of Ownership of Accommodation": "Respondent's counter-claim for his recognition as a bona fide acquirer is not required since resolution of this issue is the responsibility of court in consideration of vindication claims (claims for withdrawal of property from another's illegal possession).

In other cases of protection of ownership and other rights *in rem*, recognition of a person as a bona fide acquirer is of no importance".

of Article 240 (4) of the Code: “4. Running of the time period of the acquisitive prescription shall begin from the moment of owning the subject.”¹⁹ Thus, the legislature takes these relations beyond the scope of application of the limitation of action by establishing special rules for calculating the term of acquisitive prescription, which is related not to the awareness of the right holder (owner) about violation of his/her right but to actions of the unlawful possessor.

Yet, the above amendment of provisions of Article 240 (4) of the Civil Code has not influenced the position of the Supreme Court on these issues²⁰, and it was not duly highlighted in some publications made after the law entered into force²¹.

5. On Correlation of Restitution and Vindication

It should be mentioned that Kazakh courts have a quite strange tradition of application of civil law in practice: *invalidation of transactions is the most comfortable and universal method of protecting civil rights*²². However, certain efforts are made by Kazakh academia and practitioners to counter this tradition.

Restitution and vindication as methods of civil rights protection have certain common features, yet more interesting are the differences, both formal and substantive.

Formal consideration would be rather easy.

Restitution as an independent method of protection is not specified in the RK Civil Code. This is a doctrine that comes from Latin *restituere* (meaning to restore, to return, or to retribute²³). There are therefore two provisions of the Civil Code that permit a reference to restitution:

(1) Para 1, Article 9 of the Code that contains reference to “restitution of the situation that existed prior to the violation of the right” as a method of protection; and

(2) The provision which says, “When a transaction is recognized as invalid, each party shall be obliged to return to another party everything that was received in the transaction;” **used in para 3, Article 157** of the RK Civil Code. In this case, as mentioned before, restitution is one of the possible consequences of invalid transactions and thus a particular case of exercising this method of civil rights protection. Formal and literal interpretation of the above provisions of the Code suggests the identity of these two concepts. In our opinion, this *formal identity* precisely led to the wide use of this method of protection in the judicial practice.

Substantive approach of restitution permits different identification of its legal nature. Restitution of the initial situation may exist not only as one of potential consequences of invalid transactions, but *also as part of other methods of civil rights protection*; the vindicatory claim and the unjust enrichment claim (Articles 260-263, Article 953 of the RK Civil Code, respectively).

Taking into consideration the topic of our article, let us consider the first example.

Provisions of Article 263 of the Civil Code apparently envisage *restitution of the initial situation*. This is

¹⁹ Please compare with previous wording: “4. Running of the time period of the acquisitive prescription for property held by a person from whose possession it might be withdrawn under Articles 260-263, 265 of this Code, shall start no earlier than upon expiry of the term for limitation of action for respective claims”.

²⁰ See, for example, para. 11 of the Normative Resolution of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan of 20 April 2006, No. 3 “On the Practice of Judicial Consideration of Disputes over Right to Housing Left by the Owner”.

²¹ See, for example, Секербеков Б. Вопросы права собственности на жилище в судебной практике (Sekerbekov B, ‘Issues of Ownership for Housing in the Judicial Practice’)/ Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Выпуск 44. Под редакцией доктора юридических наук К.А. Мамаи, доктора юридических наук А.Г. Диденко. Алматы, 2015. Документ цитируется по ИС Юрист.

²² The Summary of the Supreme Court also mentions this tendency by noting that Kazakhstan annually sees a growth in the number of such category of claims considered by courts. In most cases, the claims are redressed (Summary of the Supreme Court, p. 65).

²³ See Bartoshek M. Roman Law (Concepts, Terms, Definitions), translated from Czech. M.: Legal Literature., 1989. – 448 с. р. 278 (Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск.— М.: Юрид. лит., 1989. – 448 с. С. 278).

According to D. Tuzov, this term was first used in academic literature as a consequence of invalid transactions by D. M. Genkin. See details in: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок (Tuzov D. O. Theory of Invalidity of Transactions), p. 418 and on.

exercised by means of special calculations that should be properly made to achieve the desired results.

The above suggests the following: (1) the existing Code does not recognize restitution as an independent method of civil rights protection; and (2) restitution of the initial situation of parties is part of the vindicatory method of protecting some subjective civil rights (the right of ownership and some rights *in things*).

This viewpoint is not new and it is widely presented in civil law literature²⁴.

The above permits the following conclusions.

Firstly, wide exercise of invalidation of transactions and the restitutorial consequences of the invalidation have no adequate normative or doctrinal justification. The only potential reason (except for ordinary incompetency) is adherence to already established traditions (habits) in the field of civil rights protection that have a significant influence on civil cases and on how well the civil rights are protected in general.

Secondly, restitution of the initial situation of parties as a general method of civil rights protection (para. 1, Article 9 of the Civil Code) is part of the vindicatory method or unfair enrichment claim method of protecting civil rights. Thus, these methods would be applied accordingly - only vindication should be used for return of a thing in kind, and provisions related to unfair enrichment should be used in case it is impossible to recover assets, other benefits or rights resulting from invalid transactions.

Thirdly, and most importantly for the purpose of justice, application of vindication in cases of invalid transactions would ensure *protection of property interests of acquirers*, hence, *stability of the civil law transactions*.

Thus, in case of vindication, a bona fide acquirer compliant with Article 262 (1) of the Civil Code shall be protected from both vindication as well as from restitution of property. Moreover, he/she may file a counter claim for the recognition of his/her ownership right for the same property. The main precondition for the satisfaction of the counter claim would be *proof of the bona fides of the acquisition*. This is a so-called limitation of vindication known in the civil law since times of ancient Rome.

Furthermore, vindication implies a mechanism for the compensation of property losses (expenses) incurred by the illegal holder (acquirer) in relation to the maintenance and storage of the property (Article 263 of the Civil Code). This is not on the list of consequences of invalid transactions! Partially, lack of such provisions is compensated (but not substituted!) by para 7, Article 157 of the same Code. Yet, damage compensation claims understood in civil law science as a general measure of civil liability, require proof of offense, which almost does not appear either in vindication claims or in unfair enrichment claims. In addition, vindication *has clear time limitations* that are *similar to the legal nature of the subjective civil rights that it protects*. For vindication, this time limitation is the term of acquisitive prescription (Article 240 of the Civil Code)²⁵.

Finally, return of what was gained from an invalid transaction may occur *only between parties in the transaction* before exclusion and/or amendment of the civil law in this field and changes in the existing

²⁴ See for example: 1) Алимбеков М.Т., Тумабеков Д.А. О некоторых вопросах недействительности сделок, об истребовании имущества из чужого незаконного владения (Alimbekov M.T., Tumabekov D.A. On Some Issues of Transaction Invalidity and Withdrawal of Property from Another's Unlawful Possession) / Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 41. Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Раритет, 2013. – 344 с. С. 38 и сл.; 2) Шрамм Ханс-Йоахим Практические вопросы применения предписаний о сделках // Предмет, метод и система гражданского права: Материалы междунар. науч.-практ. конф., в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвящ. году «Германия в Казахстане 2010» (Schramm Hans-Joachim, Practical Issues of Applying Orders on Transactions // Subject, Method and System of Civil Law: Materials of International Theoretical and Practical Conference in the frames of Annual Civil Law Readings dedicated to the Year of “Germany in Kazakhstan 2010”), Алматы, 13-14 мая 2010 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, ГЦТ, 2010. С. 550-551; 3) Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве (Gutnikov O.V. Invalid Transactions in Civil Law), р. 206; 3) Тузов Д.О. Теория недействительности сделок (Tuzov D. O. Theory of Invalidity of Transactions). pp. 405-415, 435.

²⁵ See above.

judiciary practice. In all cases of property return from third parties, rules of restitution should not be applied, and courts should be guided by the provisions of the Civil Code in relation to vindication or unfair enrichment²⁶.

6. Conclusions and Recommendations

Application of effects of invalid transactions should be detailed better in the existing legislation of the Republic of Kazakhstan as well as in the enforcement practice of courts. Whereas amendment of the legislation is rather a far perspective, the enforcement practice may be amended in relatively short time with the adoption of a respective Normative Resolution of the Supreme Court.

When applying effects of invalid transactions, courts should be guided by the principles of reasonableness, good faith and fairness that are reflected in the Civil Code but are not supported by detailed laws. This is actually justified because such definitions should be detailed not by laws but by the field of civil law and by judicial practice. In each case, the court should compare actions of parties to respective basic categories and interpret them specifically following from the circumstances of a case.

Restitution as an independent method of civil rights protection may be applied only when claiming withdrawal of property from parties in the transaction. In case the property was transferred under another transaction, its return (withdrawal) may be exercised only under provisions on vindication or unfair enrichment.

We assume that these or other formulated proposals would help overcome the habit of invalidating transactions as well as the use of respective consequences of invalidation. That would finally contribute to proper protection of property interests of acquirers and would ensure necessary stability of the civil case process.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

²⁶ A similar position was formulated by the Supervisory Judiciary College for Civil and Administrative Cases of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan that indicated in the Summary of the Supreme Court that “in case the claimant chooses invalidation of transaction as a method of protection of the violated right pursuant to Article 9 of the Civil Code, the Court shall apply the consequences of the invalidation by operation of law, regardless of the claimant’s position, because application of consequences of invalid transactions should not necessarily be filed as a separate claim”. Also: “restitution shall be applied as an effect only to the first transaction if invalidated, as a transaction between the property owner and the property acquirer. To subsequent transactions (second, third, etc.) restitution may not be applied because these are transactions between unauthorized alienators and new acquirers. In this case, effects shall be in the form of withdrawal from another’s unlawful possession (Article 260 of the Civil Code), withdrawal of property of a bona fide acquirer (provided there are conditions in place that are envisaged by Article 261 of the Civil Code), eviction, etc.”

It is only necessary to specify the claims and respondents, supposedly, in the Normative Resolution of the Supreme Court “On Invalidity of Transactions”.

Реституция, виндикация, кондикция в современном российском гражданском праве

После принятия ГК РФ в 1994 г. рыночная экономика и усложняющийся гражданский оборот потребовали интенсивного развития предложенных кодексом юридических средств. Среди них заметное место заняли институты реституции, виндикации, кондикции.

Реституция

Если развитие российского гражданского права отличается своеобразием, то истоки этого, в первую очередь, следует искать, как мне кажется, в институте российской реституции. Под этим термином, кстати, не используемым ГК, российские юристы понимают механизм возврата сторонами всего, полученного по недействительной сделке. Возврат исполненного охватывает как вещи и деньги, так и иные формы исполнения – оказание услуг и производство работ. В тех случаях, когда вещи утрачены к моменту реституции, либо исполнение состояло в услугах или работах, возврат исполненного осуществляется путем выплаты денежной компенсации. Своеобразие реституции состоит в том, что возврат исполненного осуществляется независимо от наличия права на имущество, что в первую очередь важно для возврата вещей, переданных по недействительной сделке. Этот факт вытекает из важнейшего свойства реституции, которое состоит в том, что она защищает не права, а интересы.

Другое важнейшее свойство реституции состоит в том, что она не является формой ответственности, даже и в том случае, когда речь идет о признании недействительной сделки, заключенной с нарушением закона (незаконной сделки). Соответственно, для применения реституции не имеет значения вина, а также и добросовестность или недобросовестность сторон (хотя они в ряде случаев имеют значение для признания сделки недействительной).

В известных случаях, впрочем, требование об убытках, указывающее на ответственность, может присоединяться к механизму реституции, например, при применении последствий таких сделок, как заключенных под влиянием угроз, насилия и т.д. Но такие требования об убытках лишь дополняют или модифицируют общее правило реституции.

Этот своеобразный механизм реституции возник в советском гражданском праве во время кодификации 1960-х гг. Тогда же имела авторитет теория, рассматривавшая недействительные сделки как деликт. В ходе кодификации 1990-х гг. этот механизм был развит и детализирован. В практике применения закона он получил весьма широкое распространение. Обычно это объяснялось неупорядоченностью гражданского оборота в переходный к рынку период. В сознании юристов идея о том, что недействительная (и прежде всего – незаконная) сделка – это правонарушение, по-прежнему имела широкое распространение, чем в немалой мере можно объяснить широкую экспансию этого механизма, в том числе – активную роль суда в спорах о недействительности сделок. При этом доктрина в целом скорее не поддерживала эту идею. Действительно, как можно считать частным деликтом действие двух сторон договора, которые посредством общей воли нарушают закон при заключении договора, если деликт – это действие одного лица, нарушающего частное право (а не объективный закон) другого лица?

В то же время широкое распространение практики аннулирования сделок при малейшей возможности, оказывало отрицательное влияние на оборот. Ведь то свойство реституции, которое состоит в том, что она не содержит в себе правил о взыскании убытков и иных правил, позволяющих восстановление в обороте позиций сторон, дающих им возможность продолжить обмен товаров, работ, услуг без потерь, означает, что она попросту отбрасывает стороны сделки в уже пройденный ими ранее цикл обмена. А это, очевидно, вредит обороту в целом.

Понимание этого факта особенно заметно проявилось в практике арбитражных судов, которые должны заботиться о защите оборота. Примерно с середины 2000-х гг. проявилась тенденция ограничения практики аннулирования сделок в судах, прежде всего – арбитражных, появились ограничительные толкования норм о недействительности сделок. Эта тенденция нашла отражение в ходе реформы ГК. Глава 9 ГК РФ, измененная в 2013 г., содержит ряд правил, направленных на ограничение оспаривания сделок и тем самым – ограничение применения реституции. Среди этих правил, прежде всего, нужно отметить ограничение реституции только сторонами сделки.

Виндикация

Иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения¹ (виндикация), традиционное средство как российского, так и европейского права, испытывал в описанный период сильнейшее воздействие описанного выше механизма реституции. Дело в том, что незаконное владение, которое является основанием виндикационной защиты, возникает только из двух гипотез – самоуправного захвата вещи или получения вещи по недействительной сделке. Захват не имеет значения в цивилистической практике, а вот получение вещи по недействительной сделке как способ возникновения незаконного владения чрезвычайно широко распространено.

В то же время недействительная сделка, как об этом говорилось выше, имеет свои собственные последствия – реституцию, то есть возврат всего, исполненного по такой сделке. Если по сделке передавалась вещь, то она должна быть возвращена.

Таким образом, возникает видимость наложения виндикации на реституцию. В обоих случаях в основании иска лежит недействительная сделка, в силу которой ответчик получил владение вещью. И в обоих случаях истец требует эту вещь. Впрочем, в иных отношениях эти иски имеют сильнейшие отличия. Тем не менее, некоторое совпадение оснований создало весьма острую проблему различения реституции и виндикации. Надо полагать, что эта проблема является особенностью российской правоприменительной практики. Ее преодоление являлось одной из ведущих тем российского гражданского права последние 20 лет. В центре внимания первоначально находился вопрос, вправе ли незаконный владелец ссылаться на добросовестность приобретения вещи в рамках иска о реституции. На самом деле добросовестность приобретателя возникает в отношении собственника, а не другой стороны недействительной сделки, иными словами, ее не может быть в споре о реституции. Однако дискуссия сразу приобрела более общий характер.

В 2003 г. проблему рассматривал Конституционный Суд РФ, который пришел к выводу, что добросовестность ответчика должна учитываться судом. Однако разграничением двух исков КС не занимался.

Это разграничение было в конечном счете осуществлено Высшим Арбитражным Судом РФ в 2008-2010 гг. в ряде принятых им документов по обобщению судебной практики. Было установлено, что это – принципиально различные иски, и выбор того или другого зависит не от воли истца, а от сложившейся фактической ситуации.

Можно заметить, что наиболее логичным критерием разграничения реституции и виндикации является способ получения вещи по недействительной сделке во владение ответчика: если вещь получена от истца, то налицо реституция; если не от истца – то виндикация.

С формальной точки зрения истец, конечно, вправе предъявить иск о реституции вместо иска о виндикации, но в этом случае суд откажет ему в удовлетворении иска. Появилось, впрочем, разъяснение, что суд вправе по своей инициативе перевалифицировать требование с реституции на виндикацию, если нет спора о фактических обстоятельствах. Однако это разъяснение не слишком популярно ввиду очевидного конфликта с началом диспозитивности сторон в процессе.

Тем не менее, проблема все же окончательно не исчезла из практики. Отчасти она переместилась в оценку добросовестности приобретателя – ответчика по виндикационному иску.

¹ Незаконное владение – понятие российского права и законодательства. Может квалифицироваться как владение вещью не по воле собственника.

Вообще говоря, роль добросовестности приобретения вещи в рамках виндикации зависит от степени упорядоченности гражданского оборота. Чем более надежен оборот и чем ниже вероятность незаконной сделки, прежде всего – чем ниже вероятность продажи чужой вещи, тем менее востребована тем или иным порядком защита приобретателя посредством возражения о добросовестности приобретения вещи. При достижении определенной степени надежности оборота закон может вообще отказаться от такой защиты, что в первую очередь охватывает оборот недвижимости.

Российский оборот недвижимости, если сравнить его, скажем, с германским, отличается рядом следующих факторов, указывающих на его сравнительно более слабую защиту:

- период регистрации объектов недвижимости насчитывает не века, как в Европе, а чуть более десяти лет и потому сама система данных регистрации не может считаться высоко надежной;

- по российскому праву не только земельные участки, но и строения на них являются объектами недвижимости, что приводит к усложнению объектов учета, множественности собственников на одном участке и изменчивости самих объектов ввиду той динамики, которая присуща существованию строений в отличие от участков;

- надежность публичных агентов оборота, в частности, системы регистрации, недостаточно высока, а ответственность системы за ошибки весьма ограничена.

С учетом этих факторов защита добросовестного приобретателя в российском праве представляется все же необходимой.

Впрочем, на этой почве в 2005 г. в ГК РФ появилось, пожалуй, крайнее решение, в соответствии с которым добросовестный приобретатель недвижимости становится собственником с момента регистрации, если объект не может быть виндцирован. Очевидно, что тем самым по существу введена мгновенная приобретательная давность. Соответственно, существующая с 1994 г. в ГК РФ норма о приобретательной давности, требующая для добросовестного владельца недвижимым имуществом срок владения 15 лет, оказалась фактически вытесненной. Можно считать, что наряду с реституцией, мгновенная приобретательная давность для приобретения недвижимости, является своеобразным российским институтом.

Если мгновенная приобретательная давность указывает на повышенную защиту добросовестного приобретателя, то в то же время имеется тенденция снижения этой защиты путем толкования встречного возражения истца по виндикации, которое закон дает против доброй совести: в силу ст.302 ГК РФ вещь может быть истребована даже от добросовестного приобретателя, если владение вещью было утрачено против воли собственника (законного владельца).

В судебной практике имеется тенденция усматривать утрату владения вещью против воли не только в случаях самоуправного захвата вещи, как это представляется правильным, но и в тех ситуациях, когда владение было передано в силу неосмотрительности собственника, излишнего доверия, слабого контроля (что особенно относится к случаям утраты владения публичным собственником) или даже просто в силу совершения недействительной сделки с вещью. Такая практика чаще характеризует подход к виндикации судов общей юрисдикции, но иногда встречается и в арбитражных судах.

Неосновательное Обогащение (Кондикция)

Хотя нормы о неосновательном обогащении (кондикции, как чаще обозначают этот институт в российской юридической литературе) имелись и в советском праве, при кодификации 1994 г. они были пересмотрены и переосмыслены. Автором главы о кондикции является ведущий российский цивилист А.Л.Маковский, и его взгляды оказали решающее воздействие на понимание кондикции. Это понимание состоит в том, что кондикция не является казуистической, т.е. не исчерпывается известным числом случаев, но применима всегда, когда прямое регулирование не позволяет решить спор. Иными словами, кондикция сформулирована как генеральная кондикция, сфера которой не ограничена заранее известными ситуациями.

Кондикция, как говорит ГК РФ, применяется, когда имущество получено без основания, установленного законом или сделкой, за счет другого лица.

Реституция, возникающая вследствие исполнения недействительной сделки, является весьма сильным, но в то же время и ограниченным средством. Например, реституция не охватывает иму-

щества, полученного в связи с недействительной сделкой, но не от другой стороны. Сюда можно отнести доходы от имущества, полученного по недействительной сделке, в том числе – проценты на полученные деньги. Поэтому такое субсидиарное применение кондикции к расчетам по реституции не вызывало сомнений.

В то же время возникло достаточно распространенное представление, что отсутствие основания, предусмотренного сделкой, обязательно означает, что сделка оказалась недействительной. Если же сделка действительна, то основание всегда есть, и места для кондикции не остается.

Это представление было опровергнуто практикой, которая в конечном счете сформулировала подход, в силу которого имущество, переданное по действительному договору купли-продажи, который был впоследствии расторгнут вследствие неисправности покупателя, истребуется от покупателя по иску о неосновательном обогащении. Важность этого подхода особенно ясна, если учесть, что существует общее правило, в соответствии с которым имущество, переданное во исполнение обязательства, не подлежит возврату.

Таким образом, было подтверждена научная теория, утверждающая, что основание (*causa*) предоставления имущества не совпадает со сделкой, и может существовать или не существовать независимо от действительности сделки.

В практике возник также подход, в соответствии с которым имущество, полученное бенефициаром за счет принципала по банковской гарантии, может в случаях недействительности или прекращения обеспеченного гарантией обязательства рассматриваться в некоторых случаях как неосновательное обогащение бенефициара, несмотря на действительность гарантии. Эта практика пока только начинает обсуждаться доктриной, что само по себе демонстрирует ведущую роль судебной практики в освоении кондикции.

Restitution, Vindication and Unjust Enrichment in the Russian Modern Civil Law

After the adoption of the Civil Code of the Russian Federation in 1991, market economy and complicating civil transactions required intensive development of legal remedies, including restitution, reclamation and unjustified enrichment.

Restitution

Specifics of development of the Russian civil law originate, as I see it, in the restitution mechanism as it is understood in Russia. This term, not used in the Civil Code of the Russian Federation, stands for the mechanism of returning property, money, services and works delivered under a void transaction. If property has been lost by the moment of restitution or if services or works were delivered, monetary compensation shall be paid. It is peculiar to restitution that the delivered property, money, services and works should be returned regardless of the ownership right, which is first of all relevant for returning property delivered under void transaction. This stems from the most important feature of restitution, which consists in protection of interests instead of rights.

Another important feature of restitution is that it is not a type of liability even when it comes to voiding a transaction concluded in violation of law (illegal transaction). Hence, restitution can be applied regardless of guilt and *bona fide* or *mala fide* of the parties (although sometimes they do have significance for voiding transactions).

However, in some cases claim for damages implying a liability may be attached to the restitution mechanism, for example, when applying consequences of transactions concluded under threat, violence, etc.

But such claims for damages only supplement or modify the general rule of restitution.

This peculiar mechanism of restitution emerged in the soviet civil law in 1960s in the process of codification. A concept, treating void transactions as tort was rather popular at that time. In the course of codification in 1990s, that mechanism was developed, worked out in detail and widely used in law administration practice. It was normally explained by irregularity of civil transactions in transition period. The idea that a void (first of all - illegal) transaction is a tort was widely spread among lawyers. This can explain to a great degree the wide expansion of this mechanism, including active role of courts in settling disputes related to void transactions. At the same time, the doctrine did not support the idea on the whole. Indeed, how could one classify as tort actions of two contracting parties, breaking the law together while signing a contract, if tort is an action of one person violating an individual right of another person (and not the law itself)?

At the same time, the widely spread practice of voiding transactions at the first opportunity had a negative impact on civil transactions, because restitution implies no rules on claiming damages or other rules that would allow parties to transaction to redeem their positions in transaction and to proceed with the exchange of goods, works, and services without loss. This means that restitution throws the parties back to the exchange phase they have already passed, harming the transaction in general.

Courts of arbitration, whose responsibility is to protect civil transactions, were the first to realize this fact. From the middle of 2000's, courts, first of all courts of arbitration, started to limit the practice of voiding transactions and restrict norms related to that practice. The tendency was reflected in the Civil Code of the Russian Federation during its amendment. Thus, Chapter 9 of the Civil Code, amended in 2013, contains several provisions that limit challenging of transactions and so limit application of restitution. The provision that deserves special mention is limiting of restitution only to the parties to transaction.

Reclamation

Reclamation of property from another's adverse possession (vindication)¹ - a commonly used remedy in Russian and European law - came under a strong influence of the above described restitution mechanism in the mentioned period. The fact is that adverse possession, giving grounds for reclamation, arises only from two hypotheses – arbitrary seizure of property or acquisition of property under void transaction. Seizure is irrelevant for the civil law practice, while acquisition of property under void transaction is a widely spread cause of adverse possession.

At the same time, as already mentioned, void transaction has its own consequences, specifically restitution, i.e. return of everything, delivered under such transaction, including property.

Thus, it seems like reclamation and restitution overlap. In both cases the cause of action is void transaction under which the defendant acquired the property and in both cases the plaintiff claims for the property. In all other senses the actions differ very much, yet, that similarity has complicated differentiation of restitution and reclamation in the law enforcement practice in Russia. Finding a solution to this problem has been one of the priorities of the Russian civil law over the last 20 years. Initially, the point at issue was whether an adverse possessor had the right to plead *bona fide* acquisition of property within the framework of the restitution claim. As a matter of fact, *bona fide* of the acquirer arises in relation to the owner and not another party to a void transaction, in other words, it cannot be present in a dispute over restitution. However, discussion immediately acquired a more general character.

The Constitutional Court of the Russian Federation considered the issue in 2003. It arrived at the conclusion that courts should take into consideration *bona fide* of the defendant. However, the Constitutional Court did not try to make distinction between the two types of claims.

The distinction was eventually made by the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation in 2008-2010 in a number of documents involving case law analysis. The Supreme Arbitration Court established that those were two essentially different types of claims and that choice of this or that type depended not on the plaintiff's will, but on the actual situation.

It should be noted that the most logical way to distinguish between restitution and reclamation is to analyze how the defendant took possession of property under void transaction: if property was acquired from the plaintiff - we deal with restitution; if it was acquired not from the plaintiff - we deal with reclamation.

Formally, the plaintiff has the right to make a claim for restitution instead of reclamation, but the court will dismiss the claim. An explanation has appeared that the court can reclassify claim from restitution into reclamation at its own discretion, if there is no dispute over actual circumstances. However, this explanation is not very popular in view of its obvious conflict with dispositivity of litigators.

The problem has not disappeared once and for all. It has partially shifted to evaluation of *bona fide* of the acquirer, who is a defendant in a reclamation action.

Actually, the role of *bona fide* in acquisition of a property in the context of reclamation depends on consistency of civil transactions. The more consistent they are, the lower is the probability of illegal transaction. The lower is the probability of selling another's property, the smaller is demand for defending the acquirer by invoking *bona fide* acquisition. Upon achievement of a certain degree of security of civil transactions, the law can abandon such defense, which first of all concerns turnover of immovable property.

Turnover of immovable property in Russia differs from that, say, in Germany, by a number of features pointing at its comparatively low reliability. Namely:

- unlike in Europe, where the practice of registration of real property items counts centuries, in Russia this practice was introduced a little more than a decade ago, so Russian data registration system cannot be considered highly reliable;

- Russian law regards buildings as real property items alongside with land parcels, where the buildings stand. This complicates identification of items subject to registration, leads to multiple ownership of land parcels and instability of real property items due to the dynamics common to buildings unlike land parcels;

¹ Adverse possession is a notion used in the Russian law and legislation, which can be specified as possession of property against the owner's will.

- reliability of public participants of immovable property turnover is not high enough, while their responsibility for possible faults is very limited.

All these factors make it obvious that a *bona fide* acquirer needs protection in the Russian law.

However, in 2005, a new extreme provision was introduced into the Civil Code of the Russian Federation, making a *bona fide* acquirer of immovable property its owner from the moment of registration, if the property was not subject to reclamation. This step in fact introduced immediate acquisitive prescription instead of the 15-year acquisitive prescription that was introduced in the Civil Code in 1994. The immediate acquisitive prescription can be considered a specific Russian institution alongside with restitution.

The immediate acquisitive prescription points at enhanced protection of a *bona fide* acquirer. At the same time, there is a trend towards weakening this protection by giving special interpretation regarding plaintiff's counterclaim for reclamation. Thus, Article 302 of the Civil Code of the Russian Federation states that the owner has the right to reclaim property from *bona fide* acquirer, if the property went out of the legal owner's possession against his/her will.

The case law sometimes treats as loss of property against the owner's will not only arbitrary seizure of property, which would be quite justified, but also other situations, when property passes into another's possession due to owner's negligence, blind confidence, weak control (which first of all concerns public property) or void transaction. Such approach to reclamation is more often applied by regular courts, but sometimes is used by courts of arbitration as well.

Unjust Enrichment (Condictio)

Although the soviet law involved provisions on unjust enrichment (the term *condictio* standing for this notion is more often used in the Russian legal literature), the provisions were revised and reconsidered in the course of codification in 1994. The chapter on unjust enrichment was written by Russian civil lawyer A. L. Makovsky, whose views had a decisive influence on understanding of unjust enrichment as something that is not casuistic, i.e. is not limited to a certain number of cases, but is applicable in all cases when disputes cannot be settled directly. In other words, unjust enrichment is formulated in Russian law as "general *condictio*", which is not limited by a priori known situations.

According to the Civil Code of the Russian Federation, unjust enrichment applies to instances, when property was acquired without grounds, established by the law or a transaction, at the expense of another person.

Restitution arising due to the execution of a void transaction is a rather powerful, but somewhat constrained remedy. For example, restitution does not extend to property, acquired through void transaction, but not from the other party. This notion refers to proceeds from property acquired through void transaction, including interest money. Therefore such subsidiary application of unjust enrichment in settlements providing for restitution caused no doubts.

At the same time, it promoted the idea that in the absence of established grounds a transaction was void, since a valid transaction always had grounds, ruling out unjust enrichment.

The idea was destroyed by practice that eventually showed that property handed over under a contract of purchase that was later cancelled due to the buyer's failure, shall be reclaimed from the buyer on grounds of unjust enrichment. Significance of this approach becomes particularly evident if take into consideration the general rule stating that property handed over in pursuance of an obligation shall not be subject to return.

This fact confirmed a scientific theory, according to which grounds (*causa*) for assignment of property do not coincide with a transaction and may or may not exist regardless of validity of the transaction.

There is also a practical approach implying that acquisition of property by a beneficiary under a bank guarantee at the expense of the principal sometimes may be regarded as unjust enrichment of the beneficiary, if the guaranteed obligation becomes void or cancelled despite validity of the guarantee. This practice is being discussed within the framework of the doctrine, which demonstrates the leading role of case law in applying the concept of unjust enrichment.

Translated from the Russian by Guranda Jachvliani

ქონების სარეგისტრაციო სისტემა საქართველოში

შესავალი

საკუთრების უფლების რეგისტრაციის სისტემა ნებისმიერი ქვეყნის ეკონომიკის ფუნქციონირების საფუძველია. მინის რეგისტრაციის გამართული სისტემის არსებობა ყველა ქვეყნისთვის მინის ადმინისტრირების ეფექტური პოლიტიკის ხელშეწყობისა და მინათმესაკუთრეობასა და ინვესტიციებთან დაკავშირებული კერძო და სახელმწიფო ინტერესების დაცვის უზრუნველყოფის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფაქტორია; მინის ადმინისტრირებისა და მინის სრულყოფილი რეგისტრაციის ეფექტური სისტემები კი საბაზრო ეკონომიკის ნაყოფიერი ფუნქციონირების, სოფლის მეურნეობის სექტორის განვითარებისა და მინის რესურსების მდგრადი და ეფექტური მართვის საფუძველია, რაც ეკონომიკის სტაბილურ ზრდას უწყობს ხელს.

გასული პერიოდის მიმოხილვა

1921-1991 წლებში საქართველო საბჭოთა რესპუბლიკა იყო. შესაბამისად, არ არსებობდა უძრავი ქონების კერძო საკუთრება და მისი მართვის გამოცდილება. ყველა მინა ოფიციალურად ითვლებოდა სახელმწიფოს საკუთრებად. უჩვეულო იყო ისეთი ტერმინები, როგორებიცაა: კერძო საკუთრება, მინის ყიდვა ან გაყიდვა, მინის ფასი, მინის ბაზარი და ა.შ.

სახელმწიფოს არ გააჩნდა სახელმწიფო ქონების რეესტრი, საბჭოთა პერიოდის კადასტრს არ ჰქონდა საჭირო მონაცემები. ფაქტობრივად, შეიძლება ითქვას, რომ პრივატიზაციის რეფორმის დაწყებისას (1990-იანი წლები) სახელმწიფოს არ გააჩნდა სანდო ინფორმაცია თავის მფლობელობაში არსებული უძრავი ქონების შესახებ.

საქართველოში ამ საკითხის მოწესრიგება 1992 წლიდან, სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინის რეფორმით დაიწყო. ამ პერიოდამდე, საბჭოთა მემკვიდრეობის გათვალისწინებით, როგორც უკვე აღინიშნა, მინა მხოლოდ სახელმწიფო საკუთრებაში შეიძლებოდა ყოფილიყო. კანონმა სარგებლობაში არსებული მინის ნაკვეთები, რომლებზეც მოქალაქეების ე.წ. „კერძო სახლები“ იყო განთავსებული, მათ საკუთრებად გამოაცხადა, გაიცა პირველი მიღება-ჩაბარების აქტებიც.

1997 წელს სამოქალაქო კოდექსის ამოქმედებით საქართველოში კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების რეგულირების ახალი ეტაპი დაიწყო. უძრავ ნივთებზე რეგისტრირებული უფლების ნამდვილობის პრეზუმფციის დადგენის მიზნით, კოდექსმა ახალი ინსტიტუტი – საჯარო რეესტრი შემოიღო, რომელსაც იმ დროისათვის მინის მართვის სახელმწიფო დეპარტამენტი აწარმოებდა.

1998 წელს მიღებულ იქნა კანონი „ფიზიკური პირებისა და კერძო სამართლის იურიდიული პირების სარგებლობაში არსებული არასასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინების კერძო საკუთრებად გამოცხადების შესახებ“, რომელმაც მოქალაქეების მართლზომიერ სარგებლობაში არსებული მინები მათ საკუთრებად გამოაცხადა.

1999 წელს მიღებულ იქნა საქართველოს კანონი „მინის რეგისტრაციის შესახებ“, რომელმაც უძრავ ნივთზე უფლებათა რეგისტრაციის პროცედურები და საფასური განსაზღვრა, ამავე აქტით მინის მართვის დეპარტამენტის საქმიანობა მოწესრიგდა.

მინის პრივატიზაციის საწყის ეტაპზე (1992–1998 წწ.) დაშვებული იყო პროცედურული და ხარისხობრივი შეცდომები. 1990-იან წლებში მინის პრივატიზაცია სწრაფად, მაგრამ გარკვეული ხარვეზებით ჩატარდა. მაგალითად, მინის ნაკვეთები განაწილდა სავსებით აზომვითი სამუშაოების

ჩატარების გარეშე, რის გამოც საკუთრების უფლების დამადასტურებელ დოკუმენტებში დაშვებული იყო უამრავი შეცდომა.

გარდა ამისა, წლების განმავლობაში, საქართველოს სახელმწიფო მარეგისტრირებელი ორგანო აგროვებდა ცალკეული მიწის ნაკვეთების საკადასტრო მონაცემებს რეგისტრაციის მომენტში მოქმედი კანონმდებლობის მოთხოვნების შესაბამისად (მაგ., კოორდინატებიანი ან უკოორდინატო აზომვითი ნახაზების საფუძველზე და ადგილზე გადამონმების გარეშე). ამასთან, აზომვითი სამუშაოებისთვის არ იყო დადგენილი საერთო ტექნიკური ნორმა, რის გამოც სხვადასხვა პერიოდში ჩატარებული აზომვების შედეგები მიიღებოდა სხვადასხვა მეთოდოლოგიის გამოყენებით და სხვადასხვა ხარისხის სიზუსტის იყო. აზომვითი სამუშაოების ნორმები განსხვავებული იყო არა მარტო სხვადასხვა პერიოდში, არამედ საქართველოს სხვადასხვა რეგიონშიც.

„უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ ინსტრუქციის დამტკიცების თაობაზე“ იუსტიციის მინისტრის 2006 წლის 13 დეკემბრის №800 ბრძანების საფუძველზე შეიქმნა ელექტრონული საკადასტრო სისტემა და სავალდებულო გახდა საკადასტრო აზომვითი ნახაზების WGS 84 კოორდინატთა სისტემასა და UTM-ის პროექციაში (სახელმწიფო გეოდეზიურ კოორდინატთა სისტემა) მომზადება. გარდა ამისა, სავალდებულო გახდა სახელმწიფო მარეგისტრირებელ ორგანოში საკადასტრო აზომვითი ნახაზების ციფრული და ქალაქის ვერსიების წარდგენა.

მიუხედავად ამისა, საქართველოში დღესდღეობით ჯერ კიდევ არ არსებობს წარმოდგენილი აზომვითი ნახაზების სიზუსტის გადამონმების მექანიზმი. ამის ნაცვლად, აზომვითი ნახაზების სიზუსტეზე პასუხისმგებლობა ეკისრება მესაკუთრეს და კერძო საამზომველო კომპანიას, რაც იმას ნიშნავს, რომ სახელმწიფო მარეგისტრირებელ ორგანოს არ ჰქონდა დაინტერესებული პირების მიერ წარმოდგენილი საკადასტრო აზომვითი ნახაზების სიზუსტის დადგენის შესაძლებლობა და, შესაბამისად, მარეგისტრირებელი ორგანო მთლიანად იყო დამოკიდებული აზომვითი ნახაზების შემსრულებლებისა და დაინტერესებული პირების ობიექტურობასა და პატიოსნებაზე.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, სამართლებრივი თვალსაზრისით, უკვე განხორციელებული რეგისტრაციებიც კი შეიძლება იყოს ხარვეზიანი, რაც ქონებრივი და ადმინისტრაციული დავების საგანი ხდება.

როგორც ზევით იქნა ნახსენები, სხვადასხვა ეტაპზე სხვადასხვა რეფორმა და პროექტი განხორციელდა. 1999 წლიდან 2008 წლამდე, დონორი ორგანიზაციების მხარდაჭერით, განხორციელდა რამდენიმე პროექტი, რომლებიც დაეხმარა მიწის მართვის სახელმწიფო დეპარტამენტს (ხოლო შემდგომში – იუსტიციის სამინისტროს საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოს) მიწის ნაკვეთების რეგისტრაციასა და შესაბამის საკუთრების უფლებებთან დაკავშირებული ინფორმაციის შეგროვებაში.

დონორების მიერ დაფინანსებული მიწის რეგისტრაციის პროექტები, ხშირ შემთხვევაში, არ იყო საკმარისად შეთანხმებული ერთმანეთთან ან სახელმწიფო მარეგისტრირებელ ორგანოსთან. ასევე, განხორციელებული პროგრამები არ შეესაბამებოდა განვითარების ერთიან კონცეფციას, რის გამოც ერთი პროგრამის ფარგლებში მიღებული მონაცემები ეწინააღმდეგებოდა სხვა პროგრამის ფარგლებში მიღებულ მონაცემებს. დონორი პროექტების მხარდაჭერით განხორციელებული საკადასტრო აზომვის კამპანიების შედეგების სისტემური გადამონმება არ ხდებოდა სავალდებულოდ და ეს კამპანიები ხორციელდებოდა სხვადასხვა მეთოდითა და ტექნოლოგიის გამოყენებით, რის გამოც ხდებოდა საკადასტრო საზღვრების გადაფარვები. მიუხედავად იმისა, რომ შეიძლება, ველზე არც არსებობდეს დავა ფაქტობრივ საზღვრებზე, მონაცემთა ბაზაში საკადასტრო საზღვრების უზუსტობა იწვევს პრობლემებს რეგისტრაციის პროცესში და, შესაბამისად, წარმოშობს დავებსაც.

მიუხედავად იმისა, რომ დონორების დახმარებით 1999-2008 წლებში განხორციელებული პროექტების შედეგები სანდო არ არის, ამ პროგრამების დახმარებით ბოლო წლებში მაინც მოხდა მნიშვნელოვანი მონაცემების მოპოვება, რომლებიც გამოყენებულ იქნა საჯარო რეესტრის ქონების რეგისტრაციის არსებული სისტემის გასაუმჯობესებლად. 1-ლ სურათზე გამოსახულ რუკაზე მითითებულია ის არეალები, სადაც დონორების დაფინანსებით განხორციელდა მიწის რეგისტრაციის პროექტები.

სურათი 1. არეალები, სადაც დონორების მხარდაჭერით განხორციელდა მინის კადასტრისა და რეგისტრაციის პროექტები



საქართველოს მასშტაბით სოფლად არსებული მინების რეგისტრაციასთან დაკავშირებული პრობლემა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი გამოწვევაა ეროვნულ დონეზე იმ გაგებით, რომ, როგორც სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების, ისე ურბანული სასოფლო მინების რეგისტრაციის სიხშირე დაბალია, რეგისტრირებულია 50%-ზე ნაკლები მინა მუნიციპალიტეტების მიხედვით.

საქართველოში, მთლიანად, სავარაუდოდ არსებული 4 მილიონი მინის ნაკვეთიდან, დაზუსტებული მონაცემებით, დაახლოებით, 1,2 მლნ (25%) მინის ნაკვეთია რეგისტრირებული. მიმდინარე სტატისტიკური მონაცემებით, ქალაქებში მდებარე არასასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინების რეგისტრაციების ოდენობა მნიშვნელოვნად აჭარბებს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინების რეგისტრაციების რაოდენობას. სასოფლო ტერიტორიებზე არსებული მინის რეგისტრაციის შედარებით დაბალი სიხშირე შეშფოთების საფუძველს იძლევა, რადგან ეს იმაზე მიგვანიშნებს, რომ მინათსარგებლობა, იურიდიული თვალსაზრისით, არ არის საკმარისად უზრუნველყოფილი და რომ სოფლის მეურნეობის განვითარებას ჯერ კიდევ მნიშვნელოვანი დაბრკოლებები უშლის ხელს.

საქართველოში მიმდინარე სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინის რეფორმის პირველი ეტაპის (1992-1999 წწ.) მიწურულს, კერძოდ კი 1998 წლიდან, დაიწყო საკუთრების უფლების დამადასტურებელი მოწმობების გაცემა. გაიცა მინაზე 1 მილიონზე მეტი საკუთრების უფლების დამადასტურებელი მოწმობა, მიუხედავად ამისა, 2000 წლისთვის 1,5 მილიონზე მეტი სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინის ნაკვეთი მაინც დაურეგისტრირებლად იყო დარჩენილი. ზუსტი სტატისტიკური მონაცემების არარსებობის მიუხედავად, ამ ეტაპზე რეგისტრირებული სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინის ნაკვეთების (პირველადი რეგისტრაცია) სავარაუდო ოდენობა, დაახლოებით, 25%-ია. საშუალო გათვლებით, სულ მცირე, 1,2–1,4 მილიონი სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მინის ნაკვეთი არ არის რეგისტრირებული.

ამ მინის ნაკვეთების რეგისტრაციას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ჰქონდა მინის ბაზრისა და კომერციულად ეფექტური სოფლის მეურნეობის განვითარებისთვის. საქართველოს განვითარების სხვადასხვა ეტაპზე განსხვავებული სამართლებრივი ნორმების, მიდგომებისა და მეთოდოლოგიების არსებობის გამო, ცალკეული მინის ნაკვეთების საკადასტრო აზომვითი სამუშაოების დროს დაფიქსირდა დიდი ოდენობით უზუსტობები, რამაც, საბოლოო ჯამში, პრობლემები შექმნა რეგისტრაციის პროცესში. კერძოდ, მინის საკადასტრო აზომვითი სამუშაოები და შემდეგ რეგისტრაცია ტარდებოდა მნიშვნელოვანი ხარვეზებით, სისტემური და ერთგვაროვანი მიდგომისა და მეთოდოლოგიის გამოყენების გარეშე.

აქედან გამომდინარე, პრივატიზაციის პროცესის დასრულების შემდეგ საქართველოს წინაშე ახალი გამოწვევები დადგა. უძრავი ქონების ბაზრის განვითარებამ განაპირობა გამართული ქონების რეგისტრაციის სისტემის აუცილებლობა. ამ მიზნით, ქვეყანაში მნიშვნელოვანი რეფორმა განხორციელდა მინის ადმინისტრირების სფეროში და შეიქმნა მომხმარებელზე ორიენტირებული, გამჭვირვალე, ხელმისაწვდომი, მარტივი რეგისტრაციის სისტემა.

რეფორმის საწყის ეტაპზე მინის მართვისა და ადმინისტრირების ფუნქციები გადანაწილდა სხვადასხვა დარგობრივ სამინისტროსა და მუნიციპალიტეტს შორის.

2004 წელს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემავალი საჯარო სამარ-

თლის იურიდიული პირის – საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს შექმნა საქართველოში ახლებური, წარმატებული სარეგისტრაციო სისტემის ჩამოყალიბების საფუძველი გახდა. უწყების ეფექტური მუშაობა კი სხვადასხვა საერთაშორისო რეიტინგით დასტურდება, თუმცა წარმატებას წინ ხანგრძლივი ევოლუციის პერიოდი უძღოდა.

მიუხედავად იმისა, რომ რეფორმის განსახორციელებლად ნაბიჯი სწორი მიმართულებით გადაიდგა, დაბალი სამართლებრივი კულტურა კვლავაც სირთულეებს ქმნიდა.

არსებული სიტუაციიდან გამომდინარე, საჭირო გახდა მომხმარებელზე ორიენტირებული, გამჭვირვალე, უსაფრთხო და ერთიანი სარეგისტრაციო სისტემის შექმნა. ამ მიზნით უწყებაში ძირეული ცვლილებები დაიგეგმა და რეფორმების გატარება ოთხი ძირითადი – საკანონმდებლო, ინსტიტუციური, ადმინისტრაციული და ტექნოლოგიური – მიმართულებით დაიწყო. მთავარი აქცენტი სარეგისტრაციო პროცედურების გამარტივებასა და თანამედროვე საინფორმაციო ტექნოლოგიების პრაქტიკულ გამოყენებაზე გაკეთდა.

1. საკანონმდებლო რეფორმა

ნებისმიერი ინსტიტუციური რეფორმა საჭიროებს საკანონმდებლო ცვლილებებსა და მხარდაჭერას. საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს წარმატებაც სწორედ ცვლილებებისადმი ლიბერალური საკანონმდებლო რეფორმის მისადაგებით მოხერხდა.

საკანონმდებლო რეფორმის პირველი ეტაპი უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის პროცესის მონესრიგებით დაიწყო. ერთ საკანონმდებლო აქტში მოექცა სარეგისტრაციო წარმოების მარეგულირებელი სამართლებრივი ნორმები. რეფორმის მიზანი იყო პროცესის გამარტივება სარეგისტრაციო ვადების შემცირებისა და მომსახურების ოპტიმალური საფასურის დაწესების გზით.

საკანონმდებლო რეფორმა ფეხდაფეხ მისდევდა და ნორმატიულ საფუძველს უქმნიდა ტექნოლოგიურ პროგრესს, ასევე მოქალაქესა და სააგენტოს შორის ურთიერთობის უშუალოებისა და სიმარტივის პრინციპს.

საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს შექმნასა და ინსტიტუციურ რეფორმასთან ერთად რეგისტრაციის პროცედურის მომწესრიგებელი, უნიფიცირებული საკანონმდებლო აქტი – „უძრავი ნივთების უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი იქნა მიღებული. მან მოაწესრიგა სარეგისტრაციო პროცედურები და გაამარტივა ადმინისტრაციულ ორგანოსა და მოქალაქეებს შორის არსებული ურთიერთობები.

„უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ კანონთან შესაბამისად, სარეგისტრაციო წარმოების პროცესში შემუშავებული პრაქტიკის ნორმატიული რეგლამენტაციისათვის იუსტიციის მინისტრის ბრძანებით, დამტკიცდა „უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ ინსტრუქცია.

საკანონმდებლო რეფორმამ უზრუნველყო საჯარო რეესტრში რეგისტრირებული მონაცემების საჯაროობა და გამჭვირვალობა. შეზღუდვები სხვის საკუთრებაში არსებული ქონების შესახებ ინფორმაციის ხელმისაწვდომობაზე გაუქმდა, საჯარო რეესტრიდან მიღებული ამონაწერი უვადო გახდა, უძრავ ნივთზე საჯარო რეესტრში რეგისტრირებული მონაცემები ერთ ამონაწერში გაერთიანდა. რეგისტრატორის ხელმოწერისა და სააგენტოს ბეჭდის გარეშე გაცემულ ელექტრონულ ამონაწერსა თუ მის ამონაბეჭდს იურიდიული ძალა მიენიჭა. მათი ნამდვილობის გადამოწმება ნებისმიერ ადმინისტრაციულ თუ კერძო უწყებას სააგენტოს ვებგვერდზე შეეძლო.

საკანონმდებლო რეფორმამ ახალი საკადასტრო სტანდარტი დაადგინა. სავალდებულო გახდა მიწის ნაკვეთზე უფლების რეგისტრაციისათვის საკადასტრო აზომვითი ნახაზის წარმოდგენა, რომელიც თანამედროვე კოორდინატთა სისტემაში – WGS 84 კოორდინატთა სისტემასა და UTM პროექციაში უნდა ყოფილიყო შესრულებული. შედეგად შეიქმნა რეგისტრირებული მიწის ნაკვეთების საკადასტრო მონაცემთა ერთიანი ელექტრონული ბაზა.

დაგროვილი გამოცდილების საფუძველზე 2008 წელს „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონი იქნა მიღებული, რომელმაც მკაფიოდ და დეტალურად მოაწესრიგა მარეგისტრირებელი ორგანოს წინაშე მდგარი თანამედროვე გამოწვევები. მოგვიანებით კი, იუსტიციის მინისტრის ბრძანებით, „საჯარო რეესტრის შესახებ ინსტრუქცია“ დამტკიცდა, რომელიც საკანონმდებლო რეფორმის მნიშვნელოვანი ნაბიჯი იყო.

საბოლოოდ, საკანონმდებლო რეფორმამ მოაწესრიგა უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის პროცესი, მოქალაქესა და ადმინისტრაციულ ორგანოს შორის გამარტივებული ურთიერთობის პრინციპი დაამკვიდრა, მომსახურების საფასური მომხმარებელთათვის ხელმისაწვდომი, ხოლო სარეგისტრაციო ვადები ხელსაყრელი გახადა.

განხორციელებული საკანონმდებლო რეფორმის შედეგად მიღწეულ იქნა მიზანი – სააგენტო არის პირველი ადმინისტრაციული ორგანო, რომელმაც საქართველოში ელექტრონული მმართველობის პრინციპები დანერგა. რეგულაციურ ცვლილება იყო ელექტრონულ ამონაწერზე ბეჭდისა და ხელმოწერის გაუქმება, დოკუმენტაციის ასლებისა და სააგენტოს გადანაცვლებების ვებგვერდის მეშვეობით ხელმისაწვდომობა და კანონმდებლობით ამ სიახლის ლეგიტიმაცია.

2. ინსტიტუციური რეფორმა

ინსტიტუციურმა რეფორმებმა ქვეყანაში არსებული ყველა რეესტრი ერთ უწყებაში – საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოში – გააერთიანა. შესაბამისად, ამ რეესტრებიდან ინფორმაციის მიღებაც ცენტრალიზებულად, ერთი მარეგისტრირებელი ორგანოდან გახდა შესაძლებელი.

სააგენტოს მართვის სისტემა ცენტრალიზებული და ადგილობრივი მმართველობის ორგანოებისგან დამოუკიდებელი გახდა; მკვეთრად გაიმიჯნა მინის მართვისა და ადმინისტრირების ფუნქციები; საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო თვითდაფინანსებად ორგანიზაციად იქცა.

სააგენტოს წარმატებულმა მუშაობამ დროთა განმავლობაში მისი ფუნქციების გაზრდა გააპირობა:

2004 წელს სააგენტოს გადმოეცა ტექნიკური ინვენტარიზაციის ბიუროს არქივი;

2004 წელს სააგენტოს დაეკისრა მოძრავ ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეზე უფლებათა რეგისტრაცია;

2004 წელს სააგენტოს დაეკისრა ქონებაზე საგადასახადო გირავნობის/იპოთეკის რეგისტრაციის ფუნქცია;

2005 წელს სააგენტოს ნოტარიუსთა პალატიდან გადმოეცა ქონებაზე საჯაროსამართლებრივი შეზღუდვების რეგისტრაციის ფუნქცია;

2010 წელს სააგენტოს გადმოეცა მენარმეთა და არასამენარმეო (არაკომერციული) იურიდიულ პირთა რეგისტრაციის ფუნქცია;

2011 წელს სააგენტოს დაეკისრა გეოდეზიისა და კარტოგრაფიის ფუნქცია;

2012 წელს სააგენტოს გადმოეცა მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანებების რეგისტრაციის, აგრეთვე უძრავი ქონების ნუმერირების ფუნქციები;

2012 წლიდან სააგენტოს დაეკისრა ქვეყნის მასშტაბით სამისამართო სისტემის წარმოება და ნუმერაციის მინიჭება ქალაქ თბილისის მასშტაბით;

2014 წლიდან მუნიციპალიტეტების რეგისტრაციის ფუნქცია საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოს დაევალა.

ინსტიტუციური რეფორმა რეგიონული გამსხვილებების მიმართულებით გრძელდება. რეფორმა გადანაცვლებების მიღების პროცესისა და შესაბამისი უფლებამოსილი პირების ერთ ადგილას კონცენტრაციას ითვალისწინებს, რაც ყველა ქალაქსა და რაიონში ერთიანი სარეგისტრაციო პრაქტიკის ჩამოყალიბებას, სიახლეთა იმპლემენტაციასა და სისტემის ერთ სტანდარტზე გადასვლას შეუწყობს ხელს.

3. ადმინისტრაციული რეფორმა

მოქალაქეთათვის მაქსიმალურად გამჭვირვალე და კომფორტული სარეგისტრაციო მომსახურების უზრუნველყოფის მიზნით, სარეგისტრაციო სამსახურებმა რეკონსტრუქცია განიცადა: გაიმიჯნა წინა და შიდა ოფისები, როგორც ფიზიკურად ისე ფუნქციურად. სააგენტოს თანამშრომლებს, რომლებიც რეგისტრაციასთან დაკავშირებულ გადანაცვლებებს იღებდნენ, უკვე აღარ ჰქონდათ კონტაქტი მოქალაქეებთან. გაჩნდა შუალედური – ოპერატორების რგოლი, რამაც მანკიერი კომუნიკაციისა და კორუფციის შესაძლებლობა მინიმუმამდე დაიყვანა.

წინა და შიდა ოფისების გამიჯვნამ მოგვიანებით ავტორიზებული მომხმარებლების სერვისის შემოღებაც გახდა შესაძლებელი.

4. ტექნოლოგიური რეფორმა

საჯარო რეესტრის სააგენტოს ჩამოყალიბების ეტაპზე საკანონმდებლო, ინსტიტუციური და ადმინისტრაციული ცვლილებების პარალელურად, ერთი მხრივ, არსებული მომსახურების გაუმჯობესების და, მეორე მხრივ, დამატებითი სერვისების შეთავაზების მიზნით, საჭირო გახდა სააგენტოს საქმიანობაში თანამედროვე საინფორმაციო ტექნოლოგიების დანერგვა. ერთ-ერთი ყველაზე

მნიშვნელოვანი რეფორმა, რომელმაც სარეგისტრაციო სისტემის განვითარებასა და წარმატებაში განსაკუთრებული როლი შეასრულა, სწორედ ტექნოლოგიური რეფორმა იყო.

პარალელურად, თანამედროვე ტექნოლოგიების განვითარებისა და გლობალიზაციის პირობებში, უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული ინფორმაციის ელექტრონულ ვერსიაზე მოთხოვნა იზრდებოდა. სწრაფად ცვალებადმა გარემომ ქონების რეგისტრაციაზე პასუხისმგებელი ორგანოები ახალი გამოწვევების წინაშე დააყენა. საჭირო გახდა მომხმარებელთათვის უძრავი ქონების შესახებ ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის გაზრდა. ამ მიზნით საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოში სხვადასხვა პროგრამული გადაწყვეტილებისა და ელექტრონული მონაცემთა ბაზები შეიქმნა.

2006 წლიდან რეგიონებში ინტენსიურად დაიწყო ელექტრონული პროგრამების ამოქმედება. შედეგად, მოქალაქეებს საშუალება მიეცათ, ქვეყნის მასშტაბით, ქალაქებსა და რაიონებში ჩაუსვლელად, ელექტრონულად მიიღონ საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს ნებისმიერი მომსახურება. მას შემდეგ, რაც ტერიტორიული სარეგისტრაციო სამსახურები მთლიანად გადავიდნენ ელექტრონულ საქმისწარმოებაზე, სარეგისტრაციო პროცედურები მოქალაქეთათვის მნიშვნელოვნად დაჩქარდა და გამარტივდა.

ქონების თანამედროვე ქართული სარეგისტრაციო სისტემა

სააგენტოს ერთიან ცენტრალიზებულ ქსელში ჩართულ ქალაქებსა თუ რაიონებში მდებარე უძრავი ქონების რეგისტრაცია ამ ქალაქის სარეგისტრაციო სამსახურებში ჩაუსვლელადაა შესაძლებელი.

ყველა სარეგისტრაციო განაცხადი შემოდის ელექტრონულად განცხადებებისა და უფლებების რეგისტრაციისთვის პროგრამის საშუალებით. წარდგენილი საბუთები სკანერდება და ერთვის განცხადებას იმავე პროგრამაში საკადასტრო აზომვითი ნახაზის ციფრულ ფორმასთან ერთად (საჭიროების შემთხვევაში).

რეგისტრატორი იღებს წარმოდგენილ და სკანირებულ დოკუმენტაციას ელექტრონულად, სააგენტოს ვებგვერდის მეშვეობით, განიხილავს მასალებს, იღებს გადაწყვეტილებას და ახორციელებს რეგისტრაციას მონაცემთა ბაზის ტექსტურ ნაწილში, აგრეთვე კადასტრის სპეციალისტი დებს გრაფიკულ ინფორმაციას საზღვრების შესახებ ციფრულ საკადასტრო რუკაზე (GIS-ფორმატი). გრაფიკული ინფორმაცია მიბმულია ტექსტურ ინფორმაციაზე. პროცესის სინქრონიზაციამ შესაძლებელი გახადა, უძრავ ქონებასთან (მიწა, შენობა) დაკავშირებული სრული ინფორმაცია ასახულიყო საჯარო რეესტრის ერთიან მონაცემთა ბაზაში. მონაცემთა ბაზაში შენახული ინფორმაცია კი ახლდება რეალურ დროში.

რეგისტრაციის დასრულებისთანავე მომხმარებელი იღებს შეტყობინებას მის მიერ მითითებულ მობილური ტელეფონის ნომერზე. რეგისტრაციასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილება და ამონაწერი გაიცემა ელექტრონული ფორმით. ელექტრონულ დოკუმენტს აქვს უნიკალური შტრიხკოდი, რომელიც გამოიყენება ბეჭდისა და ხელმოწერის ნაცვლად და აქვს იგივე იურიდიული ძალა.

სურათი 2. ქონების რეგისტრაციის პროცედურა

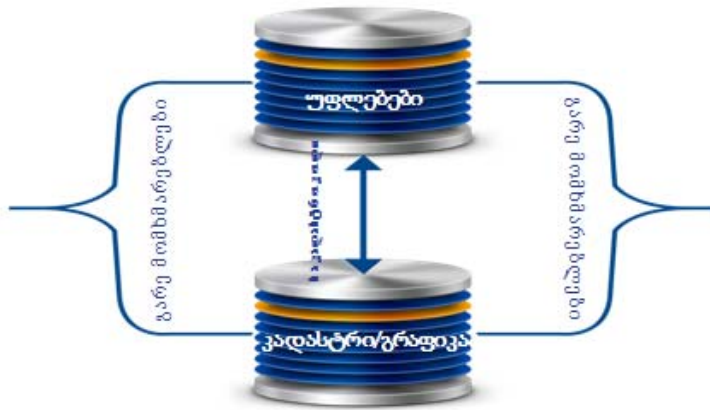


რეგისტრირებული მონაცემები სინქრონიზდება ორ მონაცემთა ბაზაში:

- იურიდიული ინფორმაცია – ტექსტური/რეგისტრაციის მონაცემთა ბაზა;
- სივრცითი ინფორმაცია – რეგისტრირებული ობიექტების/საკადასტრო მონაცემები.

ეს ორი ბაზა დაკავშირებულია საკადასტრო კოდით და მონაცემები სინქრონიზებულია.

სურათი 3. ქონების რეგისტრაციის (NAPR) მონაცემთა ბაზები



თანამედროვე საკადასტრო სისტემა

თანამედროვე გეოინფორმაციული ტექნოლოგიებისა და კომუნიკაციების მიღწევებმა მინის კადასტრი ხარისხობრივად კიდევ უფრო მაღალ საფეხურზე აიყვანა. კადასტრის თანამედროვე მეთოდი დედამიწის ზედაპირზე მდებარე ობიექტების – მიწის ნაკვეთებისა და შენობების აზომვასა და მათი კოორდინატების ელექტრონული მოწყობილობების საშუალებებით დაფიქსირებას ითვალისწინებს. ეს მეთოდი კი ობიექტების მდებარეობისა და ფართობის ციფრული სახით ასახვას უზრუნველყოფს. საჯარო რეესტრმა საკადასტრო სისტემის შექმნის პროცესში სწორედ ამგვარი თანამედროვე მიდგომები გამოიყენა.

2006 წლამდე კადასტრის წარმოებას სისტემური სახე არ ჰქონდა, რამაც იმდროინდელი საკადასტრო მონაცემების შეგროვებისა და თავმოყრის პროცედურები, განსაკუთრებით კი რაიონებში, ფაქტობრივად, სრულად მოშალა.

მისი ერთიან სისტემაში მოქცევა საჯარო რეესტრის ეროვნულმა სააგენტომ 2006 წელს დაიწყო. 2011 წლისთვის უწყებამ კადასტრის წარმოების ცენტრალიზების პროექტი დაასრულა და ქვეყნის ტერიტორიის საკადასტრო მონაცემები ერთიან ელექტრონულ ბაზაში განათავსა.

მიუხედავად იმისა, რომ დღეს ერთიანი საკადასტრო ბაზაა შექმნილი, კვლავაც არსებობს ძველ მონაცემებთან დაკავშირებული პრობლემები, რომელთა აღმოფხვრასა და სრულყოფაზე, დარეგისტრირებული მიწის ნაკვეთების იდენტიფიცირებასა და მათი ელექტრონული მონაცემების შექმნაზე სააგენტო მუდმივად მუშაობს. საკადასტრო მონაცემების ხარისხის გაუმჯობესება, დახვეწა და სრულყოფა ქვეყნის ერთ-ერთი პრიორიტეტი და გამოწვევაა.

სააგენტოს ვებგვერდის მეშვეობით საკადასტრო რუკა ყველა დაინტერესებული პირისთვისაა ხელმისაწვდომი. რუკა ავტომატურ რეჟიმში ახლდება. მისი დახმარებით, ნებისმიერ დაინტერესებულ პირს შეუძლია სასურველი მონაცემის მოძიება: მისთვის საინტერესო არეალის დათვალიერება ან ჩამოტვირთვა, მესაკუთრის შესახებ ინფორმაციის მოძიება და ა.შ.

პარალელურად, მიმდინარეობს ერთიანი საკადასტრო სტანდარტის შექმნაზე მუშაობა, რაც მნიშვნელოვანი ფაქტორია და ის განსაკუთრებულ როლს შეასრულებს კადასტრის ეფექტურად და თანამედროვე მიდგომებით წარმართვის პროცესში. ამ სტანდარტის შექმნის შემდეგ დადგინდება ის ერთიანი რეგულაცია და წესები, რომლებითაც მომავალში კადასტრთან დაკავშირებული სხვადასხვა საქმიანობის წარმართვა მოხდება.

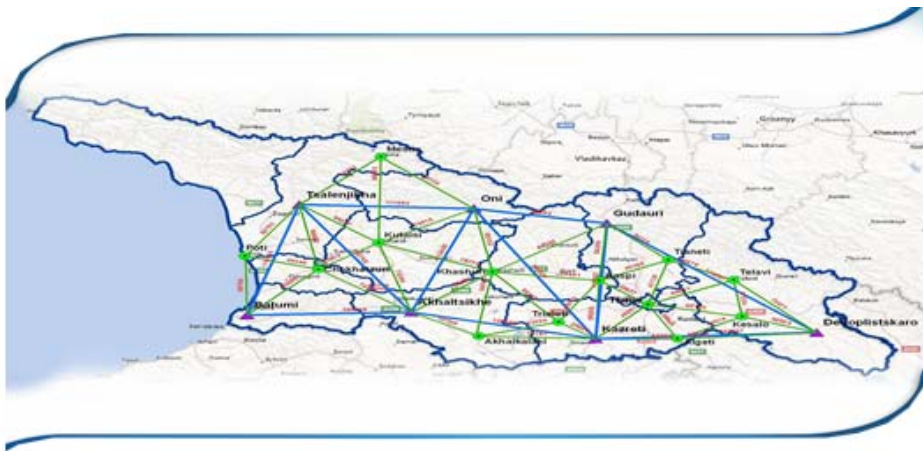
განსაკუთრებით აღსანიშნავია ქვეყანაში ერთიანი გეოდეზიური ქსელის შექმნის პროექტი (GEO CORS), რომელიც 2010 წლიდან წარმატებით ხორციელდება.

CORS-ის სისტემის დახმარებით მიწის აზომვა შესაძლებელი დაჩქარებული მეთოდითა და გაცილებით იაფი აღჭურვილობით ხდება, რაც, თავის მხრივ, ხელს უწყობს უძრავი ქონების ბაზარზე მოქმედი საამზომველო კომპანიების ბიზნესის განვითარებას, ხოლო მოქალაქეებისთვის აუმჯობესებს საჯარო რეესტრში რეგისტრაციისთვის წარსადგენი მიწის ნაკვეთის აზომვითი ნახაზის სიზუსტესა და ხარისხს, რაც საკუთრების უფლების რეგისტრაციისთვის მთავარი მონაცემია.

პროექტი მნიშვნელოვანია ქვეყნის ეკონომიკური განვითარების, სამოქალაქო მშენებლობის, ტოპოგრაფიული სამუშაოების, საკადასტრო გადაღებებისა და ქვეყნის გეოდეზიური შესაძლებლობების მოდერნიზებისათვის, რაც საერთაშორისო გეოდეზიური სტანდარტების საფუძველია.

ქვეყნის მასშტაბით უკვე დამონტაჟებულია 23 სადგური, აქედან 7 ა კლასის სადგური – მთელი საქართველოს ერთიან სივრცობრივ ბადეს ქმნის, ხოლო 16 ბ კლასის სადგური – სრულად, და უფრო მეტი სიზუსტით, ფარავს ქვეყნის ტერიტორიას.

სურათი 4. მუდმივმოქმედი საბაზისო სადგურები საქართველოს მასშტაბით (GEO CORS)



დღეისთვის GEO CORS-ის სისტემაში ჩართულები არიან საქართველოში მოქმედი სახელმწიფო და კერძო კომპანიები, რომლებიც ქსელით 2011 წლიდან უფასოდ სარგებლობენ.

ავტორიზებული მომხმარებლები – ინოვაციური პროექტი

ქვეყანაში უძრავი ქონების ბაზრის განვითარებამ საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს წინაშე ახალი გამოწვევები დააყენა. განხორციელებულმა რეფორმებმა და ელექტრონული სარეგისტრაციო სისტემის დანერგვამ საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოსა და უძრავი ქონების ბაზარზე მოქმედ სუბიექტებს შორის ურთიერთობის ახალი ფორმა წარმოშვა.

2006 წლამდე სააგენტოს მომსახურება მხოლოდ ქალაქის ან რაიონის ერთ წერტილში – ტერიტორიულ სარეგისტრაციო სამსახურში ხორციელდებოდა, რაც მოქალაქეთა რიგებსა და სერვისის გაჭიანურებას იწვევდა.

სარეგისტრაციო სისტემის გამარტივების, მოქალაქეებისთვის ახალი მომსახურების შეთავაზებისა და რიგის პრობლემის მოსაგვარებლად ინოვაციური პროექტი „ავტორიზებული მომხმარებელი“ შემუშავდა. პროექტის თანახმად, სააგენტოს „ფრონტოფისის“ დეცენტრალიზება მოხდა, რამაც მოქალაქეს სასურველი სერვისის სახლთან ან ოფისთან ახლოს, სარეგისტრაციო სამსახურში მისვლის გარეშე მიღების შესაძლებლობა მისცა. დღეს უწყების ფრონტოფისის სრულად დეცენტრალიზებულია, რაც სააგენტოს უძრავი ქონების ბაზრის მზარდი მოთხოვნილებების დაკმაყოფილებაში ეხმარება. მოქალაქეს მომსახურების მიღება, როგორც სააგენტოს 64 ტერიტორიულ სამსახურში, ასევე იუსტიციის სახლებში, ნოტარიუსებსა და სხვა ავტორიზებულ მომხმარებლებთან შეუძლია.

სურათი 5. უძრავი ქონების რეგისტრაციასთან (NAPR) დაკავშირებული მომსახურების მიღების საშუალებები



პროექტმა სარგებელი თანაბრად მოუტანა როგორც მოქალაქეებს, ისე ბიზნესორგანიზაციებს.

ურთიერთთანამშრომლობის მემორანდუმის გაფორმების საფუძველზე კერძო კომპანიები საჯარო რეესტრის სააგენტოს ელექტრონული პროგრამების ავტორიზებული მომხმარებლები ხდებიან. თითოეულ მათგანს უწყების ერთიან მონაცემთა ბაზაში შესვლის ინდივიდუალური ნებართვა ენიჭება. ბაზაში დაცული ინფორმაციის მოძიების გარდა, ავტორიზებულ მომხმარებლებს კლიენტების სახელით სარეგისტრაციოდ საბუთების წარდგენისა და მოთხოვნილი დოკუმენტაციის მარტივად მიღების შესაძლებლობაც აქვთ.

საჯარო რეესტრის სააგენტოს ინიციატივის შედეგად, კერძო კომპანიები პოტენციურ მომხმარებლებს ახალ მომსახურებას სთავაზობენ, რასაც მათთვის დამატებითი შემოსავლები მოაქვს. ამას გარდა, ისინი დაჩქარებული, „ერთი სარკმლის პრინციპზე“ აწყობილი, სერვისებით მომხმარებლებს კიდევ უფრო კომფორტულ გარემოს უქმნიან.

დღეისათვის სააგენტოს ურთიერთთანამშრომლობის მემორანდუმი 350-ამდე ავტორიზებულ მომხმარებელთან აქვს გაფორმებული, რომელთა შორის სახელმწიფო სექტორი, ნოტარიუსები, კომერციული ბანკები, უძრავი ქონების სააგენტოები, მიკროსაფინანსო ორგანიზაციები, ადვოკატები, იურიდიული და საამზომველო ფირმები არიან. ისინი მემორანდუმის საფუძველზე მინიჭებულ უფლებებსა და სერვისებს სისტემატურად იყენებენ და აღნიშნავენ, რომ ეს პროექტი საქმიანობის ეფექტურად წარმართვაში ძალიან ეხმარებათ.

სურათი 6. რეგისტრაცია „ერთი ფანჯრის“ პრინციპით



არაფორმალური დასახლებების ლეგალიზაცია

ბოლო წლებში გატარებულმა რეფორმებმა ქვეყანაში ბიზნესგარემოს გაუმჯობესებისა და ეკონომიკის განვითარების მიზნით მოიცვა ეკონომიკის თითქმის ყველა სფერო, მათ შორის ისეთი მნიშვნელოვანი, როგორც უკანონო/არაფორმალური დასახლებებისა და შენობების ლეგალიზება.

საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ სივრცითი დაგეგმარებისა და მშენებლობის მაკონტროლებელი სათანადო ინსტიტუციური სტრუქტურების არარსებობამ გამოიწვია მასობრივად მიწების უკანონო დაკავება და უკანონო მშენებლობა.

ყველაზე პრობლემური საკითხი ეხებოდა არსებული შენობების უკანონო გაფართოებას, რომელიც დაიწყო 1980-იანი წლების ბოლოს და გაგრძელდა 1990-იანი წლების ბოლომდე. ეს პროცესი უმართავი იყო. მაგალითად, თბილისში მრავალბინიანი სახლების დაახლოებით 70%-ს მიშენება აქვს.

მთელი რიგი საკანონმდებლო აქტებისა იქნა შემუშავებული და მიღებული, რამაც შესაძლებელი გახადა უკანონოდ აშენებული შენობების რეგისტრაცია, გარდა იმ შენობებისა, რომლებიც არ იყო უსაფრთხო ან არღვევდა ქალაქის არქიტექტურას და ექვემდებარებოდა დემონტაჟს:

„კანონი ფიზიკურ და კერძო სამართლის იურიდიულ პირთა მფლობელობაში (სარგებლობაში) არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების აღიარების შესახებ, რომელიც უზრუნველყოფს მსგავსი მიწის საკუთრების უფლების ლეგალიზების ძირითად პრინციპებსა და პირობებს“.

ამ კანონის საფუძველზე მიღებულ იქნა პრეზიდენტის ბრძანებულება, რომელიც უზრუნველყოფს საკუთრების უფლების აღიარების პროცედურებს, ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოს კომისიის მუშაობის წესებს, მის შემადგენლობასა და მისი წევრების სამართლებრივ სტატუსს;

ასევე, პრეზიდენტის მეორე ბრძანებულება, რომელიც ეხება მხოლოდ შენობების და მათი ნაწილების (არა მიწის) ლეგალიზებას და აშენებულია ნებართვის გარეშე ან/და პროექტის დარღვევით 2007 წლამდე.

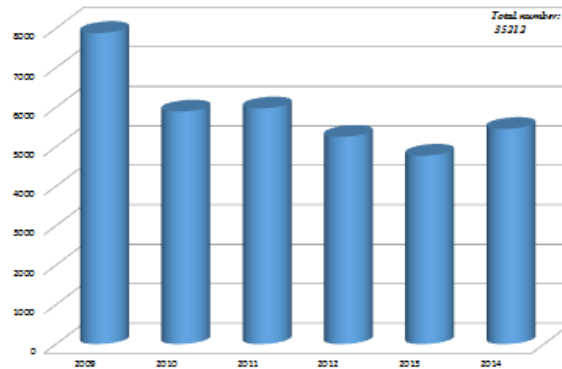
ლეგალიზების შესახებ კანონის შესაბამისად არსებობს მიწის ორი სახეობა: მართლზომიერ მფლობელობაში არსებული და ნებართვის გარეშე დაკავებული.

მართლზომიერ მფლობელობაში (სარგებლობაში) არსებული მიწა – სახელმწიფო საკუთრებაში არსებული არასასოფლოსამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთი მასზე მდებარე შენობა-ნაგებობებით ან მათ გარეშე, რომელზეც მართლზომიერი მფლობელობის უფლება გადაეცა პირს ამ კანონის ამოქმედებამდე; აგრეთვე მიწა, რომელიც უკანონოდ იქნა დაკავებული 1994 წლამდე და დარეგისტრირდა ტექნიკური ინვენტარიზაციის არქივში.

ნებართვის გარეშე დაკავებული მიწა – სახელმწიფო საკუთრებაში არსებული სასოფლო-სამეურნეო ან არასასოფლოსამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთი მასზე განლაგებული შენობა-ნაგებობებით ან მათ გარეშე, რომელიც დაკავებულ იქნა ამ კანონის ამოქმედებამდე ფიზიკური პირის, კერძო სამართლის იურიდიული პირის ან კანონით დადგენილი სხვა ორგანიზაციის მიერ და რომელსაც არ განკარგავს სახელმწიფო საკუთრების უფლების აღიარების მოთხოვნის მომენტისთვის.

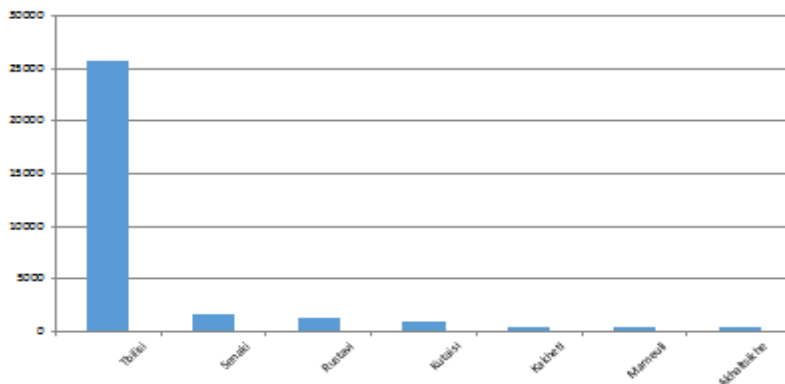
საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო უფლებამოსილია, დააკანონოს მიწის პირველი სახეობა, ხოლო ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოების სპეციალურ კომისიას ენიჭება უფლებამოსილება, განახორციელოს მეორე სახეობის მიწის ლეგალიზება. დადებითი გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში, კომისია გასცემს საკუთრების უფლების მონმობას, რომლის საფუძველზეც მიწის ნაკვეთი რეგისტრირდება საჯარო რეესტრში.

სურათი 7. არაფორმალური დასახლებების/უძრავი ქონების უფლების რეგისტრაციის სტატისტიკა (2009-2014)



ამჟამად საქართველოში დაახლოებით 450 000 იძულებით გადაადგილებული პირია, რომლებიც წლების განმავლობაში ცხოვრობდნენ სხვადასხვა საერთო საცხოვრებელში, მაგ.: სასტუმროებში, სანატორიუმებში. 2009 წელს მიღებულ იქნა პრეზიდენტის განკარგულება, რომელიც ითვალისწინებდა დევნილთა საკუთრებაში მათ მიერ კომპაქტურ დასახლებებში დაკავებული და სახელმწიფოს ან თბილისის მუნიციპალიტეტის საკუთრებაში არსებული საცხოვრებელი ფართის გადაცემას. საპრივატიზაციო თანხა 1 ლარის ოდენობით დევნილთა თითოეულ ოჯახზე გადაიხადა სახელმწიფომ. საჯარო რეესტრმა დაარეგისტრირა დევნილთა საკუთრების უფლებები. ქონების რეგისტრაციის საფასური (50 ლარი) კი სრულად დაიფარა სახელმწიფო ბიუჯეტის მიერ.

სურათი 8. დევნილთა საკუთრების უფლების რეგისტრაციის სტატისტიკა



ცხადია, არაფორმალური შენობების/დასახლებების პრობლემა, რომელიც ასევე აქტუალურია განსაკუთრებით აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნებში, ვერ გადაწყდებოდა ასეთ მოკლე პერიოდში, ვინაიდან იგი მოიცავს სხვადასხვა დონის სამთავრობო და პოლიტიკურ ასპექტებს.

მიუხედავად აღნიშნული წარმატებებისა და ეფექტური სარეგისტრაციო სისტემისა, ერთ-ერთ სუსტ მხარედ ისევ რჩება არასრულყოფილი საინფორმაციო ბაზა და მონაცემთა ხარისხი, განსაკუთრებით, საკადასტრო მონაცემების თვალსაზრისით. შესაბამისად, საქართველოს მთავრობის მთავარი გამოწვევაა, ქვეყანაში დასრულდეს უძრავი ქონების პირველადი რეგისტრაცია, რაც ხელს შეუწყობს საჯარო რეესტრის გეომონაცემთა ბაზის გაუმჯობესებას/სრულყოფას და ქვეყანაში სოფლის მეურნეობისა და ეკონომიკის განვითარებას.

ყველა ქვეყნის მინის ადმინისტრირებისა და მართვის სისტემა განსხვავდება ერთმანეთისაგან და ბევრი რამის სწავლა შეიძლება სხვების გამოცდილებიდან. თუმცა მინის ადმინისტრირება და მართვა ევროპაში, განვითარების ტენდენციები და ძირითადი პრინციპები ერთმნიშვნელოვან პასუხს არ იძლევა კითხვაზე – როგორ განისაზღვროს ცალკეულ შემთხვევაში საუკეთესო. საბოლოოდ, ნებისმიერი კონკრეტული ქვეყნის შიდა საქმეა, გადაწყვიტოს, როგორი სისტემაა მისთვის ყველაზე მეტად შესაფერისი.

Property Registration System in Georgia

Introduction

Ownership registration system is the underlying basis for the functioning of any country's economy. Proper system of land registration is one of the significant factors for every country in terms of promoting effective policy of land administration and ensuring protection of public and private interests related to land ownership and investments. Effective systems of land administration and thorough land registration represent the basis for the productive functioning of the market economy, development of agricultural sector and the sustainable and efficient management of land resources, which, in itself, contributes to the stable economic growth.

Overview of the Last Period

During 1921-91, Georgia was a Soviet republic. Correspondingly, there was no private ownership of real estate and no experience of its administration. All plots of land were officially considered to be owned by the state. Terms like private property, purchase or sale of a land, land value, land market etc., were unusual.

The state had no register of state property and the Soviet period cadaster had no necessary database. In fact, it can be said that at the beginning of the privatization reform (1990s), the State did not possess a reliable information regarding the real estate in its ownership.

In Georgia, regularization of this issue began in 1992, with the agricultural land reform. Prior to this period, as already mentioned, the land could only be owned by the state, considering the Soviet legacy. Plots of land used by natural persons, on which the so-called "private houses" were situated, were declared by the law to be owned by these persons and first acts of delivery and acceptance were issued.

With the entry into force of Civil Code of Georgia In 1997, a new phase of regulating private legal relations had begun. In order to establish the presumption of validity of rights registered to the real estate, the Code introduced a new institution – Public Registry, which, at that time, was maintained by the State Department of Land Administration.

In 1998 a new law was adopted "On Recognition of Property Rights of the Parcels of Land Possessed (used) by Natural Persons and Legal Entities under Private Law", according to which property rights of those persons, who were rightfully using plots of land, were recognized.

In 1999, the law "on Land Registration" was adopted, which determined procedures and fees for the registration of rights to the real estate. The same act regulated the activities of State Department of Land Administration.

At the initial stage of land privatization (1992-1998), several procedural and qualitative mistakes were made. In 1990s, land privatization was carried out quickly, yet with some shortcomings. For instance, plots of land were distributed without conducting field measurements, because of which, lots of mistakes were made in the documents confirming the ownership right.

In addition to this, over the years, the state registration body collected the cadastral data of separate plots of land, according to the requirements of the legislation existing at the time of registration (e.g., based on the measurement plans with or without coordinates, and without on-site verification). Moreover, a common technical standard was not established for the measurement works, because of which, results of the measurements carried out in different time periods were dissimilar, and had different levels of accuracy. Standards of measurement works were dissimilar not only in different time periods, but in different regions of Georgia as well.

On December 13, 2006, the Order №800 of the Minister of Justice of Georgia "On the Instruction on the Registration of Real Estate Title" was passed, based on which, an electronic cadastral system was created

and the preparation of cadastral measurement plans in the WGS 84 coordinate system and UTM projection (the geodetic coordinate system) became mandatory. In addition, it became compulsory to submit digital and paper versions of the cadastral measurement plans to the state registration body.

Nonetheless, there still is no mechanism of verifying the accuracy of the submitted measurement plans in Georgia. Instead, the responsibility for the accuracy of the measurement plans is imposed upon the owner and the private measurement company, which means that the state registration body had no means to determine the accuracy of measurement plans submitted by the interested parties and correspondingly, the foregoing registration body was completely dependent upon the objectivity and honesty of creators of the measurement plan and of interested persons.

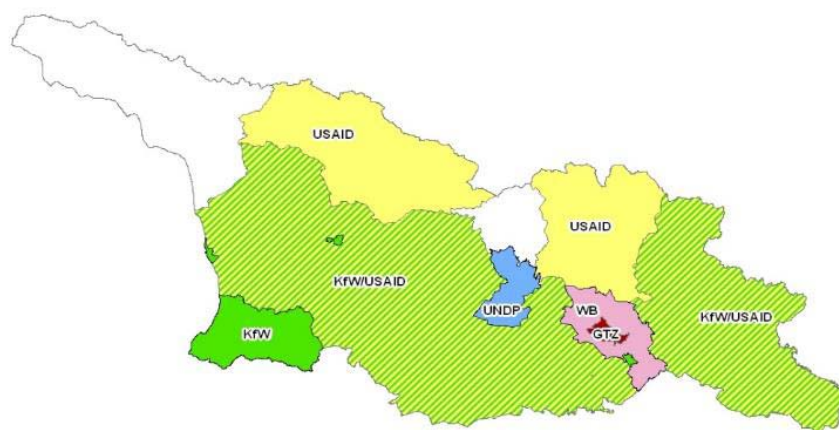
Based on all of the abovementioned, from a legal perspective, even already performed registrations may have flaws, which may become the subject of property and administrative disputes.

As already mentioned above, different reforms and projects were implemented at different stages. From 1999 until 2008, several projects were implemented with the support of donor organizations, which has helped the state Department of Land Administration (hereinafter referred to as – “the National Agency of Public Registry of the Ministry of Justice”) in registering plots of land and collecting information related to the relevant ownership rights.

Donor-funded projects regarding land registration, in most of the cases, were not sufficiently coordinated with each other or with the state registration body. Moreover, implemented programs were not compatible with the unified concept of development, because of which, data received within the frames of one program contradicted the data received within the frames of another program. Results of the donor-supported campaigns on cadastral measurements were not systemically checked by means of on-site verifications and these campaigns were implemented through various methods and technologies, which led to the overlapping between cadastral boundaries. Despite the fact that there may be no dispute over the factual borders in the field, inconsistency of the cadastral boundaries in the database causes problems with the registration process and, therefore, gives rise to disputes.

Even though the results of the donor-supported projects implemented in the years of 1999-2008 is not reliable, significant data was still acquired during recent years with the help of these programs, which have been used to improve the current system of property registration in a public register. The map on the second picture indicates areas, where land registration projects were implemented with the support of donor organizations.

Picture 1. Areas, where donor-supported projects on land registry and cadaster were implemented.



The problem related to the registration of rural land throughout Georgia is one of the major challenges at the national level in the sense that the frequency of both agricultural and urban agricultural land registration is quite low, i.e. less than 50% of land is registered according to municipalities.

In Georgia, probably approximately 1.2 million (25%) plots of land is registered with accurate data in total, out of 4 million existing plots of land. According to the current statistics, the number of registrations of

non-agricultural land, situated in urban areas, significantly exceed the number of agricultural land registrations. Comparatively low frequency of rural land registration raises concerns as it indicates that the rural land, from a legal perspective, is not sufficiently made available for use and the development of agriculture is still hindered by significant obstacles.

At the end of the first phase of the agricultural land reform that was under way in Georgia during 1992 and 1999, and in particular - since 1998, certificates confirming the right of ownership had been issued. More than 1 million certificates of land ownership have been issued, yet, despite of this, by the year of 2000, more than 1.5 million agricultural land still remained unregistered. Despite the lack of accurate statistical data, the estimated amount of registered agricultural land (the primary registration) at present is approximately 25%. According to the average calculation, at least 1.2-1.4 million plots of agricultural land is not registered.

Registration of the foregoing plots of land was of crucial importance for the development of land market and commercially viable agriculture. Because of the dissimilar legal norms, approaches and methodologies existent at different development stages of Georgia, plenty of inaccuracies were discovered while carrying out cadastral measurements of certain plots of land, which, in the end, caused problems in the process of registration. In particular, cadastral measurement works and later the registration were carried out with significant flaws without using systemic and uniform approaches and methodology.

Therefore, after the completion of the privatization process Georgia faced new challenges. Development of the real estate market created the necessity of proper system for property registration. To this end, an important reform was implemented in the country in the field of land administration and customer-oriented, transparent, accessible and simple registration system was created.

At the initial stage of the reform functions of land management and administration were distributed among the various sectoral Ministries and Municipalities.

In 2004, creation of the Legal Entity under Public Law (LEPL) - National Agency of Public Registry of the Ministry of Justice, laid the foundation for the setting up of a new successful registration system in Georgia. Effectiveness of the system is confirmed by various international ratings, however, a long period of evolution had preceded the mentioned success.

Although proper steps were taken in order to carry out the reform, low legal culture was still causing obstructions.

Given the existing situation, it became necessary to set up a customer-focused, transparent, secure and unified registration system. To this end, major changes were planned to be made in the Ministry and began the reforms in four main direction - legislative, institutional, administrative and technological. The main emphasis were made on the simplification of registration procedures and practical usage of modern information technologies.

1. Legal Reform

Every institutional reform is in need of legislative changes and support. Success of the National Agency of Public Registry was achieved as a result of the liberal legal reform towards changes.

The first phase of the legal reform started with the regulation of real estate registration process. Norms regulating registration process were gathered under one legal act. The objective of the reform was to simplify the registration process by means of reducing registration terms and defining optimal service costs.

Legal reform created relevant legal basis for the technological progress, as well as the principle of simplicity and directness of relationships between citizens and the Agency, and followed these two step by step.

Along with the creation of National Agency of Public Registry and the institutional reform, a unified legal act – the Law of Georgia “On the Registration of Real Estate Rights” was adopted, which regulated the registration process. The mentioned legal act improved registration procedures and simplified relationship between the administrative body and the citizens.

For the normative regulation of the established registration practice, an Order of the Minister of Justice “On the Instruction on Registering Real Estate Rights” was issued, which was in conformity with the Law of Georgia “On the Registration of Real Estate Rights”.

Legal reform ensured the disclosure and transparency of the data possessed by the Public Registry. Restrictions on the access to information about other people's property was abolished, extracts from the Public Registry became termless, data registered in the Public Registry on real estate was consolidated in one extract. Electronic or printed extracts issued without registrar's signature and the seal of the Agency, were given a legal effect. Any administrative or private agency could verify the authenticity of the received data via the webpage of the Agency.

Legal reform set a new cadastral standard. It became compulsory to submit a cadastral measurement plan, created in the modern coordinate system WGS 84 and in UTM projection, in order to register the right of land ownership. Then the unified electronic database of the cadastral data of registered plots of land, was created.

On the basis of gained experience, the Law of Georgia "On the Public Registry" was adopted in 2008, which clearly and thoroughly addressed the challenges that the registration body was facing at the time. Later, the Order of the Minister of Justice "On the Instruction on Public Registry" was adopted, which was a significant step of the legal reform.

In the end, legal reform improved the registration process of real estate rights, established a principle of simplified relationship between the administrative body and the citizen, made the service price affordable for customers and the registration terms – favorable.

As a result of the implemented legal reform, the following goal was achieved - the Agency is the first administrative body, which introduced the principle of e-governance in Georgia. Abolishing the signing and sealing rules with regard to the electronic extracts, availability of document copies and Agency's decisions on the webpage of the Agency and legitimization of these novelties by the law, represented a revolutionary change.

2 Institutional Reform

The institutional reform united all registries in the country under one institution - National Agency of Public Registry. Accordingly, it became available to receive the information from all these registries in a centralized manner, from one registration body.

The management system of the Agency became centralized and independent from the local government bodies; Land administration and management functions were sharply dissociated; National Agency of Public Registry become self-financing organization.

Over the years, successful work of the Agency led to the increase of its functions:

In 2004, the archive of the Bureau of Technical Inventory was handed over to the Agency;

In 2004, the Agency was given the function to register movable and intangible property rights;

In 2004, the Agency was given the function to register tax liens/mortgages on property...

In 2005, the function of the Notary Chamber of Georgia, to register public-law restrictions on property, was conferred on the Agency...

In 2010, the Agency was handed over the function to maintain the registry of non-entrepreneurial (non-commercial) legal persons...

In 2011, functions of Geodesy and Cartography were conferred upon the Agency...

In 2012, the function to register political unions of citizens, as well as numbering of real estate, was conferred upon the Agency...

In 2012, the Agency was given the function to maintain the address registry nationwide and assign numbers across the city.

In 2014, the Agency was entrusted with the function to register municipalities.

Institutional reform is still carried out in the direction of regional enlargements. The reform concerns the concentration of the decision-making process and the relevant authorities in one place, which will contribute to the establishment of uniform registration practice in all cities and districts, implementation of innovations and introduction of a unified standard for the system.

3 Administrative Reform

In order to ensure the most comfortable and transparent registration services for the citizens, registration bodies underwent reconstructions: front and internal offices were separated from one another both physically and functionally. Employees of the Agency, who were making registration-related decisions, no longer had contact with citizens. Intermediate operating link was created, which minimized the possibility of vicious communication and corruption.

Separation of front and internal offices later made it possible to introduce authorized customer service.

4 Technological Reform

In the process of developing the National Agency of Public Registry, along with the legislative, administrative and institutional changes, introduction of modern information technologies became essential, in order to improve the existing services, on the one hand, and to introduce additional services on the other. One of the most important reforms, which has played a special role in the development and success of the registration system, was the technological reform.

At the same time, under the conditions of development and globalization of modern technologies, there was a growing demand upon the electronic version of real estate-related information. Because of the rapidly changing environment, property registration bodies faced new challenges. It became necessary to increase customers' access to the information regarding real estate. To this end, various software solutions and electronic databases were created in the National Agency of Public Registry.

From 2006, commencement of electronic programs began intensively in different regions of Georgia. As a result, citizens across the country were given the opportunity to receive any service of the National Agency of Public Registry electronically without having to go to the nearby cities or other urban areas. As the territorial registration agencies switched to electronic proceeding, registration procedures for citizens were significantly accelerated and simplified.

Modern Property Registration System in Georgia

Registration of real estate situated in those cities and regions that are included in the unified and centralized network of the Agency, is possible without going to the registration offices located in these areas.

All registration-related applications are received electronically via the specific program dedicated to the registration of rights and applications. Submitted documents are scanned and attached to the application in the same program along with the digital cadastral measurement plan (if necessary).

The registrar receives all the submitted and scanned documents electronically through the website of the Agency, reviews the materials, makes a decision and carries out the registration in the text area of the database; cadastral specialist, on the other hand, places graphical information regarding the boundaries on the digital cadastral map (GIS format). Graphic information is linked to the textual information. Synchronization of the process made it possible to collect the whole information related to real estate (land, buildings) in a single database of the Public Registry. Information stored in the database is updated constantly.

Immediately after the registration, the customer receives the SMS notification on the phone number indicated by him/her. Decision, made in relation to the registration and the extract is issued electronically. An electronic document has a unique bar code, which is used instead of the seal and signature, and has the same legal force.

Picture 2. Property Registration Procedure



Registered data is synchronized in two databases:

- Legal information - textual/registration database;
- Geographic information – cadastral data of registered objects;

These two databases are linked with cadastral code and the information is synchronized.

Picture 3. Property Registration Databases



Contemporary Cadastral System

Achievements of the contemporary geographic information (GIS) technologies and communications, substantially upgraded the land cadaster. Modern cadaster provides for the measurement of objects situated on the surface of land - buildings and plots of land, and recording of their coordinates via electronic devices. The foregoing method provides for the digital recording of the location and size of an object. Public Registry used the abovementioned contemporary methods while creating the cadastral system.

Until 2006, cadaster was not maintained in a systemic manner, which almost completely dismantled the cadastral data collection and aggregation procedures of that time.

National Agency of Public Registry started to unify the cadastral system in 2006. By 2011, the Agency finalized the project on the maintenance of centralized cadaster and gathered the nationwide cadastral data in a single electronic database.

Despite the fact that nowadays the unified cadastral database is created, problems related to the old data still exist, and the Agency is constantly working to eradicate and improve these shortcomings, identify registered plots of land and create their electronic data. Improvement, refinement and betterment of the quality of cadastral data represents one of the priorities, as well as challenges of the country.

Cadastral map is available for every interested party at the website of the Agency. The map is updated automatically. With the help of the mentioned map, any interested person is able to search for the desired data: he/she may view or download data of any interesting area, find information about the owner, etc.

At the same time, elaboration of the unified cadastral standard is underway, which is an important factor and will play a special role in the maintenance of cadaster in an effective and contemporary manner. After the creation of this standard, unified regulations and rules will be determined, which will become the basis for every future activity related to the maintenance of cadaster.

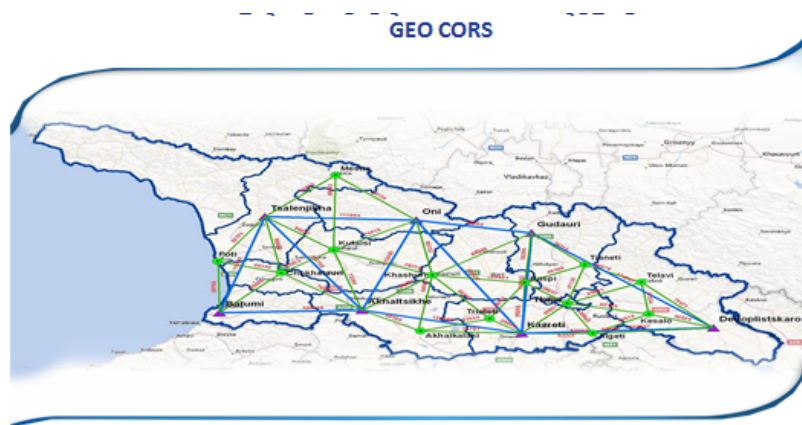
Particular emphasis should be made upon the project on the creation of a unified geodetic network (GEO CORS) in the country, which is being successfully implemented since 2010.

With the help of CORS system, measurement of a land can be made in an accelerated manner and with the use of much cheaper equipment, which in itself, contributes to the development of measurement businesses of companies acting on the real estate market, and for the citizens - it improves the accuracy and quality of the measurement plan of the plots of land, which is needed to be submitted to the Agency and which represents one of the core data for the registration of ownership right.

The project is important for the country's economic development, civil construction, topographical works, cadastral surveys and modernization of country's geodetic capabilities, which represents the basis of the international geodetic accuracy standards.

23 stations have already been installed throughout the country, including 7 A Class station – creates the unified spatial grid for the whole country, and 16 B Class station - fully and more accurately covers the territory of the country.

Picture 4. Standing Baseline Stations throughout Georgia



Nowadays, GEO CORS system includes public and private companies based in Georgia, which are freely using the network since 2011.

Authorized Users - an Innovative Project

The development of the real estate market in the country raised new challenges for the National Agency. Implemented reforms and the introduction of the electronic registration system led to the establishment of a new form of relationship between the National Agency of Public Registry and other subjects acting on the real estate market.

Until 2006, the Agency only provided its services in one place of the city or a region – in a local registration branch, which led to the service delay and customer queues.

An innovative Project - „authorized consumer“ was developed in order to solve the queue problem, offer citizens new services and simplify the registration system. According to the project, the front Office of the Agency was decentralized, which provided the citizen with the opportunity to receive desired services near their homes or offices, without having to go to the registration agency.

Nowadays, the front office of the institution is fully decentralized, which helps the Agency to meet the growing requirements of the real estate market. A citizen may receive relevant services from 64 territorial agencies of the National Agency of Public Registry, as well as from the Public Service Hall, from notary offices and other authorized bodies.

Picture 5. Different Ways to Receive Services related to the Real Estate Registration



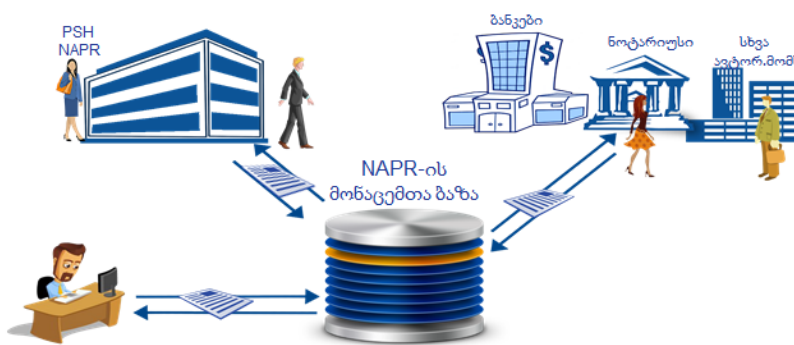
The Project brought benefits to the citizens and business organizations equally.

After the conclusion of Memorandum of Understanding, private companies may as well become authorized consumers of the electronic program of the National Agency of Public Registry. Each company is provided with an individual permit to access the unified database of the Agency. In addition to the authorization to search for the information stored in the database, an authorized consumer may as well submit relevant materials for registration on behalf of its client and receive requested documents in a simplified manner.

On the initiative of National Agency of Public Registry, private companies offer new services to potential users, which enables them to receive additional gain. Furthermore, they are creating even more comfortable environment for the consumers as a result of the service system based upon “the one-window principle”.

To date, the Agency has signed the Memorandum of Understanding with around 350 authorized consumers, including government agencies, notary offices, commercial banks, real estate agencies, microfinance institutions, lawyers, law firms and measurement services. Mentioned consumers are systematically using the rights, conferred upon them by the Memorandum of Understanding, and note that the foregoing project contributes greatly to the efficient exercise of their functions.

Picture 6. Registration Based on “The One-Window Principle”



Legalization of informal settlements

Reforms that were implemented in the country during recent years, affected almost all economic sectors, including such important sectors as legalization of illegal/informal settlements, in order to improve the business environment and contribute to economic development.

After the dissolution of Soviet Union, nonexistence of relevant institutional bodies monitoring over spatial planning and constructions, led to the illegal use of land and illegal constructions on a mass scale.

The most problematic issue concerned illegal expansions of existing buildings, which started in the late 1980s and continued until the end of the 1990s. This process was uncontrollable. For example, approximately 70% of residential buildings (multi-dwelling) in Tbilisi have extensions.

A number of legislative acts were elaborated and adopted, which made it possible to register illegally constructed buildings, except for those buildings, which did not meet the safety requirements or violated the city's architecture and hence, had to be subjected to dismantlement:

The Law of Georgia "On Recognition of Property Rights of the Parcels of Land Possessed (Used) by Natural Persons and Legal Entities under Private Law", which provides for the core principles and conditions for the legalization of mentioned land ownership rights.

On the basis of the abovementioned law, the Presidential Decree was adopted, which provides for the procedures of recognition of property rights, working rules for the Commission of the local self-government, composition of the Commission and legal status of its members. The second Presidential Decree only applies to the legalization of buildings and their parts (not land), which have been constructed without permission and / or with the violation of the construction project before 2007.

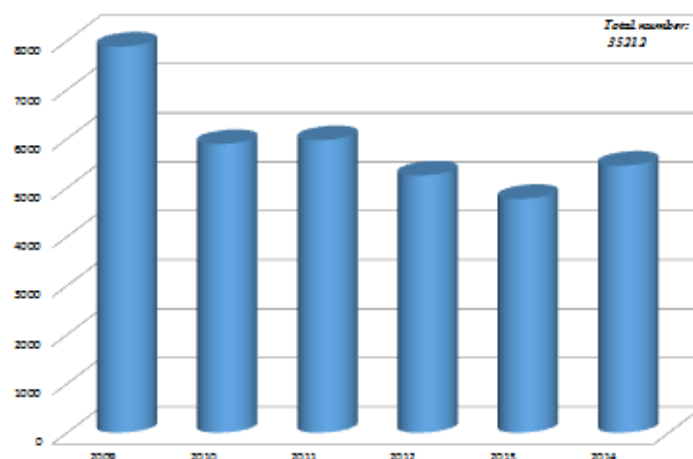
According to the Law of Georgia "On Legalizing Property", there are two kinds of land: the land in rightful possession and the land used without permission.

Rightfully possessed (used) land is defined as follows: the state-owned non-agricultural plot of land, with or without constructions on it, the right of rightful possession of which was conferred upon a person, before entry into force of the concerned law; as well as the plot of land, which was illegally used until 1994 and was registered in the archive of technical inventory.

The land used without permission is defined as follows: the state-owned non-agricultural plot of land, with or without constructions on it, which had been used by an individual, legal entity under public law or any other organization as provided by the law, and which is not administered by the state at the time of the request to recognize the ownership right.

The National Agency of Public Registry is authorized to legalize the first type of land, while the special Commission of the local self-government body is authorized to legalize the second type of land. In case of an affirmative decision, the Commission issues a certificate of ownership, based on which the plot of land is registered in the Public Registry.

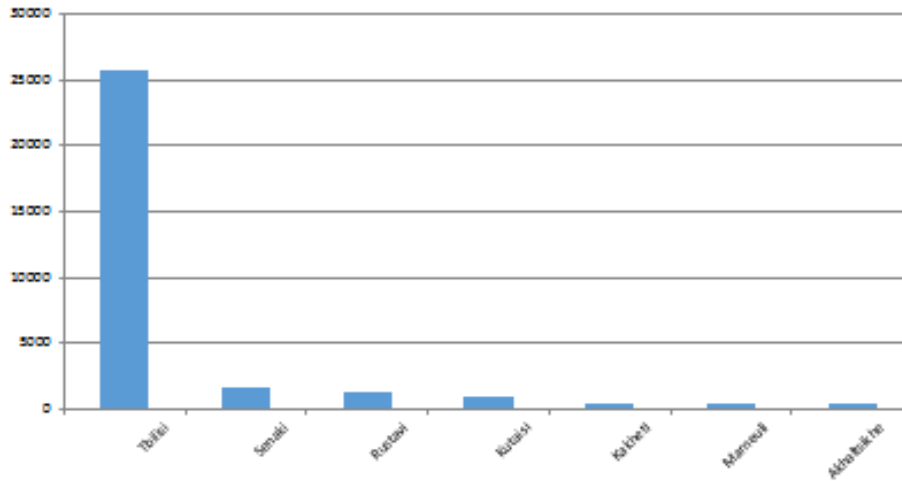
Picture 7. Statistics of Registration of the Ownership Rights over Informal Settlements / Real Estate (2009-2014).



Currently, there are about 450 000 forcibly displaced persons in Georgia, who have been residing in different places for years, for example, hotels and sanatoriums. In 2009, a presidential decree was adopted, which provided for the transfer of ownership right upon the refugees over dwellings, occupied by them, and

owned by the state or by Tbilisi municipality. Privatization sum, amounting to one GEL, was paid by the state for each of the refugee family. National Agency of Public Registry registered the ownership rights of refugees. Property registration fee (50 USD) was fully covered from the state budget.

Picture 8. Statistics of Registration of the Ownership Rights of Refugees



Obviously, the problem related to informal buildings and settlements, which is also topical in Eastern European countries, could not be solved in such a short period of time, since it involves different governmental and political aspects.

Despite the mentioned success and effective registration system, incomplete information base and data quality, especially in terms of cadastral data, still remains a problem. Accordingly, one of the main challenge of the government is to end the initial registration of real estate, which will contribute to the improvement/refinement of Public Registry’s geographical database and development of country’s economy and agriculture.

Every country’s land administration and management system differs from each other and a lot of things can be learned from others’ experience. However, land administration and management in Europe, trends of development and the basic principles do not provide a straightforward answer to the question - how to determine which practice is the best for individual cases. Ultimately, any particular country should independently decide as to which system is most suitable for them.

*Translated from the Georgian by **Mariam Kobiashvili***

ნოტარიუსის როლი უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ ტრანსაქციებში

საბაზრო ეკონომიკაზე გადასვლა საბჭოური სისტემის დაშლის შემდეგ დაიწყო ახალი კანონმდებლობის მიღებით. სამოქალაქო კოდექსის მიღებამდე, 1996 წელს მიღებულ იქნა ნოტარიუსის შესახებ კანონი, რომელმაც საქართველოში დაამკვიდრა ლათინური ტიპის ნოტარიატი და, მიუხედავად ქართველებისა, ლათინური ნოტარიატი შენარჩუნდა დღემდე. საქართველო 2007 წელს გახდა ლნსკ-ის წევრი და აქტიურად მონაწილეობს ლნსკ-ის ეგიდით სხვადასხვა საერთაშორისო კონფერენციასა და სამუშაო ჯგუფებში.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1997 წლის 26 ივნისის რედაქციით, უძრავი ქონების გასხვისებისათვის აუცილებელი იყო ნოტარიუსის მიერ გარიგების დამოწმება სანოტარო წესით. სწორედ ამ დოკუმენტის საფუძველზე ხდებოდა მარეგისტრირებელი ორგანოს მიერ მესაკუთრის რეგისტრაცია.

2007 წლის საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად საქართველოში ნოტარიუსებს ამ წილში ჩამოერთვათ ექსკლუზიური უფლებები. კერძოდ, გაუქმდა უძრავ ნივთებზე გარიგებების სავალდებულო სანოტარო წესით დამოწმება და ეს უფლება მიენიჭათ ასევე საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს ავტორიზებულ პირებს. უძრავ ქონებაზე გარიგებების დამოწმება შესაძლებელი გახდა მხოლოდ წერილობითი ფორმით ხელშეკრულებაზე პირთა ხელმოწერის დამოწმების საფუძველზე. ამ შემთხვევაში მოწმდება მხოლოდ მხარეთა ვინაობა და ფაქტი, რომ ხელმოწერა ეკუთვნით აღნიშნულ პირებს. არ ხდება მხარეთა ნების გამოვლენის ნამდვილობის შემოწმება, აგრეთვე გარიგების სამართლებრივი შედეგების განმარტება.

ამ საკითხთან დაკავშირებით საქართველოს ნოტარიატს იმთავითვე ჰქონდა მკვეთრად ნეგატიური დამოკიდებულება, რაც გამოიხატა არა მხოლოდ წერილობითი დასკვნების წარდგენით, არამედ საქართველოს პარლამენტში საკომიტეტო მოსმენებზე დასწრებითა და მონაწილეობით, მაგრამ ნოტარიატის სამართლებრივი არგუმენტაცია არ იქნა გაზიარებული. დრომ ცხადყო ის გარემოება, რომ მოქალაქეთა სამართლებრივი გაუცნობიერებლობა, ნების გამოვლენის ნამდვილობის დაუდგენლობა და სხვა რიგი გარემოებებისა არაერთგზის გახდა სამართლებრივი დავის საგანი და ხელყოფილ იქნა მოქალაქეთა საკუთრების უფლება.

საერთო სამართლის ამ ელემენტების ქართულ რეალობაში შემოტანამ, მართალია, გააიიფა და გააადვილა უძრავ ქონებაზე ტრანსაქციები, მაგრამ გაზარდა რისკის შემცველი გარიგებების რაოდენობა, რის შედეგადაც უთანასწორო მდგომარეობაში აღმოჩნდა ბევრი სამართლებრივად გაუცნობიერებელი მოქალაქე, რომლებიც დადგნენ უძრავი ქონების დაკარგვის საფრთხეების წინაშე. ეს მოსაზრება არაერთხელ დადასტურდა ასევე იმ საერთაშორისო ექსპერტების მიერ, რომლებიც გაეცნნენ საქართველოში უძრავი ქონების განკარგვასთან დაკავშირებულ წესებს. აქვე აღსანიშნავია, რომ საერთო სამართლის ქვეყნებში ნოტარიუსის ნაცვლად ეს ფუნქცია შეთავსებული აქვთ ადვოკატებს, რომელთა მომსახურება, არც ისე „იაფი“ სიამოვნებაა.

არასწორია მხოლოდ საფასურზე ორიენტირება. ნოტარიუსი ასრულებს სახელმწიფოსაგან დელეგირებულ ფუნქციას: სამართლებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფა კერძოსამართლებრივ ბრუნვაში და სამენარმეო საქმიანობად მისი გადაქცევა აცლის მას ამ ლეგიტიმაციას. სამენარმეო საქმიანობის მიზანი არის მოგების მიღება, ხოლო სანოტარო საქმიანობისა – სამარ-

თლებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფა. ამ ორი ფუნქციის აღრევა დაუშვებელია, ირღვევა მიუკერძოებლობის პრინციპი.

აქვე უნდა აღვნიშნოთ, რომ დანახარჯები ანგლოსაქსურ სამართლებრივ სისტემაში, კერძოდ აშშ-ში, სასამართლოების დასაფინანსებლად, ნოტარიატის სისტემის განუვითარებლობის გამო, აღემატება იმავე ხარჯებს კონტინენტურევროპულ სამოქალაქოსამართლებრივ სისტემებში დაახლოებით 3-7-ჯერ. აშშ-ში საზოგადოების დანახარჯი სამართლებრივ დახმარებაზე შეადგენს საზოგადოებრივი პროდუქტის ერთობლიობის 3,0%-ს, მაშინ, როდესაც განვითარებული ნოტარიატის სისტემის მქონე სახელმწიფოებში ის შეადგენს დაახლოებით 0,7-0,8%-ს (ეს მონაცემები 2007-2008 წლებისაა და, სავარაუდოდ, არ შეიცვლებოდა).

სანოტარო აქტს აქვს უპირატესობა, კერძოდ:

- ნოტარიულად დამონმებული დოკუმენტი წარმოადგენს და იცავს უფლებას სახელმწიფოს სახელით;

- სანოტარო აქტი საჯაროდ აღიარებულია და აქვს მტკიცებულებითი ძალა; მეტად რთულია ასეთ დოკუმენტში მოყვანილი ფაქტების ნამდვილობასთან, მის იურიდიულ ძალასთან დავა;

- სანოტარო მოქმედების შესრულებამდე ნოტარიუსი დანვრილებით განმარტავს მხარეთა უფლებებსა და ვალდებულებებს, აუწყებს გარიგების იურიდიულ შედეგებს;

- სანოტარო აქტი სრული მოცულობით უნდა შეესაბამებოდეს კანონმდებლობას; უფლებების შელახვა სანოტარო აქტით შეუძლებელია, ვინაიდან, პირველ რიგში, ნოტარიუსი უზრუნველყოფს ნამდვილობასა და კანონიერებას;

- ნოტარიუსი, რომელიც ატარებს სრულ ქონებრივ პასუხისმგებლობას პროფესიულ შეცდომაზე, დამატებით გარანტიად გვევლინება, პროფესიული საქმიანობის აუცილებელი დაზღვევიდან გამომდინარე.

ნოტარიუსი უზრუნველყოფს მიუკერძოებელ, კვალიფიციურ და სრულმასშტაბიან იურიდიულ დახმარებას, უფლებების ჯეროვან გაფორმებასა და დამონმებას, სამართლებრივ ნამდვილობას, მტკიცებულებას, გარიგებების იურიდიულ დახვეწილობასა და პროფესიონალურ გარანტიებს (რომელთაგან მთავარია ნოტარიუსის სრული ქონებრივი პასუხისმგებლობა).

პირთა შორის ინტერესთა ბალანსის დაცვის აუცილებლობამ წარმოშვა ნოტარიუსებისათვის კერძო იპოთეკების ხელშეკრულებათა დამონმებაზე ექსკლუზიური უფლებების კვლავ მინიჭება და 2014 წლის 28 იანვარს ძალაში შევიდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში 2013 წლის 25 იანვრის საკანონმდებლო აქტით განხორციელებული ცვლილებები, რომლებითაც სავალდებულო გახდა კერძო პირებს შორის ქონების უფლებრივად დატვირთვის გარიგებების სავალდებულო სანოტარო დამონმება. ასეთი ცვლილება განპირობებული იყო საფრთხიანი გარიგებების დადებისაგან მოქალაქეთა დაცვის აუცილებლობით.

საქართველოში დღეისათვის არის 200-ზე მეტი მოქმედი ნოტარიუსი, რომლებიც „ნოტარიატის შესახებ“ კანონის საფუძველზე იმავდროულად არიან საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს ავტორიზებული მომხმარებლები. ავტორიზებული ნოტარიუსი ახდენს განაცხადის მიღებას და დოკუმენტების ელექტრონულ რეგისტრაციას საჯარო რეესტრის შესაბამის პროგრამაში. ასევე, ამ ნაწილში ნოტარიუსებს, თავიანთი სურვილის საფუძველზე, სათანადო ტრენინგის გავლის შემდეგ ენიჭებათ რეგისტრატორი ნოტარიუსის სტატუსი – მათ ენიჭებათ საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილება, მათ მიერ განხორციელებული სანოტარო მომსახურების შედეგად სავალდებულო რეგისტრაციას დაქვემდებარებული დოკუმენტის დამონმებისას, ან/და ამ დოკუმენტის დამონმებასთან დაკავშირებულ დოკუმენტთან მიმართებით (აქტში ცვლილება, გაუქმება) განახორციელონ უფლების, უფლებაში ცვლილების ან/და უფლების შეწყვეტის შესახებ ჩანაწერების რეგისტრაცია (უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეესტრში, მენარმეთა და არასამეწარმეო (არაკომერციულ) იურიდიულ პირთა რეესტრში).

საქართველოს იუსტიციის სამინისტროსა და ნოტარიუსთა პალატის პოლიტიკა აქტიურად არის მიმართული იქითკენ, რომ ნოტარიუსს თავის საქმიანობაში პირდაპირი კავშირი ჰქონდეს საქართველოში მოქმედ სხვადასხვა საჯარო მონაცემთა ბაზებსა და რეესტრებთან. ამ პრაქტი-

კის დამკვიდრებას მნიშვნელოვნად შეუწყო ხელი თავად რეესტრების დიგიტალიზაციამ და მათთან ელექტრონული წვდომის შესაძლებლობების გაჩენამ.

დღეისათვის ქართველ ნოტარიუსს თავისი სანოტარო ბიუროდან პირდაპირი ელექტრონული წვდომა აქვს უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეესტრთან, მინის ნაკვეთების ელექტრონულ საკადასტრო რუკებთან, მოძრავ ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეებზე გირავნობების რეესტრთან, ყადაღებისა და აკრძალვების, საგადასახადო იპოთეკა/გირავნობის რეესტრებთან, მენარმეთა და არასამენარმეო (არაკომერციულ) იურიდიულ პირთა რეესტრთან, სამოქალაქო რეესტრთან, მოვალეთა და გადახდისუუნაროთა რეესტრთან.

გარდა ამისა, ნოტარიუსთა პალატა უშუალოდ აწარმოებს ანდერძების ერთიან რეესტრს, სამემკვიდრეო საქმეთა და სამემკვიდრეო საქმისწარმოებათა რეესტრს, სანოტარო მინდობილობათა რეესტრს, მხარდაჭერის მიმღებ პირთა შესახებ მონაცემთა ბაზას, ტერორისტულ ორგანიზაციათა და ტერორიზმის ხელშემწყობ პირთა მონაცემთა ბაზას.

ზემოაღნიშნული რეესტრებისა და მონაცემთა ბაზებისათვის ნოტარიუსი, უმეტეს შემთხვევაში, არის არა მხოლოდ ინფორმაციის მიმღები, არამედ ინფორმაციისა და მონაცემთა მიმწოდებელი სუბიექტიც.

უკვე შორსაა ის დრო, როდესაც საჯარო რეესტრსა და ნოტარიუსებს შორის კომუნიკაციამონაცემთა გამოთხოვა ნოტარიუსის მიერ, აგრეთვე სანოტარო დოკუმენტების რეესტრში გადაცემა ხორციელდებოდა მანუალურად, ქალაქის მატარებელზე და დაინტერესებული პირის მეშვეობით. ამჟამად, ეს კომუნიკაცია ელექტრონულად ხორციელდება და სრულად არის დაცული „ერთი სარკმლის“ პრინციპი, უძრავი ქონების ტრანსაქციის დამონმება, თავის რეგისტრაციასთან ერთად, სულ რაღაც, ერთ საათშია შესაძლებელი, ამასთან, მხარეთა ინტერესების სრული დაცვითა და სამართლებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფით.

დღესდღეობით უძრავი ქონების განკარგვასთან დაკავშირებით შესაძლებელია, გამოიყოს რამდენიმე ხარვეზი:

„სანოტარო მოქმედებათა შესრულების წესის შესახებ“ ინსტრუქციით შესაძლებელია, დოკუმენტი დამონმდეს კერძო აქტის ფორმით. ისეთი შინაარსის ხელშეკრულებები, როგორებიცაა: ნასყიდობა, ნაჩუქრობა, სესხი და ა.შ., შესაძლებელია, დამონმდეს სანოტარო წესით ნოტარიუსთან მარტივი ფორმით – ნოტარიუსთან მოქალაქეებს მიაქვთ გამზადებული ხელშეკრულება, რა დროსაც ნოტარიუსის მიერ მონმდება მხოლოდ მხარეთა ქმედუნარიანობა, პირადობა და ხელშეკრულებაზე ხელმომწერ პირთა ხელმოწერების ნამდვილობა. მსგავსი ტიპის სანოტარო მოქმედების შესრულებისას ნოტარიუსის მიერ არ მონმდება დოკუმენტის შინაარსი, მასში ასახული ფაქტები (მაგალითად, ეკუთვნის თუ არა გასასხვისებელი ქონება მხარეს, ადევს თუ არა რაიმე სახის შეზღუდვა და სხვ.).

კანონმდებელი ნოტარიუსს არ ავალდებულებს მხარის მიერ წარდგენილი დოკუმენტის სამართლებრივ ინსპექტირებას. თავის მხრივ, მოქალაქე უფლებამოსილია, სერიოზული შინაარსის მქონე გარიგება დაამონმოს მარტივი ფორმით. ვინაიდან მოქალაქეს აქვს ალტერნატივა, იგი ირჩევს სწრაფ, მარტივ და იაფ სერვისს, სამაგიეროდ, სასწორზე დგება კეთილსინდისიერი პირის მიმართ კერძო აქტის ფორმით დადებული დოკუმენტით გამოწვეული სამართლებრივი შედეგი.

ნოტარიუსის სამართლებრივი სტატუსის გათვალისწინებით, ნოტარიუსი ქონებრივად არის პასუხისმგებელი მისი განზრახვი და/ან გაუფრთხილებელი ქმედებით მიყენებული ზიანისათვის. აღნიშნულის გათვალისწინებით, ნოტარიუსს აქვს სავალდებულო დაზღვევის ვალდებულება, რაც ამცირებს და მინიმუმამდე დაჰყავს მოქალაქის სამართლებრივი რისკი. ხოლო სხვა შემთხვევებში მოქალაქეს მსგავსი დაცულობა არ გააჩნია.

კანონი არის კომპრომისი სახელმწიფოსა და სამართალს შორის. ამ კომპრომისის მისაღწევად საუკეთესო გამოსავალია საკანონმდებლო ცვლილებები. რა თქმა უნდა, საუკეთესო არ ნიშნავს კარგს, ის ნიშნავს, რომ სხვა დანარჩენი უარესია, მაგრამ გამოსავალია, მომზადდეს კანონპროექტი, რომლითაც ამოვაგსებთ ხარვეზებს ჩვენს კანონმდებლობაში (საჯარო და კერძო აქტებად დაყოფის შესახებ). ამასთან, კარგი იქნებოდა ნოტარიუსის როლის აღდგენა უძრავ ქონე-

ბებთან დაკავშირებულ ტრანსაქციებში. გარდა ამისა, გვჭირდება სასამართლო პრაქტიკის მუდმივი ანალიზი:

ა) აუცილებელია მართლმსაჯულების სისტემის ფუნქციონირების ეფექტურობის მუდმივი კონტროლი;

ბ) აუცილებელია დავების პრევენციის მექანიზმების შექმნა და დანერგვა, თუნდაც იგივე უფრო აქტიური მედიაციის გზით, სახელშეკრულებო დისციპლინის დაცვის სტიმულირება;

გ) აუცილებელია საკანონმდებლო ხარვეზების გამოვლენა და მათი აღმოფხვრა.

და ბოლოს, ნოტარიატი, როგორც ინსტიტუცია, განვითარდა, გადავიდა ელექტრონულ სერვისებზე, გამარტივდა ბევრი პროცედურა. ნოტარიუსი მზად არის, დაიცვას პირის უფლებები და ინტერესები და ხელი შეუწყოს სოციალური მშვიდობის უზრუნველყოფას სამოქალაქო ურთიერთობებში.

The Role of a Notary in a Real Estate Transaction

After the collapse of the Soviet system, transition to market economy began with the adoption of new legislation. Before adopting the Civil Code of Georgia in 1996, the Notary Law of Georgia was adopted, which established a Latin type notarial system in Georgia and in spite of turbulent times, the foregoing system has been retained up to date. Georgia became the member of International Union of Notaries (hereinafter referred to as – “UINL”) in 2007 and since then, it actively participates in various international conferences and working groups under the aegis of UINL.

According to the Civil Code of Georgia, dated June 26, 1997, notarization of an agreement by the notary was mandatory for transferring immovable property. The registration authority would register the new owner on the basis of the mentioned document.

After the amendment of the Civil Code of Georgia in 2007, notaries were deprived of the foregoing exclusive right in this regard. In particular, mandatory notarization of agreements on the alienation of real estate was cancelled and the foregoing right was conferred upon the authorized persons of the National Agency of Public Registry. Verification of the validity of an agreement upon real estate became possible through certifying the genuineness of the signature of the parties to the transaction on a written agreement. In the given case, only parties’ identities and the fact that the signature belongs to them is verified. Validity of the declaration of intent is not checked, nor are the legal consequences of the transaction defined.

Notary of Georgia have always had a sharply negative attitude towards the foregoing issue, which was demonstrated not only through submission of written conclusions, but also through attendance and participation in committee hearings of the Parliament of Georgia, however, their legal arguments were never shared. Time showed that the lack of legal awareness among citizens, failure to establish the validity of the declaration of intent and a number of other circumstances, have repeatedly become the subject of legal disputes and citizens’ ownership rights have been violated.

Even though the introduction of these common law elements into Georgian reality cheapened and facilitated the real estate transactions, it also increased the number of risky transactions, as a result of which many citizens, who were lacking legal awareness, found themselves in an unequal position and bore the risk of losing their real estate. The foregoing opinion has been confirmed by international experts, who were acquainted with the rules relating to the administration of real estate in Georgia. Herewith, it should also be noted that in common law countries, the foregoing function was conferred upon lawyers instead of a notary, while legal services provided by those lawyers were quite expensive.

Being only price-oriented is wrong. Notary performs functions delegated to it by the State: it ensures the legal security of the private-law circulation; therefore, transformation of the foregoing function into a commercial activity deprives the notary of this legitimacy. The goal of the entrepreneurial activity is to gain profit, while the goal of the notarial activity is to ensure legal security. Confusion of these two functions is impermissible; it violates the principle of impartiality.

Herewith, we have to note that the court-related expenditure in the Anglo-Saxon legal system, particularly in the USA, caused by the underdeveloped notary system, exceeds the same expenditure in the Continental European Civil Law systems, by about 3-7 times. Public expenditure on legal aid in the USA amounts to 3.0% of the GDP, whereas, in countries with the developed notary system, legal aid expenditure only amounts to approximately 0,7-0,8% (these figures are of 2007-2008 and most likely, still remain the same).

Notarial act has an advantage, and in particular:

- A notarized document represents and protects the right in question on behalf of a state;
- A notarized document is publicly recognized and has a true evidential force; It is very difficult to dispute the genuineness of the facts, given in such document, and their legal force;
- Before performing a notarial act, notary explains in detail the rights and obligations of the parties and legal consequences of the transaction;
- A notarial act must be in full conformity with the legislation; Infringement of one's rights by a notarial act is impossible, since the notary ensures genuineness and legality in the first place;
- A notary, who bears the full property liability for professional mistakes, is an additional guarantee to the compulsory professional liability insurance of notary.

A notary provides impartial, qualified and full-scale legal assistance, proper execution and certification of rights, legal validity, evidence, legal sophistication of contracts and professional indemnity insurance (out of which, the most significant is - the notary's full property liability).

Because of the necessity to keep the balance between the interests of the parties, the exclusive right to certify private mortgage contracts was once again conferred upon the notary. Amendment to the Civil Code of Georgia, adopted on January 28, 2014, and entered into force on January 25, 2013, provided for the obligatory notarization of agreements on the encumbrance of property between private persons. Such a change was necessary due to the need to protect citizens from risky transactions.

Currently there are more than 200 notaries in Georgia, who, according to the Notary Law of Georgia, at the same time are authorized users of the National Agency of Public Registry. The authorized notary receives the application and electronically registers submitted documents in the relevant program of the Public Registry. In addition, in this regard, notaries, who have attended a due training upon their will, are granted the status of registrar notaries. Specifically, they are granted the public-law power to ensure the registration of records on the right, changes in the right and/or suspension of the right (with the Register of Rights on Real Things, Register of Entrepreneurial and Non-entrepreneurial (Non-commercial) Legal Entities), while certifying a document subjected to mandatory registration, or with respect to the documents related to the certification of mentioned document (cancellation of an act or the amendment thereof).

The policies of the Ministry of Justice and the Notary Chamber of Georgia clearly aim to ensure that the notaries have a direct access to various public databases and registries while performing their functions. Digitalization of registries and the possibility to access these registries electronically, substantially contributed to the establishment of the abovementioned practice.

At present, Georgian notaries have a direct electronic access to the registry of rights to real estate, electronic cadastral maps of plots of land, registry of pledges on movable things and intangible property, registry of seizures and prohibitions, as well as lien/mortgages, registry of entrepreneurs and non-entrepreneurial (non-commercial) legal persons, the Civil Registry, registry of obligors and insolvents.

In addition, the Notary Chamber of Georgia keeps the unified registry of wills, registry of inheritance cases and inheritance proceedings, registry of power of attorney, database of handicapped/legally incapable persons and database of terrorist organizations and persons supporting terrorism.

The Notary not only represents the entity receiving information from the aforementioned registries and databasis, but also an entity, providing such information and data.

A long time has passed since the communication between notary and the Public Registry – request of data by the notary, as well as transmission of notarial documents to the Registry, was carried out manually, with a paper carrier and by interested persons. Nowadays, this communication is carried out electronically and the “One Window Principle” is fully met; certification of real estate transactions, along with its registration, can be carried out in just one hour, while the interests of the parties are fully protected and legal security is ensured.

At present, several shortcomings can be identified with respect to the administration of real estate:

According to the “Instruction for Notarial Act Performance Procedure”, a document can be certified in the form of private deed. Agreements, such as sale-and-purchase, contract of gift, a loan contract and others,

can be certified through a simple notarization - parties bring a prepared agreement to the notary, who only certifies the legal capacity of the parties, their identity and genuineness of the signatures of the signatories to the agreement. While performing such notarial act, the notary does not confirm the content of the document and the facts therein contained (for example, whether or not does the concerned property belong to the party, whether or not there is a restriction on a property and so on).

The legislature does not require the notary to perform legal inspection of the presented document. The citizen is entitled to have a serious contract notarized in a simple form. Since a citizen has an alternative, he/she chooses a quick, simple and low-cost service, yet, on the other hand, legal outcome of the document, concluded in the form of private deed, is put on the scale with respect to bona-fide person.

Considering the legal status of a notary, he/she shall be imposed a property liability for the damage caused by his/her deliberate or negligent act. In consideration of the foregoing, the notary is obliged to conclude agreement on compulsory professional liability insurance, which decreases and minimizes the legal risk, borne by the citizen. While in other cases, citizens are not provided with similar safeguards.

The law is a compromise between the state and the justice. The best way to achieve this compromise is to make legislative changes. Obviously, the best does not mean good; it means that the other options are worse; however, one of the options would be to elaborate a draft law, which would fill the legislative gaps (regarding the division of public and private acts). At the same time, it would be good to restore notary's role in the real estate transactions. In addition, we need a constant analysis of judicial practice:

- A) It is necessary to systematically control the efficiency of the functioning of justice system;
- B) It is necessary to create and establish a mechanism for dispute prevention, possibly even through more active mediation, and to stimulate the protection of contractual discipline;
- C) It is necessary to identify and eradicate legislative shortcomings.

Finally, the notary, as an institution, has evolved, i.e. has moved to electronic services and many procedures have simplified. The notary is ready to protect the rights and interests of an individual and promote social peace in civil relations.

*Translated from the Georgian by **Mariam Kobiashvili***

გამოცემაზე მუშაობდნენ:

ნათია დვალი

მარიამ ებრალიძე

გამომცემლობის რედაქტორი – თამარ გაბელაია

დაიბეჭდა ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
გამომცემლობის სტამბაში

0179 თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 14
14, Ilia Tchavtchavadze Ave., Tbilisi 0179
Tel 995(32) 225 04 84, 6284/6279
<https://www.tsu.ge/ka/publishing-house>

