

თამარ ზარანდია, ევგენია კურზინსკი-სინგერ (რედ.)

Tamar Zarandia, Eugenia Kurzynsky-Singer (Hrsg.)

კერძო ავტონომია, როგორც კერძო
სამართლის ფუძემდებლური პრინციპი

PRIVATAUTONOMIE ALS GRUNDLEGENDES
PRINZIP DES ZIVILRECHTS

ЧАСТНАЯ АВТОНОМИЯ КАК ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЙ
ПРИНЦИП ЧАСТНОГО ПРАВА

PRIVATE AUTONOMY AS A FUNDAMENTAL
PRINCIPLE OF CIVIL LAW



თამარ ზარანდია, ევგენია კურზინსკი-სინგერ (რედ.)

Tamar Zarandia, Eugenia Kurzynsky-Singer (Hrsg.)

კერძო ავტონომია, როგორც კერძო სამართლის
ფუნდამენტური პრინციპი

Privatautonomie als grundlegendes
Prinzip des Zivilrechts

Частная автономия как основополагающий
принцип частного права

Private Autonomy as a Fundamental
Principle of Civil Law

კერძო ავტონომია, როგორც კერძო სამართლის
ფუძემდებლური პრინციპი

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
(GIZ) მხარდაჭერით

1-2 ნოემბერი, 2018

თბილისი, საქართველო

Privatautonomie als grundlegendes Prinzip des Zivilrechts

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)

1. und 2. November, 2018

Tbilisi, Georgien

**Частная автономия как основополагающий
принцип частного права**

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)

1-2 ноября, 2018

Тбилиси, Грузия

**Private Autonomy as a Fundamental
Principle of Civil Law**

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)**

1-2 November, 2018

Tbilisi, Georgia

წინამდებარე წიგნი წარმოადგენს 2018 წელს თბილისში გამართული საერთაშორისო კონფერენციის - „კერძო ავტონომია, როგორც კერძო სამართლის ფუძემდებლური პრინციპი“ მასალების კრებულს. კონფერენციის მუშაობაში მონაწილეობა მიიღეს ექსპერტებმა როგორც საქართველოს, აღმოსავლეთ ევროპისა და ყოფილი საბჭოთა კავშირის ქვეყნებიდან, ისე გერმანიიდან.

კონფერენცია კონცეპტუალურად მომზადდა და გაიმართა 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 გავიგოთ, 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
ეგენია კურზინსკი-სინგერი
ლია შატბერაშვილი

მთარგმნელები: რამაზ ვადაჭკორია
ქეთევან ფხაკაძე

Scientific editors: Tamar Zarandia
Eugenia Kurzynsky-Singer
Lia Shatberashvili

Translators: Ramaz Vadachkoria
Ketevan Pkhakadze



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, 2020

ISBN 978-9941-13-969-7

შინაარსი Inhaltsverzeichnis Содержание

წინასიტყვაობა (თამარ ზარანდია, ევგენია კურზინსკი-სინგერი).....	9
Vorwort (Tamar Zarandia, Eugenia Kurzynsky-Singer).....	10
Предисловие (Тамар Зарандия, Евгения Курзински-Сингер).....	11
I. ავტონომია, როგორც ევროპული კერძო სამართლის პრინციპი	
I. Privatautonomie als Prinzip des europäischen Privatrechts	
I. Частная автономия как принцип европейского частного права	
პროფ. დოქ. იურგენ ზაზედოვი, კერძო ავტონომია ევროპის სამოქალაქო სამართალში.....	15
Prof. Dr. Jürgen Basedow , Privatautonomie als Prinzip des Europäischen Privatrechts.....	25
პროფ. დოქ. როლფ კნიპერი, კერძო ავტონომია და თავისუფლება: მსჯელობა რთული ცნების ირგვლივ.....	33
Prof. Dr. Rolf Knieper , Privatautonomie und Freiheit: Gedanken zu einem schwierigen Begriff.....	43
II. კერძო ავტონომიის პრინციპი თანამედროვე სამართალწარმოებაში	
II. Privatautonomie in der Rechtsanwendung	
II. Частная автономия в современном правоприменении	
დოქ. მაქს გუტბროდი, კერძო ავტონომია ეგრეთწოდებული ხელოვნური ინტელექტის, ბლოკჩეინისა და კრიპტოვალუტების რეალობაში.....	53
Dr. Max Gutbrod , Privatautonomie im Lichte sogenannter künstlicher Intelligenz, Blockchain und Kryptowährungen.....	64
პროფ. დოქ. ჰანს იოახიმ შრამი, ხელშეკრულებების სასამართლო კონტროლი ბიზნეს-სამეწარმეო სამართლებრივ ურთიერთობებში.....	73
Prof. Dr. Hans-Joachim Schramm , Die gerichtliche Kontrolle von Verträgen im unternehmerischen Rechtsverkehr – einige rechtsvergleichende Betrachtungen	83

III. კერძო ავტონომიის საზღვრები (მოსხენებები ქვეყნებიდან)

III. Grenzen der Privatautonomie (Länderberichte)

III. Границы частной автономии (доклады по странам)

<i>საქართველო: პროფ. ბესარიონ ზოიძე</i> , ძირითადი უფლებების გავლენა კერძო ავტონომიაზე: კერძო ავტონომიის გაფართოება თუ შეზღუდვა (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიმოხილვა).....	93
<i>ესტონეთი: დოქ. ტომას ჰოფმანი</i> , კერძო ავტონომიის დაცვა ან შეზღუდვა დიგიტალურ სახელმწიფოში: განხილვები ესტონური მაგალითის საფუძველზე.....	111
<i>Estland: Dr. Thomas Hoffmann</i> , Schutz oder Beschränkung der Privatautonomie durch den digitalen Staat: Eine Untersuchung am estnischen Beispiel.....	116
<i>მოლდოვა: პროფ. დოქ. სერჯიუ ბეშუ, დოქ. გეორგე მიცუ</i> , ნების ავტონომიის პრინციპის გამოყენება მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში.....	120
<i>Молдова: Проф. д-р Серджиу Бэшу, д-р Георге Мыцу</i> , Применение принципа автономии воли в Гражданском кодексе Республики Молдова.....	139
<i>ყაზახეთი: დოქ. სერგეი სკრიაბინი</i> , კერძო ავტონომიის შეზღუდვა ყაზახეთის კერძო სამართალში: რამდენიმე საკითხი თეორიიდან და პრაქტიკიდან.....	156
<i>Казахстан: Д-р Сергей Скрыбин</i> , Ограничения автономии воли в гражданском праве Казахстана: некоторые теоретические и практические вопросы.....	166
<i>სომხეთი: დოქ. არსენ თავადიანი</i> , კერძო ავტონომია და სასარჩელო უფლება.....	174
<i>Армения: Д-р Арсен Тавадян</i> , Автономия воли и материальное право на иск.....	179
<i>აზერბაიჯანი: დოქ. თურგაი ჰუსეინოვი</i> , კერძო ავტონომია აზერბაიჯანის რესპუბლიკის კანონმდებლობაში.....	183
<i>Азербайджан: Д-р Тургай Гусейнов</i> , Автономия воли в законодательстве Азербайджанской Республики.....	186
<i>უკრაინა: პროფ. რომან მაიდანიკი</i> , გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა ხელშეკრულებებში უკრაინისა და ევროგაერთიანების სამართლის მიხედვით.....	188
<i>Украина: Проф. д-р Роман Майданик</i> , Выбор применимого права к договору по законодательству Украины и Европейского Союза.....	211

IV. სახელშეკრულებო თავისუფლების ცალკეული პრობლემები

IV. Einzelne Probleme der Vertragsfreiheit in der grenzüberschreitenden Perspektive

IV. Отдельные вопросы свободы договора в межграничной перспективе

დოქ. ფარჰად კარაგუსოვი , დაფუძნების და სამართლის არჩევის თავისუფლების შესახებ უცხოელთა მონაწილეობით იურიდიული პირების შექმნისას ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობის შესაბამისად.....	233
Д-р Фархад Карагузов , О свободе учреждения и выборе применимого права при создании юридических лиц с иностранным участием по законодательству Республики Казахстан.....	240
დოქ. გიორგი რუსიაშვილი , გარიგების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლება სანივთო გარიგების მეშვეობით.....	247
Dr. Giorgi Rusiashvili , Gestaltungsfreiheit durch dingliches Geschäft.....	261

წინასიტყვაობა

წინამდებარე კრებული წარმოადგენს ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მიერ 2018 წლის 1-2 ნოემბერს გამართული საერთაშორისო კონფერენციის - „კერძო ავტონომია, როგორც კერძო სამართლის ფუძემდებლური პრინციპი“ მასალების კრებულს. ეს კონფერენცია რიგით მესამე იყო, რომელიც ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტისა და ჰამბურგის მაქს პლანკის საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტის თანამშრომლობით გაიმართა: 2012 წელს გამართული პირველი კონფერენცია ეხებოდა სამართლებრივი ტრანსფორმაციისა და რეცეფციის საკითხებს (კონფერენციის მასალები გამოქვეყნდა გერმანიაში), მეორე კონფერენცია, რომელიც 2015 წელს გაიმართა თბილისში, შეეხებოდა საკუთრებასა და სამართლებრივ სტაბილურობას: საკუთრების ცნების ტრანსფორმაციის თემას (კონფერენციის მასალები გამოიცა თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში ოთხენოვანი კრებულის სახით).

რიგით მესამე კონფერენციისათვის, რომლის მასალებიც წარმოადგენილია წინამდებარე კრებულში, კერძო ავტონომიის საკითხი შეირჩა. კერძო ავტონომია კერძო სამართლის საფუძველთა საფუძველია. საბჭოთა აკრძალვების სამართლის სფეროდან კლასიკური ცივილისტიკის ქვეყნად ტრანსფორმაციის კვალდაკვალ სამართალში იზრდება ადამიანის პიროვნული, ინდივიდუალური თავისუფლების მნიშვნელობა. საკითხი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია გარდამავალი სახელმწიფოების ეკონომიკური და სოციალური განვითარებისათვის. კერძო ავტონომიის პრინციპი თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკის ძირითადი პრინციპია, მაგრამ, როგორც არ უნდა იყოს ეს საორგანიზაციო პრინციპი, ის, პროფესორ როლფ კნიპერის აზრით, მაინც რჩება „შავ ყუთად“, რომელიც ყველას მოსწონს, მაგრამ მისი შინაარსი არ არის თავისთავად ცხადი. ეს გაურკვეველობა გამოწვეულია თანამედროვე სამართლის განვითარების დინამიკით, დიგიტალიზაციით ხელშეკრულების დადების პროცესში, „სმარტ“ კონტრაქტებისა და „თვითაღსრულებადი“ შეთანხმებების შემოტანით. სამართლისათვის ადრე უცნობი ეს კატეგორიები ქმნის იმ განუსაზღვრელობას, რომელიც დაკავშირებულია სამართლებრივი პირობების ეთიკურ-ფილოსოფიურ საფუძვლებთან. ამასთან ერთად, უფრო ძლიერდება ამ სამართლებრივ კატეგორიასთან დაკავშირებული კითხვები, როდესაც საქმე ეხება კერძო ავტონომიის პრინციპს სხვადასხვა მართლწესრიგის კონტექსტში. როდესაც იურისდიქციები იყენებენ კერძო ავტონომიის ცნებას, მასში ხშირად განსხვავებულ შინაარსს მოიაზრებენ.

სწორედ აღნიშნული გახდა წინამდებარე კვლევების შთაგონების წყარო. კრებული მოიცავს მოხსენებებს კერძო ავტონომიის შესახებ როგორც ევროპულ პერსპექტივაში, ისე სხვადასხვა ქვეყნის მიხედვით.

გისურვებთ, სიამოვნებით წაიკითხოთ მოცემული მასალა.

თამარ ზარანდია

სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი,

თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი

ევგენია კურზინსკი-სინგერი

სამართლის დოქტორი, პოსტსაბჭოური სამართლის ექსპერტი

Vorwort

Der vorliegende Band stellt eine Sammlung der Materialien der am 1. und 2. November 2018 von der Juristischen Fakultät der Ivane Javakhishvili Staatlichen Universität Tbilisi gemeinsam mit dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburg) ausgerichteten internationalen Konferenz „Privatautonomie als grundlegendes Prinzip des Zivilrechts“ dar. Die Konferenz war bereits die dritte in der Reihe gemeinsamer Konferenzen, die von der Ivane Javakhishvili Staatlichen Universität Tbilisi und dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht mit der Unterstützung der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) geplant und durchgeführt werden. Die erste, im Jahre 2012 veranstaltete Konferenz, widmete sich dem Thema „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels legal transplants?“ (der Konferenzband ist 2014 in Deutschland erschienen). Die zweite Konferenz, welche 2015 in Tbilisi stattfand, behandelte unter dem Titel „Eigentum und Rechtssicherheit: Wandel des Eigentumsbegriffs“ Fragen des Eigentums (die Materialien der Konferenz wurden von der Staatlichen Universität Tbilisi in einem viersprachigen Band veröffentlicht).

Im Zuge der Transformation der Länder in Richtung der klassischen Zivilistik wächst das Recht aus dem sowjetischen „Recht der Verbote“ heraus und baut immer stärker auf individuelle Freiheit des Einzelnen. Insbesondere in Anbetracht der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung einer Transformationsgesellschaft gewinnt dies umso mehr an Bedeutung.

Die Privatautonomie stellt zudem ein Grundprinzip der freien Marktwirtschaft dar und bleibt trotzdem, wie es Rolf Knieper in seinem Vortrag auf der Konferenz ausgedrückt hat, wie eine *„black box‘, die jedem gefällt, deren Inhalt aber keineswegs selbstverständlich, klar und gut definiert erscheint“*. Diese Unbestimmtheit wird von einer wachsenden Dynamik der Rechtsentwicklung, beispielsweise durch die Einführung der Digitalisierung des Vertragsabschlusses, „smart contracts“, „selbsterfüllende“ Vereinbarungen usw. geprägt. Diese den Rechtsordnungen zuvor unbekanntes Kategorien tragen zu der Unbestimmtheit bei, deren Ursprung bereits in den ethisch-philosophischen Grundsätzen des Rechts zu finden ist. Darüber hinaus stellen sich weitere Fragen, wenn man sich mit der Privatautonomie im Kontext verschiedener Rechtskulturen beschäftigt, denn regelmäßig werden diesem Begriff in den jeweiligen Rechtsordnungen verschiedene Bedeutungen beigemessen.

Diese Überlegungen lagen den Forschungen, die in diesem Band vorgestellt werden, zugrunde. Die Beiträge betrachten den Begriff der Privatautonomie sowohl aus der europäischen Perspektive als auch am Beispiel anderer Länder.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre.

Prof. Dr. Tamar Zarandia

Dekanin der juristischen Fakultät der Ivane Javakhishvili Universität Tbilisi

Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer

Freiberufliche Expertin zum Recht im postsowjetischen Raum

Предисловие

Данный сборник является собранием материалов международной конференции, проведенной юридическим факультетом Тбилисского государственного университета имени Ив. Джавахишвили 1-2 ноября 2018 года. Эта конференция является третьей по последовательности, которая была проведена в рамках сотрудничества между Гамбургским институтом зарубежного и международного частного права имени Макса Планка и Тбилисским государственным университетом имени Ив. Джавахишвили. Первая конференция, проведенная в 2012 году, была посвящена вопросам правовой трансформации и рецепции (материалы конференции были опубликованы в Германии). Вторая конференция была проведена в 2015 году в Тбилиси на тему собственности и правовой стабильности (материалы конференции были опубликованы Тбилисским государственным университетом в форме четырехязычного сборника).

Для третьей по счету конференции, материалы которой представлены в данном сборнике, была выбрана тема частной автономии. Частная автономия является основой частного права. После советских запретов в области права в стране, формирующейся по стопам классической цивилистики, растет важность человеческой личности и индивидуальной свободы. Вопрос имеет особое значение для экономического и социального развития государств в переходном состоянии. Принцип частной автономии является основным принципом свободной рыночной экономики, но каким бы ни был этот организационный принцип, по словам профессора Рольфа Книпера он остается „черным ящиком“, который всем нравится, но его содержание не является до конца выясненным. Эта неопределенность обусловлена динамикой развития современного права, процессом дигитализации заключения контракта, введения «смайт»-контрактов и «самоисполняющихся» соглашений. Эти категории, ранее неизвестные закону, создают неопределенности, которые связаны с этико-философическими основами права. В то же время возникает все больше вопросов, связанных с данной правовой категорией, когда дело доходит до принципа частной автономии в контексте различных правопорядков. Различные юрисдикции, при применении понятия частной автономии, часто вкладывают в него различное содержание.

Данные соображения и послужили основанием проведенных исследований. Сборник содержит доклады о частной автономии как в европейской перспективе, так и из опыта различных стран.

Приятного чтения!

Тамар Зарандия

*д.ю.н., ассоциированный профессор, декан юридического факультета
Тбилисского государственного Университета им. И. Джавахишвили*

Евгения Курзински-Сингер

д.ю.н., эксперт постсоветского права

I. კერძო ავტონომია, როგორც ევროპული კერძო
სამართლის პრინციპი

I. Privatautonomie als Prinzip des europäischen Privatrechts

I. Частная автономия как принцип европейского
частного права

კერძო ავტონომია ევროპის სამოქალაქო სამართალში

I. კერძო ავტონომია და ხელშეკრულების თავისუფლება

კერძო (კერძო) ავტონომია წარმოადგენს ადამიანის სამართლებრივად აღიარებულ უნარს, დამოუკიდებლად მოაწიოს საკუთარი ცხოვრება.¹ ტერმინი სათავეს იღებს მეცნიერული წრებიდან და გარკვეულწილად აბუნდოვანებს ადამიანის კერძო ავტონომიის ფუნდამენტურ მნიშვნელობას. საქმე ეხება თვითგანსაზღვრას – გაცილებით უფრო პლასტიკურ ცნებას. კერძო ავტონომია ადამიანს მინიჭებული აქვს არა სახელმწიფოს ან სამართლის, არამედ ბუნების მიერ და იგი შემდგომ აღიარებულია სამართლის მიერ, სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემის საფუძველზე დადგენილ განსხვავებულ ჩარჩოებსა და საზღვრებში. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, კერძო ავტონომია გულისხმობს ცხოვრების ისეთ გაგებას, რომლის თანახმადაც, ყველაფერი დაშვებულია, რაც არ არის აკრძალული. ეს განსაზღვრება უპირისპირდება იმ მდგომარეობასა და წესრიგს, რომლის თანახმადაც მხოლოდ ის ქმედებაა მართლზომიერი, რომელიც მკაფიოდ ნებადართულია. ერთი კონკრეტული ინდივიდის კერძო ავტონომია მთავრდება იქ, სადაც იწყება სხვისი კერძო ავტონომია, რომლის შეზღუდვის უფლება, ამ უკანასკნელის ნების საწინააღმდეგოდ, არავის აქვს.

ინდივიდის კერძო ავტონომია იურისტების მიერ ხშირადაა გაიგივებული ხელშეკრულების თავისუფლებასთან, სინამდვილეში კი ის გაცილებით ფართო მნიშვნელობის ტერმინს წარმოადგენს. საკუთარი ცხოვრების დამოუკიდებლად მოწყობის უფლება ვრცელდება არა მხოლოდ სამართლებრივ ურთიერთობებზე/გარიგებებზე, არამედ ყველაფერზე, მათ შორის, სამართლის სფეროს მიღმა მდგომ ისეთ საკითხებზეც, როგორებიცაა საცხოვრებელი ან სამუშაო ადგილის შერჩევა, დღეების სურვილისამებრ დაგეგმვა, რელიგიური ორიენტაცია ან მეგობრებისა და პარტნიორის არჩევა. სამართლებრივი ურთიერთობებისა და გარიგებების სფეროში საქმე ეხება არა მხოლოდ ვალდებულებითი ხელშეკრულებების დადებას, არამედ, სხვა ისეთ მოქმედებებსაც, როგორებიცაა ტესტირება, მამობის უფლება, სამუშაო ხელშეკრულების შეწყვეტა ან საერთო საზოგადოებრივი მიზნებისათვის გაერთიანებებში განწევრიანება.

კერძო ავტონომიის მნიშვნელობა, მიუხედავად ამ უკანასკნელის დასახელებისა, არავითარ შემთხვევაში არაა შეზღუდული მხოლოდ სამოქალაქო სამართლით. ამ ტერმინის მნიშვნელობა მოიცავს ადამიანის (ინდივიდის) ფუნდამენტური უფლებებით აღჭურვას, რომელსაც დაცვა სჭირდება ყველა მხრიდან ჩარევისაგან, მათ შორის სახელმწიფოსა და კერძო აქტორების ჩარევისაგანაც. როგორც კერძო ავტონომიის მრავალმხრივი მნიშვნელობა ცხადყოფს, ეს უკანასკნელი განეკუთვნება ფუნდამენტური უფლებების კატეგორიას, რომელიც დღესდღეობით სხვადასხვა კონსტიტუციაში, გაეროს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაში², ადამიანის

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Dr. h.c. TSU Jürgen Basedow (ჰარვარდის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის მაგისტრი), მაქს პლანკის საზღვარგარეთული და საერთაშორისო სამოქალაქო სამართლის ინსტიტუტის ყოფილი დირექტორი და ჰამბურგის უნივერსიტეტის პროფესორი; Institute de Droit International-ის წევრი; ჰამბურგი, გერმანია

¹ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 – Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965, S. 1 .

² იხ. Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, 1797/98, S. 237 – 238, აქ ციტირებულია Hans Ebeling-ის გამოცემის მიხედვით, შტუტგარტი, 1990, გვ. 76: „თანდაყოლილი, ბუნებით მინიჭებული უფლება ხელშეუხებელია. თავისუფლება (სხვაზე თვითნებობის გარეშე), რამდენადაც ის საყოველთაო პრინციპის თანახმად, ყოველ სხვის თავისუფლებასთან უკონფლიქტოდ თანაარსებობს, არის ადამიანის ხელშეუხებელი, თანდაყოლილი, ადამიანური ყოფის ძალით მინიჭებული უფლება – თანდაყოლილი თანასწორობა, ანუ დამოუკიდებლობა, იყო სხვებთან ორმხრივ თანაარსებობაში ჩართული; ... უფლება, რომლის ფარგლებში მოქმედებისას სხვა/სხვისი ნება არ უნდა იქნეს უგულებელყოფილი... ყველა ეს უფლება გამომდინარეობს ადამიანის თანდაყოლილი, ბუნებით მინიჭებული თავისუფლებიდან და არაფრითაა ამ უკანასკნელისაგან განსასხვავებელი.“

უფლებათა ევროპულ კონვენციასა³ და ევროკავშირის ადამიანის ძირითად უფლებათა ქარტიაშია განმტკიცებული.⁴

კერძო ავტონომია არ ნიშნავს წესებისა და ნორმების არარსებობას. როდესაც ადამიანები სამართლებრივ ჩარჩოებში მოქმედებენ და ამ უკანასკნელის ფარგლებში საკუთარ კერძო ავტონომიას ახორციელებენ, მათ მთელი რიგი მორალური და ზნეობრივი ნორმების დაცვა უწევთ. ის, ვინც ხსენებულ ნორმებს არ ითვალისწინებს, არ არის აუცილებელი, სამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიეცეს, მაგრამ საზოგადოების რეაქცია ამა თუ იმ ქმედებაზე შეიძლება იყოს განსაკუთრებით მკაცრი და გარკვეულ შემთხვევებში ინდივიდის რაიმე სოციალური ჯგუფიდან განდევნაც კი გამოიწვიოს.

იმ ადამიანების ერთად მყოფობა და თანაარსებობა, რომლებიც თანაბრად არიან კერძო ავტონომიის უფლებით აღჭურვილნი, საჭიროებს ქმედების მოზომვასა და შეთანხმებულობას, რათა ერთმა ადამიანმა საკუთარი კერძო ავტონომიის განხორციელებისას სხვისი კერძო ავტონომია არ ხელყოს. ასეთი შეთანხმებულობის მიღწევის უმთავრეს ინსტრუმენტად კანტმა, ერთი მხრივ, საყოველთაო კანონი და, მეორე მხრივ, ხელშეკრულება დაასახელა. ხელშეკრულებას შეიძლება, პრეტენზია ჰქონდეს სისწორეზე - ან თუ ეკონომიკური კატეგორიებით ვისარგებლებთ - რესურსების ეფექტურ განაწილებაზე, და თუ მხარეები არ დაეთანხმებიან ხელშეკრულებას, მდგომარეობა შეთანხმების არსებობისას არ იქნებოდა უკეთესი ვიდრე შეთანხმების გარეშე.⁵ ასეთი სახის კონსენსუსი აჩვენებს ადამიანთა ფართო წრეების კმაყოფილებას. ამ ლოგიკაზე დაყრდნობით, ხელშეკრულების თავისუფლება, ერთი მხრივ, გამომდინარეობს კერძო ავტონომიიდან და, მეორე მხრივ, წარმოადგენს ადამიანთა ურთიერთშეთანხმებული ქმედებისა და ამ გზით კერძო ავტონომიის დაცვის საფუძველს.

II. კერძო ძალაუფლება, კონკურენცია და რეგულირება

ხელშეკრულების თავისუფლებისა და კერძო ავტონომიის წმინდა კერძო-სამართლებრივი კონცეფცია, ამავე დროს, გარკვეულ სისუსტეებსაც ავლენს. ავტონომია გულისხმობს კერძო ნების ძალაუფლებას. მხარეების მიერ კერძო ნების თანაბარი განხორციელება შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი ერთმანეთთან შეთანხმებით მოქმედებენ, რა სახის შეთანხმებაც ხშირად მოცემული არ არის. მეტწილად ჩვენ ვხვდებით უთანასწორობებს, რაც გარკვეულ გარემოებებში კერძო ავტონომიის გავლენით კიდევ უფრო მძაფრდება და მრავლდება. ასეთი უთანასწორობების არდაშეება, უმთავრესად, წარმოადგენს კონკურენციის ფუნქციას, რაც „ნების დამთრგუნველ და განმაიარალებელ“ ეფექტს აყენებს.⁶ უპირველეს ყოვლისა, ხელშეკრულების თავისუფლების, კერძო ნების ძალაუფლებისა და კონკურენციის დამთრგუნველი ზეგავლენის ურთიერთკავშირით წარმოდგება სისწორის (თანასწორობის) გარანტია ან, ეკონომიკურ ენაზე რომ ვთქვათ, რესურსების ალოკაციის (განაწილების) ოპტიმაცია, რასაც, ასევე, იმ საზოგადოებისათვის მოაქვს სარგებელი, რომელშიც არსებობს ძალთა ასიმეტრია. ძლიერი საბაზრო პოზიციის მქონე კომპანიასაც კი არ შეუძლია საკუთარი კლიენტების ექსპლუატაცია იქამდე, სანამ ის სხვა კომპანიების მიერ განეული კონკურენციითაა დისციპლინირებული. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ კონკურენცია ხელშეკრულების თავისუფლების არეალს კიდევ უფრო აფართოებს.

³ გერმანიაში, გერმანიის ძირითადი კანონის მეორე თავის პირველი აბზაცის თანახმად, კერძო ავტონომიის საფუძველად მოქმედებს ქმედების საყოველთაო თავისუფლება, იხ. გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო 12.11.1958, გადაწყვეტილება 8, 274; იხ. *Claus-Wilhelm Canaris, Verfassungs- und europarechtliche Fragen der Vertragsfreiheit*, in: *Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche*, München 1993, S. 873, 881, 889.

⁴ Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, General Assembly, Official Records, III, Resolutions, UN Doc. A/810, p. 71.

⁵ იხ. ასევე: *Michael Bothe, Privatautonomie und EMRK*, in Marco Haase, Hrsg., *Privatautonomie – Aufgaben und Grenzen*, Baden-Baden 2015, S. 89 – 96.

⁶ *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ABl. 2016 C 202/389, ევროკავშირის ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტია, დოკუმენტი 2016, C 202/389.

მართალია, რომ კონკურენციაც აწყდება სირთულეებს, როდესაც კონკურენციის პროცესები ბაზრის არასრულყოფილებისა და ნაკლოვანების გამოა შეზღუდული. ამის მიზეზია მონოპოლიების არსებობა – მონოპოლიები ელექტროენერჯისა და გაზის ბაზარზე – ინდუსტრიული ინვესტიციებისას გარემოს დაბინძურებით გამონვეული ეფექტი და სხვა გარეშე გარემოებების ზეგავლენა, ისეთი სახელმწიფო და საზოგადო საჭიროებების დეფიციტი, როგორებიცაა საგარეო და საშინაო უსაფრთხოება ან ფინანსური ბაზრის სტაბილურობა, რომელიც საკმარისი სტიმულის არარსებობის ფონზე მხოლოდ და მხოლოდ კერძო ხელშეკრულების მექანიზმით ვერ რეგულირდება. აქ საბოლოოდ ერთ-ერთ მიზეზად უნდა დასახელდეს მხარეთა შორის ინფორმირებულობისა და მოტივირებულობის ასიმეტრიული დონეც, მაგალითად, ხელშეკრულების გარკვეული ასპექტების მიმართ სამომხმარებლო ბაზარზე.

ბაზრის ასეთი ნაკლოვანებების შედეგი ისაა, რომ ხელშეკრულებათა გაფორმება ან/და საბაზრო პროცესების მსვლელობა გარკვეულ სეგმენტებში ვერ უზრუნველყოფს ეკონომიკური რესურსების ოპტიმალურ ალოკაციას (განაწილებას) და შესაბამისად, ეფექტურობის ზრდას. რამდენადაც ბაზრის ნაკლოვანებების კომპენსაცია ამას მოითხოვს, ლეგიტიმურია სახელმწიფო ჩარევა ხელშეკრულების თავისუფლებისა და კერძო ავტონომიის სფეროში.⁷ ასეთ დროს სახელმწიფო რეგულირება უნდა ვრცელდებოდეს ტრანზაქციების იმ ასპექტებზე, რომლებშიც გამოვლენილია ბაზრის ნაკლოვანებები. როდესაც ფუნქციონირებს ფასის კონკურენცია, მაგრამ არ ფუნქციონირებს პირობების კონკურენცია (იგულისხმება საკონტრაქტო პირობების კონკურენცია), ასეთ დროს სახელმწიფო რეგულაცია უნდა ვრცელდებოდეს საკონტრაქტო პირობებზე. მართალია, რომ ამ კონტექსტში არსებობს ასეთი რეგულაციების შინაარსობრივი სისწორის შეფასების კრიტერიუმის დეფიციტი. თუ რა ხასიათს უნდა ატარებდეს ასეთი რეგულაციები, ეს პოლიტიკური გადაწყვეტილების საგანია.

ევროკავშირში კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების თავისუფლების რეგულატორულ ურთიერთკავშირს (ჰარმონიას) უზრუნველყოფს შიდა ევროპულ ბაზარზე მოქმედი უზენაესი სამართლებრივი ნორმები, კერძოდ, კონკურენცია და ბაზრებზე პროდუქციის თავისუფალი გადაადგილება. ბაზრების გაღება და კონკურენციის დაცვა უნდა უზრუნველყოფდეს და აფართოებდეს კერძო აქტორების არჩევანის შესაძლებლობებს. კერძო ავტონომია და ხელშეკრულების თავისუფლება წარმოადგენს წინაპირობას და უნდა იქნეს მატერიალურად გამდიდრებული. ამ კონტექსტში ასევე მოქმედებს ევროკავშირის დამატებითი სამართლებრივი ნორმები შეზღუდვების დაწესებისა და რეგულაციების სახით.

III. ხელშეკრულების თავისუფლების ფორმები

კერძო ავტონომია გამოიხატება სხვადასხვა ფორმით. ის ხორციელდება ხელშეკრულების თავისუფლებით მოქმედი რამდენიმე პირის მიერ. უპირველესად, ეს არის ნებისმიერი ცალკეული პირის გადაწყვეტილება, საკუთარი პროდუქცია გამოიყენოს არა მხოლოდ თავადვე, არამედ გაიტანოს ეს უკანასკნელი ბაზარზე გასაყიდად. ამას პასუხობს სხვისი გადაწყვეტილება, დაფაროს საკუთარი მოთხოვნილება არასაკუთარი პროდუქციით, არამედ ბაზარზე მოპოვებული შენაძენით. ეს პირველი ნაბიჯი ხელშეკრულებისაკენ ემყარება ხელშეკრულების შერჩევისა და დადების თავისუფლებას. ეს თავისუფლება, ერთი მხრივ, შეზღუდულია კონტრაპირების იძულებით და, მეორე მხრივ, ისეთი პროდუქტებით ვაჭრობის აკრძალვით, როგორებიცაა ნარკოტიკი და კულტურული ღირებულების მქონე ნივთები.

შემდეგი ნაბიჯი სასურველი სახელშეკრულებო პარტნიორის შერჩევაა. კერძო ავტონომია, ასე ვთქვათ, გულისხმობს უფლებასაც, ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე არიდებულ იქნას სახელშეკრულებო ურთიერთობა ერთ კონკრეტულ პირთან ან რომელიმე კონკრეტულ ჯგუფთან დაახლოებულ პირთან. სახელშეკრულებო პარტნიორის შერჩევის თავისუფლება უკანასკნელ ნლებში მზარდად პროგრესირებს და ევროკავშირის სამართალში მასში შეტანილია ანტიდისკრიმინაციული ნორმები.

⁷ იხ. *Gerhard Wagner*, *Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, in: *Anthony Ogus/Willem van Boom*, eds., *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford and Portland 2011, S. 9 – 42 (15 ff.).

ზემოსხენებულის გათვალისწინებით, ხელშეკრულების შინაარსისა და ტიპის თავისუფალი შერჩევა მხარეებს აძლევს შესაძლებლობას, შეჯერდნენ მათთვის სასურველ ურთიერთგაცვლაზე და განსაზღვრონ სახელშეკრულებო ურთიერთობა კანონით დადგენილი ხელშეკრულებების ტიპების მიღმა გასვლით. მათ შეუძლიათ, რომ ფასი და რაოდენობა ისევე თავისუფლად განსაზღვრონ, როგორც ხელშეკრულებით გათვალისწინებული საგნის ხარისხი და გაცვლის პირობები. მათ ასევე შეუძლიათ, შექმნან ანგარიშსწორების ახალი ფორმები ეგრეთ წოდებული ინომინატ (Innominatverträge) ხელშეკრულებების დადებით.

შემდგომ მხარეები ასევე თავისუფალნი არიან ორმხრივი დანაპირების დადებაში. მაშინ, როდესაც ასეთ დანაპირებს გააჩნია სამართლებრივი ძალა ყოველგვარი დამატებითი დოკუმენტის გარეშე, როგორც კონსენსუალური ხელშეკრულების დროს, მხარეებს შეუძლიათ, შეთანხმდნენ მკაცრი ფორმალობების დაცვაზე, მაგალითად, წერილობით ფორმაზე. ეს არის ფორმის თავისუფალი შერჩევის უფლება – *ფორმის თავისუფლება*. საბოლოოდ მხარეებს ასევე აქვთ უფლება, არსებული სამართლებრივი ურთიერთობა ორმხრივი ნების საფუძველზე შეცვალონ ან გააუქმონ – *შეცვლისა და გაუქმების თავისუფლება*.

ბოლოს შეიძლება ითქვას, რომ ხელშეკრულების თავისუფლებას საფუძველად უდევს კერძო რეგულირების უფლება, რომელიც თავის საფუძველითა და სხვადასხვა გამოვლინებით აღიარებულია ევროკავშირის წევრი ქვეყნების სამართლებრივ სისტემებში. ის წარმოადგენდა ევროკავშირის შექმნის სასტარტო ფასეულობას. შემდეგ თავებში განსახილველი დარჩა მხოლოდ ის, თუ რა მასშტაბით შეითვისა ევროკავშირის სამართალმა ეს პრინციპები.

IV. ხელშეკრულების თავისუფლება ევროკავშირის უზენაეს სამართალში

ევროკავშირის უზენაესი სამართალი პირდაპირი გზით არ შეიცავს ხელშეკრულების თავისუფლების დაცვის გარანტიებს, თუმცა გულისხმობს ამას. იმის გათვალისწინებით, რომ ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) 101-ე თავი და პროდუქციის თავისუფალი გადაადგილების პრინციპი შიდა ევროპულ ბაზარზე კონკურენციას იცავს, აუცილებელ წინაპირობადაა განსაზღვრული ისეთი ეკონომიკური წესრიგი, რომლის ფარგლებშიც პროდუქცია არაცენტრალური მმართველობითი სტრუქტურების მიერ იქნება განაწილებული, არამედ რომლის პირობებშიც თავად მხარეებს ექნებათ შესაძლებლობა, გააკეთონ არჩევანი სხვადასხვა ორგანიზაციის სხვადასხვა შემოთავაზებას შორის მათთვის სასურველ და შეთანხმებით პირობებში. არჩევანის გაკეთების სამართლებრივი მექანიზმი არის ხელშეკრულება, რომლის დადებაშიც საბაზრო პროცესების მონაწილენი სრულიად თავისუფალნი უნდა იყვნენ. რამდენადაც ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 101-ე თავის მეორე აბზაცი კონკურენციის შეზღუდვის გამომწვევ ხელშეკრულებებს სამართლებრივი ძალის არმქონედ ცნობს, ეს ნორმა ასევე ითვალისწინებს, რომ ასეთ ხელშეკრულებებს ზემოსხენებული აკრძალვის გარეშე სამართლებრივი ძალა ექნებოდა. ეს აგრეთვე ამყარებს ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპულ აღიარებას. მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირის უზენაესი სამართალი ხელშეკრულების თავის უფლების საყოველთაო – ფუნდამენტურ პოსტულატს აყალიბებს, ამ უკანასკნელის დაცვის გარანტია მოცემულია ცალკეული წევრი სახელმწიფოების ცალკეულ სამართლებრივ სისტემებში.⁸

2007 წლის ლისაბონის ხელშეკრულების დადებიდან ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტია ასევე შევიდა ევროკავშირის უზენაეს სამართალში.⁹ ესეც არ შეიცავს ხელშეკრულების თავისუფლებას პირდაპირი გზით. თავისუფლების ზოგადი უფლება, როგორც ეს მეექვსე თავშია მოცემული, გულისხმობს, დამაჯერებელ ინტერპრეტაციებზე დაყრდნობით, ფიზიკური გადაა-

⁸ Fritz Rittner, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, Juristenzeitung, 1990, 838, 841; ასევე Ulrich Immenga, Thesen zur Privatrechtsangleichung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, 169.

⁹ იხ. ზემოთ, 6.

დგილების თავისუფლებას და არა რაიმე სხვა ქმედების თავისუფლებას.¹⁰ კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების თავისუფლების ცალკეული ასპექტები, როგორებიცაა ქორწინების ხელშეკრულების უფლება – თავი 9, გაერთიანებებში შესვლის უფლება – თავი 12 და პროფესიული საქმიანობის არჩევისა და განხორციელების უფლება – თავი 15, გაშლილია შემდგომ განსაზღვრებებში. პროფესიული საქმიანობის თავისუფალი არჩევისა და განხორციელების უფლება, რაც დიდი ხანია ფუნდამენტურ პრინციპადაა აღიარებული ევროპის სამართალში, ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს დადგენილებებზე დაყრდნობით, ასევე შეიცავს საქმიანი პარტნიორის თავისუფალი არჩევის უფლებას.¹¹ ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო მეთექვსმეტე თავზე დაყრდნობით, ხელშეკრულების თავისუფლებას ასევე განიხილავს, როგორც სამენარმეო საქმიანობის თავისუფლების ნაწილს.¹² საბოლოოდ მეჩვიდმეტე თავში მოცემული საკუთრების დაცვის გარანტიამ ახვევა მოცემული ყოველი ადამიანის უფლება, ისარგებლოს, ფლობდეს და განკარგოს საკუთარი ქონება მემკვიდრეობის პრინციპით. იმ შემთხვევაში, თუ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული საგნები საკუთრების დაცვის გარანტიის კატეგორიაში მოხვდება, ასეთ დროს ეს ხელშეკრულებები ნარმოადგენს საკუთრებით სარგებლობისა და საკუთრების ფლობის ფორმებს, როგორც ამას მეჩვიდმეტე თავი ითვალისწინებს. უფლება საკუთრების მოპოვებისა ასეთი შემთხვევისას მოცემული არ არის.¹³

რამდენადაც ფუნდამენტურია ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი მთლიანი კერძო სამართლისთვის, იმდენადვე ფრაგმენტულადაა მოცემული ამ უკანასკნელის დაცვის მექანიზმები ევროკავშირის უზენაეს სამართალში. როგორც ლუთინგ ჰაუსი თავისი ჰაბილიტაციის ნაშრომში აღნიშნავს, მოცემულია მხოლოდ ცალკეული და კონტექსტუალურ – სპეციფიკური დაცვის მექანიზმები და არასაყოველთაო – მომცველობითი გარანტიები.¹⁴ ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტიის მეთექვსმეტე თავი და ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულებისას მეერთე თავი ეხება მხოლოდ ორგანიზაციებს, პროდუქციის თავისუფალ გადაადგილებას და ევროკავშირის საერთო ბაზარს. ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტიის მეჩვიდმეტე თავი ეხება მხოლოდ მესაკუთრეებს. არსებობს გარანტიები მხოლოდ ცალკეული, სპეციფიკური შემთხვევებისთვის. თუ რამდენადაა დაცული მომხმარებელთა ხელშეკრულების თავისუფლება უზენაეს-სამართლებრივად, არ ექვემდებარება გადამწყვეტ დადგენას.

V. ხელშეკრულების თავისუფლება ევროკავშირის მეორეულ სამართალში

ევროკავშირის მეორეული სამართალი, რამდენადაც ეს უკანასკნელი კერძო ხელშეკრულებების სფეროზე ვრცელდება, ძირითადად მაიძულებელ ხასიათს ატარებს. უმეტესი სამართლებრივი ნორმა ზღუდავს ხელშეკრულების თავისუფლებას და მხოლოდ შეზღუდულ ფორმაში აყენებს მას წინაპირობად.¹⁵ მთელი რიგი სამართლებრივი აქტები მომხმარებელთა უფლებების, პირთა გადაადგილების, ანტიდისკრიმინაციული მიდგომების, შრომის კოდექსის, სამენარმეო საქმიანობისა და საბაზრო-ეკონომიკური სამართლის, სადაზღვეო და საბანკო-საფინანსო სამართლის

¹⁰ Norbert Bernsdorff in Jürgen Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2003, Art. 6, Rz. 11.

¹¹ EuGH, 10.7.1991, verb. Rs. C-90 und 91/90 (Jean Neu), ECLI:EU:C:1991:303, Rn. 13.

¹² EuGH, 18.7.2013, Rs. C-426/11 (Alemo-Herron ./ Parkwood Leisure), ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 32.

¹³ ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტიის 52-ე თავის მესამე აბზაცის თანახმად, ქარტიაში მოცემული უფლებები დანახულ უნდა იქნეს ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში მოცემულ უფლებებთან ჰარმონიაში, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დადგენილება, 13.6.1979 (6833/74-Marckx ./ Belgien,), ველის ნ. 50, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი დამატებითი პროტოკოლის პირველი თავი ითვალისწინებს მხოლოდ და მხოლოდ უკვე არსებული საკუთრების დაცვას; იხ. აგრეთვე Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. London 2004, S. 461.

¹⁴ Jan Lüttringhaus, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Binnenmarkt, Tübingen Mohr Siebeck, im Erscheinen, Kap. 2 § 1.

¹⁵ იხ. Annette Nordhausen Scholes in Norbert Reich/Annette Nordhausen Scholes/Jeremy Scholes, Understanding EU Internal Market Law, Cambridge and Antwerp 2015, S. 515 ff

შესახებ პირდაპირ ან არაპირდაპირ უკავშირდება სახელშეკრულებო სამართალს. ყველა ეს აქტი, ყოველგვარი გამონაკლისის გარეშე, ერთმხრივად ან ორმხრივად მაიძულებელი ხასიათისაა.

მხოლოდ მცირედი ამ სამართლებრივი აქტებისა მიუთითებს მხარეთა შესაძლებლობაზე, გაარკვიონ გარკვეულ საგანთან დაკავშირებით წარმოქმნილი ინტერესი სახელშეკრულებო ურთიერთობის ფარგლებში. მიუხედავად ამისა, ასე მოხდა ევროს შემოტანასთან დაკავშირებით მიღებულ დადგენილებებში¹⁶ და ასევე, სავაჭრო სფეროში მიღებულ ცალკეულ სამართლებრივ აქტებში.¹⁷ ასევე საბოლოო გამყიდველის რეგრესითავე მომმარაგებელთან დაკავშირებით, როგორც ეს სამომხმარებლო პროდუქციის შექმნის შესახებ დადგენილების მეოთხე თავშია მოცემული, არის მკაფიოდ, დისპოზიციურად კონციპირებული.¹⁸ ევროპის საკონკურენციო სამართალში მოცემული დადგენილებები გარკვეულ ჯგუფთაგან თავისუფლების შესახებ ადგენს ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 101-ე თავის პირველ აბზაცში მოცემული ხელშეკრულების აკრძალვიდან მრავალ გამონაკლისს და მიუთითებს შესაბამისი ხელშეკრულებების გაფორმების შესაძლებლობაზე.¹⁹ ხელშეკრულების თავისუფლების სპეციფიკური კოლიზიურ-სამართლებრივი თამაშის ფორმები, როგორებიცაა ფორუმების პროროგაციისა და დეროგაციის უფლება²⁰ და საერთაშორისო კერძო სამართლით აღიარებული მხარეების ავტონომიის პრინციპი, ასევე პოულობს აღიარებას.²¹ მაიძულებელი ხასიათის მქონე სამართლებრივი აქტების ამ ფართო რიგში აშკარაა ხელშეკრულების თავისუფლებაზე მითითების ნაკლებობა. საბოლოოდ თვალსაჩინოა: ცალკეულ დასაბუთებასა და განმარტებაში მხოლოდ ფრაგმენტულადაა ხაზგასმული, რომ აქტუალურ სამართლებრივ აქტებსა თუ ნორმებში საქმე ეხება ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპიდან გადახვევას²² ან ხელშეკრულების თავისუფლებით ბოროტად სარგებლობის არდა-

¹⁶ იხ. 1997 წლის 17 ივნისის ევროპის კავშირის საბჭოს დადგენილება ევროს შემოტანასთან დაკავშირებული სამართლებრივი ნორმების შესახებ, თავი 3, წინადადება 2, ნ. 1103/97, დოკუმენტი 1997 L 162/1; იხ. ასევე დამატებითი კომენტარი 7, რომელშიც მკაფიოდ იკითხება: „ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი დაცულ უნდა იქნეს“. იხ. ასევე 1998 წლის 3 მაისის ევროპის კავშირის საბჭოს დადგენილება ევროს შემოტანის შესახებ, (974/98/ევროპის კავშირი (EG)), დოკუმენტი 1998 L 139/1; იხ. იქ თავი 8, აბზაცი მე-2 და დამატებითი განმარტება 12.

¹⁷ იხ. 1986 წლის 18 დეკემბრის ევროპის ეკონომიკური კავშირის საბჭოს დადგენილება სავაჭრო სფეროს დამოუკიდებელ წარმომადგენლებთან დაკავშირებით ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების სამართლებრივი ნორმების კოორდინაციის შესახებ, თავი 6, 15-ე თავის მე-5 აბზაცი (86/653/ევროპის ეკონომიკური კავშირი (EWG)), დოკუმენტი 1986 L 382/17.

¹⁸ იხ. ევროპარლამენტისა და 1999 წლის 25 მაისის ევროპის ეკონომიკური საბჭოს დადგენილება (1999/44/ევროპის ეკონომიკური კავშირი (EWG)) სამომხმარებლო პროდუქციის შექმნის გარკვეული ასპექტებისა და სამომხმარებლო პროდუქციის გარანტიების შესახებ, დოკუმენტი 1999 L 171/12; 9-ე განმარტებაში ვკითხულობთ: „ეს დადგენილება ხელუხლებელს ტოვებს ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს გამყიდველის, მწარმოებლის, პირვანდელი გამყიდველის ან ვინმე სხვა შუამდგომელი პირის ურთიერთობებში“.

¹⁹ იხ. *Reinhard Ellger*, in: *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker*, Hrsg., *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., München 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 342.

²⁰ 2012 წლის 12 დეკემბრის ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს დადგენილება (ნ. 1215/2012) სავაჭრო-სამოქალაქო სფეროში გადაწყვეტილებების აღსრულების, აღიარებისა და სასამართლო პერსპექტივის შესახებ, დოკუმენტი 2012 L 351/1; იხ. ასევე 25-ე თავი პასუხისმგებელი სასამართლო ინსტანციების შესახებ შეთანხმებებზე, ასევე 19-ე განმარტება, რომლის თანახმადაც „სახელშეკრულებო ურთიერთობაში მხარეებს უნდა გააჩნდეთ კონკრეტული სასამართლო თავისუფალი არჩევის და ამ არჩევნის ხელშეკრულებაში დაფიქსირების უფლება.“

²¹ 2007 წლის 11 ივლისის ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს დადგენილება (ნ. 864/2007) ერთი მხარის ან მხარეთა მიერ ხელშეკრულების დარღვევის/ხელშეკრულებიდან გასვლის შემთხვევაში წარმოქმნილ ვალდებულებით ურთიერთობებზე გამოსაყენებელი სამართლებრივი ზომების შესახებ („რომი II“), დოკუმენტი 2007 L 199/40; 14-ე თავში მოცემულ სამართლებრივი ზომების თავისუფალი არჩევის უფლებასთან დაკავშირებით, 31-ე განმარტებაში ვკითხულობთ: „იმისათვის, რომ დაცულ იქნეს მხარეთა ავტონომია, მხარეებს თავად უნდა შეეძლოთ გამოსაყენებელი სამართლებრივი წესების არჩევა.“

²² 2004 წლის 13 დეკემბრის ევროპის კავშირის საბჭოს დადგენილება (2004/113/ევროპის კავშირი (EG)) ქალისა და მამაკაცის მიერ პროდუქტებითა და სერვისებით თანაბარი სარგებლობისა და მათზე თანაბარი წვდომის უზრუნველყოფის პრინციპის შესახებ, დოკუმენტი 2004 L 373/37; მე-14 განმარტებაში ვკითხულობთ: „ეს დადგენილება იქამდე არ უნდა ეხებოდეს ერთი პირის მიერ სასურველი სახელშეკრულებო პარტნიორის არჩევის უფლებას, სადამდეც სახელშეკრულებო პარტნიორი არ აირჩევა მისივე სქესის გამოსაყენებელი სელექციის პრინციპით.“

შეგებას.²³ ევროკავშირის მეორეულ სამართალში ამ ექსკურსით მიღებული შედეგი, შესაბამისად, არის საკმაოდ არათანმიმდევრული. მსჯელობა შემოფარგლულია მხოლოდ და მხოლოდ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე საფრთხეების აღნიშვნით, საერთოდ არაა ხაზგასმული ხელშეკრულების თავისუფლების პოზიტიური ასპექტები და ამ უკანასკნელის განხორციელებაში მოქალაქეებისა და ორგანიზაციების პასუხისმგებლობის როლი. შეეხება თუ არა საერთოდ თემა ხელშეკრულების თავის უფლებას, შემთხვევითობასაა მინდობილი, მაგრამ ამ კონტექსტში აღსანიშნავია, რომ გარკვეული საპირისპირო ტენდენციებიც იკვეთება. საბოლოოდ, რაინერ შულცეს დახმარებით, შეიძლება იმ დასკვნამდე მისვლა, რომ „ხელშეკრულების თავისუფლების სახით, საქმე ეხება რაღაც საყოველთაოსა და უზენაესს და არა ევროკავშირის მეორეული სამართლის რომელიმე სფეროთი თუ სექტორით შემოფარგლულ პრინციპს“.²⁴

VI. ხელშეკრულების თავისუფლება სასამართლო პრაქტიკაში

ზემოხსენებული დასკვნა გამყარებულია ახალ სასამართლო პრაქტიკაში მიღებული გადაწყვეტილებებით, რომლებშიც სულ უფრო მეტ მინიშნებას ვპოულობთ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპზე. ამ გადაწყვეტილებების საფუძველზე მზარდი სიხშირით კეთდება ნორმატიული დასკვნები. მაგალითისათვის გამოდგება 1992 წელს პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, რომლის თანახმადაც, სასამართლომ უარი განაცხადა, დაევალებინა შესაბამისი კომისიისათვის კონტრაპირების იძულების გატარება იმ ორგანიზაციების მიმართ, რომლებმაც დაარღვიეს ევროპის კავშირის სამართლის 81-ე თავში მოცემული კარტელური საქმიანობის ამკრძალავი ნორმა. გადაწყვეტილების დასასაბუთებლად სასამართლომ მიმართა იმ არგუმენტაციას, რომ „ხელშეკრულების თავისუფლება უნდა დარჩეს ხელუხლებელ ნორმად“ და რომ არსებობს არაერთი გზა, 81-ე თავში მოცემული ნორმის საწინააღმდეგო ქმედების აღსაკვეთად.²⁵

ერთ-ერთი წინასწარი გადაწყვეტილების გამოტანის შრომითსამართლებრივი ხასიათის პროცესის მსვლელობისას პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიმართეს კითხვით, შეუძლია თუ არა კონკრეტული საწარმოს კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებით შეუბოჭავი შემსყიდველი, 77/187²⁶-ე დადგენილების თანახმად, იმ კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებით, რომელიც დაიდო საწარმოს გასხვისების შემდეგ და რომელსაც ექნებოდა იურიდიული ძალა განმსხვისებლისთვის საწარმოს გასხვისების გარეშე. სასამართლო უარყოფს ასეთი ტიპის შეუბოჭილობას და ასაბუთებს ამას იმ არგუმენტით, რომ „ზოგადად, ხელშეკრულება ან სახელშეკრულებო ურთიერთობა დამყარებულია კერძო ავტონომიის პრინციპზე, რომლის თანახმადაც მხარეები თავისუფალნი არიან ორმხრივი ვალდებულებების დაკმაყოფილებაში. ამ პრინციპზე დაყრდნობით, მოცემულ სიტუაციაში ბრალდებულზე, რომელიც არ წარმოადგენს დამსაქმებელი ორგანიზაციის წევრს და შეუბოჭავია კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებით, არ ვრცელდება ასეთი ტიპის კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებები და უფლებები.“²⁷

²³ 2011 წლის 16 თებერვლის ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს დადგენილება (2011/7/EU) ფინანსურ ურთიერთობებში გადახდის დაგვიანების დაძლევის შესახებ (ახალი გამოცემა); დოკუმენტი 2011 L 48/1; ამ სამართლებრივი აქტის აუცილებელი გამოყენება ორგანიზაციებსა და კომპანიებს შორის ურთიერთობებში 28-ე განმარტებაში ახსნილია იმით, რომ „ხელშეკრულების თავისუფლების ბოროტად გამოყენება კრედიტორის საზიანოდ... ამ ნორმის თანახმად, აკრძალულია.“

²⁴ Reiner Schulze, Grundsätze des Vertragsschlusses im *acquis communautaire*, *Gemeinschaftsprivat*recht 2005, 56 f; ähnlich Bettina Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl. Heidelberg, Rn. 233 ff.

²⁵ EuG 18.9.1992, Rs. T-24/90 (*Automec*), ECLI:EU:T:1992:97, Rn. 50-52.

²⁶ 1977 წლის 14 თებერვლის ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების საბჭოს დადგენილება (77/187/EWG) ორგანიზაციების, საწარმოების ან საწარმოების ნაწილების გასხვისებისას მშრომელთა მოთხოვნების დაცვა/შენარჩუნების შესახებ ევროკავშირის წევრი ქვეყნების სამართლებრივი ნორმების ურთიერთდაახლოებასთან დაკავშირებით, დოკუმენტი 1977 L 61/26, შეიცვალა ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების საბჭოს 1998 წლის 29 ივნისის დეკრეტით, დოკუმენტი 1998 L 201/88.

²⁷ EuGH 9.3.2006, Rs. C-499/04 (*Werhof ./. Freeway Traffic Systems*), ECLI:EU:C:2006:168, Rn. 23; შეზღუდულია მოქმედებაში სამუშაო ხელშეკრულებაში შემზღუდველი პირობის არსებობის შემთხვევაში, EuGH 27.4.2017, verb. Rs. C-680/15 und 681/15 (*Asklepios ./. Felja und Graf*), ECLI:EU:C:2017:317, Rn. 21.

ასევე, საგადასახადო სამართალთან დაკავშირებულ ახალ გადაწყვეტილებებში ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ შეზღუდა გარკვეული, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპზე აგებული შეთანხმებები და ამ გზით შეჯერდა გარკვეულ დასკვნებზე საგადასახადო სამართლის სფეროში.²⁸ ასევე თვალსაჩინოა, შემდგომში, სასამართლოს პოზიცია ციტრუსის გადამამუშავების ხარჯების დაფარვასთან დაკავშირებული ხელშეკრულებების გადართობის შესახებ. ამ კონტექსტში სასამართლო ადგენს, რომ „მხარეების უფლება, შეცვალონ მათ მიერ დადებული ხელშეკრულებები, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს ემყარება და შესაბამისად, არ ექვემდებარება შეზღუდვას, თუ არ არსებობს რაიმე საყოველთაო-უზენაესი ნორმა, რაც ასეთი ტიპის სახელშეკრულებო ურთიერთობაში რაიმე შეზღუდვებს ითვალისწინებს. ამის გათვალისწინებით, ხელშეკრულების ასეთი სახის ცვლილება არ შეიძლება, რომ დაუშვებლად იქნეს მიჩნეული იქამდე, სანამ ცვლილების მიზანი არ ეწინააღმდეგება საყოველთაო-უზენაეს ნორმას და არ ზრდის თაღლითობის საფრთხეს.“²⁹

პირველად ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტიის მე-16 თავში³⁰ ბიზნეს-სამეწარმეო სფეროზე გავრცელებული ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის ჩანერგვამ გამოიწვია ის, რომ ევროპული სასამართლოები მზარდი სიხშირით ეყრდნობიან და ხელმძღვანელობენ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპით.³¹ მაშინაც კი, როდესაც სასამართლოები, თანაზომიერების პრინციპზე დაყრდნობით, ემხრობიან ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის შეზღუდვას ამ უკანასკნელთან წინააღმდეგობაში მოსული რეალიებისა და მიზნების გათვალისწინებით³², მათ პრაქტიკაში ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი მაინც ატარებს ერთგვარ დამაკონკრეტებელ და სიცხადის შემომტან ფუნქციას, როდესაც საქმე ეხება ევროკავშირის მეორეული სამართლებრივი ნორმების ინტერპრეტაციას. მაგალითისათვის, სასამართლომ, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპზე დაყრდნობით, მართლზომიერად ჩათვალა კრედიტორის მიერ განცხადებული უარი ვალის გადახდის ვადის გადაცილებით გამოწვეული პროცენტის მიღებაზე და სანაცვლოდ, მის მიერ ძირითადი ვალის ერთიანი მიღების მოთხოვნა³³, მიუხედავად იმისა, რომ დადგენილება გადახდის ვადის გადაცილების შესახებ³⁴, შემცველი კრედიტორის ინტერესების დაცვაზე ორიენტირებული მაიძულებელი მექანიზმებისა, სხვა რამეს ითვალისწინებდა.

VII. ხელშეკრულების თავისუფლება და ევროპის ეკონომიკური სამართალი

ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპმა უდავოდ ჰპოვა აღიარება ევროკავშირის სამართალში. ამ პრინციპის საყოველთაო აღიარება მკაფიოდ მოდის წინააღმდეგობაში ხელშეკრულების თავისუფლების მიმართულებით ევროკავშირის სამართლის განვითარების ფორმებთან. ეს უკანასკნელი ხასიათდება ფრაგმენტულობითა და სამართლებრივი აქტების მაიძულებელი ხასიათით.

ამ კონტექსტში ინტერესის საგანს წარმოადგენს კერძო ავტონომიისა და სახელშეკრულებო სამართლის მაიძულებელი ბუნების კონფლიქტი. ის, ვინც ხელშეკრულების თავისუფლების პრიზმიდან ევროკავშირის სამართალს დააკვირდება, დაინახავს მხოლოდ და მხოლოდ მრავალჯერად

²⁸ EuGH 22.3.2007, Rs. C-437/04 (Kommission ./ Belgien), ECLI:EU:C:2007:178, Rn. 51; EuGH 18.7.2007, Rs. C-277/05 (Société Thermale d'Eugénie-les-Bains), ECLI:EU:C:2007:440, Rn. 21.

²⁹ EuGH 5.10.1999, Rs. C-240/97 (Spanien ./ Kommission), ECLI:EU:C:1999:479, Rn. 99 f.

³⁰ იხ. ზემოთ ტექსტში სქოლიო ნ. 14.

³¹ იხ. მაგ., EuGH 22.1.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich ./ Österreichischer Rundfunk), ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 42 f.; EuGH 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis ./ Ypourgos Ergasias), ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 67 ff.; EuGH 30.16.2016, Rs. C-134/15 (Lidl ./ Freistaat Sachsen), ECLI:EU:C:2016:498, Rn. 28 ff.

³² Aget Irakli-ის შემთხვევაში, იხ. წინა სქოლიო, ველის ნ. 102, სამსახურიდან მასობრივი დათხოვნების აკრძალვა, რომელიც სრულიად გაურკვეველ წინაპირობებს იყო მიბმული და სახელმწიფო ხელისუფლებებს მოქმედების შეუზღუდავ არეალს აძლევდა, მიჩნეულ იქნა არათანაზომიერ დარღვევად ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტიის მე-16 თავის მიმართ.

³³ EuGH 16.2.2017, Rs. C-555/14 (IOS Finance ./ Servicio Murciano de Salud), ECLI:EU:C:2017:121, Rn. 31.

³⁴ იხ. ზემოთ სქოლიო ნ. 25.

ჩარევებს ხელშეკრულების დადების, ამ უკანასკნელის შინაარსის განსაზღვრისა და სახელშეკრულებო პარტნიორის შერჩევის თავისუფლებაში. ასეთი ტიპის ჩარევები დომინირებს კანონმდებლობასა და სასამართლო პრაქტიკაში. ამ ტენდენციის საწინააღმდეგოდ ხელშეკრულებების ინტერპრეტირება ისეთივე მცირე როლს ასრულებს, როგორცაც ასეთი ხელშეკრულებების ინტერპრეტირება დისპოზიციური სახელმწიფო წესრიგის ჩარჩოში. ზუსტად ასეთი შეკითხვებია ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების უმაღლესი სასამართლოების სახელშეკრულებო-სამართლებრივი პრაქტიკის წინაშე. ისინი აიძულებენ იურისტებს, გაანალიზონ აქცენტები სუბიექტურად სასურველ ტექსტზე, ეკონომიკური აზრის მქონე პოსტულატსა და დისპოზიციური სამართლის კუთხით დასაბუთებულ რისკებზე. ეს ყველაფერი მოქმედებს იურისტების მიერ სახელშეკრულებო სამართლის გაგების ფორმირებაზე.

აღსანიშნავია, რომ ასეთი სამართალთან დაკავშირებული შეკითხვები ევროკავშირის უმაღლეს სასამართლოებამდე ვერ აღწევს, რამდენადაც, ევროკავშირის სამართლის თანახმად, სასამართლოები არ არიან აღჭურვილნი სამართლებრივი ნორმების ინტერპრეტირების კომპეტენციით. აქედან გამომდინარე, კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის ზემოთ მოყვანილი აღიარებები ხშირად მოკლებულია რეალური, დამავალდებულებელი მოქმედების ძალას. საუკეთესო შემთხვევაში ისინი ქმნიან დებატების საფუძველს ბევრი მაიძულებელი ხასიათის მქონე სამართლებრივი ნორმის მასშტაბების შესახებ. ევროკავშირის კერძო სამართალი არის, როგორც ეს ევროპული სამომხმარებლო სამართლის ერთ-ერთმა პროტაგონისტმა – მიკელიცმა მატერიით შემოფარგვლის გარეშე ჩამოაყალიბა, „რეგულატორული კერძო სამართალი.“³⁵ ევროკავშირის კანონმდებლობა და სასამართლოების პრაქტიკა სახელშეკრულებო სამართლის სფეროში ეკონომიკურ ცხოვრებაში მონაწილე იურისტების მიერ აღიქმება, როგორც იძულებითი კორსეტი, რაც მათ ევროკავშირის საერთო ბაზარზე მათი კაუტელარულ-იურიდიული როლის აღქმაში სირთულეებს უქმნის. ამით აიხსნება, ალბათ, კომისიის მიერ ერთიანი ევროპული ნასყიდობის სამართალთან³⁶ დაკავშირებით შემუშავებულ საკანონმდებლო ინიციატივაზე ნათქვამი უარი და ამ უკანასკნელის სრული უკუგდება.³⁷ ამ ტექსტშიც საქმე ეხებოდა ძლიერ და სუსტ მხარეებს შორის ურთიერთობას. ტექსტის თანახმად, წინ წამოინია სუსტი მხარის დაცვის საჭიროებამ.

ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი საკმარისი სერიოზულობით რომ იქნეს აღქმული, საჭიროა, სასამართლოების მიერ მისი გამოყენება/მისით ხელმძღვანელობა ეკონომიკურ ცხოვრებაში მიმდინარე სახელშეკრულებო-სამართლებრივი დავების განხილვისას გახდეს უფრო გამჭვირვალე. ეს, რა თქმა უნდა, მოითხოვს ევროკავშირში დისპოზიციური სახელშეკრულებო სამართლის დამკვიდრებას, რომლის ავტორიტეტული ინტერპრეტაცია დაექვემდებარებოდა სასამართლოს კომპეტენციას. ევროკავშირის დღეს არსებული კრიზისის პირობებში კომისიამ თავის თეთრ წიგნში ევროპის მომავლის შესახებ მიანიშნა განვითარების ასეთ შესაძლო გზაზე. რამდენიმე სავარაუდო სცენარიდან ერთ-ერთს ის ასათაურებს შემდეგნაირად: „ვისაც მეტი სურს, ის მეტს აკეთებს“ ევროკავშირის მსურველი წევრი სახელმწიფოების გაძლიერებული თანამშრომლობა. ერთ-ერთ შესაძლო პროექტად აქ დასახელებულია ეკონომიკური კანონების კრებული კორპორაციულ-სამართლებრივი და სავაჭრო-სამართლებრივი ნორმებით, „რათა ნებისმიერი სიდიდის კომპანიებს შეეძლოთ საზღვრებს მიღმა საქმიანობის წარმოება.“³⁸

³⁵ *Hans-Wilhelm Micklitz, The Transformation of Enforcement in European Private Law: Perspectives and Challenges, European Review of Private Law 23 (2015) 491 – 524 (496).*

³⁶ საკანონმდებლო ინიციატივა ევროპარლამენტსა და ევროსაბჭოს საერთო ევროპული ნასყიდობის სამართლის შესახებ, COM (2011) 635, 11.10.2011.

³⁷ იხ. ევროკავშირის ექვსი წევრი სახელმწიფოს ხელისუფალთა ერთიანი წერილი კომისიის პასუხისმგებლის მიმართ, 28.11.2014, დაბეჭდილია ZEuP-ში, 2015, 432; საკანონმდებლო ინიციატივის უკან წაღებასთან დაკავშირებით იხ. კომისიის შეტყობინება ევროპარლამენტისთვის, ევროსაბჭოსთვის, ევროპის ეკონომიკურ და სოციალურ საქმეთა კომიტეტისთვის და რეგიონთა კომიტეტისთვის - Arbeitsprogramm der Kommission für 2015: Ein neuer Start, COM (2014) 910 final, Annex 2, Nr. 60.

³⁸ Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM(2017) 2025 final, S. 12; მსგავს პოზიციებს იკავებს ფრანგი მეცნიერების ჯგუფი Fondation pour le droit continental-ის ფარგლებში, იხ. *Philippe Dupichot, Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2017, 245-249; Laure Bélanger, Un code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe, La semaine juridique – édition générale 2017, 790.*

ასეთი პროექტის საფუძველი იქნებოდა, ალბათ, დისპოზიციური სახელშეკრულებო სამართალი. დაუჭერენ თუ არა მას მხარს საკმარისი რაოდენობის სახელმწიფოები და შესუსტდება თუ არა ამ გზით ცალკეული სახელმწიფოების დონეზე მოქმედი ნორმები ტრანსნაციონალური სამართლებრივი მიდგომების სასარგებლოდ, რჩება მომავლის კითხვად. სულ მცირე, ევროკავშირი ამით აჩვენებდა, რომ სახელშეკრულებო სამართალი ყველა ურთიერთობაში სუსტი მხარის იდენტიფიცირებასა და დაცვას არ გულისხმობს და ხელშეკრულებები აქაც და ყოველთვის კერძო პირების მიერ საკუთარი თავის სასარგებლო ინტეგრაციის ხელშეწყობის მექანიზმია.

VIII. დასკვნა

მე-20 საუკუნეში სახელმწიფოთა სამართლებრივ სისტემებში მოცემული სახელშეკრულებო სამართალი ხასიათდება კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის, როგორც ეკონომიკური ცხოვრების ფუნდამენტის, აღიარებით. აბსოლუტად მიღებული კერძო ავტონომიის მზარდი შეზღუდვა კონკურენციისა და სუსტი მხარის დაცვაზე ორიენტირებული მაიძულებელი ხასიათის მქონე წესებით გამართლებულია ხელშეკრულების თავისუფლების ფუნქციური გაგებით და, შესაბამისად, ვერ არყევს მის პრინციპულ აღიარებას.

ევროკავშირის სამართალი, აგებული ცალკეული სახელმწიფოების სამართლებრივ სისტემებსა და, ამდენად, კერძო ავტონომიის პრინციპზე, არ არის მიღებული სახელმწიფოთაშორისი ტრანსნაციონალური მასშტაბის სამართლებრივ წესრიგად და სამომავლოდ საჭიროებს მზარდ უნიფიკაციას. ამის გათვალისწინებით, წინ ნამოინვეს ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების სამართლებრივი სისტემების ურთიერთდაახლოებისათვის საჭირო ზომების გატარების საკითხი, რომელსაც, თავის მხრივ, იმპერატიული ხასიათი ექნება. ეს იწვევს ერთგვარ ცალმხრივობას ევროკავშირის სამართლებრივ ნორმებსა და, ზოგადად, ევროკავშირის აღქმაში: ევროკავშირის ერთიანი სამართალი გაგებულია, როგორც ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვა, მაშინ, როდესაც ცალკეული სახელმწიფოების სამართლებრივი სისტემები ამ უკანასკნელის ფუნდამენტადაა მიჩნეული. ეს აღქმა ვერ ასახავს სინამდვილეს და შეიცვლება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ევროკავშირი თავის სამართალში კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპებს უფრო მკაფიოდ და მნიშვნელოვნად გამოკვეთს.

Privatautonomie als Prinzip des Europäischen Privatrechts

I. Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Privatautonomie ist die rechtlich anerkannte Fähigkeit eines Menschen, sein Leben selbstbestimmt zu gestalten.¹ Der Ausdruck entstammt der Gelehrtensprache und vernebelt die grundlegende Bedeutung der Privatautonomie für jeden Menschen; es geht um Selbstbestimmung, einen plastischeren Begriff. Sie ist ihm nicht durch den Staat bzw. das Recht *verliehen*, sondern ihm *von Natur aus zu eigen* und wird vom Recht *respektiert*, freilich in gewissen, von den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich gezogenen Grenzen. Anders gewendet kennzeichnet die Privatautonomie ein Verständnis unseres Lebens, in dem alles erlaubt ist, was nicht verboten wird, im Gegensatz zu einem Zustand, in dem nur solches Handeln rechtmäßig ist, das ausdrücklich erlaubt wird. Eine natürliche Grenze hat die Privatautonomie allein in der gleichen oder entsprechenden Privatautonomie anderer Menschen, die gegen deren Willen zu beschränken niemandem gestattet ist.²

Privatautonomie wird von Juristen oft gleichgesetzt mit Vertragsfreiheit, ist aber in Wirklichkeit viel umfassender. Das Recht auf selbstbestimmte Lebensgestaltung betrifft nicht nur rechtsgeschäftliches, sondern generell alles, auch das außerrechtliche Handeln, z.B. die Bestimmung des Wohnsitzes oder Arbeitsortes, die Einteilung des Tagesablaufs, das religiöse Bekenntnis oder die Wahl von Freunden oder des Lebenspartners. Im Bereich des rechtsgeschäftlichen Handelns geht es nicht nur um den Abschluss von obligatorischen Verträgen, sondern auch um andere rechtsgeschäftliche Betätigungen, etwa das Testieren, das Vaterschaftsanerkennen, die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses oder die Vereinigung mit anderen zu gemeinsamen Zwecken im Gesellschaftsrecht.

Die Privatautonomie hat ihre Bedeutung – trotz der Bezeichnung – keineswegs nur im Privatrecht. Es geht um die rechtliche Grundausstattung des Menschen, die gegenüber Eingriffen von allen Seiten, von Seiten des Staates ebenso wie von Seiten anderer privater Akteure, des Schutzes bedarf. Wie die Aufzählung der verschiedenen Ausstrahlungen der Privatautonomie zeigt, ist sie in verschiedenen Grund- und Menschenrechten verwurzelt, die heutzutage in Verfassungen,³ in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen,⁴ in der Europäischen Menschenrechtskonvention⁵ und auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁶ positiv niedergelegt sind.

* Prof. Dr. Dr.h.c. mult., Dr. h.c. TSU Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.), ist em. Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Universität Hamburg; Mitglied des Institut de droit international, Hamburg, Deutschland.

¹ Vgl. *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 – Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965, S. 1.

² Siehe in diesem Sinne schon *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797/98, S. 237 – 238, hier zitiert nach der Ausgabe von *Hans Ebeling*, Stuttgart 1990, S. 76: “Das angeborene Recht ist nur ein einziges. Freiheit (unabhängig von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht — die angeborene Gleichheit, d.i., die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von Anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; . . . die Befugnis, das gegen Andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen. . . — alle diese Befugnisse liegen schon im Prinzip der angeborenen Freiheit und sind wirklich von ihr nicht . . . unterschieden.”

³ In Deutschland gilt die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage der Privatautonomie, siehe BVerfG 12.11.1958, BVerfGE 8, 274; siehe ferner *Claus-Wilhelm Canaris*, *Verfassungs- und europarechtliche Fragen der Vertragsfreiheit*, in: *Peter Badura/Rupert Scholz* (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche*, München 1993, S. 873, 881, 889.

⁴ Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, General Assembly, Official Records, III, Resolutions, UN Doc. A/810, p. 71.

⁵ Siehe hierzu näher *Michael Bothe*, *Privatautonomie und EMRK*, in *Marco Haase*, Hrsg., *Privatautonomie – Aufgaben und Grenzen*, Baden-Baden 2015, S. 89-96.

⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389.

Privatautonomie bedeutet nicht Regellosigkeit. Auch wo Menschen im Rahmen der rechtlichen Grenzen, also in Ausübung ihrer Privatautonomie handeln, sind sie durch eine Fülle von Regeln der Moral und Sitte gebunden. Wer sich über sie hinwegsetzt, muss zwar nicht mit rechtlichen Sanktionen rechnen. Die Reaktionen des gesellschaftlichen Umfeldes können aber außerordentlich hart sein und bis zum Ausschluss aus einer sozialen Gruppe reichen.

Das Neben- und Miteinander von Menschen, die in gleicher Weise mit privater Autonomie ausgestattet sind, verlangt nach einer Abstimmung ihres Handelns, damit nicht der eine in Ausübung seiner Autonomie die Autonomie des anderen schmälert oder verletzt. Als zentrale Instrumente dieser Abstimmung hat *Kant* einerseits das allgemeine Gesetz und andererseits den Vertrag bezeichnet. Der Vertrag kann für sich Richtigkeitsgewähr oder – in den Worten der ökonomischen Analyse - Allokationseffizienz reklamieren, weil die Parteien ihre Zustimmung nicht gäben, wäre die Lage mit der Vereinbarung für sie nicht besser als ohne sie.⁷ Der Konsens indiziert die größere Zufriedenheit der größeren Zahl. Die Vertragsfreiheit ist also zum einen Ausfluss der Privatautonomie, zum anderen aber auch Grundlage der wechselseitigen Abstimmung und damit der Bewahrung der Privatautonomie.

II. Private Macht, Wettbewerb und Regulierung

Eine rein individualrechtliche Konzeption von Vertragsfreiheit und privater Autonomie weist zugleich auf deren Schwäche hin. Autonomie verweist auf private Willensmacht. Diese durchzusetzen ist den Beteiligten nur dort in gleicher Weise möglich, wo sie ungefähr auf Augenhöhe miteinander verhandeln, was aber oft nicht der Fall ist. Sehr viel häufiger sind Ungleichgewichtslagen, die durch die Wirkungen der privaten Autonomie unter Umständen noch verstärkt und vermehrt werden. Dies zu verhindern, ist in erster Linie die Funktion des Wettbewerbs, von dem eine „willensbeugende und entmachtende Wirkung“ ausgeht.⁸ Erst aus der Verbindung von Vertragsfreiheit, privater Willensmacht und begrenzender Wirkung des Wettbewerbs ergibt sich jene Richtigkeitsgewähr oder, ökonomisch gesprochen, die Optimierung der Ressourcenallokation, die dem Gemeinwesen auch dort zugutekommt, wo die Beteiligten von ungleicher Stärke sind. Auch der marktmächtige Anbieter kann seinen Kunden nicht ausbeuten, solange er durch die Konkurrenz anderer Anbieter diszipliniert wird. Wettbewerb erweitert insofern die tatsächlichen Spielräume der Vertragsfreiheit.

Freilich stößt auch der Schutz des Wettbewerbs an seine Grenzen, wo wettbewerbliche Prozesse aufgrund von Marktunvollkommenheiten ihre Wirkung nicht entfalten können. Zu den Gründen gehört die Existenz natürlicher Monopole, etwa der Leitungsmonopole auf den Strom- und Gasmärkten, aber auch die Produktion externer Effekte wie der Umweltverschmutzung bei industriellen Investitionen, ferner auch der Bedarf für öffentliche Güter wie etwa äußere und innere Sicherheit oder Finanzmarktstabilität, die mangels hinreichender Anreize durch den privaten Vertragsmechanismus nicht erzeugt werden; schließlich ist hier auch die Asymmetrie der Informations- und Motivationsverteilung zwischen den Parteien zu nennen, beispielsweise hinsichtlich mancher Vertragsaspekte auf den Verbrauchermärkten.

Solche Marktunvollkommenheiten haben zur Folge, dass der Abschluss von Verträgen bzw. der Ablauf der Marktprozesse in den betreffenden Sektoren gerade nicht zur optimalen Allokation volkswirtschaftlicher Ressourcen und damit zur Effizienzsteigerung führt. Soweit zur Kompensation der Marktunvollkommenheiten erforderlich, sind daher staatliche Eingriffe in Vertragsfreiheit und Privatautonomie legitimiert.⁹ Doch sind staatliche Regulierungen dann auf diejenigen Aspekte der Transaktionen zu begrenzen, bei denen sich Marktunvollkommenheiten zeigen. Wo der *Preiswettbewerb* funktioniert, aber der *Bedingungswettbewerb* nicht, sind die Regulierungen folglich auf die Vertragsbedingungen zu beschränken; freilich fehlt es hier an

⁷ Vgl. hierzu *Gerhard Wagner*, *Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, in: *Anthony Ogus/Willem van Boom*, eds., *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford and Portland 2011, S. 9 – 42 (15 ff.)

⁸ *Ernst-Joachim Mestmäcker*, *Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge*, JZ 1964, 441 ff., hier zitiert aus *ders.* (Hrsg.), *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden 1978, 325, 337.

⁹ *Jürgen Basedow*, *Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs*, in: *Andreas Fuchs/Hans-Peter Schwintowski/Daniel Zimmer*, *Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung*, Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 3 ff.

einem Maßstab zur Beurteilung der inhaltlichen Richtigkeit der Regulierungen. Wie diese ausgestaltet werden, ist vielmehr Gegenstand politischer Entscheidungen.

In der Europäischen Union legen die primärrechtlichen Strukturprinzipien des Binnenmarkts – Marktöffnung durch Verkehrsfreiheiten und Wettbewerb – ein ordnungspolitisches Verständnis von Privatautonomie und Vertragsfreiheit nahe. Die Öffnung der Märkte und der Schutz des Wettbewerbs sollen die tatsächlichen Wahlmöglichkeiten der privaten Akteure bewahren und vermehren. Privatautonomie und Vertragsfreiheit werden vorausgesetzt und materiell angereichert. Demgegenüber ist das sekundäre Recht der Union vor allem durch einschränkende Regulierungen von zwingender Natur gekennzeichnet.

III. Formen der Vertragsfreiheit

Die private Autonomie äußert sich ganz verschieden; dem entsprechen mehrere Unterarten der Vertragsfreiheit. Da ist zunächst die Entscheidung des einzelnen, seine Produktion nicht ausschließlich selbst zu verbrauchen, sondern sie am Markt anzubieten; ihr korrespondiert die Entscheidung eines anderen, seinen Bedarf nicht durch Eigenproduktion zu decken, sondern durch Beschaffung am Markt. Dieser erste Schritt hin zum Vertrag beruht auf der *Abschlussfreiheit*. Sie wird in die eine Richtung eingeschränkt durch gesetzliche Kontrahierungszwänge, in die andere dadurch, dass das Recht den Handel mit manchen Gütern – so etwa mit Drogen oder manchen Kulturgütern – strikt verbietet.

Der nächste Schritt liegt in der Auswahl des Vertragspartners. Die private Autonomie schließt im Prinzip auch das Recht ein, mit einer bestimmten Person oder den Angehörigen einer bestimmten Gruppe keine Geschäfte zu tätigen, ohne dass dies näher begründet werden muss. Die *Partnerwahlfreiheit* wird allerdings in den letzten Jahren fortschreitend und gerade im Recht der EU beschnitten durch Diskriminierungsverbote aller Art.

Die *Inhalts- und Typenfreiheit* gibt den Parteien sodann die Möglichkeit, den Leistungsaustausch nach eigenem Gutdünken und auch außerhalb der gesetzlich geregelten Vertragstypen zu regeln. Sie können Preise und Mengen ebenso frei vereinbaren wie die Qualität des Leistungsgegenstandes und die Konditionen des Austausches. Sie können auch neuartige Leistungsformen kreieren durch sog. Innominatverträge.

Ferner sind die Parteien auch in der Form des wechselseitigen Leistungsversprechens frei; wo dieses Versprechen wie beim Konsensualvertrag ohne weitere Form bindet, können sie strengere Formalitäten, z.B. die Schriftform vereinbaren; dies ist Teil der *Formfreiheit*. Schließlich gibt ihnen das Recht auch die Möglichkeit, bestehende Rechtsverhältnisse einvernehmlich abzuändern oder aufzuheben – die *Änderungs- und Aufhebungsfreiheit*.

Alles in allem wohnt der Vertragsfreiheit damit eine bedeutende private Regelungsmacht inne, die dem Grunde nach und auch in ihren verschiedenen Facetten in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anerkannt ist. Sie stellte die Ausgangslage bei Gründung der Europäischen Union dar. Im Folgenden ist nun der Frage nachzugehen, ob und in welchem Umfang das Unionsrecht diese Prinzipien in sich aufgenommen hat.

IV. Die Vertragsfreiheit im primären Unionsrecht

Das primäre Unionsrecht verbürgt die Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich, wohl aber implizit. Indem Art. 101 ff. AEUV und die Verkehrsfreiheiten den Wettbewerb im Binnenmarkt schützen, setzen sie eine Ordnung der Wirtschaft voraus, in der Güter nicht durch eine verbindliche zentrale Planung, also durch Verwaltungsakt zugewiesen werden, sondern in der die Beteiligten wählen können zwischen verschiedenen Angeboten verschiedener Partner zu verschiedenen, oft erst noch auszuhandelnden Konditionen. Rechtliches Vehikel der Auswahl ist der Vertrag, den abzuschließen die Marktteilnehmer im Grundsatz folglich frei sein müssen. Indem Art. 101 Abs. 2 AEUV wettbewerbsbeschränkende Verträge für nichtig erklärt, setzt die Vorschrift im Übrigen voraus, dass solche Verträge ohne dieses Verbot wirksam wären. Auch dies legt die prinzipielle Anerkennung der Vertragsfreiheit jedenfalls nahe. Obwohl das Unionsrecht insofern die Vertragsfreiheit in ihrem Kern postuliert, baut es im Einzelnen doch auf ihrer Verbürgung im nationalen Recht auf.¹⁰

¹⁰ Fritz Rittner, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, Juristenzeitung, 1990, 838, 841; ähnlich Ulrich Immenga, Thesen zur Privatrechtsangleichung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, 169.

Seit dem Vertrag von Lissabon von 2007 gehört auch die Charta der Grundrechte zum primären Unionsrecht.¹¹ Auch sie verankert die Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich. Das allgemeine Recht auf Freiheit in Art. 6 betrifft nach den verbindlichen Erläuterungen die körperliche Bewegungsfreiheit, nicht die sonstige Handlungsfreiheit.¹² Einzelne Aspekte von Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind freilich in weiteren Bestimmungen geschützt, so die Eheschließungsfreiheit, Art. 9, die Vereinigungsfreiheit, Art. 12, und die Berufsfreiheit, Art. 15. Die Freiheit der Berufsausübung, schon seit langem als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt, schließt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auch die freie Wahl des Geschäftspartners ein.¹³ Der Gerichtshof betrachtet die Vertragsfreiheit außerdem auch als Teil der unternehmerischen Freiheit gemäß Art. 16.¹⁴ Schließlich ist in der Eigentumsgarantie des Art. 17 auch das Recht jeder Person enthalten, ihr Eigentum zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Wenn Vertragsgegenstände in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen, stellen sich die betreffenden Verträge als Formen der Eigentumsnutzung oder Eigentumsverfügung im Sinne des Art. 17 dar; ein Recht auf Eigentumserwerb ist damit allerdings nicht verbunden.¹⁵

So fundamental der Grundsatz der Vertragsfreiheit für das gesamte Privatrecht ist, so bruchstückhaft ist doch seine Absicherung im primären EU-Recht. Wie *Lüttringhaus* in seiner Hamburger Habilitationsschrift herausgearbeitet hat, gibt es nur punktuelle und kontextspezifische, keine umfassenden Verbürgungen.¹⁶ Art. 16 der Charta und Art. 101 f. AEUV betreffen nur Unternehmen, die Verkehrsfreiheiten nur den Binnenmarkt, Art. 17 der Charta allein Eigentümer; im Übrigen bestehen Garantien für spezielle Situationen. Inwieweit aber beispielsweise die Vertragsfreiheit eines Verbrauchers primärrechtlich geschützt ist, lässt sich kaum mit Sicherheit feststellen.

V. Die Vertragsfreiheit im sekundären Unionsrecht

Das sekundäre EU-Recht ist, soweit es private Verträge zum Gegenstand hat, ganz überwiegend zwingender Natur. Die allermeisten Vorschriften schränken die Vertragsfreiheit ein und setzen sie insofern voraus.¹⁷ Dutzende von Rechtsakten zum Verbraucher- und Personentransportrecht, zum Antidiskriminierungsrecht, zum Arbeitsrecht, zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, zum Versicherungs- und Bankrecht betreffen vielfach zentral oder jedenfalls am Rande auch das Vertragsrecht; sie sind fast ausnahmslos einseitig oder beidseitig zwingender Natur.

Nur wenige Rechtsakte weisen ausdrücklich auf die Möglichkeit der Parteien hin, einen bestimmten Gegenstand vertraglich zu regeln. Dies ist aber beispielsweise in den Verordnungen zur Einführung des Euro geschehen¹⁸, ebenso auch in einzelnen Bestimmungen der Handelsvertreter-Richtlinie¹⁹. Auch der Regress des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten gemäß Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist ausdrücklich

¹¹ Siehe oben Fn. 6.

¹² *Norbert Bernsdorff* in *Jürgen Meyer* (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2003, Art. 6, Rz. 11.

¹³ EuGH, 10.7.1991, verb. Rs. C-90 und 91/90 (*Jean Neu*), ECLI:EU:C:1991:303, Rn. 13.

¹⁴ EuGH, 18.7.2013, Rs. C-426/11 (*Alemo-Herron ./ Parkwood Leisure*), ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 32.

¹⁵ Gemäß Art. 52 Abs. 3 der Charta sind die in der Charta verbürgten Rechte im Einklang mit entsprechenden Rechten der Europäischen Menschenrechtskonvention zu interpretieren; nach EGMR 13.6.1979 (6833/74 – *Marckx ./ Belgien*), Rn. 50 schützt Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK nur vorhandenes Eigentum; siehe auch *Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl. London 2004, S. 461.

¹⁶ *Jan Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Binnenmarkt, Tübingen Mohr Siebeck, im Erscheinen, Kap. 2 § 1.

¹⁷ Siehe *Annette Nordhausen Scholes* in *Norbert Reich/Annette Nordhausen Scholes/Jeremy Scholes*, Understanding EU Internal Market Law, Cambridge and Antwerp 2015, S. 515 ff.

¹⁸ Vgl. Art. 3 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1103/97 des Rates vom 17.6.1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro, ABl. 1997 L 162/1; siehe dazu auch Erwägungsgrund 7, wo es ausdrücklich heißt: „Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist zu gewährleisten.“ Siehe ferner Verordnung (974/98/EG) des Rates vom 3.5.1998 über die Einführung des Euro, ABl. 1998 L 139/1; vgl. dort Art. 8 Abs. 2 und Erwägungsgrund 12.

¹⁹ Siehe Art. 6 und Art. 15 Abs. 5 der Richtlinie (86/653/EWG) des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 L 382/17.

als dispositiv konzipiert.²⁰ Sämtliche Gruppenfreistellungsverordnungen des europäischen Wettbewerbsrechts regeln Ausnahmen von dem Vertragsverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV und verweisen insofern auf die Möglichkeit, entsprechende Verträge abzuschließen.²¹ Auch spezifisch kollisionsrechtliche Spielarten der Vertragsfreiheit wie das Recht zur Prorogation und Derogation eines Forums²² und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht finden ausdrückliche Anerkennung.²³ In der großen Mehrzahl der zwingenden Rechtsakte fehlt allerdings jeglicher Hinweis auf die Vertragsfreiheit. Lediglich vereinzelt wird in den Begründungserwägungen hervorgehoben, dass es in dem betreffenden Rechtsakt um eine Ausnahme von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit gehe²⁴ oder darum, einen Missbrauch der Vertragsfreiheit zu unterbinden²⁵.

Die Ausbeute des Streifzuges durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist damit ziemlich inkohärent. Positive Bekenntnisse zur Vertragsfreiheit und damit die Verweisung auf die Eigenverantwortung der Bürger und Unternehmen stehen neben Hinweisen auf die Gefahren der Vertragsfreiheit. Ob die Vertragsfreiheit überhaupt angesprochen wird, bleibt dem Zufall überlassen. Dabei verdichten sich aber in neuerer Zeit entsprechende Hinweise. Alles in allem wird man aus ihnen mit *Reiner Schulze* die Bestätigung dafür finden können, „dass es sich um ein allgemeines, nicht auf einen einzelnen Schutzbereich oder Sektor des Gemeinschaftsrechts beschränktes Prinzip handelt“.²⁶

VI. Die Vertragsfreiheit in Rechtsprechung des Gerichtshofs

Diese Feststellung wird durch die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs untermauert, in der sich mehr und mehr Bezugnahmen auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit finden. Immer öfter werden daraus normative Schlussfolgerungen gezogen. So hat das Gericht Erster Instanz es schon 1992 abgelehnt, die Kommission zur Verhängung eines Kontrahierungszwangs gegenüber Unternehmen zu verpflichten, die gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG verstoßen hatten. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass „die Vertragsfreiheit die Regel bleiben muss“ und dass es mehrere Mittel gebe, eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG abzustellen.²⁷

In einem arbeitsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren wurde dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob ein nicht tarifgebundener Erwerber eines Betriebes nach der maßgeblichen Richtlinie 77/187²⁸ an solche Tarifverträge gebunden ist, die nach Betriebsübergang abgeschlossen wurden und die für den Veräußerer

²⁰ Richtlinie (1999/44/EWG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12; in Erwägungsgrund 9 heißt es: „Diese Richtlinie berührt nicht den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer, dem Hersteller, einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson.“

²¹ Siehe *Reinhard Ellger*, in: *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker*, Hrsg., Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., München 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 342.

²² Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2012 L 351/1; siehe Art. 25 zu Gerichtsstandsvereinbarungen und dazu Erwägungsgrund 19, wonach „die Vertragsfreiheit der Parteien hinsichtlich der Wahl des Gerichtsstands... gewahrt werden“ sollte.

²³ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40; im Zusammenhang mit der freien Rechtswahl gemäß Art. 14 heißt es in Erwägungsgrund 31: „Um den Grundsatz der Parteiautonomie zu achten..., sollten die Parteien das... anzuwendende Recht wählen können.“

²⁴ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37; in Erwägungsgrund 14 heißt es: „Diese Richtlinie sollte die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person so lange nicht berühren, wie die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig gemacht wird.“

²⁵ Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung); ABl. 2011 L 48/1; die zwingende Anwendung in Beziehungen zwischen Unternehmen wird in Erwägungsgrund 28 damit begründet, dass „der Missbrauch der Vertragsfreiheit zum Nachteil des Gläubigers... nach dieser Richtlinie verboten sein“ sollte.

²⁶ *Reiner Schulze*, Grundsätze des Vertragsschlusses im *acquis communautaire*, Gemeinschaftsprivatrecht 2005, 56 f; ähnlich *Bettina Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 4. Aufl. Heidelberg, Rn. 233 ff.

²⁷ EuG 18.9.1992, Rs. T-24/90 (*Automec*), ECLI:EU:T:1992:97, Rn. 50-52.

²⁸ Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, Amtsblatt 1977 L 61/26, geändert durch Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29.6.1998, ABl. 1998 L 201/88.

ohne den Betriebsübergang maßgeblich wären. Der Gerichtshof verneint eine solche Bindung im Ergebnis und beginnt seine Begründung mit der Feststellung, „dass ein Vertrag im Allgemeinen durch das Prinzip der Privatautonomie gekennzeichnet ist, wonach die Parteien frei darin sind, gegenseitige Verpflichtungen einzugehen. Nach diesem Prinzip gelten in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der die Beklagte nicht Mitglied einer Arbeitgeberorganisation und durch keinen Kollektivvertrag gebunden ist, die Rechte und Pflichten aus einem derartigen Vertrag für sie daher grundsätzlich nicht.“²⁹

Auch in neueren Entscheidungen zum Steuerrecht hat der Gerichtshof bestimmte Abmachungen in den Bereich der Vertragsfreiheit verwiesen und daraus Schlussfolgerungen für das Steuerrecht gezogen.³⁰ Bemerkenswert ist ferner eine Äußerung des Gerichtshofs zur Umdatierung von Verträgen im Zusammenhang mit Erstattungen für die Verarbeitung von Zitrusfrüchten. Hierzu stellt der Gerichtshof zunächst fest, „dass das Recht der Parteien, von ihnen geschlossene Verträge zu ändern, auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruht und daher nicht eingeschränkt werden kann, wenn es keine Gemeinschaftsregelung gibt, die in dieser Beziehung besondere Beschränkungen festlegt. Daher kann eine solche Änderung nicht als unzulässig angesehen werden, solange der Zweck der Vertragsänderung nicht dem von der anwendbaren Gemeinschaftsregelung verfolgten Zweck zuwiderläuft und keine Betrugsgefahr hervorruft.“³¹

Erst die Verankerung der unternehmerischen Vertragsfreiheit in Art. 16 der Charta der Grundrechte³² hat schließlich dazu geführt, dass der Gerichtshof sich nun häufiger auf die Vertragsfreiheit beruft.³³ Auch wenn er Einschränkungen dieses Grundsatzes zumeist mit konkurrierenden Zielen und Wertungen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit rechtfertigt,³⁴ legt er ihm doch hin und wieder eine präzisierende Funktion bei der Auslegung von Rechtsakten des sekundären Unionsrechts bei. Beispielsweise hat er den Verzicht eines Gläubigers auf Verzugszinsen im Gegenzug gegen die sofortige Begleichung der Hauptschuld unter Berufung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit für rechtmäßig erachtet,³⁵ obwohl die Richtlinie über den Zahlungsverzug³⁶ mit ihren zwingenden Regeln zum Schutz des Gläubigers ein anderes Ergebnis nahelegte.

VII. Vertragsfreiheit und Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch

Die Vertragsfreiheit hat danach im Unionsrecht mittlerweile unbestreitbar Anerkennung gefunden. Das allgemeine, grundsätzliche Bekenntnis zu ihr steht freilich in auffälligem Gegensatz zur Entwicklung der EU-Gesetzgebung im Vertragsrecht. Diese ist gekennzeichnet durch ihren bruchstückhaften Charakter und die fast ausnahmslos zwingende Natur der vielen Rechtsakte.

Hier ist vor allem der Gegensatz von Privatautonomie und zwingendem Vertragsrecht von Interesse. Wer unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit von außen auf das Recht der EU schaut, sieht nur die vielfältigen Eingriffe, vor allem in die Abschlussfreiheit, die Inhaltsfreiheit und die Freiheit der Vertragspartnerwahl. Sie beherrschen das Bild von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die Auslegung von Verträgen spielt dagegen ebenso wenig eine Rolle wie die Einbettung solcher Verträge in einen dispositiven staatlichen Ordnungsrahmen. Gerade solche Fragen stehen in der vertragsrechtlichen Judikatur der obersten Gerichte der Mitgliedstaaten

²⁹ EuGH 9.3.2006, Rs. C-499/04 (*Werhof ./ Freeway Traffic Systems*), ECLI:EU:C:2006:168, Rn. 23; einschränkend im Falle einer dynamischen Verweisklausel im Arbeitsvertrag EuGH 27.4.2017, verb. Rs. C-680/15 und 681/15 (*Asklepios ./ Felja und Graf*), ECLI:EU:C:2017:317, Rn. 21.

³⁰ EuGH 22.3.2007, Rs. C-437/04 (*Kommission ./ Belgien*), ECLI:EU:C:2007:178, Rn. 51; EuGH 18.7.2007, Rs. C-277/05 (*Société Thermale d'Eugénie-les-Bains*), ECLI:EU:C:2007:440, Rn. 21.

³¹ EuGH 5.10.1999, Rs. C-240/97 (Spanien ./ Kommission), ECLI:EU:C:1999:479, Rn. 99 f.

³² Siehe oben im Text bei Fn. 14.

³³ Siehe etwa EuGH 22.1.2013, Rs. C-283/11 (*Sky Österreich ./ Österreichischer Rundfunk*), ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 42 f.; EuGH 21.12.2016, Rs. C-201/15 (*AGET Iraklis ./ Ypourgos Ergasias*), ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 67 ff.; EuGH 30.16.2016, Rs. C-134/15 (*Lidl ./ Freistaat Sachsen*), ECLI:EU:C:2016:498, Rn. 28 ff.

³⁴ Im Falle *AGET Iraklis*, vorige Fn., Rn. 102 f. wurde ein nationales Verbot von Massenentlassungen, das an völlig unbestimmte Voraussetzungen geknüpft war und der nationalen Regierungen uneingeschränktes Ermessen einräumte, freilich als ein unverhältnismäßiger Verstoß gegen Art. 16 der Charta verworfen.

³⁵ EuGH 16.2.2017, Rs. C-555/14 (*IOS Finance ./ Servicio Murciano de Salud*), ECLI:EU:C:2017:121, Rn. 31.

³⁶ Siehe oben Fn. 25.

aber im Vordergrund. Sie veranlassen den Juristen, den Blick hin und herwandern zu lassen zwischen dem Text des subjektiv Gewollten, dem ökonomisch Sinnhaften und den objektiv begründeten Risikozuweisungen des dispositiven Rechts. Dies prägt das Verständnis des Juristen vom Vertragsrecht.

Freilich kommen solche Rechtsfragen gar nicht vor den Gerichtshof, weil es dazu kein EU-Recht gibt, das der Gerichtshof auszulegen befugt wäre. So wirken seine oben zitierten Bekenntnisse zu Privatautonomie und Vertragsfreiheit häufig unverbindlich und blutleer. Sie bilden bestenfalls den Hintergrund für die eigentlichen Debatten über die Tragweite der vielen zwingenden Vorschriften. EU-Privatrecht ist, wie es *Micklitz*, einer der Protagonisten des europäischen Verbraucherrechts, ohne Beschränkung auf diese Materie formuliert hat, „regulatorisches Privatrecht.“³⁷ Von den am Wirtschaftsleben hauptsächlich beteiligten Juristen werden die Gesetzgebung der EU und die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Vertragsrecht durchweg als ein zwingendes Korsett empfunden, das ihnen die Wahrnehmung ihrer kautelarjuristischen Funktion im Binnenmarkt erschwert. So erklärt sich vielleicht die weitgehende Ablehnung, auf die der Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht³⁸ gestoßen ist und die schließlich zu seiner Rücknahme geführt hat.³⁹ Auch in diesem Text ging es wieder nur um Beziehungen zwischen stärkeren und schwächeren Partnern; demgemäß stand der zwingende Schutz letzterer im Vordergrund.

Damit der Grundsatz der Vertragsfreiheit ernst genommen wird, müsste seine Anwendung anschaulich werden in der Beurteilung vertragsrechtlicher Streitigkeiten des Wirtschaftslebens durch den Gerichtshof. Dies setzt freilich ein dispositives EU-Vertragsrecht voraus, dessen autoritative Auslegung dem Gerichtshof obläge. In der gegenwärtigen Krise der Europäischen Union hat die Kommission in ihrem Weißbuch zur Zukunft Europas einen solchen Weg angedeutet. Als eines von mehreren möglichen Szenarien skizziert sie unter der Überschrift „Wer mehr will, tut mehr“ eine verstärkte Zusammenarbeit der „willigen“ Mitgliedstaaten. Als ein denkbare Projekt wird hier ein Wirtschaftsgesetzbuch mit gesellschaftsrechtlichen und handelsrechtlichen Vorschriften genannt, „so dass Unternehmen jeder Größenordnung einfach über Grenzen hinweg tätig sein könnten.“⁴⁰

Kern eines solchen Projekts wäre vermutlich ein dispositives Vertragsrecht. Ob genügend Mitgliedstaaten es unterstützen und damit die Bedeutung eigener, nationaler Regelungen in diesem Bereich schmälern, muss sich zeigen. Immerhin würde die Union damit verdeutlichen, dass es im Vertragsrecht nicht nur darum geht, in jeder Rechtsbeziehung die schwächere Partei zu identifizieren, um sie zu schützen, sondern dass Verträge auch und gerade Vehikel ein von Privaten um ihres eigenen Vorteils willengeförderter Integration sind.

VIII. Fazit

Die Entwicklung des Vertragsrechts im 20. Jahrhundert ist in den nationalen Rechtsordnungen gekennzeichnet durch die unveränderte Anerkennung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Fundament der Ordnung des Wirtschaftslebens. Die zunehmende Einschränkung einer zunächst als absolut verstandenen Privatautonomie durch zwingende Regeln zum Schutz des Wettbewerbs und der schwächeren Vertragspartei ist durch eine funktionale Betrachtung der Vertragsfreiheit gerechtfertigt worden und hat ihre grundsätzliche Anerkennung nicht nachhaltig infrage stellen können.

Das EU-Recht baut zwar auf den nationalen Rechtsordnungen und insofern auch auf der Privatautonomie auf, ist freilich von vornherein nicht als umfassende Rechtsordnung konzipiert, sondern mit integrationspolitischer

³⁷ *Hans-Wilhelm Micklitz*, The Transformation of Enforcement in European Private Law: Perspectives and Challenges, *European Review of Private Law* 23 (2015) 491 – 524 (496).

³⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, COM(2011) 635 endg. vom 11.10.2011.

³⁹ Siehe den gemeinsamen Brief von sechs mitgliedstaatlichen Regierungen vom 28.11.2014 an das zuständige Kommissionsmitglied, abgedruckt in *ZEUP* 2015, 432; zur Rücknahme des Vorschlags siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Arbeitsprogramm der Kommission für 2015: Ein neuer Start, COM (2014) 910 final, Annex 2, Nr. 60.

⁴⁰ Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM(2017) 2025 final, S. 12; in dieselbe Richtung gehen Überlegungen einer französischen Wissenschaftlergruppe im Rahmen der *Fondation pour le droit continental*, siehe *Philippe Dupichot*, Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, 245-249; *Laure Bélanger*, Un code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe, *La semaine juridique – édition générale* 2017, 790.

Zielsetzung. Demgemäß stehen Maßnahmen zur Angleichung zwingender nationaler Regeln im Vordergrund, die ihrerseits notwendig zwingenden Charakter haben. Dies führt zu einer gewissen Einseitigkeit in den Regelungen und jedenfalls in der Wahrnehmung der EU: EU-Recht wird als Beschränkung der Vertragsfreiheit gesehen, nationales Recht als ihr Fundament. Diese Wahrnehmung verkennt zwar die gesamtheitliche Wirklichkeit, wird sich aber nur ändern, wenn auch die Europäische Union in ihrem Recht die Prinzipien von Privatautonomie und Vertragsfreiheit sichtbar macht.

კერძო ავტონომია და თავისუფლება: მსჯელობა რთული ცნების ირგვლივ

არაფერი იქნება მცდარი, თუ თემას „კერძო ავტონომია, როგორც სამოქალაქო სამართლის ფუნდამენტური პრინციპი“ ერთი კონფერენცია მიეძღვნება. ვინ შეიძლება იყოს ასეთი ფორმულირების წინააღმდეგი? არა მხოლოდ ცარიელ კვლევას ან ფაქტების შეკრებას, არამედ, როგორც ნორმატიულ პროგრამას, ამ უკანასკნელს თეორიულად არ ეყოლება მოწინააღმდეგენი. ის, რაც ერთი შეხედვით ორივე დონეზე ყოველგვარ ეჭვს მიღმაა, განმეორებითი დაკვირვებისას იმავე ეჭვგარეშეობას არ ავლენს. რეალურად მეჩვენება, რომ კერძო ავტონომიის ცნება ერთგვარ შავ ყუთს წააგავს, რომელიც ყველას ხიბლავს, მაგრამ რომლის შინაარსი საერთოდ არაა საკმარისად მკაფითა და ცხადად ჩამოყალიბებული.

უკვე რამდენიმე საზოგადოებრივ-პოლიტიკური აქტუალობის მქონე შეკითხვა სამოქალაქო სამართლის ფუნდამენტური სფეროდან საკმარისია იმისათვის, რომ ეჭვქვეშ დადგეს ობიექტურობად მიღებული განსაზღვრებების შინაარსი. რატომაა, რომ გარკვეულ სამართლებრივ სისტემებში პროდუქტის შემთავაზებელი/მიმწოდებელი არსებითადაა შეთავაზების წერილობითი გზით მიწოდებაზე დამოკიდებული, მაშინ, როდესაც სხვა სამართლებრივი სისტემები ამ საკითხს სხვანაირად არეგულირებს? რატომაა, რომ გარკვეულ სამართლებრივ სისტემებში პროდუქციის ვიტრინაში განთავსება ხელშეკრულების შეთავაზებაა, მაშინ, როდესაც სხვა სამართლებრივ სისტემებში მას მხოლოდ *invitatio ad offerendum* – ის სახე აქვს? რატომაა, რომ გარკვეულ სამართლებრივ სისტემებში გარიგების საყოველთაო პირობები ხელშეკრულების შემადგენელი ნაწილია მაშინაც კი, როდესაც ამ უკანასკნელს სახელშეკრულებო ურთიერთობის ერთი კონკრეტული მხარე საერთოდ მხედველობაში არ იღებს? რატომაა, გარკვეული სამართლებრივი სისტემების თანახმად, ხელშეკრულების გაუქმება შეზღუდული, როდესაც ის აღარ წარმოადგენს ინტერესის საგანს? რატომაა გარკვეულ სამართლებრივ სისტემებში დაშვებული, რომ ბავშვს, რომელიც ოჯახური სოლიდარობის მოტივით მოქმედებს, საკუთარი მომავლის სასწორზე დადებით შეუძლია, თავდებში ჩაუდგეს საკუთარ მამას ბანკის წინაშე და რატომაა ეს სხვა სამართლებრივ სისტემებში აკრძალული? რატომ მიდის ევროპაში შექმნილი სასურსათო პროდუქტის 30% ნაგავში? რა განაპირობებს იმას, რომ დღემდე, რეალურ ცხოვრებაში, ქალები შრომითი ხელშეკრულების საფუძველზე განსაზღვრულ საქმიანობებში მუდმივად ნაკლებ ანაზღაურებას იღებენ, ვიდრე მამაკაცები? თუ ქორწინება ხელშეკრულებაა, რატომაა მსოფლიოს ბევრ ქვეყანაში ერთი სქესის მქონე ზრდასრულ პირთა ქორწინება დღემდე აკრძალული?

ასეთი მაგალითები უხვადაა მოცემული და, ამავე დროს, თვალში საცემია, რომ გადაჭრის ალტერნატიული გზები იმ სამართლებრივ სისტემებში მოიძებნება, რომლებიც კერძო ავტონომიის პრინციპს სამოქალაქო სამართლის ფუნდამენტად აღიარებს. ამ თვალსაზრისით, არსებობენ ავტორები, რომლებიც თვლიან, რომ კერძო ავტონომიის პრინციპს დიდი ზიანი ადგება, როდესაც მომხმარებელს ენიჭება უფლება, გარკვეულ დროში, ყოველი მიზეზის დასახელების გარეშე, გამოვიდეს უცაბედად დადებული ხელშეკრულებიდან, – როგორც ეს მიღებულია ევროკავშირის პრაქტიკაში – მაშინ, როდესაც სხვანი ფიქრობენ, რომ მომხმარებლისათვის ზუსტად ასეთი უფლების მინიჭება განაპირობებს კერძო ავტონომიის პრინციპის რეალური, მატერიალური შინაარსით შევსებას.

ვეცდები, ვიმოდრაგო უფრო ვიწრო იურიდიული ცნების ირგვლივ, თუმცა არ მაქვს იმედი, რომ ამით რაიმე რეალური კონსენსუსის დადგომას შევუწყობ ხელს.

დასაწყისში მინდა მცირე ისტორიულ ექსკურსს მივმართო. უნივერსიტეტში ჩემი ერთ-ერთი პროფესორი, ფრანც ბიომი, იწყებდა თავის ლექციებს გერმანიის კერძო სამართლის საფუძვლედ

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Dr. h.c. TSU, Rolf Knieper არის ბრემენის უნივერსიტეტის პროფესორი-ემერიტუსი, გერმანია/საფრანგეთი

ბის შესახებ მუდმივად ერთ საჯარო-სამართლებრივ ნორმაზე, კერძოდ 1869 წლის სამენარმეო განაწესის პირველ პარაგრაფზე მითითებით, რომელშიც ვკითხულობთ: „სამენარმეო საქმიანობა დაშვებულია ყველასათვის (jedermann)“¹, (იხ. მთარგმნელის შენიშვნა). დიდი ხნის განმავლობაში სიტყვა „jedermann“ პირდაპირი მნიშვნელობით გაიგებოდა, რამდენადაც სამენარმეო საქმიანობის უფლება ძირითადად მხოლოდ მამაკაცებზე ვრცელდებოდა. დღეს (ასევე პროფესორი ბიომის დროსაც) ის გენდერ-ნეიტრალურ შინაარსს ატარებს. არსებითი მნიშვნელობა ჩემთვის ჰქონდა იმის ჩვენებას, რომ სამენარმეო საქმიანობისთვის უფლება ჯერ ჩრდილოეთ გერმანიაში, შემდგომ კი მთელ გერმანიაში გავრცელდა, გაცილებით გვიან, ვიდრე ინგლისში, მაგრამ უფრო ადრე, ვიდრე აღმოსავლეთ ევროპის სხვა ქვეყნებში.

თვალსაჩინოა, რომ სამენარმეო საქმიანობის თავისუფლების ცნება მოიცავს პროდუქციისა და სერვისების წარმოებისა და ბაზარზე გაყიდვის თავისუფლებას. ამ თავისუფლებებისა და კერძო ავტონომიის პრინციპის გაგებისათვის მნიშვნელოვანია იმის გახსენება, რომ ეს უკანასკნელნი, პირველ ყოვლისა, წარმოადგენენ საბრძოლო ცნებებს, რომლებიც მიმართული იყვნენ ფენობრივ და ფეოდალურ საწყისებზე დამყარებული ბიზნეს-სავაჭრო მოდელისა და საკუთრების სამართლის წინააღმდეგ და მიზნად ისახავდნენ ასეთი სისტემით გათვალისწინებული ვალდებულებების, შეზღუდვების, მათ შორის, სოლიდარობებისა და სპეციფიკური სამართლებრივი კულტურის, გადალახვას. ჯერ კიდევ 1888 წლის „გერმანული რაიხის სამოქალაქო კოდექსის პროექტის შესავალ მოტივებში“ ნათელი ხდება ეს მიმართულება, როდესაც ვკითხულობთ: „ფეოდალურ სამართალში... საქმე ეხება ისეთ ქონებრივ ურთიერთობებს, რომლებიც აღმოცენდნენ პოლიტიკურ-ეკონომიკური მონყობის დრომოჭმულ ინსტიტუციურ მოდელებზე. უმრავლესი სახელმწიფოს კანონმდებლობა ორიენტირებული იყო ასეთი ინსტიტუტების დაძლევაზე. ასეთი ინსტიტუციური მონყობის ნარჩენები განწირულია კვდომისთვის და, შესაბამისად, ვერ გამოდგება სამოქალაქო სამართალში შესაყვანად“².

აქ შეიძლება, ეს დასრულდეს. მას შემდეგ, რაც პოსტკომუნისტურ ქვეყნებში სამენარმეო საქმიანობის თავისუფლება, სულ მცირე, როგორც მემარჯვენე-პოლიტიკური კონცეპტი, მეტ-ნაკლებად გავრცელდა და რაც საკუთრების კოლექტივიზაციის კომუნისტური ფორმები, რომლებიც პარადოქსულად ენათესავებოდა ფეოდალური წეს-წყობილების საკუთრებით სამართალს, „საძულველი ბურჟუაზიული კაპიტალის“ დასრულების მიზნით³, მეტად და მეტად გადაილახა, შესაძლებელია, დავასკვნათ, რომ კერძო ავტონომია, როგორც სამოქალაქო სამართლის პრინციპი, გამარჯვებით დამკვიდრდა.

აღსანიშნავია, რომ ასეთი მიდგომა საკითხის არსს ვერ ამოწურავს. ის მხედველობის არეალის მიღმა ტოვებს იმ ფაქტს, რომ რეალურად საქმე ეხება არა გარდაუვალი ისტორიული განვითარების პრობლემას, არამედ პრინციპულად და უკომპრომისოდ წარმართულ ბრძოლას სამენარმეო, საკუთრების, ხელშეკრულების თავისუფლების და, შესაბამისად, კერძო ავტონომიის პრინციპის დამკვიდრებისათვის, რამდენადაც ეს უკანასკნელნი წარმოადგენდნენ უკეთეს და მორალურად უპირატეს სისტემებს მათ წინამორბედ საზოგადოებრივ-პოლიტიკურ წეს-წყობილებებთან შედარებით. ამ თვალსაზრისით უნდა გავიხსენოთ, რომ კერძო თავისუფლებები და ავტონომიები განმანათლებლობის წიაღში იშვა. ისინი წარმოადგენენ უფრო ფართოდ გაგებული თავისუფლებისა და ემანსიპაციის შემადგენელ ნაწილებს, რომელი გაგების თანახმადაც, ეკონომიკური, პოლიტიკური და კულტურული თავისუფლებები ერთ უნივერსალურ კონცეპტად შეიკრა. ჯერ კიდევ 1577 წელს მოუწოდა ეტიე დე ლა ბოესიმ „ნებაყოფლობითი მონობისაგან“ განთავისუფლებისაკენ, ტერმინი, რომლითაც ავტორიფეოდალურ წეს-წყობილებას მოიხსენიებდა.⁴ ორასი წლის შემდეგ განსაზღვრა კანტმა: „განმანათლებლობა არის ადამიანის გამოსვლა უმწიფრობიდან, რომელიც მისივე ბრალია. Sapere aude! იქონიე გამბედაობა, ისარგებლო საკუთარი გონე-

¹ Motive (გერმანიის სამოქალაქო, კოდექსის მოტივები), Band III, S. 6.

² Motive, Band III, S. 6.

³ ფეოდალური და საბჭოთა საკუთრებითი სამართლის გასაოცარ მსგავსებასთან დაკავშირებით იხ. R. Knieper, Gesetz und Geschichte, 1996, S. 201 ff.

⁴ Etienne de la Boétie, Discours de la servitude volontaire, 1577 (საუბარი ნებაყოფლობითი მონობის შესახებ).

ბით.“ ამისათვის არაფერია საჭირო, გარდა თავისუფლებისა, {...} კერძოდ, იმ თავისუფლებისა, ისარგებლო საკუთარი გონებით ყველაფერში და საჯაროდ”.⁵

მნიშვნელოვნად მიმაჩნია, შევეხო კერძო ავტონომიის პრინციპის ორივე საფუძველმდებარე თეზას, რათა ნათელი მოეფინოს ამ უკანასკნელის სხვადასხვა ტიპის გაგებას.

ერთ-ერთი მიდგომა ეხება კერძო ავტონომიის, როგორც „ინსტიტუციის საზოგადოებრივ ფუნქციებს“.⁶ „სამოქალაქო საზოგადოების ცხოვრებაში მთელი ისტორიის მანძილზე და არამხოლოდ დღევანდელ რეალობაში საქმე ეხება ცხოვრების გაუმჯობესების მიღწევისათვის შესაძლებლობების ზრდას“.⁷

ამ ხედვას იზიარებს ნეოკლასიკური ეკონომიკური თეორია. მისი ცენტრალური შეკითხვაა, როგორ უნდა იქნეს გამოყენებული შეზღუდული რაოდენობის რესურსები ყველაზე ეფექტურად „ღირებული ეკონომიკური პროდუქტის წარმოებისთვის“ და როგორ უნდა განაწილდეს წარმოებული პროდუქტი ყველაზე ეფექტურად საზოგადოებაში.⁸ ეს თეორია ავითარებს მეთოდოლოგიური და ნორმატიული ინდივიდუალიზმის იდეას, რომლის თანახმად, ყოველ ადამიანს ამოძრავებს საკუთარი სარგებლის გაზრდის ლეგიტიმური სწრაფვა და ყოველი ადამიანიმის ხელთ არსებული შეზღუდული რაოდენობის რესურს საკუთარი სარგებლისა და მოთხოვნილებების დაკმაყოფილებას ახმარს. ისინი არავის წინაშე არიან პასუხისმგებელნი საკუთარი არჩევნის (პრეფერენცია) სისწორეზე. ამავე დროს, რაციონალური ქმედებისთვის საჭიროა ცოდნა იმისა, რომ პროდუქტის შერჩევა იწვევს ოპორტუნიზმის ხარჯებს და ართულებს სხვა პრეფერენციების რეალიზებას; რომ ინდივიდუმი მოსაპოვებელ პროდუქტზე, აგრეთვე სხვა პროდუქტებთან შედარებით, ამომწურავადაა ინფორმირებული-ეს გულისხმობს იმას, რომ „ეკონომიკური სისტემა დაკომპლექტებულია ინტელექტუალური და ინფორმაციის სათანადოდ გამავრცელებელი სუბიექტებით“⁹; და რომ პრეფერენციების რეალიზება არ უნდა იყოს გართულებული ან ხელშემილილი საჯარო თუ კერძო კომპეტენციების მქონე აქტორების მიერ. თუ ყველა ეს წინაპირობა მოცემულია და დამატებით ყველა ინდივიდი ამომწურავადაა ინფორმირებული და, შესაბამისად, ყველა რაციონალურად იქცევა, ანუ როგორც *homines oeconomici*, ხორციელდება შეზღუდული რაოდენობის რესურსების ოპტიმალური და ეფექტური განაწილება ყოველგვარი დაგეგმვისა და ინტერვენციის გარეშე. ძირითადი ადგილი, სადაც ინდივიდების პრეფერენციები რეალიზდება, არის ბაზარი. ბაზარი არის მგრძობიარე და საკმაოდ მოქნილი მექანიზმი, რომელზეც აგრეგირებული ინდივიდები ანუ საერთო ეკონომიკური მოთხოვნა და აგრეგირებული ინდივიდები ანუ საერთო ეკონომიკური შეთავაზება ერთმანეთს ხვდება. ფასი განაპირობებს მყიდველისა და მიმწოდებლის მილიონობით გადანყვეტილებას: რამდენადაც ორივე მხარე თავისთვის ოპტიმალური გადანყვეტილების ძიებითაა დაინტერესებული, ფასები მოძრაობს იმ დიაპაზონში, რომლის ფარგლებშიც დაცულია წონასწორობა შეთავაზებასა და მოთხოვნას შორის და, შესაბამისად, ბაზრის მიმართ ინტერესი დიდია.

ამ მიდგომას, რომელიც ბაზრისა და კერძო ავტონომიის ფუნქციურობასა და ეფექტურობაზე ორიენტირდება, უკუაგდება მეორე თეორიის სკოლა თავისუფლების პრინციპზე აქცენტირებით. ამ სკოლის თანახმად, მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს არა ეფექტურობას, არამედ ცალკეული ინდივიდის „სუვერენობას“ (*Selbstherrlichkeit*) „შემოქმედებითი ხასიათის მქონე სამართლებრივ ურთიერთობებში“.¹⁰ ის, ვინც კერძო ავტონომიის პრინციპის განხილვისას რესურსების განაწილების ფაქტორს გადამწყვეტ მნიშვნელობას ანიჭებს, აკნინებს „სუბიექტური თავისუფლების პრინციპს“¹¹, დიას, ხელს უწყობს ისეთი სისტემის კონსტრუირებას, რომელშიც ყოველი ადამიანი ერთგვარი სოციალური დეტერმინიზმითაა შეზღუდული და მისთვის განსაზღვრული როლის

⁵ *Immanuel Kant*, პასუხი კითხვაზე: რა არის განმანათლებლობა?, 1783, ციტირებული აქედან: I. Kant, *Werke*, Sechster Band, herausgegeben von Wilhelm Weischel, 1964, S. 53/55.

⁶ *Mestmäcker* JZ 1964, S. 441 ff/443; ders., AcP 168 (1968), S. 235 ff/242; Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1933, S. 103/122ff/210ff.

⁷ *N. Luhmann*, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in: *Der Staat*, 1973, S. 1ff./16.

⁸ იხ. *P.A. Samuelson/W. Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 3. (18.) Auflage 2007, S. 20.

⁹ *Samuelson/Nordhaus*, a.a.O. S. 983.

¹⁰ *Flume*, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl. 1979, S. 1 ff.

¹¹ *Nörr*, *Die Leiden des Privatrechts*, 1994, S. 154 ff.

ფარგლებში მოქმედებს ან, უფრო სწორედ რომ ვთქვათ, ფუნქციონირებს.¹² ამ თვალსაზრისით, კერძო ავტონომია არის გამოხატულება ყოველი ადამიანის თავისუფლებისა და მისი ლეგიტიმური უფლება, შევიდეს გარიგებებსა თუ სხვა ტიპის სამართლებრივ ურთიერთობებში საკუთარი სუბიექტური ნების საფუძველზე. სუბიექტურობა ამ კონტექსტში არ უნდა დავიყვანოთ მხოლოდ და მხოლოდ ეკონომიკურ გათვლამდე, რამდენადაც ის მოიცავს „აფექტების და ესთეტიკური, ეკონომიკური და ემოციებით განპირობებული ინტერესების მთელ სპექტრს“.¹³ საქმე არ ეხება ბაზრის გონებას: „სურვილი იკავებს გონების ადგილს“ – *“stat pro ratione voluntas”*¹⁴.

ეს ლათინური გამოთქმა, შესაძლებელია, სხვადასხვაგვარად იქნეს გაგებული. ის შეიძლება ნიშნავდეს, რომ ნება და გონება ერთგვარ კონკურენტულ ურთიერთმიმართებაშია და ამ უკანასკნელთა კონფლიქტის შემთხვევაში ნება გონებას წინ უსწრებს, სძლევს. დასაშვებია ასევე განსხვავებული ინტერპრეტაცია, რომლის თანახმად, ნება და გონება ერთიანია – გონება ნების რეპრეზენტატორია. პირველ ინტერპრეტაციასთან დაკავშირებით თანამედროვე სამოქალაქო სამართალი მუდმივად მცირე და კლებად განმარტებებს იძლევა. მართალია, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 133-ე პარაგრაფი ადგენს: „ნების გამოვლენის ნამდვილობა“ უნდა იქნეს შესწავლილი და შესაძლო მცდარი მიჩნევების შემთხვევაში შეცილების გზით შესაძლებელია, შეიზღუდოს ნების გამოვლენის ნაკლები/მცდარად ნარწმუნები ნამდვილობით დამდგარი სამართლებრივი შედეგი. მიუხედავად ამისა, დამკვიდრდა ადამიანთა მოქმედებების აზრისა და შედეგის ობიექტივიზების მზარდი და სტაბილური ტენდენცია. მოვიყვანდი რამდენიმე მაგალითს: ჯერ კიდევ ადრე ინგლისურ სამართლებრივ პრაქტიკაში მხარი დაეჭირა პოზიციას, რომ ხელშეკრულების დადებისას უფრო მეტი მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს *“the existence of the external signs of agreement rather than subjective intensions”*-ს, როგორც ამ საკითხს *“კეთილგონიერი ადამიანი”* (reasonable man) უყურებს.¹⁵ ფრანგულ სამართალში *“კეთილგონიერი ადამიანის”* ტერმინი ჩანაცვლებულია *bon perede famille*-თი. ასევე გერმანიაშიც ენიჭება მნიშვნელობა კეთილგონიერი ადრესატის/მიმღებლის პორიზონტს და სახელშეკრულებო ურთიერთობაში ჩვეულება-ადათის ფაქტორს (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 157). დესუბიექტივიზაციები განსაზღვრავენ გარიგების ამორალურობას (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB), პარაგრაფი 138) და ასევე დაუდევრობებს (BGB, პარაგრაფი 276).

ვიდრე „ნების პრინციპის დაღმასვლას“¹⁶ შევხვდებით, მართებულად მიმაჩნია, განვიხილოთ ზემოხსენებული ლათინური გამოთქმის მეორე ინტერპრეტაცია, რომლის თანახმად, ნება წარმოადგენს გონების რეპრეზენტატორს. ამას მივყავართ მე-19 საუკუნის დიდი კოდიფიკაციების ფილოსოფიურ საფუძვლებამდე, რომლებსაც კერძო ავტონომიის, ხელშეკრულების თავისუფლების და ნების თავისუფლების პრინციპები დაეფუძნა. განმანათლებლური ფილოსოფია და მასში ჩაქსოვილი გონების პრინციპი არ ემყარებოდა იმ პოზიციას, რომ „თავისუფლების დამახასიათებელი ნიშანი... მისივე თვითნებობაა“.¹⁷ პირიქით, კანტმა და ჰეგელმა, სავინიმ და იერიგმა, ვინდშიაიდმა და პუხტამ უდავოდ ნორმატიული განზრახვით, მაგრამ მათი ეპოქის ჩარჩოებიდან არც თუ ისე გადახვეული რეალობის აღქმით გაუსვეს ხაზი, რომ ადამიანის ღირსება და თავისუფლება „ზნეობრივი ღირებულებაა“¹⁸ და „ზნეობრივი ადამიანი თავისუფლებისაკენ იღტვის, რამდენადაც ფლობს ნებას, გააკეთოს რაიმე კარგი საკუთარი ძალებით“, მაშინ, როდესაც სამართალს აქვს ტენდენცია, „დაარღვიოს გრძნობების ბატონობა“.¹⁹ თავისუფლება არ არის ლტოლვა, სპონტანურობა ან არაპროგნოზირებადობა. ის, ვინც საკუთარ მოქმედებებში შეგრძნებებსა და იმპულსებს არ ემონება, არის თავისუფალი და ასეთია მხოლოდ და მხოლოდ ადამიანი, რამდენადაც ეს უკანასკნელი იმპულსებსა და ვნებებს „გონების შინაგანი კანონით მართავს და ამ გზით

¹² Picker, AcP 183 (1983) S. 369 ff/504.

¹³ Struck in JuS 1993, S. 992ff/999; ასევე Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990, S. 25.

¹⁴ Flume, Allgemeiner Teil, S. 6.

¹⁵ J.Cooke/D. Oughton, The Common Law of Obligations, 2nd. ed., 1993, S. 27.

¹⁶ J. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 132.

¹⁷ ასე მაგალითად Ritgen, Juristenzeitung 2002, S. 114 ff./ 117.

¹⁸ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band (1840), S. 55f.

¹⁹ Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1852, Bd. II 1, S. 37 und 131f.

ყალიბდება გონიერ არსებად, მორალურ კანონებზე დაყრდნობით“.²⁰ ეთიკური და იურიდიული ქმედება, სუბიექტური და ობიექტური სამართალი, ნება, თავისუფლება და ვალდებულება კვეთენ ერთმანეთს: „სამართალი არის ყველა იმ პირობის გამაერთიანებელი ცნება, რომელთა ფარგლებშიც ერთის თვითნებობა თანამყოფობს მეორის თვითნებობასთან თავისუფლების საყოველთაო პრინციპის თანახმად.“²¹

ეს რომ „ცივილიზაციის რთული პროცესი“ იყო, რომელიც ნორბერ ტელიასმა ასეთი გამომსახველობით დაახასიათა²², და რთული პროგრამა ყოველი ადამიანისათვის, ნათელია. ის, რომ ზნეობრივად გაგებული თავისუფლება ვერანაირად ეთანხმება „ბუნებრივ ვნებებს, მრისხანებას, ამპარტავნებასა და ლტოლვას“²³, ფსიქოანალიზის დამფუძნებელმა საკმაოდ კარგად ჩამოაყალიბა, რამდენადაც „ჩვენი პიროვნების ყველაზე ბნელი, მიუწვდომელი შრე ძალისხმევითი აღმზრდელობითი და კულტურული მუშაობით უნდა ფორმირდეს, რათა განხორციელდეს რეალობის პრინციპი“ და სურვილი „ნების კარნახს დაექვემდებაროს, კარნახს, რომელიც საზოგადოების და კვეთის იდენტურია“, რადგანაც „ადამიანებისაგან შემდგარი საზოგადოების ძირითადი მოტივი ეკონომიკური ხასიათისაა“.²⁴

ფილოსოფიასა და ფსიქოანალიზში ამ ექსკურსის მიზანი იმის ჩვენებაა, რომ იმ მოძღვრების წარმომადგენლები, რომლებიც სამოქალაქო სამართალში ჩათესილი კერძო ავტონომიის პრინციპში სუბიექტური და თვითნებური თავისუფლებების განდიდებას ეძიებენ და ამ უკანასკნელის ეფექტურობის დამასაბუთებელ არგუმენტებს უკუაგდებენ, საუკეთესო შემთხვევაში გულუბრყვილონი არიან და ისტორიული თვალსაზრისით გაუმჯობესებას საჭიროებენ. გაობიექტურობები, რომლებიც მარლტცნობიერი მესამე პირის კონსტრუქციას აყალიბებენ – *reasonable man of sound mind and in ripe years* ან *bon perede famille*, რომელზეც იურისტები და სასამართლოები კეთილგონიერებისა და მარლტცნობიერების შესახებ თავიანთ წარმოდგენებს პროექტირებენ, არ ეწინააღმდეგება კერძო ავტონომიის საფუძვლებს, რათა ნების თვითნებობა კონტროლს დაექვემდებაროს. აგრეთვე, სამართლის ფორმებიც „თავის სისტემურ მთლიანობაში ემსახურება სამართლებრივი ურთიერთობის სერიოზულ მიზანს ან გამართლებულ ეთიკურ ინტერესს, ის არ ტოვებს ხუმრობის, გართობის, ინდივიდუალური განწყობებისა თუ სურვილების სივრცეს“.²⁵

ამით არაპირდაპირი პასუხია მოცემული პირველ შესავალ შეკითხვაზე: სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში მოცემული მიდგომების სხვადასხვაგვარობა აიხსნება იმით, რომ სხვადასხვა კანონშემოქმედმა კანონში შეიტანა სხვადასხვა სახის წარმოდგენები მართებულობისა და „სამართლებრივი ურთიერთობის სერიოზული მიზნის შესახებ“, რომლებიც ნების გამოვლენასა და ხელშეკრულებებს ან ანიჭებს იურიდიულ ძალას ან არ ანიჭებს. ამით ასევე ნაპოვნია პასუხი იმ საკამათო შეკითხვაზე, წარმოდგენს თუ არა ნების გამოვლენა და ხელშეკრულება სამართლის წყაროს. არა, ისინი სამართლის წყაროს არ წარმოადგენენ. გერმანელმა სამართლის ფილოსოფოსმა, რადბრუხმა, მოხერხებული ფრაზით ჩამოაყალიბა მე-19 საუკუნის პანდექტური სამართლებრივი სწავლება²⁶: „ავალდებულებს არა ნება, არამედ ხელშეკრულების ვალდებულებითობა, შერწყმულინებასთან, რამდენადაც ეს შერწყმა დაცულია კანონის ძალით.“²⁷

დაახლოებით ორმოცი წლის წინ ჩემს კოლეგებთან – გუნარ ჰაინსონსა და ბარბარა კნიპერთან ერთად დაფიქრდი იმ საკითხზე, რომ ის ადამიანები, რომლებიც მზად იყვნენ, ელიარებინათ გონების უპირატესობა ვნებებთან შედარებით და რეალობის პრინციპი, ძირითადად და უმეტესად პატრიარქალურ ოჯახებში იყვნენ აღზრდილნი. ისინი ჩამოყალიბდნენ მამაკაცის საკუთრების სივრცეში, რომლის პირობებშიც მამებს და დედებს, შვილ ბიჭებსა და შვილ გოგონებს თავისუფლებები და იძულებები ჩანაცვლებული ჰქონდათ საჭიროებებზე ზრუნვის აუცილებლობით, მაგრამ

²⁰ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, zu §§ 33, 35, 40.

²¹ I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797, Werke, Vierter Band, S. 327 ff.

²² Elias, Über den Prozess der Zivilisation, 1936.

²³ Hobbes, Der Leviathan, 17. Kapitel

²⁴ Freud, Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, 1917, zitiert nach: Gesammelte Werke Bd. XI (1969), S. 368/322.

²⁵ Jhering, Geist des römischen Rechts S. 344.

²⁶ ამასთან დაკავშირებით იხ. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 119 ff.

²⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 246.

რაც, ამავე დროს, მატერიალური გარანტიების არსებობას ემსახურებოდა. ასეთ ოჯახებში არსებული აქცენტირება საკუთრების უნარიან განმკარგავზე, დედობასა და აღმზრდელილობით სამუშაოებზე, ცხადია, არ იძლეოდა თავისუფლების მაღალ ხარისხს, მაგრამ, სამაგიეროდ, ემსახურებოდა ცხოვრების მატერიალური გარანტიების დაცვას.

ცხოვრების სოციალური ორგანიზების ეს ფორმა იმ ქვეყნებში, რომლებშიც მოქმედებს კერძო ავტონომიის პრინციპი, უდავოდ, განწირულია კვდომისთვის. ადამიანების აბსოლუტური უმრავლესობა არსებობს ანაზღაურებადი შრომით. ამ დრამატულმა სოციალურმა ცვლილებამ პატრიარქალური ოჯახის ფენომენი გამოუსადეგარი გახადა. ეს ფენომენი დღემდე მხარდაჭერილია ბევრი მამაკაცისა და ქალის მიერ, რა თქმა უნდა, რელიგიური მოტივებით და იმის გამოც, რომ მისი ჩამოშლა მხოლოდ პატრიარქალური წინისაგან განთავისუფლებასთან არ ასოცირდება, იმავდროულად, შიშსაც იწვევს. მიუხედავად ამისა, ეს პროცესი შეუქცევადი ხასიათისაა. ამას ადასტურებს ქორწინების გაუქმებები, ასევე ქორწინების უფლება ყველასათვის და სხვა პროგრესული ძვრები.²⁸

ამას ადასტურებს ის მიდგომებიც, რომლებიც სულ უფრო მეტად დამკვიდრდა ბოლო ორი შესავალი კითხვის კონტექსტში. აუხსნელი რჩება, რატომ იღებენ ქალები ერთი და იმავე სამუშაოსთვის ნაკლებ ანაზღაურებას, ვიდრე კაცები, და ამ კონტექსტში მითითება კერძო ავტონომიაზე ვერ ავითარებს მოქმედების ძალას. მას შემდეგ, რაც პატრიარქალური ოჯახის სისტემის მატერიალური და ეგზისტენციალური ერთობა იშლება, აღარ არსებობს არავითარი მიზეზი იმისათვის, რომ ქორწინება არ განისაზღვროს, როგორც ინტიმური ურთიერთობების ადგილი და ამ უკანასკნელის უფლება არ გავრცელდეს ერთსქესიან წყვილებზე. სხვა არის კითხვა, თუ რატომ უნდა იყოს მხარდაჭერილი პატრიარქალური ოჯახური სისტემა სახელმწიფოს მიერ.

ვფიქრობდი და ვფიქრობ, რომ ცხოვრების პირობების ცვლილება არ დარჩება გავლენის გარეშე იმ ბავშვების აღზრდასა და ჩამოყალიბებაზე, რომელთა ცხოვრება მეტად და მეტად გადადის საჯარო დაწესებულებებში, რომლებშიც აღმზრდელსა და ბავშვს შორის არავითარი ინდივიდუალურ-ეგზისტენციალური ერთობა არ არსებობს. საბოლოოდ არ არის გარკვეული, ექნებათ თუ არა ასეთი აღზრდის პროდუქტებს (ბავშვებს) მომავალში თავისუფლებისადმი ლტოლვა, რომელიც მოტივირებულია საკუთარი ძალებით/ნების საფუძველზე კარგის კეთებითა და სურვილების სოციალურ ჩარჩოებში მოქცევით.

ამის გამო ოცი წლის წინ მივმართე იმ ალტერნატივების ძიებას, რომლებიც მოცემულია ლიტერატურაში, რათა ახლებურად განისაზღვროს გონებასა და თავისუფლებას შორის არსებული ტრადიციული კავშირი.

გადავანყედი მოსაზრებას, რომელიც გულისხმობს კერძო ავტონომიის ინდივიდუალისტური ელემენტის კოლექტიურ-სოციალურ კომპონენტებამდე გაფართოებას, ავტონომიის ფუნდამენტური კონცეპტის ხელის ხლების გარეშე. შედეგად, გვეძლევა პასუხისმგებლობის, თანამშრომლობის, სოლიდარობისა და საზოგადოებრივი ინტეგრაციის ეტიკა.²⁹

წავანყედი ასევე ზემოხსენებულისაგან განსხვავებულ მოსაზრებასაც, რომლის თანახმად, საჭიროა გადასვლა ინდივიდუალისტურ-მეტაფიზიკურიდან ობიექტურ-რეალისტური სამართლის კონცეფციაზე და კერძო ავტონომიის „ლამაზი პოეზია“ და სუბიექტური უფლებები უნდა „დაეცეს“ კერძოსამართლის ვალდებულებით-სამართლებრივი ორიენტირების შესახებ მეცნიერული ცოდნის სასარგებლოდ. ამ სტრუქტურულ ქსოვილში მესაკუთრე, სახელშეკრულებო პარტნიორი გაგებულ უნდა იქნეს, როგორც „საჯარო ფუნქციონერი“, რომელიც სოციალურ დავალებას ასრულებს.³⁰

სხვა პერსპექტივიდან, კერძოდ, „სამართლის დისკურსის თეორიიდან“ შემოთავაზებულია, რომ კერძო ავტონომიის მასშტაბი საჯარო კომპონენტით გაფართოვდეს და მოქალაქეთა ავტონომია კერძო ავტონომიის პრინციპთან დაკავშირებით თანაბარი ფუნდამენტურობისა და ონტო-

²⁸ G. Heinsohn/R. Knieper, Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang, 2. Aufl. 1976; G. Heinsohn/B. Knieper, Theorie des Kindergartens und der Spielpädagogik, 1975.

²⁹ იხ. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 144 ff/270 f.; Eike Schmidt, Juristenzeitung 1980, S. 153 ff; უფრო დეტალურად: Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 170 ff

³⁰ Duguít, Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon, 1920; უფრო დეტალურად: Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 172 ff.

ლოგიური ბუნების მქონედ ჩაითვალოს.³¹ ეს დაკავშირებულია იმ მოსაზრებასთან, რომ არსებობს ორი სამყარო, კერძოდ, ობიექტებისა და გაობიექტურობების სისტემა-სამყარო და ცხოვრებისეული სამყარო, როგორც ინტერსუბიექტურობისა და ავტონომიის განხორციელება/განცდის არეალი.³²

მაქვს ვებერს ეკუთვნის მოსაზრება, რომლის თანახმად, საზოგადოებაში მიმდინარე ურთიერთგაცვლა საკონტრაქტო ურთიერთობების გზით არ ინვესტს „ინდივიდუალური თავისუფლების გაზრდას ცხოვრების წარმართვის სფეროში“, არამედ ინვესტს „ცხოვრების იძულებითი სქემატიზების ტენდენციის გაძლიერებას“. აქედან წარმოდგება სამართლის მატერიალიზება, როგორც „ზოგადი საგნობრივ-საქმიანი ნიშანი და დაინტერესებულთა საშუალო-სტატისტიკური აღქმით დანახული რეალობა“.³³

მაშინ ვფიქრობდი, რომ მიმემართა მცდელობებისათვის „მართვადობისა და პროგნოზირებადობის დასახვეწად, დიახ, ადამიანისათვის უფლებრივი სიკეთეების ურთიერთშეწონვისა და რისკების განსაზღვრის ტვირთის მოსახსნელად, რომელთა პირობებშიც ამ უკანასკნელის მდგომარეობა ყოველთვის პრობლემად აღიქმებოდა“.³⁴ ჩემთვის დღემდე აუხსნელია, რომელი ფსიქიკური დისპოზიციიდან და მატერიალური წყაროდან წარმოდგება ორგანული სოლიდარობები ან ცხოვრებისეული სამყაროები.

ავტონომიის, ინდივიდუალური რაციონალიზმისა და პროდუქციის ყიდვა/გადაყიდვის საზოგადოებრივი საჭიროების პრობლემატიკა ამიტომაც რჩება აქტუალური. არ მიმაჩნია შემთხვევითობად, რომ უკანასკნელ წლებში ეკონომიკის მეცნიერებებში *behavioural economics*-ის სკოლამ დიდი მნიშვნელობა შეიძინა და რომ ამ სკოლის ერთ-ერთმა ცნობილმა წარმომადგენელმა, რიჩარდ ტალერმა, 2017 წელს ნობელის პრემია მიიღო.³⁵ ეს იმას ნიშნავს, რომ დადგა დრო, დაითმოს „ფიქტიური ქმნილების, სახელად *homo oeconomicus*“-ის, იდეა მთელი თავისი რაციონალობებით და ეს უკანასკნელი ჩაანაცვლოს შეხედულებამ, რომლის თანახმად ბაზარს ნამდვილი ადამიანები — „*humans*“ ქმნიან.³⁶ სხვადასხვა კოგნიტურ სისტემაში ის მათ (ბაზარი ადამიანებს) ავტომატურ სისტემაში ათავსებს, რომელიც გაუკონტროლებლობით, მოქნილობით, ასოცირებადობით, სისწრაფით, უნებლიობით და შესწავლილობით ხასიათდება, საპირისპიროდ რეფლექტირების სისტემისა, რომელსაც ამ პირველის ანტონიმიური თვისებები, კერძოდ, კონტროლირებადობა, დაძაბულობა, დედუცირება, სინელე, განზრახულობა და წესებზე მიბმულობა ახასიათებს. მნიშვნელოვანია ის, რომ ადამიანები *humans* „ლიბერტარიანული პატერნალიზმის“³⁷ მეთოდებით, ანუ ნაზი ბიძგებით „*nudges*“ იქნენ მიყვანილნი ჭკვიან გადაწყვეტილებებამდე, რა თქმა უნდა, მათივე საკუთარი და საზოგადოებრივი სიკეთისთვის. ეს გულისხმობს ლუკრატიულ საინვესტიციო გადაწყვეტილებებს, მომგებიან პირობებში კრედიტების აღებას, ჯანმრთელ კვებას, გარემოზე ზრუნვას, მომხმარებლურ ჩვევებს, რომლებიც არ აჭარბებს ინდივიდის შემოსავალს და გაჭირვებაში არ აგდებს ოჯახს, ალკოჰოლის ზომიერ მიღებას, ორგანოების გაცემის მატებას და სხვა ბევრ რამეს, რისი წინააღმდეგიც არავინ შეიძლება იყოს.³⁸

განმანათლებლურ ფილოსოფიაში თავისუფლება იყო ლეგიტიმირებული, რადგანაც პატრიარქალური ოჯახის სისტემაში ჩამოყალიბებული კეთილგონიერი ადამიანი — *reasonable man* გონების კანონებს ინტერნალიზირებული თვითკონტროლით ახორციელებდა. დღეს ეს ოჯახური პატერნალიზმი იშლება. მის ადგილას უნდა აღმოცენდეს რაღაც სხვა, რათა უზრუნველყოფილ იქნას კერძო ავტონომიის პრინციპზე დამყარებული საბაზრო ეკონომიკური ურთიერთობების გზით რესურსების განაწილების/ალოკაციის ფაქტორის დინამიკა, ეფექტურობა და სტაბილურო-

³¹ *Habermas, Faktizität und Geltung, 1992; მეტი სიზუსტისთვის იხ. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 175 ff*

³² *Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981, S. 173 ff./548 ff.*

³³ *Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, Zweiter Teil Kapitel VII, §§ 3 und 8; მეტი სიზუსტისთვის იხ. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 178 ff.*

³⁴ *Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 112.*

³⁵ *Thaler, Misbehaving – The Making of Behavioural Economics, 2015.*

³⁶ *Thaler, Misbehaving, S. 4.*

³⁷ *Thaler/Sunstein, Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2008, deutsch 2011, S. 14 ff.*

³⁸ დეტალებში: *Thaler/Sunstein, Nudge.*

ბა. *Behavioural economics*-ის თეორია გვთავაზობს გამოსავალს. ეკონომიკური მეცნიერების ახალი, ლიბერტარიანულად ნოდებული პატერნალიზმი ანაცვლებს *pater familias*-ს და ამის საფუძველზე დამყარებულ ინტერნალიზირებულ თვითკონტროლს ექსტერნალიზირებული გარე კონტროლითა და გადანყვებილების არქიტექტურით (ტალერი) მუდმივი ინსტრუქციის, კორექტირებისა და ორიენტირების დადგენის გზით. კერძო-ავტონომიურად დადებული ხელშეკრულებების საშუალებით საბაზრო ეკონომიკური ურთიერთობების ფორმალურ ორგანიზებაში არაფერი იცვლება.

ეს შეიძლება კრიტიკის საგნად იქცეს, როგორც ძველი ყაიდის თეთრი კაცის კულტურულ-პესიმისტური ბუზლუნი. ჩემთვის არაა მარტივი, რომ ეს უკუვაგდო, როგორც გაუგებრობა, რამდენადაც უნდა მივუთითო პარალელურად მიმდინარე განვითარებებზე, რომლებთან დაკავშირებითაც ვფიქრობ, რომ მათშია ექსტერნალიზირებული გარე კონტროლის ინსტრუმენტების შექმნისა და გამოყენების პოტენციალი. ამავე დროს, უნდა აღინიშნოს, რომ მილიარდობით ადამიანი დედამიწაზე ამ განვითარებებს პოზიტიური გაცეებითა და მიმღებლობით ხვდება. საუბარია სოციალურ ქსელებზე, რომლებშიც ეს ხსენებული მილიარდობით ადამიანი თავისუფლად მოძრაობს და რომლებიც რამდენიმე კერძო ორგანიზაციის მიერ იმართება. ეს ორგანიზაციები ამ გზით ყველა თავბრუდამხვევ საბირჟო მონაცემებს იწერენ.

ასეთ სოციალურ ქსელებში ადამიანები ავრცელებენ და აზიარებენ თავიანთ განცდებს, გრძნობებს, ოცნებებსა და მოთხოვნებს. ისინი ასაჯაროებენ თავიანთი საშვებულებო პერიოდის აქტივობებს, შენაძენებს, სახლებს, მანქანებს, მოტოციკლებს და შინაურ ცხოველებს. ისინი ააშკარავენ საკუთარ ოცნებებს, სურვილებს, სამომავლო გეგმებსა და საგანმანათლებლო მიმართულებებს. ასევე სოცქსელების მიღმაც ადამიანები ტოვებენ ღრმა კვალს „ქსელში“, როდესაც სარგებლობენ საკრედიტო ბარათით, ყიდულობენ რაიმეს ელექტრონულად და ახორციელებენ საბანკო ოპერაციებს/იღებენ საბანკო სერვისებს.

ამ გზით იქმნება განუზომელი სიდიდის მონაცემთა ბაზა, *big data*, რომელიც ბიზნესს და ფინანსური ინტერესით ოპერირებად ორგანიზაციებს ნებისმიერ ადამიანზე ინფორმაციის მოძიებისა და სახასიათო პროფილის შექმნის ინსტრუმენტს აძლევს, რომლიდანაც პოლიტიკური და სექსუალური ორიენტაცია ისევე იშიფრება, როგორც მომხმარებლური მოთხოვნები და ჩვევები, პრეფერენციები და პრიორიტეტები, რომლებსაც ადამიანები მათი ფინანსური საშუალებების გამოყენებისას მიმართავენ. არ არის გამორიცხული, რომ ასეთი პროფილები ადამიანის, *human*-ის უფრო რეალურ სურათს აყალიბებს, ვიდრე ამ უკანასკნელს თავისი თავის შესახებ აქვს. ეს პროფილები, შემდგომ, ადამიანებს უბრუნდება ინდივიდუალიზებული სარეკლამო განცხადებების, რაიმეს ყიდვის რეკომენდაციების, პროდუქტების შესახებ გაფრთხილებების, სამოგზაურო პაკეტის შეთავაზებების და სხვა აზრთა ნაკადის სახით. ეს ერთმანეთის ურთიერთხელშემწყობი პროცესებია, რომლებიც ისევე და ისევე ორიენტირებისა და პროფილების დახვეწას ემსახურება, როდესაც და რადგანაც ასეთ პროფილებს ხალხი მისდევს. ის, რომ ასეთი პროფილების გავლენას ხალხი ემორჩილება, მარტივად დასტურდება იმით, რომ სახეზეა მასობრივი გემოვნება და არაორდინარული ქცევითი მსგავსება სამომხმარებლო სფეროში, შვებულებისა და თავისუფალი დროის გატარებაში და ეს ყველაფერი ხდება იმ ეპოქაში, რომელიც, ამავე დროს, ძლიერი ინდივიდუალიზმის ერადაა მონათლული. ყველა ყიდულობს და ყიდის ერთსა და იმავეს სოციალური ქსელების, ტრენერების, გავლენის მომხდენების და სხვა მსგავსი სუბიექტების ზემოქმედებისა და მუდმივი გარე-გავლენების ქვეშ, მაგრამ ისინი ამას აკეთებენ ფორმალური კერძო ავტონომიის პრინციპით. შედეგად, ბაზარზე მოთხოვნა დიდია.

ნუთუ არ არსებობდა აქამდე რეკლამა, გავლენის მექანიზმები და სოციალური კონტროლი? რა თქმა უნდა, არსებობდა, მაგრამ მე დღეს მეჩვენება, რომ მიღწეულია ის უპრეცედენტო დონე, რომელსაც აქამდე არასოდეს უარსებია. *Behavioural economics*-ის ენაზე ითქმის, რომ ადამიანები (*humans*) სულ უფრო მეტად იღებენ *homo oeconomicus*-ის პროფილს, რომლის ფიქტიური გამოხატულებას უბტილური და მკაფიოდ, არაიძულებითი ელექტრონულ-ექსტერნალიზირებული გარე-კონტროლის სახით უკვე რეალობად გადაგვარების ტენდენციას ავლენს. *Big data* ავტონომიზირდება, როგორც *big daddy*, რომელიც ორიენტირდება, მართავს, აკონტროლებს და სახის ამოცნობის მექანიზმით იმაზე ზრუნავს, რომ არავინ შემოვიდეს. ის ხვდება იმ ინდივიდებს, რომლებიც ტენდენციურად, არც რეალური და არც სპირიტუალური მამისაგან არიან თვითრეფლექსიის, თვითფლობისა და თვითკონტროლისაკენ ბიძგმციემულნი.

მიმჩნია, რომ ეს განვითარება ჯერ კიდევ შორსაა კულმინაციური ეტაპისაგან. არსებულ მომენტში დიდი ინტელექტუალური და ფინანსური რესურსების გამოყენების გზით მიმდინარეობს ინტენსიური მუშაობა ეგრეთ წოდებული *smart contracts*-ის დახვეწაზე, რომელმაც ინდივიდი, ისევე და ისევე ამ უკანასკნელის სამსახურში დგომით, უნდა გაათავისუფლოს უნდობლობის ტვირთისაგან, და ურწმუნებლობისაგან, ინფორმაციული ასიმეტრიისაგან, არჩევნის გაკეთების იძულებისაგან და უფლებების განხორციელებისაგან და ამ გზით ჰარმონიულად შეაკავშიროს ინდივიდუალური სიკეთე საზოგადოებრივ სიკეთესთან.

ამ ეტაპზე ჯერ კიდევ ბევრი რამ გასარკვევია და ჯერ კიდევ განიხილება, მაგრამ *block chain*-ის ტექნოლოგიის განვითარების ტემპი ცხადყოფს, რომ მალე პრაქტიკულ ექსპერიმენტებს მიმართავენ.

Smart contract-ის ტერმინი საქართველოში მიმდინარე GIZ-ის სამართლებრივ-საკონსულტაციო პროექტში დღემდე განსაზღვრულია, როგორც: „essentially agreements between two or more parties expressed in computer code rather than human language. Their major perceived advantage over traditional contracts is that they can be programmed to be self – executing and in some cases even self-enforcing.“³⁹ მსგავს განსაზღვრებას ვპოულობთ მანფრედ ფრისტანაც: „მხარეები თავიანთ მნიშვნელოვან სახელშეკრულებო ვალდებულებებს, ისევე, როგორც ამ ვალდებულებების დარღვევით გამოწვეული სამართლებრივი შედეგების დადგომას და ხელშეკრულების ჩარჩო-პირობების ცვლილებებს ხელშეკრულების დადებისას მთლიანად უქვემდებარებენ პროგრამას. ამავე დროს, ისინი აკავშირებენ პროგრამას შესაბამის მონაცემთა ბაზებთან, რითაც პროგრამაზე მოხსენებული მოქმედებების ავტომატურად აღქმასა და იდენტიფიცირებას იწყებს.“⁴⁰

მაშინ, როდესაც ეს განსაზღვრებები ხელშეკრულებიდან, ანუ მხარეთა ორმხრივად გამოხატული ნებიდან, კოდირებული ფორმით გამომდინარეობს, სხვა ადგილებში იკითხება, რომ *smart contract*-ის შემთხვევაში საქმე ეხება „computerized instructions to do something (e.g., buy a stock) if something else is true (the price of the stock has dropped below \$10)“⁴¹-ს. შესაძლებელია, აქ აისახება ტრადიციული განსხვავებები ანგლო-ამერიკულ და კონტინენტურსამართლებრივ სისტემებს შორის: მაშინ, როდესაც პირველი ერთი პირის მიერ მეორისადმი მიცემული დაპირებიდან „promise“ ამოდის, მეორე სათავეს საერთო სახელშეკრულებო ვალდებულებიდან იღებს. როგორც ყოველთვის, ჩემი არგუმენტაცია აქ გამარტივებულია ქეისი და ვიგნას მიერ შემოტანილი დეფინიციებით.

Smart contracts-ის მხარდამჭერები წინასწარმეტყველებენ პოტენციალს, რომელიც მიიღება იმ შემთხვევაში, თუ კერძო ავტონომიის ფუნქციონირებისათვის გათვალისწინებული იქნება ტრანზაქციის ხარჯების მნიშვნელობა და წონა. ჯერ კიდევ რონალდ ქოუსმა და შემდგომ ჯონ ვალისმა და დუგლას ნორტმა შეიმუშავეს თეზა, რომლის თანახმად „რეალობასთან შეუსაბამოა“ ის დაშვება, რომ „საბაზრო ტრანზაქციები არ არის დაკავშირებული ხარჯებთან.“ ხარჯები აღმოცენდება სახელშეკრულებო მოლაპარაკებებისას, ხელშეკრულებების დადებისას და განხორციელებისას და გარკვეულ გარემოებებში, მათი არშესრულების შედეგად.⁴² იდეალურ სამყაროში, რომელშიც „ფასების სისტემა ფუნქციონირებს (ეს ცალსახად ნიშნავს იმას, რომ ეს უკანასკნელი ხარჯების გარეშე მუშაობს)“⁴³, ანუ რომელშიც ბაზარზე მიმდინარე გარიგებითი ურთიერთობები, ურთიერთგაცვლის პროცესები და მოლაპარაკებები მონაწილე მხარეთათვის ხარჯებს არ იწვევს, ბაზარი თავად ზრუნავს „საერთო-საზოგადოებრივი კეთილდღეობის მაქსიმირებაზე არსებული რესურსების სარგებლიანი ალოკაციის/განაწილების გზით“.⁴⁴ ამ იდეალურ სამყაროში ოპტიმა-

³⁹ *Maupin*, GIZ Georgia/NAPR Blockchain Land Registry Legal Roadmap, 2017, S. 9 f. (სქოლიოები არ არის მითითებული) მაღლობას ვუხედი ტომას მაიერს ლიტერატურასთან დაკავშირებული მითითებებისთვის.

⁴⁰ *Fries*, SmartContracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, in: *Anwaltsblatt* 2018, S.86.

⁴¹ *Casey/Vigna*, <https://www.technologyreview.com/s/6/10781/in-blockchain-we-trust>, 2018, page 5.

⁴² *Coase*, The Problem of Social Cost, in: *Journal of Law and Economics*, 1960; deutsch: Das Problem der sozialen Kosten, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Herausgeber), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, S. 131 ff. /148; *J. Wallis/D.C. North*, Measuring the Transaction Sector in the American Economy 1870-1970, in: *Engerman/Galman* (eds.), *Long Term Factors in American Economic Growth*, 1986, pages 95-148/98.

⁴³ *Coase*, S. 133 und passim.

⁴⁴ იხ. აღწერა და ანალიზი აქ: *Felix Müller*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, *Neue Theorien des Rechts*, 2009, S. 351 ff/355.

ლური ალოკაციის უზრუნველსაყოფად მნიშვნელობა არ ენიჭება ინდივიდუალური მოქმედების უფლებებისა და საკუთრების უფლებების *property rights* განსაზღვრა/მინიჭებას.

მაშინ, როდესაც *smart contracts*-ის ინსტრუმენტი სრული მასშტაბით შევა ძალაში და მას ბაზარზე არსებული მოთამაშეების ფართო ჯგუფები გამოიყენებენ, ეს უკანასკნელი გამოიწვევს ტრანზაქციის ხარჯების მნიშვნელოვან შემცირებას. როდესაც „ინსტრუქცია“, სახელშეკრულებო დანაპირები, მოდალობები ამ დანაპირების შესრულებისათვის და არშესრულების სამართლებრივი შედეგები კოდირებული იქნება და *block chain*-ის დეცენტრალიზებულ ქსელში დამახსოვრებული და როდესაც დანაპირები შეკავშირდება შესაბამის მონაცემთა ბაზებთან, რომელიც ავტომატურად ამოიცნობს ამ დანაპირების შინაარსს და მას სხვა შინაარსებთან შეაკავშირებს, მივიღებთ ახალი შესაძლებლობების ფართო სპექტრს. ხელშეკრულებები გადავა ავტომატური თვითგანხორციელების რეჟიმში (*self-executing*) და აღარ დაექვემდებარება ცვლილებას. *Block chain*-ის კრიპტო-ვალუტასთან კავშირის დამყარების გზით ავტომატურ რეჟიმში შესრულდება ფულადი ვალდებულებები. სამართლებრივი შედეგები ფულადი ვალდებულებების არშესრულებისა და დგება ასევე ავტომატურ რეჟიმში (*self-enforcing*). ტრანზაქციის ხარჯები ხელშეკრულების განხორციელების, მონიტორინგისა და შესრულებისათვის აღარ იარსებებს. ადამიანური ჩარევები დაიყვანება ნულოვან მაჩვენებლამდე. ისინი რეალურად არც არის საჭირო და დასაშვებია მხოლოდ და მხოლოდ გამონაკლისი კომპლექსურობის მქონე შემთხვევებში.

დღეს ჩანს, რომ ამ პროცესის დაწყება – პირველი დამახსოვრება და კოდირება – ბაზარზე მოთამაშე ადამიანთა ჯგუფების მიერ უნდა იქნას ინიცირებული. ერთ დღეს, ალბათ, ესეც ზედმეტი გახდება. დავუზრუნდები ალგორითმების გამოყენების გზით ადამიანის სახასიათო პროფილის შესაძლებლად ქცეულ სტრუქტურირებასა და განსაზღვრას, რომელიც გამოირჩევა ძლიერი გავლენით ადამიანურ ქცევაზე და იძლევა ახალი ლიბერტარიანული პატერნალიზმით ნაკარნახევი ფაქიზი ბიძგის – *“nudge”* სწორად გამოყენების საშუალებას. რატომ არ უნდა დაექვემდებაროს ეს პროცესიც კომპიუტერიზაციას ისე, რომ ამით ავტომატურ რეჟიმში უზრუნველყოფილ იქნეს პროდუქციის რაციონალური ურთიერთგაცვლა რესურსების ოპტიმალური ალოკაციისათვის, და ეს ყველაფერი საზოგადოებრივი კეთილდღეობის მიზნებისთვის? ნამდვილი ადამიანი *human* თავისი, დღემდე ფიქტიური, *homo oeconomicus*-ით ამ გზით შეერწყმებოდა არსებითად ახალ რეალობას. ამაზე პასუხი არ გამაჩნია.

ტრანზაქციის განხორციელებასა და დამუშავებაში ამ პირველი შემადგენლის გათვალისწინებითა თუ გათვალისწინების გარეშე, კარგად ჩანს, რომ დღეს კომპიუტერული მოდელირების მეშვეობით ადამიანების ძალზე რეალური ფორმირება-პროფილირებისა და *smart contracts*-ის დღეს გავრცელებადი გამოყენების ურთიერთქმედებამ კერძო ავტონომიის კონცეფცია იმ ფორმაში, რომლითაც ის საფუძვლად უდევს მე-19 საუკუნის დიდ კოდიფიკაციებსა და ასევე, ანგლო-ამერიკულ ვალდებულებით და საკუთრებით სამართალს, მნიშვნელოვნად შეცვალა. ნორმები ინდივიდუალური სახელშეკრულებო შეთანხმებების მიღწევის, ხელშეკრულებების დადების, შესრულებისა და განხორციელების შესახებ, ასევე ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების დარღვევით გამოწვეული სამართლებრივი შედეგებისა და მტკიცების ტვირთის შესახებ ხდება ისეთივე ზედმეტი და უსარგებლო, როგორიც თავად ისინი, ვინც მათი შექმნითა და ფორმირებით იყვნენ დაკავებულნი.

Privatautonomie und Freiheit: Gedanken zu einem schwierigen Begriff

Wer eine Tagung dem Thema "Privatautonomie als grundlegendes Prinzip des Zivilrechts" widmet, kann kaum etwas falsch machen. Wer sollte etwas gegen eine solche Beschreibung haben? Jedoch nicht nur als Bestandsaufnahme, sondern auch als normatives Programm wird es theoretisch kaum auf Gegnerschaft stoßen. Was auf den ersten Blick also auf zwei Ebenen über Zweifel erhaben zu sein scheint, ist auf den zweiten Blick so einfach allerdings vielleicht nicht. Tatsächlich scheint mir, dass der Begriff der Privatautonomie so etwas wie eine *black box* ist, die jedem gefällt, deren Inhalt aber keineswegs selbstverständlich, klar und gut definiert erscheint.

Schon einige einfache Fragen aus dem Basis-Bereich des Zivilrechts, mit allerdings unterschiedlicher gesellschaftspolitischer Brisanz reichen aus, um die Selbstverständlichkeit aufzubrechen. Warum zum Beispiel ist in einigen Rechtssystemen ein Anbieter an sein schriftlich abgegebenes Angebot gebunden und in anderen nicht? Warum gilt in einigen Systemen die Auslage einer Ware im Schaufenster als Vertragsangebot und in anderen nur als *invitatio ad offerendum*? Warum gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteil eines Vertrages, obwohl eine Partei sie überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hat? Warum soll man nicht ohne weiteres von einem Vertrag zurücktreten können, wenn man ihn nicht mehr will? Warum lassen manche Rechtsordnungen zu, dass sich ein Kind für seinen Vater gegenüber einer Bank verbürgen kann, obwohl es dadurch seine Zukunft verspielt aber meint, dies wegen der Familiensolidarität tun zu müssen, und andere Rechtsordnungen dies untersagen? Warum werden in Europa 30% aller Lebensmittel gekauft und unberührt wieder weggeworfen? Wie kommt es, dass in der wirklichen Welt Frauen immer noch systematisch weniger Entgelt für ihre in Arbeitsverträgen angebotene Arbeit bekommen als Männer? Wenn der Eheschluss ein Vertrag ist, warum ist es in vielen Staaten der Welt verboten, dass erwachsene Personen gleichen Geschlechts ihn schließen?

Die Beispiele lassen sich unendlich verlängern, wobei auffällt, dass die alternativen Lösungen in Rechtsordnungen gefunden werden, die insgesamt für sich beanspruchen, das Prinzip der Privatautonomie als grundlegendes Prinzip ihres Zivilrechts anzuerkennen. In diesem Sinne gibt es Autoren, die meinen, dass dem Prinzip der Privatautonomie schwerer Schaden zugefügt wird, wenn einem Verbraucher das Recht eingeräumt wird, ein Haustürgeschäft innerhalb einer bestimmten Zeit ohne Angabe von Gründen zu widerrufen – wie es jetzt EU-einheitlich der Fall ist – während andere meinen, erst durch die Einräumung dieses Rechts werde das Prinzip mit materiellem Inhalt gefüllt.

Ich will versuchen, ein wenig um den engeren juristischen Begriff herum zu graben, wenn auch meine Hoffnung gering ist, dass ich damit einen wirklichen Konsens herbeiführen werde.

Ich möchte mit einem historischen Ausflug beginnen. Einer meiner universitären Lehrer, *Franz Böhm*, begann seine Vorlesungen zu den Grundlagen des deutschen Privatrechts stets mit dem Hinweis auf eine Norm des öffentlichen Rechts, nämlich dem § 1 der Gewerbeordnung von 1869, in dem es bis heute heißt: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet“. Dabei war lange Zeit das Wort „jedermann“ wörtlich zu nehmen, weil die Gewerbefreiheit nur für Männer galt, während es heute (und auch schon zu Zeiten von *Franz Böhm*) genderneutral ausgelegt wird. Für meine Fragestellung wesentlich aber war, dass die Gewerbefreiheit damit zunächst im Norddeutschen Bund und später in ganz Deutschland durchgesetzt war, lange nach England, aber immerhin früher als in den meisten osteuropäischen Staaten.

Offensichtlich umschließt der Begriff der Gewerbefreiheit die Freiheit, Waren und Dienstleistungen zu produzieren und auf dem Markt zu veräußern. Es ist für das Verständnis dieser Freiheiten und der Privatautonomie essentiell, sich in Erinnerung zu rufen, dass sie vor allen Dingen Kampfbegriffe waren, die sich gegen die ständische und feudale Geschäfts-, Handels- und Eigentumsordnungen richteten und deren vielfältige Bindungen, Beschränkungen aber auch Solidaritäten und ihre spezifische Rechtskultur überwinden

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Dr. h.c. TSU, Rolf Knieper ist Professor em. der Universität Bremen, Deutschland/Frankreich

wollten. Noch in den ‚Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich‘ aus dem Jahre 1888 wird diese Stoßrichtung deutlich, wenn es heißt: „Bei dem Lehnrechte ... handelt es sich um Einrichtungen, welche einer längst vergangenen Gestaltung der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse ihre Entstehung verdanken. In den meisten Staaten ist die Gesetzgebung auf die Beseitigung dieser Institute bedacht gewesen. Die verbleibenden Reste derselben sind dem Absterben verfallen und deshalb zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet.“¹¹

Damit könnte es sein Bewenden haben. Nachdem nun auch in den post-kommunistischen Staaten die Gewerbefreiheit sich mehr oder weniger wenigstens als rechtspolitisches Konzept durchgesetzt hat und nachdem die kommunistischen Eigentumsformen mehr und mehr überwunden werden, die sich in einer paradoxen Weise an die Eigentumsformen des Feudalismus angelehnt hatten, um dem verhassten ‚bürgerlichen Eigentum‘ den Garaus zu machen,² könnte man meinen, dass auch die Privatautonomie als Prinzip des Zivilrechts durchgesetzt ist.

Eine solche Betrachtung greift meines Erachtens aber zu kurz. Sie vernachlässigt, dass es sich nicht lediglich um ein Problem der unvermeidlichen historischen Entwicklung handelt, sondern dass um die Durchsetzung der Freiheiten des Gewerbes, des Eigentums und des Vertrages, also um die Privatautonomie deshalb so hartnäckig und aus tiefer Überzeugung gekämpft worden ist, weil sie gegenüber der vorherigen Gesellschaftsordnung auch als moralisch überlegen galten. In diesem Sinne ist daran zu erinnern, dass die privaten Freiheiten und Autonomien Kinder der Aufklärung sind, Teile eines umfassenderen Verständnisses von Freiheit und Emanzipation, das wirtschaftliche, aber auch politische und kulturelle Freiheiten in einem universalen Sinne umfasste. Bereits im Jahre 1577 hatte *de la Boétie* dazu aufgerufen der „freiwilligen Knechtschaft“ zu entkommen, wie er das feudale System bezeichnet hatte³. Zweihundert Jahre später definierte *Kant*: „Aufklärung ist der Ausgang der Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit. Sapere aude! Habe Mut, Dich Deines eigenen Verstandes zu bedienen“. Dazu „wird nichts erfordert als Freiheit, [...] nämlich die, von seiner Vernunft in allen Stücken öffentlich Gebrauch zu machen“.⁴

Es scheint mir wichtig, diese beiden Wurzeln der Privatautonomie zu betrachten, um die unterschiedlichen Sichtweisen auf sie zu verstehen.

Eine Auffassung betont die „gesellschaftlichen Funktionen der Institution“ Privatautonomie.⁵ Bei der „Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft – seit Beginn und nicht erst seit heute – [geht es um die] Steigerung von Möglichkeiten zur Erreichung von Leistungen“.⁶

Dieser Perspektive entspricht die neo-klassische ökonomische Theorie. Sie fragt, wie knappe Ressourcen am effizientesten „zur Produktion wertvoller Wirtschaftsgüter“ eingesetzt und wie die produzierten Güter am effizientesten in der Gesellschaft verteilt werden können.⁷ Sie entwickelt einen methodologischen und normativen Individualismus, wo jedermann legitimerweise die Mehrung seines eigenen Nutzens verfolgt und seine knappen Mittel zur Befriedigung dieses Nutzens und seiner Bedürfnisse einsetzt. Über die Richtigkeit ihrer Präferenzen schulden sie niemandem Rechenschaft. Allerdings setzt die Möglichkeit rationalen Handelns das Wissen darüber voraus, dass der Vollzug einer Güterauswahl Opportunitätskosten zur Folge hat und die Realisierung anderer Präferenzen verhindert, dass das Modell-Individuum über das zu erwerbende Gut, auch im Vergleich zu anderen Gütern, vollständig informiert ist, dass also die „Wirtschaft von intelligenten, informationsverarbeitenden Wesen bevölkert ist“,⁸ und dass die Realisierung der Präferenzen nicht durch Interventionen von Trägern öffentlicher oder privater Macht erschwert oder gar verhindert wird. Wenn diese

¹ Motive, Band III, S. 6

² Zu der überraschenden Parallelität von feudalem und sowjetischem Eigentumsrecht vergleiche *R. Knieper*, *Gesetz und Geschichte*, 1996, S. 201 ff

³ *Etienne de la Boétie*, *Discours de la servitude volontaire*, 1577 (Rede von der freiwilligen Knechtschaft)

⁴ *I. Kant*, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, 1783, zitiert nach *I. Kant*, *Werke*, Sechster Band, herausgegeben von Wilhelm Weischel, 1964, S. 53/55

⁵ *Mestmäcker* JZ 1964, S. 441 ff/443; ders., *AcP* 168 (1968), S. 235 ff/242; *Böhm*, *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1933, S. 103/122ff/210ff

⁶ *N. Luhmann*, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in: *Der Staat*, 1973, S. 1ff./16

⁷ Vergleiche statt vieler *P.A. Samuelson/W. Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 3. (18.) Auflage 2007, S. 20

⁸ *Samuelson/Nordhaus*, a.a.O. S. 983

Voraussetzungen vorliegen und wenn zusätzlich alle Individuen vollständig informiert sind und sich rational verhalten, also als *homines oeconomici*, kommt ohne weiteres, ohne Planung, ohne Intervention eine optimale und effiziente Allokation der knappen Ressourcen zustande. Der Ort par excellence, auf dem die Präferenzen der Individuen sich realisieren, ist der Markt. Er ist ein sensibler und hoch flexibler Mechanismus, auf dem sich die aggregierte individuelle, d. h. die gesamtwirtschaftliche Nachfrage und das aggregierte individuelle, d. h. das gesamtwirtschaftliche Angebot treffen. Der Preis koordiniert die millionenfachen Entscheidungen der Nachfrager und Anbieter: Indem beide die für sie jeweils optimale Lösung suchen, bewegen sich die Preise zu einem Punkt, in dem Angebot und Nachfrage im Gleichgewicht sind und der Markt geräumt wird.

Dieser Auffassung, die auf die Funktionalität und Effizienz des Marktes und der Privatautonomie orientiert ist, wird von einer anderen Schule aus der Perspektive des Freiheitsgedankens widersprochen. Nicht auf die Effizienz komme es an, sondern auf die „Selbstherrlichkeit“ des Einzelnen in der „schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse“.⁹ Wer die Funktionalität der Faktor-Allokation in den Vordergrund der Betrachtung der Privatautonomie stellt, habe auf den „subjektiven Freiheitsgedanken keinen besonderen Wert gelegt“¹⁰, ja er trage dazu bei, „ein System zu konstruieren, in dem jeder Einzelne in einer Art von sozialem Determinismus der ihm zugewiesenen Rolle entsprechend fungiert - oder richtiger: funktioniert“¹¹. In dieser Sicht ist Privatautonomie Ausdruck der Freiheit jedes Einzelnen, die ihn legitimiert, seinem subjektiv bestimmten Willen entsprechend Rechtsgeschäfte zu schließen. Subjektivität lasse sich nicht auf ökonomische Kalkül reduzieren, sondern umfasse die „Vielfalt der Affekte, der ästhetischen, ökonomischen, emotionalitätsbezogenen etc. Interessen“¹². Auf eine Vernunft des Marktes komme es nicht an: „*stat pro ratione voluntas*“¹³.

Dieser lateinische Spruch kann unterschiedlich verstanden werden. Er könnte bedeuten, dass der Wille und die Vernunft in einem Konkurrenzverhältnis stehen und dass im Konfliktfall der Wille der Vernunft vorgeht; oder er könnte bedeuten, dass der Wille für die Vernunft steht, sie ihn repräsentiert. Für die erste Deutung gibt das moderne Zivilrecht immer weniger her. Es ist richtig, dass zum Beispiel § 133 BGB immer noch bestimmt, dass der „wirkliche Wille“ zu erforschen ist, und dass bei Willens-Irrtümern eine Anfechtung die Wirksamkeit des fehlerhaften Willens beseitigen kann. Jedoch ist eine zunehmende und konsistente Tendenz zu beobachten, den Sinn und die Konsequenzen von menschlichen Akten zu objektivieren. Ich nenne einige Beispiele: Schon früh hat sich die englische Rechtspraxis entschieden, dass es bei einem Vertragsschluss mehr auf „the existence of the external signs of agreement rather than subjective intentions“ ankommen solle, wie sie einem „reasonable man“ erscheinen.¹⁴ Im französischen Recht ist der *reasonable man* durch den *bon père de famille* ersetzt. Auch in Deutschland soll es auf den Horizont eines verständigen Empfängers und beim Vertrag auf die Verkehrssitte (§157 BGB) ankommen. Ent-Subjektivierungen bestimmen die Definition der Sittenwidrigkeit (§138 BGB) ebenso wie Fahrlässigkeit (§276 BGB).

Bevor wir den „Niedergang des Willensprinzips“¹⁵ beklagen, scheint es mir angemessen, die zweite mögliche Deutung des lateinischen Spruchs anzuschauen, gemäß der der Wille die Vernunft repräsentiert. Das führt zu den philosophischen Grundlagen der großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die die Prinzipien der Privatautonomie und der Willens- und Vertragsfreiheit eingeführt haben. Die Philosophie der Aufklärung und das in sie verwobene Vernunftrecht waren keineswegs der Auffassung, dass das „Kennzeichnen der Freiheit ... ihre Beliebigkeit“ sei¹⁶. Vielmehr hatten *Kant* und *Hegel*, *Savigny* und *Jhering*, *Windscheid* und *Puchta* sicherlich in normativer Absicht, aber doch durchaus in einer nicht ganz abwegigen Realitätssicht für ihre Zeit betont, dass die Würde und Freiheit des Menschen „sittliche“¹⁷ seien, dass der „sittliche Mensch die Freiheit begehrt, weil er das Gute aus eigenem Antrieb zu tun wünscht“, wobei das Recht die Tendenz habe, „die Herrschaft des Gefühls

⁹ Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1979, S. 1 ff

¹⁰ So Nörr, Die Leiden des Privatrechts, 1994, S. 154 ff

¹¹ Picker, AcP 183 (1983) S. 369 ff/504

¹² So Struck in JuS 1993, S. 992ff/999; ebenso Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990, S. 25

¹³ Flume, Allgemeiner Teil, S. 6

¹⁴ J.Cooke/D. Oughton, The Common Law of Obligations, 2nd. ed., 1993, S. 27

¹⁵ J. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 132

¹⁶ So aber zum Beispiel Ritgen, Juristenzeitung 2002, S. 114 ff./ 117

¹⁷ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, (1840), S. 55f

... zu brechen“¹⁸. Freiheit ist nicht das Begehren, die Spontaneität, das Unberechenbare. Erst wer „durch keine sinnlichen Bestimmungsgründe zum Handeln genötigt wird“, ist frei und dies ist der Mensch nur, soweit er die Affekte durch die „innere Gesetzgebung der Vernunft zügelt und auf diese Weise zu einem vernünftigen Wesen unter moralischen Gesetzen“ wird¹⁹. Ethisches und juristisches Handeln, subjektives und objektives Recht, Wille, Freiheit und Verbindlichkeit decken sich: „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.²⁰

Dass dies ein schwieriger „Prozess der Zivilisation“ war, den *Norbert Elias* so nachdrücklich beschrieben hat²¹, und ein anspruchsvolles Programm für jeden Menschen, ist offensichtlich. Dass die sittlich verstandene Freiheit keineswegs ohne weiteres mit den „natürlichen Leidenschaften, Zorn, Stolz und den Begierden aller Art“²² im Einklang steht, hat der Begründer der Psychoanalyse deutlich beschrieben, weil immer wieder der „unzugängliche Teil unserer Persönlichkeit... in mühsamer Erziehungs- und Kulturarbeit geformt werden muss, um dem Realitätsprinzip zum Durchbruch zu verhelfen“ und das Lustprinzip „einem Willen zu unterwerfen, der mit dem sozialen Geheiß identisch ist“, denn das „Motiv der menschlichen Gesellschaft ist im letzten Grunde ein ökonomisches“²³.

Dieser Ausflug in die Philosophie und Psychoanalyse hat den Zweck zu dokumentieren, dass die Vertreter einer Lehre, die in der Privatautonomie des Zivilrechts die Verwirklichung subjektiver und beliebiger Freiheiten entdecken wollen und Überlegungen zu ihrer Effizienz zurückweisen, bestenfalls naiv sind und historisch nachbessern müssen. Objektivierungen, die Konstruktion eines einsichtigen Dritten, eines *reasonable man of sound mind and in ripe years*, eines *bon père de famille*, auf die Juristen und Gerichte ihre eigenen Vernunft-Vorstellungen projizieren, widersprechen den Grundlagen der Privatautonomie nicht, um die Beliebigkeit des Willens in den Griff zu bekommen. Auch die Rechtsformen entsprechen „sämtlich einem ernsten Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethischen Interesse, für Scherze, Späße, individuelle Launen und Liebhabereien bieten sie keinen Raum“²⁴.

Indirekt ist auf diese Weise eine Antwort auf die ersten Eingangsfragen gegeben: die unterschiedlichen Lösungen in den verschiedenen Rechtsordnungen erklären sich daraus, dass verschiedene Gesetzgeber unterschiedliche Vorstellungen über das objektiv Angemessene und den „ernsten Zweck des Verkehrs“ in Gesetzen festgelegt haben, der den Willenserklärungen und Verträgen ihre Wirkung zuspricht oder versagt. Damit ist auch eine Antwort auf die höchst streitige Frage gefunden, ob die Willenserklärung und der Vertrag Rechtsquellen seien. Sie sind es nicht. Der deutsche Rechtsphilosoph Radbruch hat die pandektistische Lehre des 19. Jahrhunderts²⁵ mit dem schönen Satz zusammengefasst: „Nicht der Wille bindet, sondern auch soweit die Verbindlichkeit des Vertrages an den Willen gebunden ist, ist sie an ihn gebunden durch das Gesetz“.²⁶

Vor über 40 Jahren habe ich gemeinsam mit einem Kollegen und einer Kollegin, *Gunnar Heinsohn* und *Barbara Knieper*, begonnen darüber nachzudenken, dass die Personen, die bereit waren, der Vernunft Vorrang vor ihren Leidenschaften einzuräumen und das ‚Realitätsprinzip‘ anzuerkennen, überwiegend und regelmäßig in patriarchalischen Familien geformt worden sind. Diese waren um das Eigentum des Mannes herum geformt, deren produktive Bearbeitung den Vätern und Müttern, Söhnen und Töchtern Freiheit und Zwang als Einsicht in die Notwendigkeit auferlegten, aber auch eine Existenz sicherten. Die in der Familie sich vollziehende Zurichtung auf funktionsfähige Verwalter des Eigentums und auf Mutterschaft und Erziehungsaufgaben war sicherlich kein Reich der Freiheit, aber sie sicherte Existenzen.

Diese Form der gesellschaftlichen Organisation des Lebens ist jedenfalls in den Ländern, in denen Privatautonomie gilt, im Verschwinden begriffen. Die ganz überwiegende Mehrheit der Menschen sichert

¹⁸ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1852, Bd. II 1, S. 37 und 131f

¹⁹ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, zu §§ 33, 35, 40;

²⁰ *I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, Werke, Vierter Band, S. 327 ff.

²¹ *Elias*, Über den Prozess der Zivilisation, 1936

²² *Hobbes*, Der Leviathan, 17. Kapitel

²³ *Freud*, Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, 1917, zitiert nach: Gesammelte Werke Bd. XI (1969), S. 368/322

²⁴ *Jhering*, Geist des römischen Rechts S. 344

²⁵ Dazu im Einzelnen *Knieper*, Gesetz und Geschichte, S. 119 ff.

²⁶ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 246

ihre Existenz durch Lohnarbeit. Diese dramatische soziale Umwälzung hat die patriarchalische Familie obsolet gemacht. Sie wird noch von vielen Männern und Frauen verteidigt, sicher aus religiösen Gründen und wohl auch, weil ihr Verschwinden nicht nur als Befreiung vom patriarchalischen Joch verstanden wird (das auch), sondern auch Angst macht. Der Prozess aber ist nicht aufzuhalten. Das belegen die Scheidungen ebenso wie die „Ehe für Alle“ und andere progressiv genannte Phänomene.²⁷

Das belegen auch die Lösungen, die sich mehr und mehr im Zusammenhang der letzten beiden Eingangsfragen durchsetzen. Es ist einfach nicht mehr zu vermitteln, warum Frauen für gleiche Arbeit weniger Lohn bekommen sollen und der Hinweis auf die Privatautonomie wirkt dumm. Und nachdem der existentielle materielle Zusammenhalt der patriarchalischen Familie verschwindet, gibt es keinen Grund mehr, die Ehe nicht als Ort der Intimität zu definieren und auch gleichgeschlechtlichen Partnern zu öffnen. Eine andere Frage ist, warum sie weiterhin vom Staat subventioniert werden sollte.

Ich war und bin der Auffassung, dass die veränderten Lebensbedingungen nicht ohne Auswirkung auf die Erziehung und Zurichtung von Kindern bleiben können, die mehr und mehr in gesellschaftliche Einrichtungen verlagert werden, wo zwischen Erziehenden und Kindern kein individueller existentieller Zusammenhalt existiert. Es ist keineswegs ausgemacht, dass die Produkte dieser Erziehungsarbeit weiterhin „die Freiheit begehren, weil sie das Gute aus eigenem Antrieb zu tun wünschen“ und das Lustprinzip einem sozialen Geheiß unterordnen.

Vor über 20 Jahren habe ich mich deshalb auf die Suche nach Alternativen gemacht, die in der Literatur angeboten werden, um die traditionelle Verknüpfung von Vernunft und Freiheit neu zu bestimmen.

Ich war auf die Überlegung gestoßen, das individualistische Element der Privatautonomie um eine kollektive, soziale Komponente zu ergänzen, ohne das Grundkonzept der Autonomie anzugreifen. Im Ergebnis stehe eine Ethik der Verantwortung, Kooperation, Solidarität und gesellschaftlicher Integration.²⁸

Ich war auf die davon abweichende Meinung gestoßen, gemäß der von einer individualistisch-metaphysischen auf eine objektiv-realistische Rechtskonzeption überzugehen sei, und die „schöne Poesie“ der Privatautonomie und subjektiven Rechte fallenzulassen sei zugunsten der wissenschaftlichen Einsicht in die Pflichtenorientiertheit des Privatrechts. In diesem Geflecht sei der Eigentümer, der Vertragspartner als „öffentlicher Funktionär“ zu verstehen, der eine soziale Aufgabe erfülle.²⁹

Aus einer anderen Perspektive, nämlich einer „Diskurstheorie des Rechts“, wird vorgeschlagen, die Dimension der privaten Autonomie durch eine öffentliche zu erweitern und die Staatsbürger-Autonomie zur privaten als „gleichursprüngliche“ zu betrachten.³⁰ Dies verbindet sich mit der Auffassung, dass zwei Welten existieren, nämlich eine System-Welt der Objekte und Objektivierungen, und eine Lebenswelt als ein Ort gelebter Intersubjektivität und Autonomie.³¹

Auf *Max Weber* endlich geht die Einsicht zurück, dass der gesellschaftliche Austausch über Kontraktbeziehungen nicht zu einer „Zunahme der individuellen Freiheit in der Bestimmung der Bedingungen der eigenen Lebensführung“ geführt habe, sondern zur „Zunahme der zwangsmäßigen Schematisierung der Lebensführung“. Daraus entwickle sich eine sich eine Materialisierung des Rechts im Sinne der „Durchschnittsauffassung der Interessenten, also eines generellen und sachlich geschäftlichen Merkmals“.³²

Ich selbst habe damals gemeint, Bemühungen zu entdecken, „um Steuerung und Berechenbarkeit weiter zu verfeinern, ja den Menschen tendenziell vollständig aus dem Prozeß der Güterbewegungen und Risikozurechnungen auszuschließen, in denen er ohnehin zunehmend als Störfaktor wahrgenommen wird.“³³ Mir hat sich nicht erschlossen, aus welcher psychischen Disposition und materiellen Quelle sich organische Solidaritäten oder Lebenswelten speisen sollten.

²⁷ *G. Heinsohn/R. Knieper*, Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang, 2. Aufl.1976; *G. Heinsohn/B. Knieper*, Theorie des Kindergartens und der Spielpädagogik, 1975

²⁸ Vergleiche etwa *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 144 ff./270 f.; *Eike Schmidt*, Juristenzeitung 1980, S. 153 ff; ausführlicher *Knieper*, Gesetz und Geschichte, S. 170 ff

²⁹ *Duguít*, Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon, 1920 ; ausführlicher *Knieper*, Gesetz und Geschichte, S. 172 ff.

³⁰ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992; ausführlicher *Knieper*, Gesetz und Geschichte, S. 175 ff.

³¹ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981, S. 173 ff./548 ff.

³² *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, Zweiter Teil Kapitel VII, §§ 3 und 8; ausführlicher *Knieper*, Gesetz und Geschichte, S. 178 ff.

³³ *Knieper*, Gesetz und Geschichte, S. 112

Die Problematik der Autonomie, der individuellen Rationalität und der gesellschaftlichen Notwendigkeit des Warenumschlages bleibt deshalb aktuell. Ich halte es nicht für zufällig, dass in den letzten Jahrzehnten in den Wirtschaftswissenschaften die Schule der „*behavioural economics*“ enorm an Boden gewonnen hat und dass einer ihrer prominenten Vertreter, *Richard Thaler*, 2017 den Nobelpreis für Ökonomie gewonnen hat.³⁴ Dieser erklärt, dass es Zeit sei, die Idee einer „fiktiven Kreatur namens *homo oeconomicus*“ mit seine Rationalitäten aufzugeben und durch die Einsicht zu ersetzen, dass wirkliche Menschen, „*humans*“, den Markt bevölkern³⁵. In verschiedenen kognitiven Systemen verortet er sie eher im „automatischen System“ das durch die Merkmale „unkontrolliert, mühelos, assoziierend, schnell, unbewusst und erlernt“ charakterisiert ist, im Gegensatz zum „reflektierenden System“, für das die konträren Merkmale „kontrolliert, angestrengt, deduzierend, langsam, bewusst und regelgeleitet“ gelten. Es komme darauf an, die *humans* mit Methoden eines „libertären Paternalismus“³⁶, also sanften „*nudges*“, zu klugen Entscheidungen zu bringen, selbstverständlich zum eigenen und gesellschaftlichen Besten. Dazu gehören lohnende Investitionsentscheidungen, die Aufnahme von Krediten zu günstigen Bedingungen, gesunde Ernährung, die Schonung der Umwelt, ein Konsum, das das individuelle Budget nicht übersteigt und die Familie nicht ins Elend stürzt, gemäßigter Alkoholgenuss, eine Zunahme der Organspenden und Vieles mehr, gegen das eigentlich niemand etwas haben kann.³⁷

In der Aufklärungsphilosophie war die Freiheit legitimiert, weil der in der patriarchalischen Familie geformte *reasonable man* die Gebote der Vernunft durch internalisierte Selbst-Kontrolle vollstreckte. Dieser familiäre Paternalismus zerbröselte. Etwas muss an seine Stelle treten, um die Dynamik, Effizienz und Dauerhaftigkeit der Faktorallokation über Marktbeziehungen zu erhalten, die sich in Privatautonomie vollziehen. Die *behavioural economics* weisen einen Ausweg. Der neue, libertär genannte Paternalismus der ökonomischen Wissenschaft ersetzt den defunken *pater familias* und die durch ihn organisierte internalisierte Selbst-Kontrolle durch eine externalisierte Außen-Kontrolle und „Entscheidungs-Architektur“ (Thaler), in ständiger Anleitung, Korrektur und Orientierung. An der formalen Organisation der Marktbeziehungen durch privatautonom geschlossene Verträge ändert sich nichts.

Dies könnte als kultur-pessimistisches Nörgeln eines alten weißen Mannes kritisiert werden. Es ist nicht leicht für mich, dies als Missverständnis zurückzuweisen, zumal ich auf eine weitere Entwicklung aufmerksam machen muss, die sich parallel vollzieht und von der ich meine, dass sie die Instrumente der externalisierten Außen-Kontrolle schafft und einsetzt, obwohl sie anscheinend begeistert und frei-willig von Milliarden von Menschen auf dem Globus aufgenommen wird. Die Rede ist von den sozialen Netzwerken, auf denen die genannten Milliarden Menschen sich tummeln und die von einigen wenigen privat organisierten Unternehmen betrieben werden, die alle schwindel-erregende Börsen-Notierungen verzeichnen.

In den Netzwerken breiten die Menschen ihre Erlebnisse, ihre Gefühle, Träume und Bedürfnisse aus; sie zeigen ihre Urlaubsbeschäftigungen, ihre Anschaffungen, ihre Häuser, Autos, Motorräder und Haustiere; sie offenbaren ihre Träume, Wünsche, Zukunftspläne und Ausbildungsgänge. Auch außerhalb der Netzwerke hinterlassen die Menschen tiefe Spuren „im Netz“, wenn sie mit Kreditkarten einkaufen, elektronisch shoppen und Bankgeschäfte tätigen, Serviceleistungen anfordern.

Es entsteht eine ungeheure Datenmenge, *big data*, die es gewerblich tätigen Unternehmen erlaubt, über jeden Menschen genaue Profile anzulegen, aus denen sich politische und sexuelle Orientierungen ebenso ergeben wie ihre Konsum-Bedürfnisse und Gewohnheiten, Präferenzen und die Prioritäten, die sie beim Einsatz ihrer finanziellen Mittel bedienen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Profile ein realistischeres Bild des *human* zeichnen als dieser selbst es von sich hat. Die Profile werden in einem unablässigen Strom von individualisierten Werbe-Aussagen, Kauf-Empfehlungen, Produkt-Warnungen, Reise-Planungen und Sinn-Deutungen an den Menschen zurückgegeben. Dies sind wechselseitig sich verstärkende Prozesse, welche wiederum die Orientierungen und die Profile schärfen, wenn und weil sie befolgt werden. Dass sie befolgt werden, lässt sich unschwer daran erkennen, dass sich eine außerordentliche Gleichförmigkeit des Konsum-, Urlaubs-, Freizeit-Verhaltens und ein Massengeschmack beobachten lässt, und dies in einer Zeit, die gleichzeitig

³⁴ *Thaler*, *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics*, 2015

³⁵ *Thaler*, *Misbehaving*, S. 4

³⁶ *Thaler/Sunstein*, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt*, 2008, deutsch 2011, S. 14 ff.

³⁷ Im Einzelnen: *Thaler/Sunstein*, *Nudge*

als Zeitalter eines immer stärkeren Individualismus vorgestellt wird. Alle kaufen und verkaufen dasselbe, geleitet von sozialen Netzwerken, *influencern*, *coaches*, anderen Gleichmachern und in dauernder Außen-Kontrolle, aber sie tun es formal in Privatautonomie. Im Ergebnis ist der Markt geräumt.

Hat es nicht Werbung, Beeinflussung, soziale Kontrolle nicht immer schon gegeben? Gewiss, nur scheint mir eine Stufe der Unentrinnbarkeit erreicht, die es noch nicht gab. In der Sprache der *behavioural economics* lässt sich vielleicht sagen, dass die *humans* immer mehr das Profil des *homo oeconomicus* erhalten, dessen fiktive Erscheinung in subtiler und offensichtlich zwangloser elektronischer externalisierter Außenkontrolle zur Realität mutiert. *Big data* autonomisiert sich zu *big daddy*, der orientiert, steuert, kontrolliert und mit der Gesichtserkennung dafür sorgt, dass niemand entrinnt. Er trifft dabei auf Individuen, die tendenziell weder durch einen realen noch einen spirituellen Vater zur Selbst-Reflexion, Selbst-Beherrschung und Selbst-Kontrolle angeleitet sind.

Mir scheint, dass die Entwicklung bei weitem nicht abgeschlossen ist. Im Moment wird mit großem intellektuellem und finanziellem Aufwand an der Verfeinerung von sogenannten *smart contracts* gearbeitet, die wiederum im Dienste des Individuums dieses von der Last des Misstrauens, der Unsicherheit, der Informations-Asymmetrie, des Wählen-Müssens und der Durchsetzung von Rechten befreien sollen und das individuelle Beste mit dem gesellschaftlich Besten in Harmonie bringen sollen.

Viel ist im Moment noch ungeklärt und in Diskussion. Die Geschwindigkeit der Entwicklung der *blockchain* Technologie lässt aber erwarten, dass schon bald praktische Experimente beginnen.

Der *smart contract* wird bisweilen, zum Beispiel im GIZ Rechtsberatungsprojekt in Georgien, definiert „als essentially agreements between two or more parties expressed in computer code rather than human language. Their major perceived advantaged over traditional contracts is that they can be programmed to be self-executing and in some cases even self-enforcing.“³⁸ Ähnlich heißt es bei *Manfred Fries*: „Parteien speisen ihre wichtigsten vertraglichen Pflichten wie auch die Folgen von Pflichtverletzungen oder Änderungen vertragswesentlicher Rahmenbedingungen bei Vertragsschluss in eine Software ein. Gleichzeitig verbinden sie die Software mit Datenquellen, die es ihr ermöglichen, solche Ereignisse automatisch zu erkennen“³⁹.

Während diese Definitionen von einem Vertrag, das heißt übereinstimmenden Willenserklärungen von Parteien in codierter Form ausgehen, heißt es an anderer Stellen, es handele sich beim *smart contract* um „computerized instructions to do something (e.g., buy a stock) if something else is true (the price of the stock has dropped below \$10)“.⁴⁰ Es mag sein, dass sich hierin die traditionellen Unterschiede zwischen dem common law und dem kontinentalen Recht spiegeln: während das erste vom „promise“, vom Versprechen einer Person gegenüber einer anderen ausgeht, nimmt das zweite von einer gemeinsamen vertraglichen Bindung ihren Ausgang. Wie immer das auch sei, meine argumentativen Zwecke werden durch die Definition von *Casey* und *Vigna* erleichtert.

Die Anhänger der *smart contracts* prognostizieren ein Potential, das sich erschließt, wenn die Bedeutung und das Gewicht von Transaktionskosten für das Funktionieren der Privatautonomie erfasst werden. Bereits *Ronald Coase* und später *John Wallis* und *Douglass North* haben erarbeitet, dass es eine „wirklichkeitsfremde Annahme“ sei zu glauben, dass „Markttransaktionen nicht mit Kosten verbunden sind“. Diese entstehen vor den Verhandlungen von Verträgen, während ihres Abschlusses, während der Durchführung und unter Umständen als Folge ihrer Nichterfüllung.⁴¹ In einer idealen Welt, in der „das Preissystem funktioniert (das heißt strenggenommen dass dieses ohne Kosten arbeitet)“,⁴² in der sich also Geschäftsbeziehungen, Austauschprozesse und Verhandlungen auf dem Markt ohne Kosten für die Beteiligten vollziehen, sorgt der Markt selbst für eine „Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Wohls durch eine nutzenmehrnde Allokation

³⁸ *Maupin*, GIZ Georgia/NAPR Blockchain Land Registry Legal Roadmap, 2017, S. 9 f. (Fußnoten ausgelassen) Ich bedanke mich bei Thomas Meier für den Hinweis auf diese und andere Literatur

³⁹ *Fries*, SmartContracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, in: Anwaltsblatt 2018, S.86

⁴⁰ *Casey/Vigna*, <https://www.technologyreview.com/s/6/10781/in-blockchain-we-trust>, 2018, page 5

⁴¹ *Coase*, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, 1960; deutsch: Das Problem der sozialen Kosten, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Herausgeber), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 131 ff. /148; *J. Wallis/D.C. North*, Measuring the Transaction Sector in the American Economy 1870-1970, in: Engerman/Galman (eds.), Long Term Factors in American Economic Growth, 1986, pages 95-148/98

⁴² *Coase*, S. 133 und passim

der zur Verfügung stehenden Ressourcen“.⁴³ In dieser idealen Welt kommt es für die optimale Faktorallokation auf die Zuweisung von individuellen Handlungsrechten und *property rights* nicht an.

Wenn das Instrument des *smart contract* erst einmal völlig ausgereift ist und durch eine signifikante Gruppe von Marktteilnehmern genutzt wird, verspricht er eine radikale Senkung von Transaktionskosten. Wenn eine „Instruktion“, ein Handlungsversprechen und die mit ihm verbundenen Modalitäten für die Erfüllung und die Folgen der Nichterfüllung codiert und auf dem dezentralisierten Netzwerk der *blockchain* gespeichert sind, und wenn das Versprechen mit Datenquellen verbunden ist, die seinen Inhalt automatisch erkennen und mit anderen Inhalten verbinden, ergeben sich umfassende Möglichkeiten. Verträge können automatisch (*self-executing*) zustande kommen und nicht mehr verändert werden; mit einer Verbindung zu einer blockchain Kryptowährung können die Geldleistungen automatisch vollzogen werden; die Konsequenzen einer Leistungsstörung können automatisch (*self-enforcing*) durchgesetzt werden. Transaktionskosten für das Zustandekommen des Vertrages, sein Monitoring und seine Erfüllung entstehen nicht. Menschlicher Eingriffe bedarf es nicht. Sie sind auch unerwünscht und nur in einem aufwändigen Verfahren möglich.

Allerdings scheint es, dass der Beginn des Prozesses, die erste Speicherung und Codierung, von menschlichen Marktteilnehmern initiiert werden muss. Auch das aber mag eines Tages überflüssig werden. Ich komme zurück auf die durch den Einsatz von Algorithmen möglich gewordene Aufzeichnung und Definition jedes Menschen in einem Profil, das auch handlungs-orientierende Wirkung entfaltet und es erlaubt, den sanften „*nudge*“ des neuen libertären Paternalismus korrekt anzusetzen. Warum sollte dieser Anstoß nicht auch so computerisiert werden, dass er die Rationalität des Warentausches im Dienste einer optimalen Faktorallokation automatisch in Gang setzt, zum errechneten Besten des gesellschaftlichen Wohles? Der reale „*human*“ würde mit dem bisher fiktiven *homo oeconomicus* tatsächlich zu einer neuen Realität verschmelzen. Ich habe darauf keine Antwort.

Mit oder ohne die Erfassung dieses ersten Gliedes im Zustandekommen und in der Abwicklung einer Transaktion lässt sich unschwer erkennen, dass das Zusammenspiel von der jetzt bereits sehr realen Formung und Profilierung der Menschen in computerisierten Modellierungen und der sich ausbreitenden Nutzung von *smart contracts* die Konzeption der Privatautonomie, wie sie den großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts ebenso wie dem *common law of obligations and of property* zugrunde liegt, weitgehend umkrempelt. Normen über das individuelle Aushandeln und Abschließen von Verträgen, ihre Erfüllung und Durchsetzung, Rechtsfolgen bei Vertragsstörungen, über die Beweislast werden ebenso überflüssig wie diejenigen, die sich mit ihrer Entstehung und Wirkung beschäftigt haben.

⁴³ Vgl. die Beschreibung und Analyse bei Felix Müller, *Ökonomische Theorie des Rechts*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, *Neue Theorien des Rechts*, 2009, S. 351 ff/355

II. კერძო ავტონომიის პრინციპი თანამედროვე სამართალწარმოებაში

II. Privatautonomie in der Rechtsanwendung

II. Частная автономия в современном правоприменении

კერძო ავტონომია ევრეთწოდებული ხელოვნური ინტელექტის, ბლოკჩეინისა და კრიპტოვალუტების** რეალობაში

1. დებატების მიმოხილვა სამოქალაქო სამართლის საფუძველზე ნების თავისუფლების განხორციელების შესახებ

ნების ავტონომია, როგორც სამართლის თეორია, თავისი მნიშვნელობის თანახმად, ყოველთვის იდგა საკითხთა ცენტრში, როდესაც დგინდებოდა სამართლებრივი წესები და ჩარჩოები¹. შემდგომ ეს სამართლებრივ-თეორიული დისკუსია ჩრდილში მოექცა. თვალსაჩინოა, რომ საყოველთაო კერძო ავტონომია შეკავშირებულ იქნა ნების წარმოქმნასთან საყოველთაოდ მოქმედ ფორმაში, როგორც ეს დადგენილია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) ზოგად ნაწილში², თითქოსდა სხვა იმპერატიულ-იძულებითი ხასიათის ნორმები, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ეხება ვალდებულებით სამართალს, ნების თავისუფლების შეზღუდვას არ ითვალისწინებდეს. აქ წარმოსდგება შეხედულება, რომ, მაგალითად, ნასყიდობის სამართლის რეგულაციებთან დაკავშირებული დისკუსიისას³, კერძო ავტონომიასთან დაკავშირებული შეკითხვები არასაკმარისადაა პრობლემატიზებული, რადგანაც ამ კონტექსტში კერძო ავტონომიის შეზღუდვა არ არის ჩათვლილი ასეთად, არამედ მიჩნეული იყო თავისთავადობად, რამდენადაც ის რამე აქტუალურს პრაქტიკულად ან რაიმე ისეთი ფორმით აწესრიგებდა, რომელიც შეკითხვის ისტორიის საფუძველზე უკვე ცნობილი იყო. აქვე, ამის საპირისპიროდ, ჩნდება შეხედულება, რომ როგორც ფილოსოფიური, ისე სამართლებრივ-თეორიული პოზიციები იმასთან დაკავშირებით, რაც ქმნის მოქმედების თავისუფლების განხორციელების წინაპირობებს, იმ ნიშებსა და სიღრმე-

* Dr. Max Gutbrod არის Baker & McKenzie CIS-ის პარტნიორი, გერმანია/რუსეთის ფედერაცია

** ლიტერატურის მოძიებაში მნიშვნელოვანი დახმარება გაიმინია სამართლის დოქტორმა, ქალბატონმა Grete Mehring-მა.

¹ იხ. მაგ. Knieper, Gesetz und Geschichte 1996, Baden Baden S. 58, ან ამ სემინარისათვის Knieper-ის ტექსტის მანუსკრიპტში მოცემული განხილვა ნების თავისუფლების შესახებ.

² იხ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 104-ე პარაგრაფი (die § 104 ff BGB), რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის 153-ე თავი (Art. 153ff russisches ZGB). ეს ტენდენცია ძლიერდება იმით, რომ სამართლებრივი პრაქტიკის გადმოსახედიდან არ არსებობს განსხვავება სახელშეკრულებო და კანონით დადგენილ ვალდებულებებს შორის, ორივეს აერთიანებს Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Auflage, München 1991 - მაგალითისათვის ცნებაში „დარღვევა“ (Störungen) (თავი 7), მაშინ როდესაც ის, ამავე დროს, ვალდებულებით ურთიერთობას კერძო ავტონომიას უკავშირებს, § 2, 1. S. 10 (“privatautonome Regelung”).

³ იხ. შეფასება, რომ „უფრო არსებითად, ვიდრე კითხვა იმის შესახებ, საერთოდ თუ და რა მასშტაბით ეწინააღმდეგება მაგალითისათვის მომხმარებლის ძირითად ნაკლზე პასუხისმგებლობის გერმანულ-სამართლებრივი განსაზღვრება ნივთობრივ ნაკლზე პასუხისმგებლობის საყოველთაო და ზოგად-სამართლებრივ განსაზღვრებას ... ჩვენ გვეჩვენა ის, რომ ორივე შემთხვევაში რეცეფციის შემდეგ კონკრეტული სამართლებრივი ნორმა პროფესიონალი მოსამართლის მიერ დაწერილი ავტორიტეტული წყაროდან იქნა აღებული და შემდგომ ლოგიკური ოპერაციის გზით მოცემულ სასამართლო დავაზე მორგებული.“ იხ. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 328, იხ. ასევე Gutbrod, Review Essay About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS, A review of Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber, მე-20 საუკუნის გერმანულენოვანი სამოქალაქო სამართლის სპეციალისტები მათი მოსწავლეების ცნობებში, https://www.academia.edu/35357187/Review_Essay_About_the_Relevance_of_German_Civil_Law_Science_of_the_20th_Century_for_the_CEE_and_CIS_A_review_of_Stefan_Grundmann_Karl_Riesenhuber_Deutschsprachige_Zivilrechtslehrer_des_20._Jahrhunderts_in_Berichten_ihrer_Sch%C3%BCler, ციტირებულია როგორც „Review Grundmann/Riesenhuber, მოძიებული 2018 წლის 20 ნოემბერს, სქოლიო 295, იხ. მითითებები მანდვე.“

ებში ქრება, რომლებიც ნაწილობრივ მიღმურ/არარელევანტურ ხასიათს ატარებს⁴, ნაწილობრივ არ ექვემდებარება სამართლებრივ ნორმებად ქცევას, და ნაწილობრივ შეიძლება განაგრძოს არსებობა, მაგრამ ფრაგმენტულადაა დაყოფილი, რთულად გასაგები⁵, ცალკეულ მეცნიერთა ინდივიდუალურ პერფორმანსადაა აღქმული⁶ და არ გამოიყენება იურიდიულ სწავლებაში. მეცნიერულ-ეკონომიკური⁷ და სოციოლოგიური პოზიციები კერძო ავტონომიის პრინციპთან დაკავშირებით, ზემოხსენებულის საპირისპიროდ, ავლენს ცირკულარულ ხასიათს. კერძო ავტონომიის შესახებ დისკუსიის, რომელიც კონცეპტუალური გამართულობისთვის უფრო ერთიანი და სისტემური უნდა იყოს, ამ ფრაგმენტულობის მახასიათებელი ისაა, რომ ის ვალდებულებითი სამართლის რეფორმასთან დაკავშირებული დიდი ხნის წინ აღიარებული პრინციპებისა და რეგულაციების განხილვისას, ლაკონიურად და შედეგების გარეშე ისევ ზედაპირზე მოიწვეს⁸ და პრობლემურობით იჩენს თავს. ამ პრობლემატიკასთან გასამკლავებლად საჭიროა, ალბათ, ისეთი გამონვევის შემოტანა, რომელსაც, სავარაუდოდ, ყოველდღიურ ენაზე იურიდიულ პრობლემატიკასთან დაკავშირებით ხელოვნური ინტელექტი ეწოდება, რათა დისკუსიამ ისევ საკმარისი სერიოზულობა შეიძინოს.

2. ბლოკჩეინის პროექტების განსაკუთრებულობა

ჩვენთვის იურიდიული ყოველდღიურობიდან კარგად ცნობილი ხელშეკრულების ტიპები განსხვავდება იმისაგან, რასაც ბლოკჩეინის სფეროში ვპოულობთ.

2.1. ხელშეკრულების მხარეები

2.1.1. ტიპური მოლოდინები

სახელშეკრულებო ურთიერთობებში უმეტესად გამოვდივართ იქიდან, რომ კარგად ვიცნობთ შეთავაზების გამცემ ან მიმღებ მხარეს და ასეთი მიდგომით არ ვზრუნავთ ამ უკანასკნელის განსაზღვრასთან დაკავშირებული ბუნდოვანების გაფანტვაზე⁹. აგრეთვე, უმეტესი ტრანზაქციებისათვის ფასიანი ქაღალდების ბაზარზე, სამოქალაქო სამართლის თვალსაზრისზე დაყრდნობით, ყოველთვის გამოვდივართ იქიდან, რომ ხელშეკრულების მეორე მხარის განსაზღვრისათვის არავითარი რეგულაციები არ არის საჭირო¹⁰, ჩვენ იმით ვიმხნევეთ თავს, რომ მეორე მხარის განსაზღვრასთან დაკავშირებული პრობლემის პრაქტიკული მნიშვნელობა არცთუ ისე დიდია, რამდენადაც შემდგომი გასხვისება მაშინვეა შესაძლებელი¹¹. მას, ვინც ფასიანი ქაღალდების ბაზარზე საქმიანობს, ჩვეულებისამებრ, როგორც ემიტენტს, სურს, გაიკეთოს რეკლამა თავისი ხანგრძლივი ისტორიით, რათა ამ გზით მეტი ინტერესი გამოიწვიოს¹². მხოლოდ განსაკუთრე-

⁴ მე არ მეჩვენება შემთხვევითობად, არამედ მეჩვენება უფრო მახასიათებლად იმისა, თუ რამდენად პრობლემურია ჰაიდგერის აზროვნება, რომ ის, ჰეგელის სამართლის ფილოსოფიის თანახმად, სახელმწიფოს მიერ თავისუფალი ნების ისედაც საკამათო განხორციელებას ნაციონალ-სოციალიზმის მიერ ახლებურად განსაზღვრულს ხედავს, იმის გარეშე, რომ ამ ახალი განსაზღვრებისთვის რაიმე სხვა, ვიდრე ნაციონალისტურად დატვირთული ტერმინები იპოვოს, იხ. *Heidegger, Gesamtausgabe, Tübingen Band 85, S. 171.*

⁵ იხ. *Rittner about Schmidt-Rimpler in Grundmann/Riesenhuber, Private Law Development in Context, S. 285 ff.*

⁶ *Mestmäcker about Bhm, in Grundmann/Riesenhuber, Private Law Development in Context. zu den Ansätzen von Böhm: S. 131 ff.*

⁷ იხ. *V. Vanberg, S. 71, 115: „მოქალაქეთა სუვერენობის პრინციპი ავრცელებს ინდივიდუალური ავტონომიის იდეალს კოლექტიურ-პოლიტიკური მოქმედების სფეროზე, კერძო ავტონომიის პრინციპი გამოხატავს ამ იდეალს კერძო სამართლის საზოგადოებისათვის.“*

⁸ *Knieper, Rechtsreformen entlang der Seidenstraße 2006, Berlin S. 213 ff.*

⁹ იხ. *„Geschäft, an den es angeht“ etwa Einsele, Wertpapierrecht als Sachenrecht, Tübingen, S. 49.*

¹⁰ ბანკების მიერ ფასიანი ქაღალდების შენახვასთან დაკავშირებული სამართალი (*Depotrecht*), *Einsele Wertpapierrecht (Fn. 10), S. 49, Zusammenfassung des Bankrechts wie z. B. bei Einsele, Bankrecht, 2. Auflage, გვაკლია ცნება.*

¹¹ *Einsele, Wertpapierrecht (Fn. 10), S. 49.*

¹² *Keunecke, Prospekte im Kapitalmarkt, 367, das „Anlageobjekt“ ist „in seinen wesentlichen Merkmalen“ im Prospekt zu beschreiben.*

ბით რთული ემისიებისას, როგორებიცაა სეკურიტიზაცია, ემიტენტის რისკები, იზოლირებულ უნდა იქნეს მხარისაგან, რომელიც წარმოჩინდება, და მნიშვნელობა ენიჭება ეგრეთ წოდებული Bankruptcy Remoteness-ის, გაკოტრების შემთხვევაში მოცემული გაყიდვის უსაფრთხოებას¹³. ასეთ შემთხვევებში რელევანტურობას იძენს ემიტენტი, როგორც პერსონა, რადგან სათუო ხდება მისი დამოუკიდებლობა ეგრეთ წოდებული ორიგინატორისაგან, ანუ საზოგადოებისაგან, რომელიც ემისიისათვის საჭირო აქტივს წარმოქმნის.

ის მცირედ ირელევანტურობა, რომელსაც სამოქალაქო სამართლით რეგულირებულ ურთიერთობებში ხელშეკრულების მეორე მხარეს ვანიჭებთ, პირდაპირაა განპირობებული იმით, რომ დიდი ხანია მივეჩვიეთ, რეგულატორულად გავიგოთ მხარეთა განსაზღვრა საბანკო პრაქტიკაში¹⁴ და, ჩემი აზრით, არ გავითვალისწინოთ რეგულაციების რეალური ფუნქცია - კერძოდ, როგორც საჯარო (სისხლისსამართლებრივი), ისე სამოქალაქო სამართლებრივი, ტრადიციულად, asset-stripping-ის ტერმინით შეჯამებული და ყოფილი ვარშავის პაქტის სახელმწიფოებში მყარი მნიშვნელობის მქონე¹⁵ მოთხოვნები.

მოსაზრება, რომლის თანახმად სამართლებრივი დაპირისპირებები, მათ შორის განსაკუთრებით მოთხოვნები ზიანის ანაზღაურების შესახებ, კაპიტალის ბაზარზე მიმდინარე პროცესებში მუდმივ ხასიათს ატარებს, იქნებოდა გადაჭარბებული, მაგრამ მსგავსი დაპირისპირებების აღმოცენების ალბათობა, უდავოდ, განსაზღვრავს კაპიტალის ბაზარზე მოქმედი აქტორების ქცევას, რადგანაც შესაძლებელ საჩივრებს და ინფორმაციას მათი სავარაუდო სასამართლო წარმატების შესახებ დამაშინებელი ეფექტი აქვს. უფრო და უფრო ხშირი ხდება, რომ საჩივრებისათვის გამოყენებულია ის შინაარსობრივი პუნქტები, რომლებიც არ იდგა წინა პლანზე გარიგებით ურთიერთობაში შესვლისას¹⁶, მაგრამ ჩვენ ამ საკითხს ვუყურებთ უფრო, როგორც აბერაციას, ანუ ველით და მაშინებელ ეფექტს.

2.1.2. ბლოკჩეინ-პროექტების განსხვავებულობა

ბლოკჩეინის პროექტებში, ზემოხსენებულისაგან განსხვავებით, ტრადიციულად იკრიბება Nerds¹⁷-ის სახელწოდებით ცნობილი ჯგუფი და ცდილობს, მოიზიდოს ინვესტორები მთელი მსოფლიოდან მათი პროექტებისათვის. დაგეგმილი პროექტის იურიდიული სტრუქტურა, უმეტესად, გახსნილ ფორმას ატარებს. ის, წესითა და რიგით, არ არის ჩაკეტილი სამოქალაქო სამართლის გავლენის ცენტრში მდგომი საზოგადოების ჩარჩოში, რაც შეიძლებოდა, რომ წმიდა იურიდიული თვალსაზრისით Nerd-ჯგუფის უკან გვევარაუდა. თავდაპირველად Nerd-ჯგუფი ხშირად იღებს სარგებელს იმით, რომ თავიდან არა განსაზღვრულ ფასად ნაწილობრივ ვალუტის განსაკუთრებული პირობებით შეთავაზებულ კრიპტოვალუტაში გადაცვლისა და ნაწილობრივ სისტემის გაუმჯობესებაზე ორიენტირებული ნივთობრივი ანგარიშსწორების მის მიერ ორგანიზებულ შეთავაზებას (ეგრეთ წოდებული -mining) მეტნი და მეტნი მას მიუერთდებიან და რომ მთლიანი ჯგუფი, წინასწარ არაგანსაზღვრული მიზნების გამო შესაძლებელია, ისევ დაიშალოს ფუნქციურ

¹³ წარმოდგენა სწრაფი განვითარების შესახებ გვეუბნება, რომ ხელშეწყობის დამსახურება და კრიტიკა უშუალო ურთიერთკავშირში შეიძლება იყოს ნახსენები, იხ. ნაწყვეტი „საფინანსო ბაზრის კრიზისიდან“, <https://de.wikipedia.org/wiki/Verbriefung#True-Sale-Verbriefung>, მოძიებული 2018 წლის 12 თებერვალს ან 2000 წლამდე განვითარებების ილუსტრაცია: Hartwig-Jacob, Die Vertragsbeziehungen und die Rechte der Anleger bei internationalen Anleiheemissionen, München, S. 440. ყოველი შემთხვევისთვის, სეკურიტიზაციასთან დაკავშირებული ფენომენების კურსორული განხილვით დგინდება, რომ სეკურიტიზაციები მაშინ გახდა პრობლემური, როდესაც საბაზრო ვოლატულობის გათვალისწინებით, შემცრიდა ემისიებზე პასუხისმგებელ პირთა პასუხისმგებლობა და რეგულატორული პასუხი არსებულ პრობლემატიკაზე ზედმეტად შემსუბუქდა.

¹⁴ Einsele, Bankrecht, 2. Auflage, § 1, 17, S. 9.

¹⁵ მე არ მიმაჩნია შემთხვევითობად, რომ Asset-Stripping-ის ერთ-ერთი ყველაზე დრამატული შემთხვევა მოლდოვეთში მოხდა და რომ ამას ისევ და ისევ რუსეთთან აქვს კავშირი, ინფორმაცია ოპერაციის გასაჯაროებული დეტალების შესახებ იხ.: https://en.wikipedia.org/wiki/Moldovan_bank_fraud_scandal, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 12 თებერვალს.

¹⁶ მაგ. იხ. დიზელის სკანდალის ფარგლებში დაწყებული პროცესი.

¹⁷ სიტყვასიტყვით ნიშნავს განსხვავებულებს, ყოველგვარი ნეგატიური კონოტაციის გარეშე

განშტოებებად (ეგრეთ ნოდებული -fork)¹⁸. ნევრობა ამ სისტემაში ხშირადაა ეგრეთ ნოდებული smart contracts-ის ბაზაზე დამყარებული, რომელიც არ წარმოადგენს უცვლელ მოცემულობას და ექვემდებარება ცვლილებას პროექტში დადგენილი უმრავლესობის, როგორც ასეთის, გადაწყვეტილებით. ცვლილებას ექვემდებარება ასევე სხვა, თავდაპირველად მოცემული, პირობები.

კონკრეტული პროექტის ფუნქციონირება შესაძლებელია, არსებითად იყოს დამოკიდებული სხვა ბლოკჩეინ-სისტემაზე, რომლის მიზანია, წარმოადგენდეს სხვა სისტემების მუშაობის საფუძველს¹⁹.

მიუხედავად იმისა, რომ მათ თავიანთი საქმიანობის შესახებ საკმაოდ მკაფიო და კარგად ჩამოყალიბებული წარმოდგენები აქვთ, დამფუძნებელი ჯგუფის უმთავრეს ინტერესს არ წარმოადგენს ბიუროების მისამართების გარკვევა, ვიზები ანუ Nerd-ჯგუფის სამუშაო ნებართვა ან საგადასახადო სამართალი. მათთვის მნიშვნელოვანი ისაა, თუ სად მიიღება შესაბამისი ნებართვები და თუ რა გავლენა აქვს ასეთ ნებართვებს ვაჭრობის იმ პროცესებზე, რომლებიც მთელ მსოფლიოში უნდა მიმდინარეობდეს.

ბევრი პროექტის საწყის ფაზაში დომინირებს იმის მტკიცება, რომ არ არსებობს შეცდომების დაშვების ალბათობა. შედეგები რეალურად დაშვებული შეცდომებისა არ საჯაროვდება. საჯაროდ წარმართული დაპირისპირებები ისევე და ისევე წარმოადგენს იმას, რაც ფასიანი ქაღალდების ბაზრის უკვე კარგად ცნობილი მახასიათებელია²⁰.

ერთ-ერთი პრაქტიკული მაგალითი ბლოკჩეინ-პროექტების საერთაშორისო ეფექტისა და პროცესების მსვლელობის სიჩქარისა არის ერთი საკრედიტო ინსტიტუტის მენეჯერის პასუხი, რომლის თანახმად, მის ორგანიზაციაში კრიპტოვალუტისადმი ყველაზე დიდი ინტერესი ინგლისიდანაა. ვვარაუდობდი, რომ აქ საქმე ეხება ამერიკელ ინვესტორებს, რომლებსაც ამოძრავებთ ინტერესი, არაამერიკული საკრედიტო ბარათის გამოყენებით დაუსხლტნენ ამერიკაში მოქმედ სამართლებრივ მოთხოვნებს. ეს მოთხოვნები ითვალისწინებს IP-მისამართებით, ანუ ამერიკაში მოქმედი სერვერებით, განხორციელებადი გადახდების დაბლოკვას. ამ ბარიერს, შესაძლებელია, მარტივად აეაროს გვერდი გადახდის იმ ინსტრუმენტებით სარგებლობით, რომელთაც არ აქვს კავშირი ამერიკის შეერთებულ შტატებთან. მენეჯერის აზრით, მისი ვარაუდი იყო საინტერესო. თუ დავუშვებთ, რომ მან ნამდვილად არ იცოდა, რაზე მოდიოდა მოთხოვნა, მაშინ მას არ უნდა ჰქონოდა ამ უკანასკნელის გარკვევის ინტერესი, რამდენადაც გარკვევას შეეძლო აკრძალვის პროვოცირება. აქედან და კიდევ სხვა ბევრი მსგავსი შემთხვევიდან ვასკვნით, რომ ხსენებულ სფეროში სამართლებრივი ნორმის შესაძლებელ გვერდის ავლაში მონაწილეობა, მონაწილეთა კეთილი ნების შემთხვევაშიც კი, არ უნდა იყოს ცნობიერი ნაბიჯი.

2.2. მონაწილე მხარეთა მოლოდინების შედარება

ბლოკჩეინის სფეროში მოქმედი ინვესტორების მოლოდინები სიღრმისეულად განსხვავდება კლასიკური ინვესტორების მოლოდინთაგან.

2.2.1. კაპიტალის ბაზარი

მყარი პროცენტის მომცემი ფასიანი ქაღალდის ყიდვისას ინვესტორი მოქმედებს გარკვეული წესების ლოგიკაზე დამყარებული მოგების მოლოდინით და იმედოვნებს, რომ ადეკვატურადაა ინფორმირებული გაუფასურების შესაძლო რისკებზე. გარკვეულ შემთხვევებში შემსყიდველს

¹⁸ Buterin, Hard Forks, Soft Forks, Defaults and Coercion (რატომ არის hard forks უკეთესი soft forks-ზე); https://vitalik.ca/general/2017/03/14/forks_and_markets.html, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 14 სექტემბერს; *Tayo*, Why hard forks are good for Bitcoin <https://hackernoon.com/why-hard-forks-are-good-for-bitcoin-a966451d3fd6>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 14 სექტემბერს.

¹⁹ სისტემების შესახებ დისკუსია, იხ. დალე, Why a \$39 Million ICO Chose Stellar Over Ethereum. In *Coindesk*, 25.06.18, <https://www.coindesk.com/why-a-39-million-ico-chose-stellar-over-ethereum>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 4 ივნისს.

²⁰ ამით მოიაზრება ზიანის ანაზღაურების შესახებ საჩივრები მცდარი ინფორმაციის გავრცელების გამო და სამეთვალყურეო კომპეტენციის მქონე ორგანოების ბრალდება შესაბამისი ნებართვების არარსებობის შესახებ.

ასევე აქვს ფასიანი ქაღალდის ღირებულებითი კურსის ზრდის მოლოდინი. ვეჭვობ, რომ ღირებულებითი კურსის ზრდის იმედი დამაკმაყოფილებლად იყოს იურიდიულად დამუშავებული. ნასყიდობის სამართალზე დაყრდნობით, მივეჩვიეთ, დავიცვათ შემსყიდველი იმისაგან, რომ ეს უკანასკნელი შესასყიდი საგნის შესახებ უფრო ნაკლებად იყოს ინფორმირებული, ვიდრე თავად გამსხვიებული. იმის გათვალისწინებით, რომ აქციების შემსყიდველი უფლებამოსილია, დააყენოს ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა იმ შემთხვევაში, თუ მას შესასყიდ საგანთან დაკავშირებული მცდარი ინფორმაცია, რომელიც შესყიდვის აქტამდე იყო რელევანტური, შესყიდვის შემდგომ მიენოდა, შემსყიდველს გააჩნია ინფორმირებულობის აუცილებლობაზე დამყარებული მეტი უფლება, ვიდრე განმსხვიებელს²¹. ამას გარდა, შემსყიდველს შეუძლია, მოიპოვოს უფლებები შესაძლებელი სამართლებრივი პრეტენზიების დამუშავებაზე პასუხისმგებელი იურისდიქციის (სასამართლო ორგანო) შეცვლის გზით, რაც განმსხვიებელს არ გააჩნია. საბოლოოდ ნაკლებად უპირისპირდებიან ლიკვიდური კაპიტალის ბაზრების ეფექტს, მიუხედავად იმისა, რომ ამ უკანასკნელს კრიზისის გაღრმავების გამონვევა შეუძლია: როდესაც ინვესტორს ღირებულებითი კურსის ზრდის იმედი გაუცრუვდება, მას შეუძლია, რამდენადაც ის, მაგალითად, Turn around-ში დახელოვნებული არ არის, მოცილოს ხელთ არსებული აქციები. რესტრუქტურირებისათვის ის სპეციფიკური ცოდნა, რომელიც დააგროვა პირველმა ინვესტორმა, იკარგება.

2.2.2. ბლოკჩეინი

ბლოკჩეინის პროექტებში, ფასიან ქაღალდებთან დაკავშირებული პროექტების საპირისპიროდ, ინვესტორის სავარაუდო მოლოდინი, რომლის თანახმად მოცემული კრიპტო ვალუტა სხვა ვალუტების მიმართ გამყარდება, არ არის უჩვეულო. ასეთ ვალუტასთან დაკავშირებული იმედი, ინტერპრეტაციის თანახმად, დაფუძნებულია სპეკულატიური ხასიათის მქონე პროექტის შინაგან სტრატეგიაზე, რომელიც ცენტრალური ბანკების გვერდის ავლით გამოიხატება. კრიპტო ვალუტების არანაკლები მახასიათებელია კიდევ ერთი სტრატეგია. ის საუკეთესოდაა ილუსტრირებულია ერთ-ერთი პრაქტიკული მაგალითის სახით, რომელიც ნაწილობრივ მეც განვიცადე²². აქ იგულისხმება ის იდეა, რომ ტექნიკური დანადგარები (მანქანები), თუ შესაბამისი კომპიუტერული სისტემით ათვისებული იქნება მათი პროგრამირების ენა, დაექვემდებარება დისტანციურ მართვას ბლოკჩეინ-სისტემის გამოყენების გზით. იურისტები ასეთი სისტემის შეფასებისას მაშინვე დასვამენ კითხვას, თუ როგორი იქნება რეაქცია ამ ტექნიკური მანქანების არათანაბრად პროდუქტულ მუშაობაზე. მათი აზრით, ამ კონტექსტში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მოლოდინი იმისა, რომ ერთი მანქანა აჩვენებს პროდუქტულობის უფრო მეტ ხარისხს, ვიდრე მეორე, რის გამოც სახელშეკრულებო პარტნიორის არჩევა უნდა იყოს თავისუფალი. ტიპური ნერდი - *Nerd* ასეთ დროს უპასუხებდა, რომ “smart contract” თავად არეგულირებს მსგავს სირთულეებს. ჩემი გამოცდილებით, “smart contract”-ს ნამდვილად შეუძლია ასეთი შემთხვევების რეგულირება, პირველ ყოვლისა, მაშინ, როდესაც ის დაკავშირებულია იმ სისტემებთან, რომლებიც, ასე რომ ვთქვათ, იძლევა იმის ნებართვას, ცუდი შესრულებისათვის წარმოიქმნას ერთგვარი საჯარიმო ფასი. იმ ფაქტზე, რომ ასეთი სისტემები უფრო ხშირიდ ამოქნილი ხდება, პირდაპირ მეტყველებს ჩვენი ყოველდღიური გამოცდილება კლიენტთა გამოკითხვებში. გამოკითხვის ასეთი მექანიზმები შეიძლება შეიკრას, როგორც ერთგვარი დამკვირვებელი, რომელიც, თავისი შეფასების ხარისხზე დაყრდნობით, წამოიწყებს ღია გარიგებებს ისევ და ისევ შეფასებასთან დაკავშირებით, რომელიც შემდგომ ინტეგრირდება განხილულ სისტემაში. იმას, რომ ასეთი სისტემები ინვესტორებისათვის საინტერესოა, მაგრამ ჯერ კიდევ არასაყოველთაო ფორმებითაა განხორციელებული, ადასტურებს ისეთი ტერმინის აღმოცენება, როგორცაა STOICO-სთვის, რომელთა მიხედვით, კავშირი სა-

²¹ იხ. *Petrobras, Settlement*, 2018, District court of New York; Stanford, Case Summary, <http://securities.stanford.edu/filings-case.html?id=105312>, <https://www.businesswire.com/news/home/20180107005129/en/PETROBRAS-INVESTOR-ALERT-3B-Settlement-Covers-Securities>. იქმნება შთაბეჭდილება, რომ ახალი აქციონერები ძველების ხარჯზე იქნენ კომპენსირებულნი.

²² ეს წარმოდგენილია ლინკზე – <https://aira.life/ru/team/>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 2 დეკემბერს.

ფუძველმდებარე პროდუქტთან მოცემულია²³. სამართლის ტერმინოლოგიაში შესაძლებელია იმის მტკიცება, რომ შესასრულებელი სამუშაოს მასშტაბიდან (მანქანის დრო) გამომდინარე, სისტემა, ასე რომ ვთქვათ, გადასულია ნაწილობრივი ასპექტის მაჩვენებელ მექანიზმებზე²⁴.

ის, რომ შესაბამისი სისტემები ანგარიშის მართვის სისტემების უკვე მოცემულ ავტომატიზებასთან და ასევე უკვე მოცემულ, სხვა ჰორიზონტალურ კომპიუტერულ სისტემებთან ერთად, შესაძლებელია, იყოს მიმზიდველი და პროდუქტიული, ახლოა რეალობასთან. აქედან გამომდინარე, ასევე ახლოა რეალობასთან, რომ ამ სისტემაში ჩადებული შესაძლებლობა გამოყენების, გაერთიანების და მანქანის დროის მისივე ხარისხში გარდაქმნისა ერთგვარი ერთიანობის შექმნის საშუალებას იძლეოდა, რომელიც შეიძლება იყოს კრიპტოვალუტა.

რადგანაც უკვე ეგრეთ წოდებული “White Papers” და საინვესტიციო შეთავაზებები სავსეა დარგობრივი ტერმინებით და, მაგალითად, მათ საფუძველზე, ასევე გამოითვლება ის, თუ როგორაა შესაძლებელი მოცემული კრიპტო ვალუტის გამოყენების საფუძველზე სხვა ვალუტების გამოყენება, რომლებიც, ასე რომ ვთქვათ, საწყისი ვალუტის დერივატს შეიცავენ, ნაკლებად უნდა ვივარაუდოთ, რომ საკითხში ჩაუხედავი, ყოვლად გვერდზე მდგომი პიროვნება ასეთ პროექტში ფულს ჩადებს. მართალია, რომ ინვესტორს სავალუტო რისკებთან ერთად შესაფასებელი აქვს სისტემის ხარჯები და ფუნქციონირება და ასევე ამ უკანასკნელის დამოკიდებულება სხვა პლატფორმებზე და განვითარების უნარი. ინვესტორმა ინვესტიციებისათვის უნდა გამოიყენოს ის პლატფორმა, რომელშიც ის ახორციელებს ინვესტირებას, ანუ ინვესტორი კარგად უნდა იცნობდეს გამოყენებულ ტექნიკას. რადგან მას საბოლოოდ სურს, იშოვოს ფული smart-contracts-ის გამოყენებით, უნდა ვივარაუდოთ, რომ ის ამ უკანასკნელს კარგად იცნობს და ასევე კარგად იყენებს, რათა გახდეს ამ პლატფორმის წევრი. შესაბამისად, ასეთი ინვესტორის დაცვის საჭიროება უფრო ნაკლებია, ვიდრე იმ ინვესტორისა, რომელიც ფულს ფასიან ქალაქებში დებს.

2.3. განსხვავებები ბლოკჩეინის ბაზარზე

თუ რეალისტურად შევხედავთ, ბლოკჩეინის სამყაროშიც ბევრი სხვადასხვაობაა. დიაპაზონი იმ სხვადასხვაობებისა, რომლებიც მე განვიცაადე, მოიცავს ყველა შესაძლებელ ტიპს, კერძოდ, მას, ვისაც ამ რთულ და კომპლექსურ სისტემაში მხოლოდ დამალვის სურვილი ამოძრავებს, მაღალი ტექნიკური ცოდნის მეშვეობით შეუდავებელ მტკიცებულებებსა და დარგობრივ ტერმინებს აფრქვევს და თავის კონკურენტებს „ძირავს“, მასაც, ვინც ყველაზე მოხსენებულ რევოლუციურ მიზანს დამაჯერებლად მისდევს, კიდევ ისეთ საყვარელ იურიდიულ ტიპაჟს, რომელსაც რეალურად არ გააჩნია საკუთარი მოქმედებების შედეგების შეფასების უნარი და ასევე საჯარო სივრცეში დამკვიდრებულ თაღლითებსაც, რომლებსაც სიმდიდრის მოხვეჭა სურთ.

3. ცნობილი წესებისა და მათი აღმოცენების შედარება

ცხოვრება შესაძლებელი უნდა იყოს ავტოსაგზაო მოძრაობის წესების გარეშე²⁵. თვითდაკვირვების საფუძველზე ადამიანს შეუძლია, ივარაუდოს, რომ ადამიანი, როგორც ავტოსაგზაო მოძრაობის მონაწილე, მოძრაობის წესების არარსებობის პირობებში, ვერ განსაზღვრავს, უნდა ელოდოს თუ არა ავტოსაგზაო მოძრაობის შემხვედრი მონაწილის მიერ წესების ისეთი დაცვით

²³ იხ. <https://hackernoon.com/are-security-token-offerings-stos-the-new-initial-coin-offerings-icos-bc0bc926130d>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 2 დეკემბერს, მახასიათებელი ტერმინების ასეთი ფიქსაციისა და ლიაობისა არის ის, რომ ლინკზე - <https://medium.com/@sergeyfradkov/security-token-offering-vs-venture-capital-raise-e1beea5fc15b?fbclid=IwAR0oXCZ817NOiOo7Ms2MR-OmqvNwZrtg3ZiA3WYBabLxIT3lieSF4Acg9wd>, რომელიც მოძიებულია 2018 წლის 3 დეკემბერს, საქმე ეხება, ძირითადად, არა ემისიის საფუძველმდებარე სტრუქტურების სტრუქტურას, არამედ მათ გავლენას ინვესტორებზე.

²⁴ აქ მოსატანია შედარება საბაზისო აქტივთან, რომელსაც მნიშვნელობა აქვს დერივატებისათვის, იხ. მაგ. *Einsele*, *Bankrecht*, 2. Auflage, § 8, 85, S. 454. ყოველ შემთხვევაში, შესაბამისი ხელშეკრულებები უნდა შეიცავდეს საჭირო ელემენტებს, რომლებიც ტიპურია დერივატული ხელშეკრულებებისათვის.

²⁵ *Przybilla*, *Kahlschlag im Schilderwald in Sueddeutsche Zeitung* მასალა მოძიებულია 2018 წლის 4 სექტემბერს, <https://www.sueddeutsche.de/auto/stadt-ohne-verkehrszeichen-kahlschlag-im-schilderwald-1.1607052>.

მოქმედებას, როგორც ამას თავად აკეთებს. კანტიანური განსაზღვრება, რომ ადამიანმა სხვას არ უნდა გაუკეთოს ის, რაც არ უნდა, რომ თავად მას გაუკეთონ, ვერ დაადგენს, თუ რა უნდა მოხდეს ასეთ დროს. უმეტესად ადამიანი ცდილობს, პრაგმატულად გადაადგილდეს წინ და წავიდეს იქითკენ, სადაც არავინაა.

წარმოდგენა იმის შესახებ, რომ ავტოსაგზაო მოძრაობა წესების გარეშე საბოლოო შედეგით ბევრად ცუდად არაა შესაძლებელი, ვიდრე იმ წესების პირობებში, რომლებსაც ჩვენ მივეჩვიეთ, გვაძლევს საშუალებას, ეჭვქვეშ დავაყენოთ მოქმედი წესები. მაგრამ, რადგანაც შესაძლებელ გადნყვეტილებათა დიაპაზონი ბლოკჩეინ-პროექტების ზემოთ განხილულ შემთხვევებში გაცილებით ფართოა, ვიდრე ავტოსაგზაო მოძრაობაში, ვამტკიცებ, რომ ბლოკჩეინ-პროექტებში გაიზრდება ეფექტურობა, თუ წესების მეშვეობით პროგნოზირებადს გავხდით იმას, რაც, წესითა და რიგით, მოლოდინებისა და სპეკულაციების სფეროს განეკუთვნება.

სინამდვილეში, წესების შექმნისადმი სწრაფვა ზოგადად იმით წყება, რასაც წმიდა აქციონიზმის სახე აქვს²⁶ და მიდის რეგულირების თავისუფლების საკმაოდ ზოგად მიზნებამდე.²⁷ ტექსტის შემდგომ ნაწილში იქნება უხეში სისტემატიზების მცდელობა.

3.1. მსგავსი რეგულაციების გადატანა

ხშირად ვხედავთ მცდელობას, რომ არსებული ზოგადსაყოველთაო რეგულირებები ანალოგიზირების გზით გავრცელდეს ასევე ბლოკჩეინ-პროექტებზე.

მაგალითისათვის, დაყენებულია მოთხოვნა, რომლის თანახმად სარეკლამო პროსპექტებთან დაკავშირებული მკაცრი რეგულაციები გამოყენებულ იქნეს ასევე ICO-ებისათვის (Initial coin offering). მაგრამ, როგორც ზემოთაა აღწერილი, ის ინფორმაციები, რომლებიც ICO-ს ფარგლებში ხდება საჯაროდ ხელმისაწვდომი და ბევრად უფრო ინტენსიური გადამოწმების შემთხვევაშიც კი, თავად საგნის ბუნებიდან გამომდინარე, ვერ ასახავს პროექტის შინაარსს ისე ამომწურავად და საგნობრივ-სფეციფიკურად, როგორც ეს მოცემულია კაპიტალის ბაზრის ემისიის შემთხვევაში. ანუ, იმ შემთხვევაში, თუ ხსენებული ჯგუფებიდან რომელიმე, ასე რომ ვთქვათ, დაექვემდებარება კაპიტალის ბაზრის სამართალს და მოიპოვებს ამ უკანასკნელის ემისიის ნებართვას, შესაძლებელია, რამდენადაც კაპიტალის ბაზრის სამართალს არ გააჩნია დაცვის მექანიზმი სპეციფიკური, 2.1.2.-თავში აღწერილი რისკების მიმართ, წარმოიქმნას დაცვის ხარვეზი.

ფულის გათეთრების შესაზღუდად, რაც კრიპტოპროექტებში განსაკუთრებით მარტივად განსახორციელებლადაა მიჩნეული (და ჩემი აზრით, უპირველესად, კერძოსამართლებრივი მოთხოვნების რეალიზების შესაძლებლობის დასაცავად), ხშირად ამყარებენ იმედს მსოფლიო მასშტაბის რეგულაციების სისტემის შექმნაზე. იმისათვის, რომ ასეთ სისტემას ჰქონდეს რეალური ფუნქციონირების ძალა, საჭირო იქნებოდა კრიპტოპროექტების ერთგვაროვან საერთაშორისო ჩარჩო-სტანდარტებში მოქცევა, რაც არარეალურად და არასასურველად მიმაჩნია, რადგანაც რეგულაციების სფეროში გარკვეული დონის კონკურენციისა და შეჯიბრებითობის გარეშე, მაქსიმალურად დახვეწილი რეგულაციური სისტემა ვერ წარმოიქმნება.

²⁶ იხ. დახასიათებისათვის Christine Lagarde, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/how-policymakers-should-regulate-cryptoassets-and-fintech/straight.htm?cid=sm-com-TW>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 16 აგვისტოს. "One thing seems certain: we shouldn't put off action until the answers become completely clear. Instead, we must begin to consider the regulatory framework of the future. We must do so in a manner attuned to the rapid pace of change, and with the awareness that unexpected new opportunities and risks may emerge. One approach, undertaken in Hong Kong SAR, Abu Dhabi, and elsewhere, is to establish regulatory "sandboxes" where new financial technologies can be tested in a closely supervised environment."

²⁷ მეტი კონკურენციის თავისუფლება საფინანსო ბაზარზე, იხ. Lüderssen, Das problematische Verhältnis von Effizienz und Wettbewerb im Finanzmarkt. ის, რომ ამას საფუძვლად არ უდევს პირდაპირ გადატანადი რეგულირების კონცეპტი, აჩვენებს ისეთი ფორმულირებები, როგორებიცაა: „სეკურიტიზაციისა და დერივატების საინვესტიციო რაციონალობა შეიძლება იყოს ის კვეთის წერტილი, რომელშიც კონკურენციის თავისუფლების დაცვისადმი პატივისცემა მომხმარებელთა კეთილდღეობას ხვდება“, (გვ. 50) და „დაბეგვრის მექანიზმები, რომლებიც რეალური ეკონომიკის რეგულირებას კონკურენციის ადეკვატური ვალუტირებისათვის მზადყოფნაში ინარჩუნებს, არ შეიძლება, პირდაპირ იქნეს საფინანსო ბაზრისათვის აღებული“ (გვ. 49).

3.2 საყოველთაო საბაზრო-ეკონომიკურ და საბანკო-სამართლებრივ პრინციპებზე ორიენტირება

ასევე ის პრინციპული არგუმენტაცია, რომელიც მოყვანილია საბაზრო-ეკონომიკური სამართლის (კაპიტალის ბაზრის სამართლებრივი რეგულაციები) რეგულაციების დასასაბუთებლად, შეიცავს ნაკლებ დამაჯერებლობას.

ხშირად საუბარი იმაზე, რომ ინვესტორები უნდა სარგებლობდნენ დაცვის მექანიზმით, მაგრამ ამით ცოტაა თქმული თავად მათი დაცვის ობიექტურ მოთხოვნილებებზე (დაცვის მექანიზმების მრავალმხრივობის შესახებ იხ. ზემოთ თავი 2.1.2.). ასევე ხშირად ვაწყდებით მოსაზრებას, რომ გამოსაყენებელი არეგულაციები სხვადასხვა ქვეყნიდან წამოსული ინვესტორების იდენტიფიკაციისათვის.²⁸

ხშირად გამოიყენებენ ბაზრის ცალკეული ელემენტის რეგულირებას, ბაზრის, როგორც მთლიანობის, განხილვის გარეშე. ეს აქ შემდგომში, რა თქმა უნდა, არასრულყოფილად წარმოდგენილი იქნება საკონფერენციო კრებულში შესული ტექსტების საფუძველზე. როდესაც, მაგალითად, გვთავაზობენ, შევეგუოთ ბაზნების გაკოტრებას, რათა ამ გზით თავიდან იქნეს აცილებული ბონუსის გადახდა²⁹, ასეთ დროს არ არის გათვალისწინებული, ერთი მხრივ, გაკოტრების საფრთხეები, პასუხისმგებლობის საფუძველები და ის ფაქტი, რომ პასუხისმგებლობის მატარებელ სუბიექტს შეუძლია, გონივრულად აირიდოს გადახდის პასუხისმგებლობა, მაშინ, როდესაც თანამშრომელს არ შეუძლია, წინასწარ დაინახოს მოსალოდნელი გაკოტრება მხოლოდ და მხოლოდ იმიტომ, რომ მას მიღებული აქვს ბონუსის დანაპირები. გადაჭარბებულად მარტივად და ნაჩქარევად გაცემული კრედიტი ახსნილია კულტურით გამოწვეულ შეცდომად და მოგების გადაჭარბებული მოლოდინით ნაკარნახევ ქმედებად³⁰, ამასთან, ყოველგვარი დამაჯერებელი ახსნის დამატების გარეშე, შეიძლება თუ არა ასეთი მსგავსი მიზეზებით გამოწვეული ქმედების მიღება ან მათი გარკვეულ რეგულაციურ ჩარჩოებში მოქცევა. ისევ და ისევ დამაჯერებელია ბაზრის ალტერნატიული ხედვა³¹, თუმცა, რომელიც იმდენადაა დაშორებული რეალობას, რამდენადაც გაურკვეველია ის ადგილი და ფორმატი, რომლის ფარგლებშიც შესაძლებელი იქნებოდა კონსენსუსის მიღწევა ერთ კონკრეტულ საბაზრო მოდელსა და ამ უკანასკნელისათვის საჭირო რეგულაციური პაკეტის შემუშავებაზე. სისხლისსამართლებრივი გადმოსახედიდან არსებობს ეჭვი, არის თუ არა სავარაუ-

²⁸ იხ. *Olszewski*, Alexander How The KYC Might Be Dangerous For The Investors in L4A, <https://www.l4a-soft.com/blog/index.php/post/how-kyc-might-be-dangerous-investors>, მასალა მოძიებულია 04.09.18.

²⁹ იხ. *Peter Koslowski*, Die Störung der unsichtbaren Hand des Marktes durch den Financial Overstretch, in *Recht und Ethik im Finanzmarkt*, S. 35, აქვეა მოცემული მოლოდინი იმისა, რომ სახელმწიფოს შეუძლია, ზოგადად, რეგულაციების საფუძველზე, შეამციროს თანამშრომელთა ანაზღაურების დონე ან გაზარდოს ეს უკანასკნელი ასეთ თანამშრომლებზე შეთავაზების ხელოვნური შემცირებით.

³⁰ *Peter Koslowski*, Die Störung der unsichtbaren Hand des Marktes durch den Financial Overstretch, in *Recht und Ethik im Finanzmarkt*, *Recht und Ethik im Finanzmarkt*, S. 44 .

³¹ იხ. *Hugo Bänziger*-ის მიმოხილვები, რისკები, რენდიტები და რეგულირება, როგორც ეკონომიკის ოპტიმიზების პრობლემა, საფინანსო ბაზრის სამართალი და ეთიკა, ამას აქტივისტური რეგულაციური პოლიტიკის ფუნდამენტური კრიტიკის სახე აქვს, მაგრამ, რომელსაც არვითარი შანსი აქვს პროცესებზე არსებითი გავლენის მოხდენისა, ეს იკითხება შემდეგ პოზიციონირებებში: „მხოლოდ დიდი საკუთრებითი კაპიტალი საკმარისი არაა“, „ხელი შევუშალოთ ლიკვიდური სახსრების დეფიციტით გამოწვეულ საბანკო სისტემის რღვევას Liquidity Coverage Ratio-ს, Net Stable Funding Ration-ს, ვადების კონგრუენციის გაუმჯობესებისა და ლიკვიდური რესურსის გაზრდით.“ (გვ. 52), „მიუხედავად იმისა, რომ დერივატების ბაზარმა კრიზისის პირობებშიც უპრობლემოდ იმუშავა, მივესალმებით ცენტრალური Clearing-ის გაფართოებას, როგორც მნიშვნელოვან წვლილს სისტემური რისკების შემცირების საქმეში.“ (გვ. 53), „პრინციპულად თუ შევხედავთ, ლიკვიდურობისა და საფინანსო ბაზრებზე ფასის წარმოქმნისათვის მნიშვნელოვანია დამოუკიდებელი ვაჭრობა და ურთიერთსაპირისპირო პოზიციების დაკავება.“ (გვ. 54), „ახალი რეგულატორული ნორმების მეშვეობით დამოუკიდებელი ვაჭრობა რეგულირებული ზონიდან ფინანსური სისტემის უფრო არარეგულირებულ ზონაში გადაინაცვლებს.“ (გვ. 54), „ამის გათვალისწინებით, ჭკვიანური იქნებოდა, შესაბამის ჩარჩოებში მოქცეული და მკაფიო წესებს დაქვემდებარებული დამოუკიდებელი ვაჭრობა ფინანსური სისტემის რეგულირებულ ზონაში დაგვეტოვებინა.“ (გვ. 54), „სახელმწიფო დავალიანებისა და სახელმწიფო ბანკოტის შესახებ მიმდინარე დისკუსიაში ასევე დადგა შეკითხვა, თუ რამდენად შესაფერისი და ეფექტურია ბაზელის კომიტეტის დადგენილება, რომლის თანახმად სახელმწიფოს ხელთ არსებული ფასიანი ქაღალდები მიჩნეულია ლიკვიდურობის სარწმუნო რეზერვად.“ (გვ. 53).

დო სისხლისსამართლებრივი დევნა მიუკერძოებელი (მაგალითისთვის: შნიცელი – კი, კრევეტები – არა) და არის თუ არა მოცემული დაცვითი მიზნები მკაფიოდ ჩამოყალიბებული.³²

კაპიტალის ბაზარზე ხშირად საუბარი იმის შესახებ, რომ მოდელად იქნეს აღებული ყველაზე განვითარებულ ბაზრებზე მოქმედი სამართლებრივი რეგულაციების სისტემა³³, თუმცა არ არის საუბარი ამ რეგულაციების ერთიან კონცეფციაში ინტეგრირებაზე, რაც კაპიტალის ბაზრების ფუნქციონირების შინაარსს ამომწურავად დაიტევდა.³⁴ როგორც ზემოთ³⁵ ფულის გათეთრებასთან დაკავშირებულ რეგულაციებზე საუბრისას აღინიშნა, და ჩემი აზრით, ქვეყნებისათვის სქემატურად თავს მოხვეული, ინსაიდერული სამართლის პოზიციებიდანაც³⁶ არავითარ შემთხვევაშია მკაფიო და გარანტირებული, რომ მოდელად აღებული რეგულაციური სისტემა შეასრულებს და კისრებულ დავალებასა და მიზანს.

როგორც აღინიშნა, ეს აღწერა ხარვეზებს შეიცავს, მაგრამ, ამავე დროს, არაა თვალსაჩინო, შევხვდებით თუ არა სადმე სხვაგან რაიმეს უფრო დამაჯერებელს. საბოლოოდ ვერ გავექცევით შთაბეჭდილებას, რომ სამართალი ადეკვატურობით ვერ პასუხობს მის მიერ დასარეგულირებელი ფენომენების კომპლექსურობას.

³² Klaus Volk, Über strafrechtliche Kontrolle und Systemrelevanz, in Recht und Ethik im Finanzmarkt, მაგალითად: “სისხლისსამართლებრივი კონტროლისა და სისტემის რელევანტურობის შესახებ, საფინანსო ბაზრის სამართალი და ეთიკა, მაგალითისთვის: „მთავარი პრევენტიული ზეგავლენა იზრდება, ტენდენციურად, გაურკვევლობის დონის ზრდასთან ერთად, რადგანაც არავინ იცის წინასწარ, თუ რა არის ამაში პოსტ-ფაქტუმ მოაზრებული.“ (გვ. 179), „სუბვენციური თაღლითობის ფენომენს (რათა აქ არ იქნეს მოყვანილი მაგალითი ისევ და ისევ კაპიტალის ბაზარზე მოქმედი სისხლისსამართლებრივი ნორმების სფეროდან) სამართლებრივი ნორმის სახით საფუძვლად უდევს სუბვენციის ინსტიტუტი, თავისი ფუნქციის თანახმად, როგორც მართვის ინსტრუმენტი. ამაზე უფრო ხელოვნურ ფორმულირებას ვერ ვიპოვიდით. რა განსაზღვრებების სისტემაა აქ მიღწეული ისეთი ცნებებით, როგორებიცაა ინსტიტუცია, ფუნქცია და ინსტრუმენტი? ძალიან მარტივია: საქმე ეხება კანონშემოქმედის გადაწყვეტილებას, სუბვენციური ორგანოების მიერ დასჯადი გაეხადა უშედეგო სიცრუე და ეს მაშინაც კი, როდესაც ის განზრახ არ იყო ნამოქმედარი. სამართლებრივი სწავლება, რომელსაც ამის წინააღმდეგ ვერაფერი უკეთესის მოფიქრება შეუძლია, ნაკლებად იმსახურებს აღიარებას.“ (გვ. 179).

³³ Gutbrod, About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS, იხ. სქოლიო 4, ნ. 3.4, (კორპორაციული სამართლის სფეროში სამართალშემოქმედებითი პროცესები რეაქტიულად იყო მართული), იხ. ასევე სქოლიო 40.

³⁴ 50-იანი წლებიდან მოყოლებული, Celso Furtado-მ, შრომებში O O Brasil Pos-“milagre”, Sao Paulo O Brasil Pos-“milagre”, Sao Paulo, გამოცემა 8, გვ. 31, მუდმივად მიანიშნებდა იმ ფაქტზე, რომ ამერიკის შეერთებული შტატების ეკონომიკური წარმატების ერთ-ერთი უმთავრესი ელემენტი უკვე ადრეულ მე-18 საუკუნეში კაპიტალის ბაზრის შექმნა იყო და რომ კაპიტალის ბაზრის დეფიციტი განვითარებადი ქვეყნებისათვის განსაკუთრებით სახიფათოა, რადგანაც ამ დეფიციტის გამო ისინი ისეთი ფორმით ხდებიან საერთაშორისო კაპიტალის დინებებზე დამოკიდებული, რაც შემდგომ, კომპენსაციას აღარ ექვემდებარება. მაგრამ კითხვა იმის შესახებ, თუ როგორი უნდა იყოს ასეთი ბაზრის იურიდიული წინაპირობები, არ არის საკმარისად გამოკვლეული.

³⁵ იხ. სქოლიო 10 და 11.

³⁶ მაგალითისათვის იხ. Gutbrod, Ob ispolzovanii insajderskoj informatzii pri zakluchenii sdelok na rinke zennih bumag. (Об использовании инсайдерской информации при заключении сделок на рынке ценных бумаг), in Nauforhttps://www.academia.edu/37369680/About_the_Prerequisitesfor_Insider_Legislation_to_be_Useful_Russian, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 12 სექტემბერს. ტექსტი დაინერა გერმანული საფინანსო ბაზრის სახელმწიფო სამეთვალყურეო ორგანოების განსაკუთრებული სურვილით, რომელიც გულისხმობდა, რომ რუსეთში დანერგილიყო ინსაიდერული სამართალი, რათა ამ გზით მიღწეულიყო მხარეთაშორისი ორმხრივი აღიარება. ამას უნდა მიეთითებინა იმაზე, რომ ინსაიდერული კანონმდებლობა, გარკვეულ შემთხვევებში, აზიანებს და ზღუდავს საინფორმაციო ლანდშაფტს და რომ ეს რუსეთის კაპიტალის ბაზარზე მნიშვნელოვანია და ცვლილებების სურვილს ტოვებს. სტატიაში მოცემულმა თეზებმა მიიღო თვითმართული ორგანიზაცია NAUFOR-ის მრავალწლიანი დირექტორის, ალექსეი ტიმოფეევის, მკვეთრი ზეპირი აღიარება. შედეგები ამას არ ჰქონია. ასევე განსაკუთრებით აღსანიშნავია, რომ რუსეთში დაინერგა ინსაიდერული სამართალი, თუმცა ცოტაა ცნობილი ამ უკანასკნელის ბაზაზე წარმართულ პროცესებზე, ორმხრივი აღიარებაც ისევ არ არის სახეზე (ერთ-ერთ სხდომაზე თავის დროს რუსეთში მოქმედი რეგულატორული ორგანოს ერთ-ერთი წარმომადგენელი თვალსაჩინო სიამაყით აღნიშნავდა, რომ კონტაქტები ბრაზილიის რეგულატორულ ორგანოსთან იყო მრავლისმომცემი) და რუსეთის საინფორმაციო ლანდშაფტიც ისევ ავლენს დეფიციტებს.

4. ფუნქციური რეგულირება – ერთ-ერთი შესაძლებელი მიდგომა

მსჯელობის ამ მომდევნო ეტაპზე ფოკუსის არეალში ექცევა არა აბსტრაქტული კერძო ავტონომიისა და ისეთი ზოგადი ცნებების, როგორებიცაა კაპიტალის ბაზარი და ინვესტორთა დაცვა, ბაზაზე დამყარებული მიდგომა, არამედ ის, რომელიც, ასე ვთქვათ, ნაკლებ თეორიულად პრაქტიკაში დამკვიდრდა. იმისდა მიუხედავად, რომ, ამ მიდგომის თანახმად, საქმე მუდმივად ეხება გარკვეულ პერსონათა ჯგუფის დაცვას, ეს დაცვა არ უნდა იქნეს გაგებული, როგორც გადამწყვეტი მნიშვნელობის მქონე მოცემულობა. უფრო მეტად ცენტრში უნდა იდგეს მხარეთა მართვასთან დაკავშირებული შესაბამისი მოსაზრებები, რაც თავად მხარეებს მოეთხოვებათ.

პრაქტიკაში დამკვიდრდა და შენარჩუნდა გარიგების საყოველთაო პირობების, სამოგზაურო-სატრანსპორტო გადაადგილებისა და სამომხმარებლო კრედიტების სფეროთა საერთო რეგულაციურ-სამართლებრივი მახასიათებლები, რომლებსაც მოქმედების ძალის არმქონე ხელშეკრულებებთან დაკავშირებულ თანამედროვე და საყოველთაო რეგულაციებშიც ვპოულობთ. მათ საერთო მახასიათებლად მე მეჩვენება ის, რომ ზოგადად სამართლებრივი რეგულაცია იმისაკენ მიიწევს, რაც შეიძლება, სურდეთ მხარეებს და რასაც ისინი, ალბათ, შეიტანდნენ თავიანთ ხელშეკრულებებში, რომ არ გაურბოდნენ ძალისხმევას საჭირო ფორმულირებების ჩამოსაყალიბებლად. საბოლოოდ შესაძლებელია, შევჯერდეთ შემდეგ საყოველთაო ფორმულაზე: ვინც მოძრაობა „გახსნა“, ასევე უნდა ზრუნავდეს ამ მოძრაობაზე³⁷. დეტალურად: გარიგების საყოველთაო პირობებში მოცემული ნორმების საფუძველზე, რა თქმა უნდა, ძალიან მოკლე გამოხატვით აღიარებულია ვალდებულებად ის, რასაც სამართალი ეჭვის შემთხვევაში ითვალისწინებს. სამოგზაურო-სატრანსპორტო სამართლის საფუძველზე დაცულია ხელშეკრულების ერთიანობა და სამომხმარებლო კრედიტის სამართლის საფუძველზე დგინდება, რომ მომხმარებელს მიეცა წვდომა იმ ფინანსურ საშუალებებზე, რომელთა მიერ გამოწვეული ხარჯი მისთვის მარტივადაა ცნობილი. ჩემი აზრით, ასევე სასამართლო ორგანოები, თავდებობის მხედველობაში არმიღებითა და სახელშეკრულებო პირობებში მოულოდნელი შინაარსების თაღლითური შეპარების არდაშვების შესახებ, კანონით დაცულ პრინციპზე დაყრდნობით, ხდის გასაგებს, რომ სახელდობრ ნება არ უნდა იყოს საკმარისი ხელშეკრულების დადებისათვის, თუ მოცემული სახელშეკრულებო გარიგება ავლენს ცალმხრივ ხასიათს და შეიცავს რისკებს, და ეს იმ ფონზე, როდესაც გარიგების ეკონომიკური ფუნქცია იმაზე ნათელი არაა, ვიდრე ეს თავდებობის შემთხვევებშია მოცემული.

ბლოკჩეინის პროექტებზე გავრცელებით მსგავსი ფუნქციური მიდგომა დამაჯერებლობას იძენს. ეს იქნებოდა შესაბამისი რეგულატორის მიერ გადასამონმებელი, თუ რამდენად შეესაბამება კონკრეტულ პროექტში განვევრიანების წესები იმას, რაც გასაჯაროებულ ახსნაშია მოცემული. ამას გარდა, ერთ-ერთი პრიორიტეტი იქნებოდა მისაცემი საშუალებათა გამოყენების შემონახვისათვის. „Smart contracts“ უნდა შემონახდეს იმაზე, თუ რამდენად შეიძლება, რომ ამ უკანასკნელის დამდებს ჰქონდეს მოლოდინი იმისა, რომ ისინი ისე იმუშავებენ, როგორც უკვე იმუშავეს კონკრეტულ შემთხვევაში. მოცემული პრაქტიკიდან, რომელიც ადეკვატურ ფორმებშია გასასაჯაროებელი, შეიძლება აღმოცენდეს რეგულაციური ნორმების სისტემა, რომელიც იქნებოდა იმის განსაზღვრის კრიტერიუმი, რომელსაც გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 305-ე პარაგრაფი ვალდებულების შესრულების პირობების განსაზღვრასთან დაკავშირებულ ნორმებში სამართლიან შეხედულებას (*Billiges Ermessen*) უწოდებს.

პოტენციური სახელშეკრულებო-სამართლებრივი დავები შესაძლებელია, დაექვემდებაროს რეგულირებას ბლოკჩეინ-სისტემების ფარგლებში. მაგალითისათვის, შეიძლება, რომ ადმინისტრატორი პასუხისგებაში მიეცეს ფინანსურ საშუალებათა გაფლანგვის გამო და მოეთხოვოს კომპენ-

³⁷ იხ. *Grundmann*, „Privatrecht und Regulierung“, Claus-Wilhelm Canaris-ის მეოთხმოცე იუბილესადმი მიძღვნილი გამოცემა, 2017, გვ. 928, ციტატა: „სამომხმარებლო სამართალი ქმნის ანუ სახელშეკრულებო სამართალს, რომელშიც ჯგუფების მიერ დაცვის მიღების მოთხოვნილება მათი სისუსტის საყოველთაო ნიშნებთან ერთად – არა ცალკეული პირების დაცვის მოთხოვნილება მორგებული მათ ინდივიდუალურ სისუსტეებზე – დგას წინა პლანზე“, იხ. ასევე Gutbrod, O sozialnom i politicheskom znachenii vnedogovornih objazatelstv, s. <https://imu-munich.academia.edu/MaxGutbrod>, მასალა მოძიებულია 04.09.18, განსაკუთრებით მოქმედების ძალის არქონის შედეგებთან დაკავშირებით.

საცია. ასეთი რეგულაციების ხარისხი, შეიძლება, უფრო სისტემატიზდეს და გაკონტროლდეს.

ბლოკჩეინის პროექტებისათვის შემოთავაზებულ ცალკეულ რეგულაციურ სისტემებში იკვეთება მსგავსი მიდგომები³⁸. ალბათ ეს რეგულაციები, მას შემდეგ, რაც ბოლომდე შევლენ ძალაში, სწრაფად იქნება აღებული ასევე სხვა ქვეყნების მიერაც³⁹: რამდენადაც სახიფათოდ გამოიყურება ეს გარიგებები, იმდენადვე მიმზიდველნი არიან ისინი, რადგანაც შეიცავენ დიდი ტექნოლოგიური წინსვლის პოტენციალს.

კერძო ავტონომიის გადმოსახედიდან შეიძლებოდა იმ დასკვნის გამოტანა, რომ მოქმედების სრულიად აბსტრაქტული შესაძლებლობების უფრო ზუსტი განსაზღვრა, სინამდვილეში, მექანიკის სფეროსათვის იქნებოდა საინტერესო, რაც საფუძვლად უდევს ნების ნებისმიერ გამოხატულებას. ამ აბსტრაქტული მექანიკის ირიბი კავშირები რიგ სხვა საკითხებთან უფრო და უფრო ადვილად გასავლება, როდესაც მიმდინარეობს აბსტრაქტული მსჯელობა ეკონომიკურ და პოლიტიკურ თავისუფლებაზე. მეჩვენება, რომ ამ ზოგად კონტექსტში კიდევ მეტი დაფიქრებაა საჭირო. ამის საპირისპიროდ, ბლოკჩეინის შედარებით ვიწრო სფეროში, მიუხედავად ცალკეული პროცესის სირთულისა და მრავალფეროვნებისა, სჯობს, დასკვნები გამოვიტანოთ ზემოხსენებული მოქმედებების სპეციფიკიდან, ანუ საინვესტიციო ინტერესების საფუძვლებიდან. ანუ საქმე ეხება ვალდებულებით სამართალთან დაახლოებულ რეგულაციებს, რომლებიც შესაბამის, სპეციფიკურ საგნობრივ ცოდნას ეყრდნობა.

³⁸ სრული შედარებები აქ, სამწუხაროდ, ვერ იქნება მოყვანილი. ჩემზე სრულიად შემთხვევით შთაბეჭდილება მოახდინა დისკუსიებმა დაგეგმილი ლიხტენშტაინური საკანონმდებლო ინიციატივის შესახებ, იხ. <https://www.technopark-liechtenstein.li/liechtenstein-blockchain-ecosystem-of-the-year/>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 17 დეკემბერს.

³⁹ ლიხტენშტაინი, როგორც ჩანს, სწრაფად იღებს საერთაშორისო აღიარებას, იხ. <https://www.technopark-liechtenstein.li/liechtenstein-blockchain-ecosystem-of-the-year/>, მასალა მოძიებულია 2018 წლის 17 დეკემბერს.

Privatautonomie im Lichte sogenannter künstlicher Intelligenz, Blockchain und Kryptowährungen**

1. Rückblick auf Debatten über die Verwirklichung von Willensfreiheit im Zivilrecht

Autonomie des Willens scheint auch rechtstheoretisch sozusagen im Zentrum gestanden zu haben, als Regeln entworfen wurden¹. Danach hat diese rechtstheoretische Diskussion eher ein Randdasein geführt. Offenbar ist sozusagen eine Art allgemeiner Privatautonomie mit der Bildung des Willens in ganz allgemeiner Form in Zusammenhang gebracht worden, so wie sie in den allgemeineren Teilen des BGB geregelt worden ist², als wäre sonstiges zwingendes Recht, besonderes soweit Schuldrecht betroffen ist, keine Einschränkung der Willensfreiheit. Es drängt sich der Eindruck auf, dass, z. B. bei der Diskussion kaufrechtlicher Regelungen³, Fragen der Privatautonomie nicht problematisiert wurden, weil die damit verbundene Einschränkung der Privatautonomie sozusagen nicht mehr als solche wahrgenommen wurde, vielmehr selbstverständlich deshalb wirkte, weil sie etwas Naheliegendes praktisch oder in einer Weise regelte, die aufgrund der Geschichte der Frage bekannt war. Geradezu umgekehrt dazu drängt sich der Eindruck auf, dass sowohl philosophische als auch rechtstheoretische Äußerungen zu den Bedingungen, die Voraussetzungen der Verwirklichung von Handlungsfreiheit sind, in Nischen verschwinden, die teils abseitig sind⁴, teils kaum in rechtliche Normen umgesetzt werden können, teils durchaus weiterführen könnten, aber vereinzelt bleiben, als schwer verständlich gelten⁵, nur noch als individuelle Leistungen des jeweiligen Wissenschaftlers wahrgenommen⁶ und nicht zur Ausbildung juristischer Lehren genutzt werden. Wirtschaftswissenschaftliche⁷ und soziologische Äußerungen

* Dr. Max Gutbrod ist Partner von Baker & McKenzie CIS, Deutschland/Russische Föderation

** Bei der Zusammenstellung der Literatur hat mir Frau stud. jur. Grete Mehring wesentlich geholfen

¹ s. z. B. *Knieper*, Gesetz und Geschichte 1996, Baden Baden S. 58, oder die Bezugnahme auf den freien Willen im Manuskript zum Aufsatz von Knieper für dieses Seminar

² s. etwa die § 104 ff BGB, Art. 153ff russisches ZGB. Diese Tendenz mag dadurch verstärkt werden, dass aus der Sicht der Rechtsanwendung kein Unterschied zwischen vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen besteht, beide fasst *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, 3. Auflage, München 1991, beispielsweise unter "Störungen" (s. 7. Kapitel) zusammen, während er das Schuldverhältnis selbst in Verbindung mit der Privatautonomie bringt, § 2, 1. S. 10 ("privatautonome Regelung")

³ S. etwa die Bewertung "Aber wesentlicher als die Frage ob und in welchem Umfang sich z.B. die deutschrechtliche Hauptmängelhaftung des Verkäufers im Gegensatz zur gemeinrechtlichen allgemeinen Sachmängelhaftung ... erhielt, schien uns, daß nach der Rezeption in beiden Fällen der Rechtssatz von einem gelehrten Richter einer geschriebenen Autorität entnommen und durch eine logische Operation auf einen gegebenen Streitfall angewendet wurde." bei *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 328, s. auch *Gutbrod*, Review Essay About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS, A review of *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber*, Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, https://www.academia.edu/35357187/Review_Essay_About_the_Relevance_of_German_Civil_Law_Science_of_the_20th_Century_for_the_CEE_and_CIS_A_review_of_Stefan_Grundmann_Karl_Riesenhuber_Deutschsprachige_Zivilrechtslehrer_des_20._Jahrhunderts_in_Berichten_ihrer_Sch%3BCler, zitiert als „Review Grundmann/Riesenhuber, aufgerufen am 20.11.2018, bei Fn. 295, s. auch die Verweise dort

⁴ mir scheint es nicht zufällig sondern vielmehr dafür charakteristisch, wie problematisch Heideggers Denken ist, dass er gerade die ohnehin umstrittene Verwirklichung des freien Willens durch den Staat nach Hegels Rechtsphilosophie als durch den Nationalsozialismus neu bestimmt sieht, ohne für diese Bestimmung andere als nationalistisch beladene, unbestimmte Begriffe zu finden, s. Heidegger, Gesamtausgabe, Tübingen Band 85, S. 171

⁵ s. *Rittner* about Schmidt-Rimpler in *Grundmann/Riesenhuber*, Private Law Development in Context, S. 285 ff.

⁶ *Mestmäcker* about Bhm, in *Grundmann/Riesenhuber*, Private Law Development in Context. zu den Ansätzen von Böhm: S. 131 ff.

⁷ s. *V. Vanberg*, S. 71, 115: "Das Prinzip der Bürgersouveränität wendet das Ideal der Individualautonomie auf den Bereich kollektiven, politischen Handelns an, das Prinzip der Privatautonomie drückt dieses Ideal für den Bereich der Privatrechtsgesellschaft aus."

zur Privatautonomie drohen hingegen, zirkulär zu sein. Charakteristisch für diese Zerstückelung dieser Diskussion über die Privatautonomie, die, um sinnvoll zu sein umfassend sein müsste, ist, dass sie anlässlich der Regelung längst anerkannter Prinzipien im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform kurz und ohne Folgen zu haben wieder aufflackert⁸. Um sie umfassend zu führen bedarf es vielleicht der Herausforderungen wie das, was - vielleicht eher umgangssprachlich, zu Teilen der juristischen Problematik s. u. - künstliche Intelligenz genannt wird, um wieder ernsthafte diskutiert zu werden.

2. Besonderheiten von Blockchain-Projekten

Die uns im juristischen Alltag bekannten Verträge unterscheiden sich von dem, was im Bereich blockchain vorgeht.

2.1. Vertragsparteien

2.1.1. Typische Erwartungen

Bei Verträgen gehen wir davon aus, dass wir die jeweilige Partei, die Angebote abgibt oder annimmt, kennen, und sorgen uns allenfalls gelegentlich um deren mangelnde Bestimmtheit⁹. Auch für die meisten Transaktionen im Wertpapiermarkt gehen wir jedenfalls aus der Sicht des Zivilrechts davon aus, dass für die Bestimmung der Gegenseite keine Regelungen erforderlich sind¹⁰, man tröstet sich damit, die praktische Bedeutung des mit der Bestimmung der Gegenseite verbundenen Problems sei nicht hoch, weil ja sofort weiter veräußert werden könnte¹¹. Wer im Wertpapiermarkt tätig ist will typischerweise als Emittent mit seiner langen Geschichte werben, um mehr Interesse zu erwecken¹². Nur bei besonders komplizierten Emissionen wie der Verbriefung sollen die Risiken des Emittenten von der Partei isoliert werden, die auftritt, und die Prüfung der sogenannten Bankruptcy Remoteness, der Sicherheit des jeweiligen Verkaufs im Falle des Konkurses, erhält Bedeutung¹³. In diesen Fällen ist dann sozusagen der Emittent als Person umgekehrt relevant, weil eben seine Unabhängigkeit vom sogenannten Originator, also der Gesellschaft, die die zur Emission dienenden Aktiva generiert, in Frage steht.

Mit der geringen Relevanz, die wir im Zivilrecht der jeweiligen Gegenseite zumessen, steht in einem unmittelbaren Zusammenhang, dass wir uns schon lange daran gewöhnt haben, die Bestimmung der Partei in der Bankpraxis regulatorisch zu verstehen¹⁴, auf die - m. E. - eigentliche Funktion der Regeln, nämlich die sowohl öffentlichen (strafrechtlichen) als auch zivilrechtlichen - typischerweise unter asset-stripping zusammengefassten, in den Staaten, die dem Warschauer Pakt angehört haben, durchaus signifikanten¹⁵ - Ansprüche zu verfolgen, nicht primär zu achten.

⁸ Knieper, Rechtsreformen entlang der Seidenstraße 2006, Berlin S. 213 ff.

⁹ s. zum "Geschäft, an den es angeht" etwa Einsele, Wertpapierrecht als Sachenrecht, Tübingen, S. 49

¹⁰ für Depotrecht Einsele Wertpapierrecht (Fn. 10), S. 49, in Zusammenfassung des Bankrechts wie z. B. bei Einsele, Bankrecht, 2. Auflage, fehlt hingegen der Begriff

¹¹ Einsele, Wertpapierrecht (Fn. 10), S. 49

¹² Keunecke, Prospekte im Kapitalmarkt, 367, das "Anlageobjekt" ist "in seinen wesentlichen Merkmalen" im Prospekt zu beschreiben

¹³ Eine Vorstellung der rasanten Entwicklung vermittelt, dass Förderungswürdigkeit und Kritik in unmittelbarem Zusammenhang erwähnt werden können, vgl. etwa den Abschnitt "Finanzmarktkrise" in <https://de.wikipedia.org/wiki/Verbriefung#True-Sale-Verbriefung>, aufgesucht am 2.12.2018 oder die Darstellung der Entwicklung bis 2000 in Hartwig-Jacob, Die Vertragsbeziehungen und die Rechte der Anleger bei internationalen Anleiheemissionen, München, S. 440. Jedenfalls ein cursorischer Blick auf die mit der Verbriefung verbundenen Phänomene legt nahe, dass Verbriefungen dann problematisch geworden sind, als die Verantwortung der für die Emissionen Verantwortlichen angesichts der Marktvolatilitäten zu gering wurde, und die regulatorische Antwort auf die Problematik eher simplistisch ist

¹⁴ s. Einsele, Bankrecht, 2. Auflage, § 1, 17, S. 9

¹⁵ ich halte es nicht für zufällig, dass einer der dramatischsten Asset-Stripping Fälle in Moldavien vorgefallen ist und dieser wiederum Verbindungen nach Russland hat, für die öffentlich anerkannten Elemente des Vorgangs s. https://en.wikipedia.org/wiki/Moldovan_bank_fraud_sandal, aufgesucht am 2.12.2018

Rechtliche Auseinandersetzungen, insbesondere Schadensersatzklagen als in Kapitalmarktangelegenheiten regelmäßig zu bezeichnen wäre zwar wohl übertrieben, die Möglichkeit, dass derartige Auseinandersetzung stattfinden dominiert aber dennoch das Verhalten gerade auch im Kapitalmarkt, weil mögliche Klagen und Nachrichten über deren Erfolg Abschreckungswirkung haben. Zwar wird immer häufiger, dass Sachverhalte, die bei Abschluss des Geschäfts nicht im Vordergrund standen, für Klagen verwendet werden¹⁶, wir sehen Derartiges aber eher als Aberration an, erwarten also eine Abschreckung.

2.1.2. Unterschiede zu Blockchain-Projekten

Bei Blockchain-Projekten hingegen tun sich typischerweise eine Gruppe von häufig als "Nerds"¹⁷ Bezeichneten zusammen und versuchen, Investoren aus aller Welt für ihr Projekt zu interessieren. Die juristische Struktur des geplanten Projekts ist häufig offen. Sie ist typischerweise gerade nicht auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts beschränkt, die man hinter der Nerd-Gruppe (juristisch) vermuten würde. Die ursprüngliche Nerd-Gruppe meint häufig, es sei für sie von Vorteil, dass zu einem vorher nicht genau bestimmten Preis, teils durch Umtausch von Valuta in eine gesondert gehandelte Kryptowährung, teils durch Sachleistungen, die das System verbessern sollen (sogenanntes mining), Weitere zu ihr stoßen, und dass sich die gesamte Gruppe aus einem nicht genau vorhersehbaren Anlass wieder aufspalten kann (sogenannte fork)¹⁸. Häufig wird gerade auch die Mitgliedschaft im System durch sogenannte smart-contracts bestimmt, die nicht fest stehen müssen, sondern sich jeweils durch Beschluss einer im Projekt als solche definierten Mehrheit oder bestimmte, vorher fest gelegte Ereignisse verändern können.

Die Funktionsweise des jeweiligen Projekts kann wesentlich von einem anderen Block-Chain-System abhängen, das zum Ziel eben hat, als Grundlage weiterer Systeme zu dienen¹⁹.

Obwohl sie über ihre physische Tätigkeit relativ klare und häufig durchaus handfeste Vorstellungen haben, geht es der Gründer-Gruppe nicht vor allem um die Adresse eines Büros, Visen bzw. Arbeitsgenehmigung der Nerd-Gruppe oder Steuerrecht, sondern eher um die Frage, wo entsprechende Genehmigungen zu erhalten sind und welchen Effekt diese Genehmigung auf einen Handel haben, der weltweit stattfinden soll.

Am Anfang vieler Projekte steht die Behauptung, es könne zu keinerlei Fehlern kommen. Die Folgen tatsächlich eingetretener Fehler werden meistens nicht publik. Öffentlich geführte Auseinandersetzungen wiederum entsprechen durchaus dem, was für Wertpapiere bekannt ist²⁰.

Ein praktisches Beispiel für die Internationalität der Effekte, die mit Blockchain-Projekten verbunden sind, und die Geschwindigkeit, mit der die Vorgänge stattfinden, ist die Antwort eines Managers eines Kreditkartenunternehmens, Cryptowährung werde in ihrem Unternehmen überwiegend in England nachgefragt. Ich vermutete, es handle sich um US-amerikanische Investoren, die durch die Verwendung einer nicht-US-Kreditkarte die gesetzlichen Anforderungen in den USA vermeiden. Diese Anforderungen führen dazu, dass Zahlung über IP-Adressen, also Servern in den USA blockiert werden. Das wiederum kann leicht durch Zahlung mit Instrumenten umgangen werden, die eben keine Beziehung zu den USA haben. Der Manager meinte, meine Vermutung sei interessant. Nimmt man einmal an, er wusste wirklich nicht, worauf die Nachfrage beruhte, so hätte er wohl auch kein Interesse an der Klärung, weil die Klärung ein Verbot provozieren könnte. Meine Schlussfolgerung daraus und aus vielen ähnlichen Sachverhalten ist, dass die Teilnahme an einer möglichen Umgehung selbst bei gutem Willen den Beteiligten der Umgehung im genannten Bereich vernünftigerweise nicht bewusst sein muss.

¹⁶ s. z.B. die im Rahmen des Dieselskandals begonnenen Verfahren

¹⁷ wörtlich "Sonderlinge", ohne die damit typischerweise verbundene negative Konnotation

¹⁸ Buterin, Hard Forks, Soft Forks, Defaults and Coercion (warum hard forks besser als soft forks sind); https://vitalik.ca/general/2017/03/14/forks_and_markets.html, Aufgerufen 14.09.18; Tayo, Why hard forks are good for Bitcoin <https://hackernoon.com/why-hard-forks-are-good-for-bitcoin-a966451d3fd6>, Aufgerufen 14.09.18

¹⁹ Zur Diskussion der Systeme s. Dale, Why a \$39 Million ICO Chose Stellar Over Ethereum. in Coindesk, 25.06.18. <https://www.coindesk.com/why-a-39-million-ico-chose-stellar-over-ethereum/> Aufgerufen am 04.06.18

²⁰ gemeint damit sind v. a. Schadensersatzklagen wegen Falschinformation und der Vorwurf von Aufsichtsbehörden, dass erforderliche Genehmigungen nicht vorliegen

2.2. Vergleich der Erwartungen der Beteiligten

Erheblich unterscheiden sich auch die Erwartungen der Investoren im Bereich Blockchain von klassischen Investoren.

2.2.1. Kapitalmarkt

Beim Kauf eines festverzinslichen Wertpapiers erwartet der Investor eine nach bestimmten Regeln festzulegenden Ertrag und hofft darauf, über das Insolvenzrisiko angemessen aufgeklärt worden zu sein. Gelegentlich erwartet der jeweilige Käufer auch eine Steigerung des Kurses seines Wertpapiers. Ich habe allerdings Zweifel, ob die Hoffnung auf eine Kurssteigerung juristisch befriedigend verarbeitet worden ist. Wir sind zwar im Kaufrecht daran gewohnt, den Erwerber davor zu schützen, dass er über den Kaufgegenstand weniger weiß als der Veräußerer. Weil den Erwerber von Aktien aber falsche Information, die schon vor dem Kauf relevant war, aber erst nach dem Kauf bekannt wurde zu Schadensersatz berechtigen kann, hat der Erwerber aber möglicherweise mehr auf Informationen beruhende Rechte als der Veräußerer²¹. Zudem kann der Erwerber durch einen Wechsel der für die Erhebung möglicher Ansprüche zuständigen Jurisdiktion Rechte erwerben, die der Veräußerer nicht hat. Schließlich wird einem Effekt liquider Kapitalmärkte selten entgegengewirkt, obwohl er krisenverstärkend wirken dürfte: Wenn ein auf Kursgewinn hoffender Investor enttäuscht wird mag er, weil er z. B. im Turnaround nicht erfahren ist, seine Aktien abstoßen. Für die Restrukturierung geht dann das spezifische Wissen verloren, das der erste Investor angesammelt hat.

2.2.2. Blockchain

Für Blockchain-Projekte ist im Gegensatz zu Wertpapierprojekten eine eventuelle Erwartung von Investoren jedenfalls nicht untypisch, dass die jeweilig ausgegebene Cryptowährung im Kurs gegen andere Währungen steigt. Die mit der Ausgabe einer solchen Währung verbundene Hoffnung wird zwar häufig dahin zusammen gefasst, sie beruhe namentlich auf einer - für sich gesehen spekulativ wirkenden - dem Projekt innewohnenden Strategie, Zentralbanken zu umgehen. Mindestens eben so nahe liegt aber für Krypto-Projekte eine andere Strategie. Illustriert wird sie am besten anhand eines praktischen Beispiels, Teile dessen Entwicklung ich mit erlebt habe²², nämlich die Idee, Maschinen könnten, wenn man durch ein Computersystem ihre jeweilige Programmiersprache zu verstehen lernt, ferngesteuert werden, wenn ein blockchain-System verwendet wird. Juristen werden bei der Beurteilung eines solchen Systems sofort fragen, was die Reaktion auf ungleichmäßige Reaktion der Maschinen sei, insbesondere sei die Erwartung, eine Maschine leiste schlechter als eine andere, eben ein wesentliches Element weswegen die Wahl der Vertragspartner frei sein sollte. Der "Nerd" wird darauf typischerweise antworten, entsprechende Schwierigkeiten regle doch der "smart contract". Nach meiner Erfahrung kann der "smart contract" Derartiges in der Tat regeln, v. a. wenn er mit Systemen verbunden ist, die sozusagen erlauben, für die jeweilige Schlechterfüllung einen Preis zu bilden. Dass derartige Systeme häufiger und leistungsfähiger werden entspricht unserer Alltagserfahrung mit Kundenumfragen. Gebündelt werden können solche Umfragemechanismen als Observer, die aus der Qualität ihrer Bewertung ein wiederum der Bewertung offenes Geschäft machen, das in das besprochene System integriert wird. Dass diese Systeme zwar für Investoren interessant, aber noch nicht allgemein durchgesetzt sind, zeigt das Aufkommen des Begriffs STO für ICOs, bei denen eine Verbindung mit dem jeweils zugrundeliegenden Gut vorliegt²³.

²¹ in *Petrobras, Settlement*, 2018, District court of New York; Stanford, Case Summary, <http://securities.stanford.edu/filings-case.html?id=105312><https://www.businesswire.com/news/home/20180107005129/en/PETROBRAS-INVESTOR-ALERT-3B-Settlement-Covers-Securities>. entsteht jedenfalls der Eindruck, dass neue Aktionäre auf Kosten der alten entschädigt worden sind

²² es ist in <https://aira.life/ru/team/>, aufgerufen am 2.12.2018, dargestellt

²³ s. <https://hackernoon.com/are-security-token-offerings-stos-the-new-initial-coin-offerings-icos-bc0bc926130d>, aufgerufen am 2.12.2018, charakteristisch für die eigenartige Begriffsfixierung und die Offenheit der Begriffe ist, dass in <https://medium.com/@sergeyfradkov/security-token-offering-vs-venture-capital-raise-e1beea5fc15b?fbclid=IwAR0oXCZ817NOiOo7Ms2MR-OmqvNwZrtg3ZiA3WCYBabLxIT3lieSF4Acg9wd>, aufgesucht am 3.12.2018 weniger die Struktur der Emission zugrunde liegende Struktur und mehr deren Wirkung auf Investoren besprochen wird

In rechtlicher Terminologie könnte man behaupten, ausgehend von einer zu liefernden Sache (der Maschinenzeit) sei das System sozusagen auf immer weiter davon abhängige, davon einen Teilaspekt darstellende Mechanismen übergegangen²⁴.

Dass entsprechende Systeme neben der schon vorhandenen Automatisierung von Rechnungsführungssystemen und anderen vorhandenen, horizontalen Computer-Systemen attraktiv sein können liegt nahe. Daher liegt auch nahe, die in dem System angelegte Möglichkeit der Verwertung und Vereinheitlichung, der Umwandlung der Maschinenzeit in ihre jeweilige Qualität, eine Einheit zugrunde zu legen, die eben die Cryptowährung sein kann.

Schon weil die sogenannten "White Papers", die Investmentangebote, voller Fachbegriffe sind, z. B. auch berechnen, wie aufgrund der Verwendung der jeweiligen Cryptowährung weitere Währungen verwendet werden, die sozusagen ein Derivat der ursprünglichen Währung darstellen, ist kaum zu erwarten, dass ein völlig Außenstehender in ein solches Projekt investiert. Zwar hat der Investor also mit einem Währungsrisiko, Kosten und Leistungsfähigkeit des Systems, sowie seine Abhängigkeit von anderen Plattformen und seine Entwicklungsfähigkeit zu bewerten. Der Investor hat für die Investition typischerweise die Plattform zu bedienen, in die er investiert, , der Investor muss sich also grundsätzlich mit der jeweils verwendeten Technik auskennen. Weil er letztendlich mit der Verwendung von smart-contracts Geld verdienen will wird man auch von ihm erwarten können, dass er mit dieser insoweit vertraut ist, als er sie verwenden wird, damit er Mitglied der Plattform werden kann. Entsprechend ist sein Schutzbedürfnis geringer als das des möglichen Investors in Wertpapiere.

2.3. Unterschiede im Blockchainmarkt

Realistischer Weise sind auch innerhalb der Blockchain-Welt große Unterschiede zu erwarten. Die Spanne derer, die ich erlebt habe, reicht von dem, der sich in diesem hochkomplizierten System nur verstecken will, jeweils gekonnt unwiderlegbar mit Fachbegriffen um sich wirft, seine Konkurrenten schlecht macht bis zu dem, der alle die oben angesprochenen, revolutionär neuen Zwecke glaubhaft verfolgt, über die juristische Lieblingsfigur dessen, der die Folgen seiner Handlungen nicht wirklich einschätzen kann und den öffentlichkeitswirksamen Betrüger, der sich teuer eindecken will.

3. Vergleich mit bekannten Regeln und ihrer Entstehung

Es soll möglich sein, ohne Verkehrsregeln auszukommen²⁵. Man kann aufgrund Selbstbeobachtung vermuten, dass man, wenn es keine Verkehrsregeln gibt, als Verkehrsteilnehmer nicht etwa überlegt, was man von einem entgegenkommenden Verkehrsteilnehmer wohl aufgrund dessen erwartet, dass er sich - wie man selber - an Regeln hält. Die Kant'sche Regel, man solle das nicht tun, was man selbst nicht erfahren möchte, erklärt dann also nicht mehr plausibel, was vorgehen sollte. Vielmehr versucht man wohl, pragmatisch vorwärts zu kommen, da zu fahren, wo gerade niemand ist.

Die Vorstellung, dass Fahren ohne Regeln im Ergebnis wohl nicht so viel schlechter als mit den vielen Regeln möglich ist, an die wir gewohnt sind, hilft, bestehende Regeln in Frage zu stellen. Weil aber die Entscheidungsspanne im diskutierten Fall von Blockchain-Projekten viel größer ist als bezüglich des Straßenverkehr behaupte ich, dass jedenfalls hinsichtlich von Blockchain-Projekten Effektivität steigt, wenn durch Regeln vorhersehbar gemacht wird, was typischerweise erwartet werden kann.

²⁴ nahe liegt insbesondere der Vergleich mit den Basisaktiva, die für Derivate Bedeutung haben, s. z. B. die Definition in *Einsele*, Bankrecht, 2. Auflage, § 8, 85, S. 454. Jedenfalls müssen die entsprechenden Verträge notwendig Elemente enthalten, die für Derivatverträge typisch sind.

²⁵ *Przybilla*, Kahlschlag im Schilderwald in Sueddeutsche Zeitung, 23.02.13 <https://www.sueddeutsche.de/auto/stadt-ohne-verkehrszeichen-kahlschlag-im-schilderwald-1.1607052>, aufgerufen am 04.09.18

In der Tat reichen die Anregungen zu Regelungen im Allgemeinen von etwas, das wie reiner Aktionismus wirkt²⁶, bis zu sehr allgemeinen Zielvorgaben der Regelungsfreiheit.²⁷ Im Folgenden soll eine grobe Systematisierung versucht werden.

3.1. Die Übertragung ähnlicher Regelungen

Oft wird sozusagen versucht, bestehende allgemeine Regelungen im Analogieschluss auf Blockchain-Projekte sozusagen zu erstrecken.

Zum Beispiel wird gefordert, die strengen Regeln für Prospekte sollten auf ICOs angewandt werden. Wie oben dargestellt könnten aber die Informationen, die im Rahmen eines ICO allgemein zugänglich gemacht werden, selbst wenn sie viel intensiver überprüft würden der Natur der Sache nach das Projekt nicht so umfassend und sachgerecht beschreiben wie bei einer Kapitalmarktemission. Wenn sich also eine der genannten Gruppen also sozusagen Kapitalmarktrecht unterwerfen und sich ihre Emission genehmigen lassen würde, könnte, weil ja das Kapitalmarktrecht eigentlich keinen Schutz gegen die spezifischen, unter oben 2.1.2. dargestellten Risiken bietet, eine Schutzlücke entstehen.

Häufig wird für die Verhinderung von Geldwäsche, die bei Kryptoprojekten als besonders leicht möglich gilt (und m. E. daher vor allem für die Möglichkeit, privatrechtliche Ansprüche zu verfolgen) auf eine weltweite Regelung gehofft. Damit diese aber wirkt wäre eine vollständige internationale Vereinheitlichung notwendig, die ich für unrealistisch und eigentlich auch nicht für wünschenswert halte, weil ohne eine gewisse Konkurrenz von Regelungen sich die sinnvollste Regelung kaum feststellen lassen wird.

3.2. Die Orientierung an allgemeineren, kapitalmarkt - oder bankrechtlichen Grundsätzen

Auch die grundsätzlichen Erwägungen, die zur Begründung von kapitalmarktrechtlichen Regeln angeführt werden, enthalten wenig Plausibles.

Häufig ist davon die Rede, dass Investoren geschützt werden sollten. Damit ist über deren konkretem Schutzbedarf aber wenig gesagt (zu den vielfältigen möglichen Richtungen des Schutzes s. auch oben Nr. 2.1.2.). Es heißt auch häufig, die Vorschriften über die Identifikation von Investoren aus des einen oder anderen Landes seien anzuwenden²⁸.

Häufig werden auch Regelungen einzelner Elemente eines Markts angeregt, ohne den Markt insgesamt zu betrachten. Das wird im Folgenden, sicherlich lückenhaft, anhand der Beiträge in einem Tagungsband demonstriert. Wenn etwa vorgeschlagen wird, den Konkurs von Banken in Kauf zu nehmen, um dadurch die Zahlung von Boni zu vermeiden²⁹, scheinen die Risiken des Konkurses einerseits, die Grundlagen der Haftung und die Tatsache nicht berücksichtigt zu werden, dass der jeweilig Haftende vernünftigerweise die Haftung vermeiden können soll, ein Mitarbeiter aber alleine deshalb, weil ihm ein Bonus versprochen wird, den Konkurs

²⁶ Charakteristisch *Christine Lagarde* in <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/how-policymakers-should-regulate-cryptoassets-and-fintech/straight.htm?cid=sm-com-TW>, besucht am 8.16.2018 "One thing seems certain: we shouldn't put off action until the answers become completely clear. Instead, we must begin to consider the regulatory framework of the future. We must do so in a manner attuned to the rapid pace of change, and with the awareness that unexpected new opportunities and risks may emerge. One approach, undertaken in Hong Kong SAR, Abu Dhabi, and elsewhere, is to establish regulatory "sandboxes" where new financial technologies can be tested in a closely supervised environment."

²⁷ Mehr Wettbewerbsfreiheit im Finanzmarkt siehe: *Lüderssen*, Das problematische Verhältnis von Effizienz und Wettbewerb im Finanzmarkt. Dass dem jedenfalls kein unmittelbar übertragbares Regelungskonzept zugrunde liegt ergeben Formulierungen wie "Die Investitionsrationalität der Verbriefungen und Derivate könnte der Schnittpunkt sein, in dem sich der Respekt vor der Wahrung der Freiheit des Wettbewerbs und der Konsumentenwohlfahrt treffen." (S.50) und "Die Steuerungsmechanismen, welche die Regulierungen der Realwirtschaft für die angemessene Valutierung des Wettbewerbs bereit halten, können nicht einfach für die Regulierung des Finanzmarkts übernommen werden." (S. 49)

²⁸ s. *Olszewski, Alexander*, How The KYC Might Be Dangerous For The Investors in L4A, <https://www.l4a-soft.com/blog/index.php/post/how-kyc-might-be-dangerous-investors>, aufgerufen am 04.09.18

²⁹ s. *Peter Koslowski*, Die Störung der unsichtbaren Hand des Marktes durch den Financial Overstretch, in *Recht und Ethik im Finanzmarkt*, S. 35, dort auch die Erwartung, der Staat könne die Vergütungshöhe für Mitarbeiter im allgemeinen durch Regelungen vermindert oder eine künstliche Verknappung des Angebots an derartigen Mitarbeitern erhöhen

nicht vorher sehe kann. Die als zu leichtfertig empfundene Kreditvergabe wird auf von einer Kultur verursachte Fehler oder übertriebene Ertragserwartungen zurückgeführt³⁰, ohne dass plausibel würde, ob derartige Prägungen hin zu nehmen sind oder durch Regelungen verändert werden können. Immerhin plausibel ist eine alternative Sicht des Marktes³¹, die aber jedenfalls insoweit isoliert steht, als der Ort und das Verfahren unklar bleiben, in denen die Einigung auf ein Marktmodell und die Auswahl des dafür sinnvollen Regelungsmodells statt zu finden hätte. Jedenfalls aus der Sicht des Strafrechts bestehen Zweifel daran, ob die eventuelle Verfolgung unparteiisch ist (Beispiel: Schnitzel ja, Schrimps nein), ob die jeweiligen Schutzzwecke klar definiert sind.³²

Häufig ist schließlich im Kapitalmarkt von der Übernahme von Recht aus entwickelteren Märkten die Rede³³ diese Übernahme ist aber nicht etwa in ein Konzept eingebettet, dass die Funktionsweise von Kapitalmärkten zusammenfassend behandelte³⁴. Wie oben³⁵ anhand der Regelungen über die Geldwäsche angedeutet wurde und m. E. auch für das schematisch Ländern aufgezwungene Insiderrecht³⁶ ist keineswegs immer sicher, dass eine übernommene Regelung auch den ursprünglich mit ihr anvisierten Zweck erfüllt.

³⁰ Peter Koslowski, Die Störung der unsichtbaren Hand des Marktes durch den Financial Overstretch, in Recht und Ethik im Finanzmarkt, Recht und Ethik im Finanzmarkt, S. 44

³¹ der Rundumblick von Hugo Bänziger, Risiko, Rendite, Regulierung als volkswirtschaftliches Optimierungsproblem, in Recht und Ethik im Finanzmarkt, wirkt wie eine Fundamentalkritik einer aktivistischen Regulierungspolitik, die aber keine Chance auf wesentlichen Einfluss auf die Vorgänge hat, ablesbar an den folgenden Äußerungen: "Höheres Eigenkapital reicht nicht alleine aus", "Durch Liquidity Coverage Ratio und die Net Stable Funding Ratio durch eine Verbesserung der Fristenkongruenz und höhere Liquiditätspuffer den Zusammenbruch von Banken aufgrund von Liquiditätsengpässen verhindern" (S. 52), "Obwohl der Derivatemarkt in der Krise weitgehend problemlos funktioniert hat, begrüßen wir eine Ausweitung des zentralen Clearings als sinnvollen Beitrag zur Minderung des systemischen Risikos" (S. 53), "grundsätzlich ist der Eigenhandel und das Einnehmen von konträren Positionen wichtig für die Liquidität und die Preisbildung in unseren Finanzmärkten" (S. 54), "Durch die neuen regulatorischen Vorschriften wird sich der Eigenhandel aus dem regulierten noch stärker in den unregulierten Bereich des Finanzsystems verlagern" (S. 54), "Es wäre daher klüger, Eigenhandel in angemessenem Rahmen und mit klaren Regeln versehen im regulierten Bereich des Finanzsystems zu belassen". S. 54 "angesichts der Diskussion um Staatsverschuldung und Staatsbankrott auch die Frage aufwerfen, ob die Vorgabe des Baseler Ausschusses, wonach Staatspapiere grundsätzlich als sichere Liquiditätsreserve gelten können, noch angemessen ist". (s. 53)

³² Klaus Volk, Über strafrechtliche Kontrolle und Systemrelevanz, in Recht und Ethik im Finanzmarkt, beispielhaft. "Die generalpräventive Wirkung steigt tendenziell mit dem Grad der Unbestimmtheit, weil niemand vorher weiß, was post festum darunter subsumiert wird".(s 179), "Dem Subventionsbetrug (um nicht wieder ein Beispiel aus dem Kapitalmarktstrafrecht zu nehmen) liegt als Rechtsgut zugrunde die Institution der Subvention in ihrer Funktion alsSteuerungsinstrument. Artifizierter geht es nicht. Was wird denn hier mit den Begriffen Institution, Funktion und Instrument verklausuliert? Ganz einfach: die Entscheidung des Gesetzgebers, die folgenlose Unwahrheit vor Subventionsbehörden zu pönalisieren, selbst dann, wenn sie nicht vorsätzlich war. Einer Rechtsgutslehre, die dagegen nichts erfolgreich einwenden kann, darf man nicht viel zutrauen.(S. 179)

³³ Gutbrod, About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS, s. Fn. 4, Nr. 3.4 (für das Gesellschaftsrecht sei Rechtssetzung eher reaktiv betrieben worden), s. auch bei Fn. 40ff

³⁴ Seit den fünfziger Jahren hat Celso Furtado, etwa in O O Brasil Pos-"milagre", Sao PauloO Brasil Pós - "milagre", São Paulo, 8. Aufl., S. 31immer wieder darauf hingewiesen, dass ein erhebliches Element des wirtschaftlichen Erfolges der USA in der Herausbildung eines Kapitalmarkts schon in frühen 18. Jahrhundert liegt, und dass das Fehlen eines Kapitalmarkt gerade für Entwicklungsländer gefährlich ist, weil es sie in einer Weise von internationalen Kapitalströmen abhängig macht, die kaum zu kompensieren ist. Was aber die juristischen Voraussetzungen für einen solchen Kapitalmarkt sind scheint nicht zusammenfassend untersucht worden zu sein.

³⁵ s. bei Fn. 10 und 11

³⁶ als Beispiel s. Gutbrod, Ob ispolzovanii insajderskoj informatzii pri zakluchenii sdelok na rinke zennih bumag. (Ob использовании инсайдерской информации при заключении сделок на рынке ценных бумаг), in Nauforhttps://www.academia.edu/37369680/About_the_Prerequisites_for_Insider_Legislation_to_be_Useful_Russian aufgerufen am 12.09.18. Der Aufsatz wurde geschrieben im Zusammenhang mit dem Verlangen insbesondere der deutschen Finanzmarktaufsicht auf die russische, Insidergesetzgebung einzuführen, um die Anerkennung der Gegenseitigkeit zu erreichen. Er sollte darauf hinweisen, dass Insidergesetzgebung die Informationslandschaft beeinträchtigen kann und diese am russischen Kapitalmarkt wichtig ist und zu wünschen übrig lässt. Der Thesen des Artikels haben seinerzeit mündlich die engagierte Zustimmung von Alexei Timofeev, dem langjährigen Vorsitzenden der selbstregulierten Organisation NAUFOR erfahren. Folgen hat er aber nicht gehabt, insbesondere ist die Insidergesetzgebung in Russland eingeführt worden, über darauf beruhende Verfahren ist wenig bekannt, die gegenseitige Anerkennung steht weiterhin aus (bei einer Sitzung berichtete ein Vertreter des seinerzeit in Russland zuständigen Regulators mit sichtlichem Stolz, die Kontakte mit dem brasilianischen Regulator seien vielversprechend) und die Informationslandschaft in Russland wirkt weiter defizient.

Wie gesagt ist diese Darstellung sicher lückenhaft. Es scheint aber jedenfalls nicht ersichtlich, dass anderswo eine überzeugendere sich aufdrängen würde. Man kann sich also insgesamt des Eindrucks nicht erwehren, dass das Recht der Komplexität der zu regelnden Phänomene nicht gewachsen ist.

4. Funktionale Regelung - Ein möglicher Ansatz

Weiterführend erscheint ein weniger der abstrakten Privatautonomie oder allgemeinen Begriffen wie Kapitalmarkt oder Investorenschutz verpflichteter Ansatz, vielmehr einer, der sich sozusagen weniger theoretisch, in der Praxis bewährt hat. Während es bei diesem Ansatz immer auch um den Schutz bestimmter Personengruppen geht, sollte dieser Schutz nicht als die ausschlaggebende Überlegung verstanden werden. Im Zentrum sollte vielmehr die die Parteien zu leiten geeignete Überlegung stehen, was den Parteien zuzumuten ist.

Praktisch bewährt haben sich gemeinsame Züge der Regelung der AGB-, Reiseverkehrs- und des Verbraucherkredits, die sich auch bei moderneren allgemeinen Regelungen zur Unwirksamkeit von Verträgen finden lassen. Gemeinsam scheint mir ihnen zu sein, dass sich die rechtliche Regelung an das annähert, was die Parteien gewollt haben könnten und was sie wahrscheinlich in ihren Verträgen vorgesehen hätten, hätten sie den für die Formulierung erforderlichen Aufwand nicht gescheut. Zusammenfassend passt die Formel in etwas allgemeiner Form durchaus, wer einen Verkehr "eröffnet" habe, müsse für diesen Verkehr auch sorgen³⁷. Im Einzelnen: Durch die AGB-regeln, natürlich stark verkürzt ausgedrückt, verbindlich erklärt, was Recht im Zweifel vorsieht. Durch das Reiseverkehrsrecht wird die Einheitlichkeit des Vertrages geschützt, durch das Verbraucherkreditrecht wird sichergestellt, dass dem Verbraucher Mittel zur Verfügung gestellt werden, deren Kosten er leicht einschätzen kann. M. E. lässt sich sogar die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Bürgschaften aus einem gesetzlich geschützten Vertrauen vor Überraschungen verstehen, dass nämlich der Wille, eine Vereinbarung von derart einseitigen, riskanten Geschäften nicht als ausreichend für den Abschluss eines Vertrags angenommen werden sollte, ohne dass eine eigene wirtschaftliche Funktion des Geschäfts offensichtlicher ist, als das bei einer Bürgschaft der Fall ist.

Auf Blockchain Projekte angewendet wirkt ein solcher funktionaler Ansatz bestechend. Es wären von einem Regulator zu überprüfen, die Entsprechung der Beitrittsregeln zu einem Projekt mit dem, was nach außen erklärt worden ist. Zudem wäre wohl ein Schwerpunkt auf die Prüfung der Verwendung der Mittel vorzusehen. Die "smart contracts" wären darauf zu prüfen, ob ein jeweils sie Abschließender hätte erwarten können, dass sie so funktionieren, wie sie im konkreten Fall funktioniert haben. Aus der jeweiligen Praxis, die angemessen zu publizieren wäre, könnte sich später ein Regelwerk ergeben, das als Richtschnur für die Bestimmung dessen funktionieren könnte, was § 315 BGB für die Leistungsbestimmung billiges Ermessen nennt. Aus der jeweiligen Anwendungspraxis, die angemessen zu publizieren wäre, könnte sich später ein Regelwerk ergeben, das als Richtschnur funktionieren könnte.

Potentielle rechtliche Auseinandersetzungen könnten innerhalb der Blockchain-Systeme geregelt werden. Zum Beispiel könnte ein Administrator für die Rückforderung verschwundener Mittel verantwortlich gemacht werden. Die Qualität solcher Regelungen könnte systematisiert und überwacht werden.

In einzelnen für Blockchainprojekte vorgeschlagenen Regelwerken scheinen derartige Ansätze verfolgt zu werden³⁸. Vielleicht werden diese Regelungen, wenn sie einmal eingeführt worden sind, schnell in anderen Ländern, übernommen³⁹: So gefährlich die Geschäfte scheinen, so attraktiv sind sie auch, weil sie erheblichen technischen Fortschritt versprechen.

³⁷ vgl. *Grundmann*, "Privatrecht und Regulierung" in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 928 f: Das Verbraucherrecht bildet also ein Vertragsrecht, in dem Schutzbedürfnisse von Gruppen mit ihren allgemeinen Merkmalen von Schwäche - nicht von einzelnen Personen gemäß ihrer individuellen Schwäche - im Vordergrund stehen", s. auch *Gutbrod*, O sozialnom i politicheskom znachenii vnedogovornih objazatelstv, s. <https://lmu-munich.academia.edu/MaxGutbrod>, aufgerufen am 04.09.18, insbesondere für Folgen der Unwirksamkeit

³⁸ ein umfassender Vergleich kann hier leider nicht geleistet werden. Mich haben aus eher zufälligen Gründen Diskussionen über das geplante Liechtensteiner Gesetz beeindruckt, s. etwa <https://www.technopark-liechtenstein.li/liechtenstein-blockchain-ecosystem-of-the-year/>, abgerufen am 17.12.2018

³⁹ Liechtenstein etwa scheint schnell internationale Anerkennung zu gewinnen, s. <https://www.technopark-liechtenstein.li/liechtenstein-blockchain-ecosystem-of-the-year/>, abgerufen am 17.12.2018

Aus der Sicht der Privatautonomie könnte man die Schlussfolgerung ziehen, die genauere Bestimmung der ganz abstrakten Handlungsmöglichkeiten sei zwar in der Tat für die Mechanik interessant, die jeder Willenserklärung notwendig zugrunde liegt. Querbeziehungen dieser eher abstrakten Mechanik mögen immer wieder leicht zu ziehen sein, wenn in abstrakter Form wirtschaftliche oder politische Freiheit diskutiert wird. Mir scheint auch in diesem, allgemeineren Zusammenhang weiteres Nachdenken sinnvoll. Für das engere Thema Blockchain hingegen wären trotz der Kompliziertheit und Vielfältigkeit der einzelnen Vorgänge aus der jeweiligen Spezifik der besprochenen Handlungen, also etwa der Grundlage der Investitionsabsicht Schlussfolgerungen zu ziehen. Es handelte sich dann also um dem besonderen Schuldrecht ähnliche Regelungen, die auf entsprechenden spezifischen Sachverstand vertrauen.

ხელშეკრულებების სასამართლო კონტროლი ბიზნეს- სამეწარმეო სამართლებრივ ურთიერთობებში

შედარებითსამართლებრივი მიმოხილვა

1. შესავალი

კერძო ავტონომიის პრინციპი წარმოადგენს კერძო სამართლის საფუძველს. ეს ყოველ ადამიანს უნდა აძლევდეს შესაძლებლობას, მოაწესრიგოს მისთვის მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ურთიერთობები საკუთარინების შესაბამისად.¹ მხარეები უნდა წყვეტდნენ ავტონომიურად, დებენ თუ არა ისინი საერთოდ ხელშეკრულებას, ვისთან დებენ მას და რა სახის შინაარსს დებენ მასში. ხელშეკრულების თავისუფლება და ამ უკანასკნელის საზღვრები წარმოადგება შემდგომში ობიექტური სამართლებრივი სისტემიდან.² ზემოხსენებულის ფარგლებს გარეთ არსებული გარანტია ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულების ზომიერებისა აქნაგულისხმევი არ არის. კერძო ავტონომია ასევე მოიცავს საზიანო ხელშეკრულებების დადების თავისუფლებას.³ ხელშეკრულების მართებულობა დაფუძნებულია არა ობიექტურ სამართალზე, არამედ მხარეთა თავისუფლებაზე, შეთანხმდნენ კონკრეტული შინაარსის მქონე სახელშეკრულებო-სამართლებრივ პირობებზე. ამის გათვალისწინებით, სამართლებრივი სისტემის პრიორიტეტული ამოცანაა, უზრუნველყოს ნების ეს თავისუფლება.⁴

მეორე მხრივ, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს რამდენიმე ადგილას საზღვარი აქვს გავლებული. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ კითხვებს, შესაძლებელია თუ არა, სახელშეკრულებო-სამართალზე დაყრდნობით, განზრახ ქმედებაზე პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლება,⁵ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში დამრღვევი მხარისთვის არაორდინარულად დიდი ფინანსური ჯარიმის დანესება⁶ ან ხელშეკრულების იმ საზიანო ასპექტზე პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლება, რომლის შესახებაც კონკრეტულმა მხარემ წინასწარ იცოდა.⁷ გარდა ამისა, სამოქალაქო-სამართლებრივი კოდიფიკაციები ასევე შეიცავს ძირითად შემზღუდავ პირობას (General klausel), რომელიც გამონაკლის შემთხვევებში მოსამართლეს აძლევს შესაძლებლობას, ბათილად ცნოს გარკვეული სახელშეკრულებო პირობები, თუ ისინი არ შეესაბამება უფრო მაღლა მდგომ პრინციპებს. გერმანულ სამართალში ეს პრინციპებია

* პროფ. დოქტ. *Hans-Joachim Schramm* – ვისმარის გამოყენებით მეცნიერებათა უნივერსიტეტის პროფესორი, გერმანია.

1 იხ. *Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Das Rechtsgeschäft, S.1.*

2 § 134 BGB (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 134.).

3 საუკუნოვანი დისკუსია იმ კითხვის გარშემო, არსებობს თუ არა „სამართლიანი ფასი“, დღეს ქმნის დარწმუნების საფუძველს, რომ ფასი – აქ იგულისხმება ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულების ურთიერთგაცვლა – მაშინაა სამართლიანი, თუ მხარეები მასზე თავისუფალი ნებითა და ყოველგვარი გარემოებების ცოდნით შეთანხმდნენ. სინამდვილეში, შესრულებასა და საპასუხო შესრულებას შორის არსებული უხეში ასიმეტრია იძლევა იმის ვარაუდის საფუძველს, რომ ხელშეკრულების ერთ მხარეს არ მიუღია თავისუფალი გადაწყვეტილება და მეორემ ამით ბოროტად ისარგებლა, *Palandt Ellenberger BGB, 76. Aufl, § 138 Rz. 34 a.*

4 ამას, უპირველესად, მიეკუთვნება სამართლებრივი ნორმები გარიგების გასაჩივრებადობის შესახებ მუქარისა და თაღლითობის შემთხვევებში, §§ 119, 123 BGB, და ასევე იძულებითი მდგომარეობით ბოროტად სარგებლობასთან დაკავშირებით გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 138-ე პარაგრაფის მეორე აბზაცი.

5 § 276 Abs.3 BGB (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 276, მესამე აბზაცი).

6 § 343 BGB (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 343).

7 §§ 444, 639 BGB (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფები 444 და 639).

„ზნეობის ნორმები“, რომელთა კონკრეტიზაციისთვის საჭიროა, მოვუხმოდ კონსტიტუციაში განმტკიცებულ ფუნდამენტურ უფლებებს.⁸

კანონშემოქმედებითობის პროცესი ისტორიული განვითარებების მანძილზე გასცდა ხელშეკრულების თავისუფლების ამ ცალკეული შემთხვევის სამართლიანი გადაწყვეტით შემოფარგლულ საზღვრებს. მამოძრავებელი პრინციპი ამ კონტექსტში იყო ის მოსაზრება, რომ ხელშეკრულების თავისუფლების კონცეპტი მხარეთა მიერ მოლაპარაკებების წარმოების თანასწორ უფლებას ეყრდნობა. ორივე მხარისათვის თანაბრად უნდა იყოს შესაძლებელი, თავი შეიკავონ ხელშეკრულების დადებისაგან, თუ სახელშეკრულებო პირობები მათთვის ან რომელიმე მათგანისთვის არ არის ხელსაყრელი. თუ ეს არ არის უზრუნველყოფილი, კანონშემოქმედის დავალებაა, შექმნას საჭირო დაცვის მექანიზმები, კერძოდ, დაცვის მექანიზმები შრომით და ქირავნობის სამართალში. ამას ემატება მომხმარებელთა დაცვა როგორც იმ ჯგუფისა, რომელიც ზოგადად ბიზნეს სექტორთან დაკავშირებით განხილულია დაცვაზე დამოკიდებულად.⁹

კერძო ავტონომიის კიდევ ერთი შეზღუდვა ემყარება მოსაზრებას ცალმხრივად წაყენებული სახელშეკრულებო პირობების კონტროლის შესახებ. ცენტრალურ პუნქტში, ცალმხრივი ინტერესების საფუძველზე წინასწარ ფორმულირებული ხელშეკრულებები ეწინააღმდეგება სახელშეკრულებო პირობებზე თავისუფალი მოლაპარაკებებისა და შეთანხმების მიღწევის კონცეპტს. მეორე მხრივ, მსგავსი ტიპის ხელშეკრულებებით სარგებლობა წარმოადგენს პრაქტიკაში გავრცელებულ შემთხვევას და არის ეკონომიკურად სარგებლიანი. მთავარი პრობლემა აქ ის შეკითხვაა, უნდა ექვემდებარებოდეს თუ არა მსგავსი წინასწარ ფორმულირებული ხელშეკრულებები რაიმე დამატებით საგანგებო კონტროლს თუ ზოგადი შემონმებისას უნდა შემოვიფარგლოთ მხოლოდ ზნეობრივი ნორმების დაცვით. ისტორიული თვალსაზრისით ვაწყდებით მიდგომებს კონტროლთან დაკავშირებით ორ ძირითად დონეზე.¹⁰ ერთი მხრივ, მოცემულია კითხვის შემცველი თვალსაზრისი, წარმოადგენს თუ არა სახელშეკრულებო პირობები, საერთოდ, ხელშეკრულების შემადგენელ ნაწილს. მეორე მხრივ, მოქმედებს მატერიალური თვალთახედვა.

2. სხვადასხვა ქვეყანაში მოქმედი კანონშემოქმედების მიმოხილვა

2.1. გერმანია

გერმანიაში კანონშემოქმედმა ნორმები ბოროტად გამოყენების პოტენციალის შემცველი და მომხმარებელთა საზიანო სახელშეკრულებო პირობების შესახებ ასახა გარიგების საყოველთაო პირობებში (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, *AGB*) დასაწყისი რეგულაციების შემუშავების შემდეგ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 305-დან 310-მდე პარაგრაფებში სპეციალური კანონის სახით.¹¹ ამ კონტექსტში კანონი ასხვავებს კითხვას, რამდენად რეალური მოქმედების ძალით ჩაიდო მომხმარებელთა საზიანო პირობა ხელშეკრულებაში, იმისაგან, აქვს თუ არა ამ უკანასკნელს მატერიალური მოქმედების ძალა. *Die gesonderte Prüfung der Fragen einer wirksamen Einbeziehung erlaubt es den Gerichten, das Prinzip der Privatautonomie zu wahren, weil die Feststellung der fehlenden Einbeziehung formal kein Urteil über den materiellen Gehalt einer Klausel enthält.* იმის საგანგებო გადამონმება,

⁸ § 138 BGB (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 138), სამართლებრივი სისტემის ფუნდამენტური ფასეულობების დაცვის შესახებ, იხ. *Palandt Elllenberger BGB*, 76. Aufl., § 138 Rz. 3., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, გამოცემა 76, პარაგრაფი 138, ველის ნ. 3.

⁹ აქ მნიშვნელოვანია ევროკავშირის 1994 წლის 25 მაისის დადგენილება 99/44 (EU-Richtlinie 99/44 vom 25.5.1994) სამომხმარებლო პროდუქტის შექმნასთან დაკავშირებული ასპექტების შესახებ.

¹⁰ გარიგების საყოველთაო პირობების (*AGB*) კონტროლი, თავდაპირველად ხორციელდებოდა ზნეობის ნორმების უგულვებელყოფის დაუშვებლობის პრინციპზე დაყრდნობით, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 138 (§ 138 BGB), მოგვიანებით ამ მოსაზრებას ვპოულობთ ერთგულებისა და კეთილსინდისიერების შესახებ მითითებებში, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, პარაგრაფი 242 (§ 242 BGB), *Schmoeckel u.a./Hofer Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II Schuldrecht, 2. Teilband, § 305.

¹¹ გერმანიაში გარიგების საყოველთაო პირობები განისაზღვრა 1976 წლის 9 დეკემბრის კანონით. კანონშემოქმედმა ამ აქტით არსებითად სასამართლო პრაქტიკაში ჩამოყალიბებული გადაწყვეტის სტრატეგიები გადაიტანა კანონში.

რამდენად გამართულად არის ხსენებული პირობა ხელშეკრულებაში ინტეგრირებული, სასამართლოებს აძლევს საშუალებას, შეინარჩუნონ კერძო ავტონომიის პრინციპი, რადგანაც პირობის ხელშეკრულებაში არარსებობის დადგენა არ ნიშნავს ფორმალურად განაჩენის დადგენას ასეთი პირობის მატერიალური შინაარსის შესახებ. ის, რომ აქ ნაწილობრივ დაფარული მატერიალური კონტროლი იკვეთება, კარგად ჩანს მოულოდნელი სახელშეკრულებო პირობების ამოღებით.¹²

ამას გარდა, კანონი შეიცავს განსაზღვრებებს ზემოხსენებული პირობის სამართლებრივი მოქმედების ძალის მატერიალური კონტროლის შესახებ. ეს განსაზღვრებები მოიცავს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 308-ე და 309-ე პარაგრაფებში დაუშვებლად მიჩნეული სახელშეკრულებო პირობების ჩამონათვალს და ერთ საყოველთაო ნორმას (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 307-ე პარაგრაფი), რომლის თანახმად სახელშეკრულებო პირობა ცხადდება ბათილად, „თუ ეს უკანასკნელი კონკრეტული სახელშეკრულებო მხარის ინტერესებს საპირისპიროდ ერთგულების და კეთილსინდისიერების პრინციპისა არამართლზომიერად უგულბებლყოფს“.¹³ ეს განსაზღვრება წარმოადგენს სასამართლოების მიერ სახელშეკრულებო პირობების გადახედვის საყრდენს, რომელიც გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 138-ე პარაგრაფის საყოველთაო შინაარსს სცილდება.¹⁴ გავრცელების არეალთან დაკავშირებით, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 310-ე პარაგრაფიდან გამომდინარეობს, რომ სასამართლოები უფლებამოსილნი არიან, გააკონტროლონ ბიზნესკორპორაციებს შორის არსებული წინასწარ ფორმულირებული ხელშეკრულებები, რა სახის კონტროლსაც გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 307-ე პარაგრაფი ითვალისწინებს.

2.2. საქართველო

ქართული სამართალი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 342-ე თავში არსებითად მისდევს იმ სტრუქტურას, რომელიც მოცემულია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში. ასევე აქაც, ვპოულობთ გამიჯვნას პირობის ხელშეკრულებაში ინტეგრირებულობისა (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 343-დან 345-მდე თავები) და ამ უკანასკნელის შინაარსობრივ კონტროლს შორის (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 346-დან 348-მდე თავები). ამას გარდა, ქართული სამართალი, მსგავსად გერმანული სამართლისა, ასევე განასხვავებს ერთმანეთისაგან ზოგად-საყოველთაო სამართლებრივ ნორმას, მოცემულს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 346-ე თავში, რომელიც, გერმანული სამართლის თანახმადაც, სახელშეკრულებო მხარის ინტერესების ერთგულებისა და კეთილსინდისიერების პრინციპთან შეუსაბამო უგულბებლყოფის აღმოფხვრათაზეა ორიენტირებული და სხვა სპეციფიკურ სახელშეკრულებო-სამართლებრივ შეზღუდვებს. განსხვავებით გერმანული სამართლისა, ქართულ სამართალში მოცემული სპეციფიკური სახელშეკრულებო-სამართლებრივი შეზღუდვები ვრცელდება მხოლოდ და მხოლოდ მომხმარებლებთან დადებულ ხელშეკრულებებზე. ამისაგან განსხვავებით, ზოგად-საყოველთაო სამართლებრივი ნორმა ისეა ფორმულირებული, რომ ის ვრცელდება ასევე ორგანიზაციებს შორის დადებულ ხელშეკრულებებზეც. მიუხედავად ამისა, სამართლებრივი კონფლიქტის შეფასებისას, მოსამართლე მაინც უნდა ითვალისწინებდეს ხელშეკრულების დადების განსაკუთრებულ გარემოებებს.

2.3. საფრანგეთი

ფრანგულ სამართალში ასევე ვპოულობთ ფორმალურ გამიჯვნას მომხმარებელთა დაცვაზე ორიენტირებულ რეგულაციებსა¹⁵ და ზოგად-საყოველთაო სამართლებრივ ნორმებს შორის.

¹² გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 305-ე ც პარაგრაფის პირველი აბზაცი (§ 305 c Abs.1 BGB), ამ დადგენილების საფუძველზე, სასამართლოები ფორმალური კონტროლიდან გადადიან მატერიალურ კონტროლზე.

¹³ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 307-ე პარაგრაფის მეორე აბზაცი (§ 307 Abs. 2 BGB) სახელშეკრულებო მხარის ინტერესების არამართლზომიერი უგულბებლყოფა ჩათვლილია მოცემულად, თუ ხელშეკრულების კონკრეტული პირობა “შეუთავსებელია კანონიერი ნორმის ძირითად შინაარსთან” (*mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist*)

¹⁴ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 138-ე და 305-ე პარაგრაფების (§ 138 BGB und §§ 305 BGB ff) განსასხვავებლად, Palandt *Grüneberg* BGB, 76. Aufl., Überbl v § 305 Rz. 15, გადამწყვეტი მნიშვნელობის განსხვავება, ამის თანახმად, ისაა, რომ 138-ე პარაგრაფი (§ 138 BGB) მოთხოვნილია სუბიექტური კომპონენტი, მაშინ, როდესაც 305-ე პარაგრაფის (§ 305 BGB) საფუძველზე მიმდინარე კონტროლისას საკმარისია ობიექტური დარღვევა.

¹⁵ Art. L 212-1 Code de la Consommation.

ორივე მათგანი შინაარსობრივი თვალსაზრისით წარმომდგარია ევროკავშირის სამართალში მოცემული, ერთი სახელშეკრულებო მხარის საზიანო „მნიშვნელოვანი უთანასწორობის“ განმარტებიდან. საფუძველი ბიზნეს-სამეწარმეო საქმიანობის სფეროში მიმდინარე სამართლებრივი ურთიერთობების რეგულირებისა იყო ადჰეზიური ხელშეკრულების ტერმინი (*Adhäsionsvertrag*-ხელშეკრულებით განსაზღვრული მიერთება), რომელიც განსაზღვრულია საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1110-ე თავის მეორე აბზაცით. გერმანული სამართლის მსგავსად, აქაც საქმე ეხება ცალმხრივად დადებული სახელშეკრულებო პირობების შემთხვევებს.¹⁶ ამ კონტექსტში, გერმანული სამართლისაგან განსხვავებით, არ არის აუცილებელი, ეს ხდებოდეს „ხელშეკრულებათა მრავალრიცხოვნების პირობებში“.¹⁷ იმ შემთხვევაში, თუ საქმე გვაქვს ადჰეზიურ ხელშეკრულებასთან, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1171-ე თავის საფუძველზე, ბათილად ცხადდება ხელშეკრულების ყველა ის პირობა, რომლებიც მხარეებს შორის „მნიშვნელოვან უთანასწორობას“ წარმოქმნის. იმის გათვალისწინებით, რომ ამ სამართლებრივი განსაზღვრების სახით საქმე ეხება ახალ იურიდიულ ნორმას, უმაღლესი სასამართლოების მიერ ჯერ კიდევ გადაუწყვეტილია ის საკითხი, საჭიროა თუ არა საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1171-ე თავის ინტერპრეტირებისათვის სამომხმარებლო სამართლით განსაზღვრული ხელშეკრულების შემზღვეველი სხვა სპეციალური აკრძალვების შემოტანა.¹⁸

2.4. რუსეთი

რუსულ სამართალში ჩვენ ვპოულობთ გარკვეულ პარალელებს ფრანგულ სამართალთან. ერთი მხრივ, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ კანონის მეთექვსმეტე თავში მოიძებნება ერთი სპეციალური განსაზღვრება მომხმარებელთა დაცვასთან დაკავშირებით.¹⁹ მეორე მხრივ, რუსეთის კოლიზიური სამართლის 428-ე თავი შეიცავს ნორმას ადჰეზიური ხელშეკრულებების შესახებ, რომელიც ორგანიზაციებს შორის მიმდინარე სამართლებრივ ურთიერთობებზეც ვრცელდება. ამ უკანასკნელის თანახმად, ისევე, როგორც ფრანგულ სამართალში, საქმე ეხება იმას, თუ რამდენად ცალმხრივად დაიდო სახელშეკრულებო პირობები ერთი მხარის მიერ და რამდენად არ ჰქონდა მეორე მხარეს ამაში ცვლილების შეტანის საშუალება. სინამდვილეში, ნორმა ისე იყო ჩამოყალიბებული, რომ ის მხოლოდ იმ შემთხვევებში ექვემდებარებოდა ამოქმედებას, თუ ხელშეკრულება მთლიანად ერთი მხარის მიერ იყო წინასწარ ფორმულირებული. ამას გარდა, სასამართლოები ითხოვდნენ ხელშეკრულების შედგენაზე გავლენის მოხდენის შეუძლებლობის დამადასტურებელ დოკუმენტაციას, რაც რთულად მოსაძიებელი იყო. ამის გამო, შეზღუდული იყო ხსენებული სამართლებრივი ნორმის პრაქტიკული მნიშვნელობა.²⁰ ამ თვალსაზრისით ვითარება გაუმჯობესდა რუსეთის უმაღლესი სასამართლოს დადგენილებით, რომლის თანახმად, საკმარისია, რომ ხელშეკრულებაში ცალკეული პირობებიც კი ცალმხრივად იყოს შეტანილი, რათა

¹⁶ იმიტომ, რომ მოცემულად ჩაითვალოს ადჰეზიური ხელშეკრულების შემთხვევა, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1110-ე თავის მეორე აბზაცზე (Art. 1110 Abs.2 Code Civil) დაყრდნობით (იგულისხმება საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის უახლესი, ამ წლის ვერსია), საჭიროა, ხელშეკრულება შეიცავდეს „არაურთიერთშეთანხმებული პირობების ერთობლიობას“ (*„Gesamtheit nicht verhandelbarer Bestimmungen“*).

¹⁷ იხ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 305-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცი (§ 305 Abs.1 BGB), კონკრეტული ხელშეკრულებისათვის დამუშავებული ტექსტი არ შედის ამ კატეგორიაში, გერმანიის უმაღლესი სასამართლოების გადაწყვეტილებები, ახალი იურიდიული საკვირაო ჟურნალი (*Neue Juristische Wochenschrift*), სასამართლო გადაწყვეტილებების მიმოხილვები, 2002, გვ. 13 (BGH NJW-RR 2002, S. 13.).

¹⁸ *Niggemann AGB-Kontrolle im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach der Reform des französischen Code 2.4 Civil RIW 2018 Nr. 10, S. 658.*

¹⁹ *Закон о защите прав потребителей* от 09.02.1992, მეთექვსმეტე თავზე დაყრდნობით, ბათილია მომხმარებელთა დადებული ხელშეკრულების ის პირობები, რომლებიც ხელყოფს მომხმარებელთა უფლებებს. თუმცა 2012 წლის 28 ივნისის დოკუმენტში ნომრით 17 – *Постановление о рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей* - უმაღლესი სასამართლო აღარ განავრცობს კანონის ამ თავს.

²⁰ *Фогельсон, Защита от несправедливых условий договоров в российской судебной практике, Закон 2018 № 10, с. 163 (165).*

დადგინდეს მხარის მიერ ხელშეკრულებაზე გავლენის მოხდენის შეზღუდულობა.²¹ 2015 წელს კანონში შევიდა შესაბამისი ცვლილებები.

2.5. ინგლისისა და ამერიკის შეერთებული შტატების სამართალი

ასევე ინგლისურ სამართალშიც ვპოულობთ ევროკავშირის სამართალთან შესაბამისობაში მყოფ სპეციფიკურ ნორმას, რომელიც არეგულირებს მომხმარებელთათვის გათვალისწინებული ხელშეკრულებების პირობებს.²² ადრე მიღებულ იქნა კანონი, რომელიც ხელშეკრულების მხარეებისაგან დამოუკიდებლად ზღუდავდა პასუხისმგებლობისაგან განმათავისუფლებელი სახელშეკრულებო პირობების გამოყენებას. 1977 წლის Unfair Contract Terms Act-ში (დადგენილება სახელშეკრულებო პირობების უთანასწორობის შესახებ) მოცემულ ნორმებზე დაყრდნობით, ბათილადაა გამოცხადებული პასუხისმგებლობისაგან განმათავისუფლებელი სახელშეკრულებო პირობები, თუ ისინი აუქმებენ პასუხისმგებლობის ტვირთს სხვისი ცხოვრებისა ან/და ჯანმრთელობისათვის დაუდევრობით მიყენებულ ზიანზე.²³ ამ შემთხვევისაგან განსხვავებით, პასუხისმგებლობის ტვირთისაგან განთავისუფლება სხვა უფლებრივი სიკეთეების დაზიანების შემთხვევაში, ამ კანონის თანახმად, მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი, თუ ის „გონივრულია“ (reasonable).²⁴ განმარტებები იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორაა ეს ცნება პრაქტიკაში გამოსაყენებლად, მოცემულია კანონთან დაკავშირებული დანართის მეორე სექციაში. ამის თანახმად, სხვა ყველაფერთან ერთად მნიშვნელობა ენიჭება:

დაბალანსებული იყო თუ არა მხარეთა ხელთ არსებული მოლაპარაკების ინსტრუმენტები; მიეცა თუ არა მხარე/მომხმარებელს სახელშეკრულებო პირობების მიღების მოტივაცია;

ჰქონდა თუ არა ამ უკანასკნელს ვინმე მესამე პირთან შესაბამისი ხელშეკრულების დადების შესაძლებლობა სხვა პირობებით;

მიუთითა თუ არა სახელშეკრულებო პირობების ხელშეკრულებაში შემტანმა ხელშეკრულების მეორე მხარეს ამ პირობებსა და მათ შესაძლო შედეგებზე.

სასამართლო პრაქტიკაში ინგლისური სასამართლოები თავშეკავებით გამოირჩევიან. მაგალითისათვის, ინგლისის სააპელაციო სასამართლომ 2001 წელს შპს “Watford Electronics”-ის და შპს “Sanderson”-ის სასამართლო დავაში²⁵ მიზანშეწონილად მიიჩნია, თავშეკავებულად ჩარეულიყო ორგანიზაციებს შორის მიმდინარე ურთიერთობების ფარგლებში დადებულ ხელშეკრულებებში. სასამართლომ ეს მიდგომა იმით დაასაბუთა, რომ მოლაპარაკებების თანაბარი ინსტრუმენტების მქონე გამოცდილ ბიზნესმენებს უკეთ უნდა მოესხენებოდეთ, რამდენად მომგებიან გარიგება დადეს. განსაკუთრებით გასათვალისწინებელია ის, რომ ისინი არ დასთანხმდებოდნენ არცერთ შეთანხმებას, რაც, მათი აზრით, იქნებოდა წამგებიანი. მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კონკრეტული სახელშეკრულებო პირობა იმდენად შეუსაბამოდა წამგებიანია, რომ შეუძლებელია იმის მიჩნევა, რომ ხელშეკრულების მხარემ ეს უკანასკნელი სწორად გაიგო, სასამართლოს შეუძლია ჩარევა და სახელშეკრულებო პირობის ბათილად ცნობა.

ამერიკის შეერთებული შტატების სამართალს Uniform Commercial Code-ის (ერთიანი კომერციული კოდექსი) დონეზე გააჩნია ერთი რეგულაცია, რომელიც ზნეობის ნორმებთან დაპირისპირებული ხელშეკრულებების საყოველთაო აკრძალვის იდენტურია. UCC-ის 2-დან 302-მდე პარაგრაფებზე დაყრდნობით, შესაძლებელია, რომ „უსინდისო“ (unconscionable) სახელშეკრულებო ნორმები გამოცხადდეს ბათილად.

²¹ (Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. N 16 “О свободе договора и ее пределах”, Pt. 9.) 2014 წლის 14 მარტის უმაღლესი საარბიტრაჟო სასამართლოს პლენუმის დადგენილება ნომრით 16 „გარიგების თავისუფლებისა და მისი საზღვრების შესახებ“, გვ. 9.

²² Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (მომხმარებელთათვის გათვალისწინებული სახელშეკრულებო პირობების უთანასწორო განსაზღვრა), 1999.

²³ სექცია 2 (1) Unfair Contract Terms Act.

²⁴ სექცია 2 (2) Unfair Contract Terms Act.

²⁵ Watford Electronics Ltd v Sanderson Ltd [2001] 1 All ER (Comm) 696.

2.6. კონვენციები საერთაშორისო სავაჭრო ხელშეკრულებების შესახებ (Convention on Contracts on the international Sale of Goods, CISG)

საერთაშორისო სავაჭრო ხელშეკრულებების შესახებ კონვენციების თანახმად, შეკითხვა ცალმხრივად დაყენებული სახელშეკრულებო პირობების მეშვეობით პასუხისმგებლობის ტვირთისაგან განთავისუფლების შესახებ, განხილულია “შიდა ხარვეზის ამოვსების” პრობლემად.²⁶ აქ შიდა ხარვეზი მოცემულია იმდენად, რამდენადაც CISG-ის საფუძველზე ვერ დგინდება რეგულაციური ნორმები იმ საზღვრებთან დაკავშირებით, რომელთა ფარგლებშიც შედგებოდა შეთანხმება პასუხისმგებლობის შემცირებისა ან პასუხისმგებლობის ტვირთის გაუქმების შესახებ. უფრო მეტად, CISG-ის მეექვსე თავი აღნიშნავს მხარეთა თავისუფლებას, სურვილისამებრ გადაუხვიონ კონვენციაში მოცემული ნორმებიდან. სხვა მხრივ, CISG-ის მეოთხე თავიდან გამომდინარეობს, რომ კონვენცია განიხილავს და არეგულირებს შეკითხვებს ხელშეკრულების დადებისას და შესაბამისად, ხელშეკრულებაში ცალკეული პირობების შეტანასთან დაკავშირებით. ამას გარდა, ამ ნორმაში აღნიშნულია, რომ ეს ნორმა „არ ეხება ცალკეული სახელშეკრულებო პირობების სამართლებრივი მოქმედების ძალას“. ამის საფუძველზე კეთდება დასკვნა, რომ შეკითხვა ცალკეული სახელშეკრულებო პირობების სამართლებრივი მოქმედების ძალის შესახებ რეგულირდება მოქმედ ეროვნულ სამართალზე დაყრდნობით. ამასთანავე აღნიშნულია, რომ ეროვნულ სამართალში მოცემული ნორმების გამოყენებისას განსაკუთრებით უნდა იქნეს გათვალისწინებული ის გარემოება, რომ საქმე ეხება საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებას. ასეთ დროს მნიშვნელობა ენიჭება ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპსა და გადამოწმებას “გონივრულობის” (reasonableness) არგუმენტით ხელმძღვანელობით.²⁷

2.7. გაერთვაროვნებული სამართლებრივი ნორმების სისტემები

ევროპულ სამართალში ბოროტად გამოყენების პოტენციალის შემცველი სახელშეკრულებო პირობების კონტროლის კონცეპტი 1993 წელს დამკვიდრდა, თუმცა მისი გავრცელების არეალი შეზღუდულია იმ ხელშეკრულებებით, რომლებიც იდება ორგანიზაციასა და მომხმარებელს შორის.²⁸ ამ სამართლებრივი ნორმის თანახმად, ევროკავშირის წევრი ქვეყნები ვალდებული არიან, გამოსცენ რეგულაციები მომხმარებელთა უფლებების დაცვის უზრუნველსაყოფად. მესამე თავის პირველ აბზაცში მოცემულია ბოროტად გამოყენების პოტენციალის შემცველი ანუ თანასწორობის წარმომქმნელი სახელშეკრულებო პირობის განმარტება და ამ ნორმის დანართში ჩამოთვლილია მთელი რიგი პირობები, რომლებიც ევროკავშირის წევრმა სახელმწიფოებმა, მესამე თავის მესამე აბზაცის თანახმად, შესაძლებელია, სცნონ ბოროტად გამოყენების პოტენციალის შემცველად. ევროკავშირის სამართალში ამით პასუხგაუცემელი რჩება კითხვა ორგანიზაციებს შორის არსებული წინასწარ ფორმულირებული ხელშეკრულებების ბოროტად გამოყენების პოტენციალის შემცველი პირობების კონტროლის შესახებ.

ამას გარდა, ნორმები უთანასწორო/უსამართლო სახელშეკრულებო პირობების შესახებ ასევე მოცემულია Draft Common Frame of Reference-ის (DCFR) მეორე ნიგნის მეცხრე თავის მეოთხე ნაწილში.²⁹ ამ მონაკვეთის თანახმად, „უსამართლო“ სახელშეკრულებო პირობები მაშინ მოქმედებს (ამ კონტექსტში ცნება „უსამართლო“ 403-დან 405-მდე ნორმებში განსხვავებული კონოტაციითაა განსაზღვრული), როდესაც ცალმხრივი ხასიათის წინასწარ ფორმულირებული სახელშეკრულებო პირობები გამოყენებულია მომხმარებლის ან ორგანიზაციის მიმართ. ამ უკანასკნელთან დაკავშირებით სახელშეკრულებო პირობა იმ შემთხვევაშია „უსამართლო“, თუ ის „უხეშად უხვევს კეთილსინდისიერი საქმიანობის პრაქტიკიდან“, II.-9.405 DCFR. „უხეში უსამართლობის“ აქ ნაგულისხმები

²⁶ სრულად იხ: CISG Advisory Council Opinion No.17: Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts (2015), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op17.pdf>.

²⁷ Regel 4 CISG Advisory Council Opinion No.17, Seite 23 ff. (ნესი 4, CISG Advisory Council Opinion ნ. 17, გვ. 23.)

²⁸ EU-Richtlinie 93/13 vom 5.4.1993 (ევროკავშირის სამართლებრივი ნორმა 93/13), მიღებული 1993 წლის 5 აპრილს, სამომხმარებლო ხელშეკრულებებში ბოროტად გამოყენების პოტენციალის შემცველი პირობების შესახებ.

²⁹ Draft Common Frame of Reference-ის ტექსტი, ნაკითხვადი შემდგომ ლინკზე: <https://sakig.pl/uploads/upfiles/moot/dfcr.pdf>.

მასშტაბი შეესაბამება იმას, რაც მოცემულია კერძო სამართლის უნიფიცირების საერთაშორისო ინსტიტუტის (International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT) პრინციპებში პასუხისმგებლობის ტვირთის შემცირებასთან დაკავშირებით.³⁰

DCFR9.407 შეიცავს ასევე ცნება „სამართლიანობის“ ინტერპრეტაციას, რომელიც ორიენტირებულია იმაზე, რომ საერთო შეფასებისას ასევე გათვალისწინებული იყოს ხელშეკრულების სხვა პირობები.

3. გარიგების საყოველთაო პირობების სასამართლო კონტროლი ორგანიზაციებს შორის ურთიერთობებში გერმანიაში

3.1. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 305-ე პარაგრაფის გამოყენება გერმანული სასამართლოების მიერ

გერმანიაში კანონშემოქმედმა თავიდანვე გაითვალისწინა ორგანიზაციათა შორის ურთიერთობებში გარიგების საყოველთაო პირობების კონტროლი სასამართლოების მიერ. გადამწყვეტი მნიშვნელობის აქ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის შემოსხენებული 310-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცია, რომლის თანახმად სახელშეკრულებო პირობების გადამონმება, 307-ე პარაგრაფში მოცემული „მხარის ინტერესების არამართზომიერი უგულებელყოფის“ აკრძალვაზე დაყრდნობით, შესაძლებელია ასევე ორგანიზაციათა შორის მიმდინარე ხელშეკრულებით ურთიერთობებში. ამ კონტექსტში გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 308-ე და 309-ე პარაგრაფებში მოცემული სპეციალური აკრძალვები ასევე ხორციელდება, ცხადია, „სავაჭრო ურთიერთობების ზნე-ჩვეულებათა გათვალისწინებით“.

პრაქტიკაში კანონშემოქმედის მიერ დანესებული ეს სამართლებრივი ნორმები უფრო მეტი სიმკაცრით ხორციელდება. ეს ვლინდება ორ ძირითად პუნქტში, კერძოდ, სახელშეკრულებო პირობების კონტროლის გავრცელების არეალსა და ამ კონტროლის შინაარსობრივ მასშტაბში.

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 307-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული სახელშეკრულებო პირობების გადამონმება იმ შემთხვევაშია შესაძლებელი, თუ მოცემულია „წინასწარ ფორმულირებული ხელშეკრულება“. 305-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მესამე გვერდის თანახმად, სახელშეკრულებო პირობების გადამონმების წინაპირობა არ არის მოცემული, თუ „სახელშეკრულებო პირობები მხარეთა მიერ დეტალებშია ურთიერთშეთანხმებული“. აქ საკითხავია „ურთიერთშეთანხმების“ დანაშაულებრივი შემადგენლობის შესაძლებელი ნიშნები. გერმანიის უმაღლესი სასამართლო განასხვავებს ამ ტერმინს ჩვეულებრივი „მოლაპარაკებებისაგან“ და ამ გზით მიდის იმ დასკვნამდე, რომ სახელშეკრულებო პირობების გადამონმება ვერ გამოირიცხება იმით,³¹ რომ ხელშეკრულების მხარეები სპეციალური პროტოკოლით ადასტურებენ იმას, რომ ხელშეკრულება ურთიერთშეთანხმებულია;

სახელშეკრულებო პირობების ხელშეკრულებაში შემტანი ხელშეკრულების მეორე მხარეს წერილობით მოუწოდებს შენიშვნებისა და ცვლილებების სურვილის და ფიქსირებას;

სახელშეკრულებო პირობების ხელშეკრულებაში შემტანი ხელშეკრულების მეორე მხარეს სთავაზობს არჩევანს სხვადასხვა ალტერნატიულ ფორმულირებას შორის;

კონკრეტულ სახელშეკრულებო პირობასთან დაკავშირებით, რომელიც თავისი არსით კანონისთვის უცხოა, სახელშეკრულებო პირობების ხელშეკრულებაში შემტანი ემორჩილება ხელშეკრულების მეორე მხარის მიერ გამოსატყუი ცვლილებების სურვილს.

³⁰ Art. 7.1.6 UNIDROIT-Principles of international Commercial Contracts (2016), (თავი 7.1.6, UNIDROIT-ის პრინციპები საერთაშორისო კომერციულ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით), 2016, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

³¹ იხ. Sommerfeld Rechtsflucht in Ausland wegen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr? RIW 2018 Nr. 11, S. 741 (742). Sowie BGH, Urteil vom 22.10.2015 – VII ZR 58/14 („bring or pay II“), NZBau 2016, S.213, (სამართლის გაქცევა საზღვარგარეთ გარიგების საყოველთაო პირობების გერმანული სამართლის გამო ორგანიზაციათა შორის ურთიერთობებში? საერთაშორისო ეკონომიკური სამართლის ჟურნალი, 2018, ნ. 11, გვ. 741 (742)). იხ. ასევე გერმანიის უმაღლესი სასამართლოს 2015 წლის 22 ოქტომბრის გადაწყვეტილება – VII ZR 58/14 („bring or pay II“), ახალი ჟურნალი სამშენებლო სამართლის შესახებ, 2016, გვ. 213.)

შინაარსობრივი კონტროლის პრობლემატიკა განსაკუთრებით ღვივდება მაშინ, როდესაც საქმე ეხება გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 308-ე და 309-ე თავებში მოცემული სახელშეკრულებო პირობების სპეციალური აკრძალვების გავრცელებას ორგანიზაციებს შორის მიმდინარე სახელშეკრულებო-სამართლებრივ ურთიერთობებზე. კანონმემოქმედმა აქ დაანესა გარკვეული შეზღუდვა შემდეგი ფორმულირების შემოტანით: *სავაჭრო ურთიერთობების ზნე-ჩვეულებათა გათვალისწინება*, რომლებიც უმეტესად მოკლებულია რეალური მოქმედების ძალას, რამდენადაც სავაჭრო ურთიერთობების ზნე-ჩვეულებები ყოველთვის მოცემული არ არის. სასამართლო პრაქტიკა, ამის ნაცვლად, ორგანიზაციათა შორის მიმდინარე ურთიერთობების სფეროშიც ხშირად ამოდის გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 308-ე და 309-ე თავებში მოცემული აკრძალვების მტკიცებულებითი „ზუნებიდან“, რაც ხშირად იწვევს გარკვეული სახელშეკრულებო პირობების ბათილად გამოცხადებას. სასამართლო პრაქტიკაში ამის საფუძველზე არაერთი გადანყვეტილება იქნა მიღებული, რამაც შემდგომ ლიტერატურაში დიდი კრიტიკა დაიმსახურა. მაგალითისათვის შეგვიძლია მოვიყვანოთ შემდეგი გადანყვეტილებები:

რამდენიმე შემთხვევაში გერმანიის უმაღლესი სასამართლო განიხილავდა ეგრეთ წოდებული *“bring-or-pay Klauseln”*-ის სამართლებრივი მოქმედების ძალას. კონკრეტულ შემთხვევაში საქმე ეხებოდა ნაგვის გადამამუშავებელ ერთ ფირმას, რომელიც გარიგების საყოველთაო პირობების მეშვეობით თავის კლიენტს ავალდებულებდა, გადაეხადა თანხა ნაგვის მინიმალური რაოდენობის ჩაბარებისათვის, დამოუკიდებლად იმისა, იყო თუ არა ეს რაოდენობა შემდგომ გადამამუშავებისათვის გათვალისწინებული.³² გერმანიის უმაღლესმა სასამართლომ ამ სახელშეკრულებო პირობაში დაინახა დავალიანებასთან დაუკავშირებელი პასუხისმგებლობის ტვირთი, რაც, მისი აზრით, აგრეთვე ორგანიზაციათაშორის მიმდინარე სამართლებრივ ურთიერთობებში მხოლოდ და მხოლოდ გამონაკლისის სახით შეიძლება მოქმედებდეს. დამატებითი შემონმებისათვის უმაღლესმა სასამართლომ საქმე ჰესენის მიწის უმაღლეს სასამართლო ორგანოს გადასცა, რომელმაც ფირმის მფლობელის სარჩელი არ დააკმაყოფილა.³³

მსგავსი დასაბუთების საფუძველზე, გერმანიის უმაღლესმა სასამართლომ ბათილად ცნო ნაყინის მიწოდებასთან დაკავშირებული საერთაშორისო ხელშეკრულების ერთ-ერთი პირობა „ხარისხის უზრუნველყოფის შესახებ“, რომელიც მყიდველის მიერ იყო წინასწარ ფორმულირებული და მიმწოდებელს, დამოუკიდებლად ყოველგვარი დავალიანებისა, აკისრებდა ვალდებულებას, აენაზღაურებინა მყიდველისათვის პროდუქციის ნაკლით გამონვეული ყოველი დამატებითი ხარჯი. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში მყიდველმა, როგორც გადამყიდველმა, დააყენა პროდუქციის დაობებით გამონვეული ხარჯის ანაზღაურების მოთხოვნა.³⁴ უმაღლესმა სასამართლომ დაყენებული სარჩელი არ დააკმაყოფილა სახელშეკრულებო პირობის ბათილობაზე მინიშნებით.

სხვა, ამ კონტექსტში ციტირებული და ლიტერატურაში გაკრიტიკებული გადანყვეტილებები³⁵ ეხება ნოტარიალურად დამონმებული ნასყიდობის შეთავაზების დამავალდებულებელ ხასიათს;³⁶ ორგანიზაციის კლიენტებზე საბანკო სესხის გაცემისას პროცედურული ხარჯის დაკისრების აკრძალვას.³⁷ ყველაზე მოხსენებული შემთხვევის მხედველობაში მიღებით, სამართლიანად ისმის კითხვა, ზედმეტად გაიმარტივა თუ არა საქმე გერმანიის უმაღლესმა სასამართლომც აღკვეთილი სახელშეკრულებო პირობების ბათილად გამოცხადებისათვის“ კანონის რეგულაციების ძირითად შინაარსში“ მოცემული ასპექტების მოშველიებითა და მტკიცებულებით ის ტანდარტების გამოყენებით. განსაკუთრებით, *“bring or pay”*-ის შემთხვევასთან დაკავშირებული გადანყვეტილების გამო, გერმანიის უმაღლესი სასამართლოს წინააღმდეგ გაჟღერდა ბრალდება, რომ ამ უკანასკნელმა ხელშეკრულების მიზნის გათვალისწინების გარეშე, ერთადერთი სახელშეკრულებო პირობის ბათილად ცნობით ჩააგდო ეკონომიკურად სარგებლიანი დამხარეთა მიერ ორმხრივად მიღებული გარიგების მოდელი.³⁸

³² BGH, Urteil vom 22.10.2015 – VII ZR 58/14 („bring or pay II“), NZBau 2016, S.213 Faber/Groß-ის შენიშვნით. ასევე *Maier-Reiner* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1.

³³ OLG Frankfurt, 20.12.2016 – 5 U 6/13.

³⁴ BGH, Urteil vom 18.10.2017 – VIII ZR 86/16, NJW 2018, S. 291.

³⁵ *Maier-Reiner* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1.

³⁶ BGH NJW 2016, S. 2173.

³⁷ BGH NJW 2017, S. 2986.

³⁸ *Maier-Reiner* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1 (5).

3.2. სამართლებრივ-პოლიტიკური დისკუსია გერმანიაში

გერმანულ ლიტერატურაში დიდი ხანია მიმდინარეობს დისკუსია იმის შესახებ, ზედმეტად ფართოა თუ არა მოქმედი სამართლებრივი პრაქტიკის ქმედითი არეალი და უნდა მიეცეს თუ არა ორგანიზაციებს შორის მოქმედი ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს მეტი სივრცე შესაბამისი კანონმდებლობითი ზომებით.³⁹ ეს დებატი არც თუ ისე უმნიშვნელოდაა ინდუსტრიის სფეროში ოპერირებადი ჯგუფის მიერ გამძაფრებული⁴⁰ და უკანასკნელ პერიოდში დამატებით სტიმულს იღებს იმით, რომ იუსტიციის სამინისტრომ დასკვნის მომზადების დავალება გასცა.⁴¹ საბოლოოდ სახელისუფლებო პარტიების კოალიციური შეთანხმების საფუძველზე დაშვებულ იქნა, რომ გადამონმდეს გარიგების საყოველთაო პირობების სისწორე ორგანიზაციათაშორის ხელშეკრულებითი ურთიერთობებისათვის.⁴²

მსგავსი ინიციატივების მიზანი, იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ სასამართლოს მიერ სანარმოებს შორის დადებულ ხელშეკრულებებში გარიგების საყოველთაო პირობების გადამონმდებისათვის სათანადო მიზეზები უნდა იყოს მოცემული, ისაა, რომ სასამართლოს მიერ მსგავსი სახელშეკრულებო პირობების გადამონმება შეიზღუდოს ორ ძირითად ასპექტში. ერთი მხრივ, საქმე ეხება იმას, თუ რამდენადაა მოცემული „წინასწარ ფორმულირებული სახელშეკრულებო პირობები“. ინდუსტრიული გაერთიანების ინიციატივაზე დაყრდნობით, წინასწარ ფორმულირებული სახელშეკრულებო პირობები არ უნდა ჩაითვალოს მოცემულად, თუ ხელშეკრულების მეორე მხარემ ხელშეკრულებაზე თანხმობა განაცხადა „საკუთარი დამოუკიდებელი რაციონალური გადანყვეტილების საფუძველზე“, დამოუკიდებლად იმისა, შეტანილ იქნა თუ არა ცვლილებები ხელშეკრულების ცალკეულ პირობებში.⁴³ ამ კრიტერიუმით, მოსაზრებას მხარის დაცვის საჭიროების შესახებ ისევ ფართო ინტერპრეტაციის სივრცე ეძლევა. ინგლისური სასამართლოების თავშეკავებულობაზე ორიენტირის აღებით, სახელშეკრულებო პირობების კონტროლი აღარ უნდა შედგეს, თუ მხარეები ხელშეკრულებას თავიანთი თავისუფალი გადანყვეტილების საფუძველზე დასთანხმდნენ. ასეთი გადანყვეტილება, ყველა გარემოების მხედველობაში მიღებით, მოცემულად უნდა ჩაითვალოს:

თუ სახელშეკრულებო მოლაპარაკებები მიმდინარეობდა ხანგრძლივი პერიოდის მანძილზე;
 თუ მანამდეც დაიდო მსგავსი შინაარსის შემცველი ხელშეკრულებები;
 ცვლილებების სურვილი დაფიქსირებულია ხელშეკრულების ტექსტში;
 წინასწარ ფორმულირებული სახელშეკრულებო პირობების სამართლებრივი და ეკონომიკური მნიშვნელობა ცნობილი იყო ან არ იყო ცნობილი უკიდურესი დაუდევრობის გამო;
 ხელშეკრულებების პირობები განხილული და შეთანხმებულია იურიდიული კონსულტაციების დახმარებით;

ორგანიზაციის სიდიდე იძლევა იმის დაშვების საფუძველს, რომ ხელშეკრულებამ გაიარა შიდა იურიდიული შემოწმება.

³⁹ იხ. ლიტერატურის შეჯამება Sommerfeld-თან, Rechtsflucht in Ausland wegen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr? RIW 2018 Nr. 11, S. 741 (742).

⁴⁰ ფრანკფურტის ინიციატივა გარიგების საყოველთაო პირობების შემდგომი განვითარებისათვის, https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Themen/Maerkte_Recht/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_im_unternehmerischen_Geschaeftsverkehr/pdf/AGB-Initiative-Positionspapier-Stand-06-2018.pdf.

⁴¹ Leuschner AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – პასუხისმგებლობის ტვირთის შეზღუდვის განსაკუთრებული პირობების გათვალისწინებით, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.html>.

⁴² Müller AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand – Für eine Lockerung im unternehmerischen Geschäftsverkehr, IWRZ 2018, S. 153.

⁴³ ფრანკფურტელთა ინიციატივა გარიგების საყოველთაო პირობების შემდგომ განვითარებასთან დაკავშირებით გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 310-ე პარაგრაფის პირველი აზრის შესასწორებლად (§ 310 Abs.1 BGB), (Fn. 33): (სქოლიოს ნ. 33) : თუ სახელშეკრულებო პირობები წაყენებულია ორგანიზაციის, საჯარო სამართლის იურიდიულ პირის ან საჯარო-სამართლებრივი სტატუსის მქონე განსაკუთრებული ქონების მიმართ, ისინი არ წარმოადგენენ გარიგების საყოველთაო პირობებს, რამდენადაც ხელშეკრულების მეორე მხარემ ამ სახელშეკრულებო პირობებს ან მთლიანად ხელშეკრულებას უპასუხო თანხმობით საკუთარი დამოუკიდებელი რაციონალური გადანყვეტილების საფუძველზე; წინასწარ ფორმულირებული სახელშეკრულებო ტექსტის ცვლილების საჭიროება ასეთ დროს არ დგება.

შინაარსობრივი თვალსაზრისით, ინდუსტრიული გაერთიანება მომხრეა იმის, რომ არ ჩამოვშორდეთ სახელშეკრულებო პირობების სპეციალური აკრძალვების მტკიცებულებით ძალას და მხარის ინტერესების არამართობიერი უგულებელყოფა მაშინ ჩაითვალოს მოცემულად, როდესაც „საპირისპიროდ ერთგულების და კეთილსინდისიერების პრინციპისა, უხეშადაა გადახვეული კეთილსინდისიერი საქმის წარმოების პრაქტიკიდან“.⁴⁴ დასაბუთებისათვის მინიშნებულია Draft Common Frame of Reference-ზე, რომლის მეორე თავში (II-9.405) ეს ნორმატიული განსაზღვრებაა გადაწერილი.⁴⁵

ამას გარდა, ცირკულირებს მთელი რიგი სხვა ინიციატივები, რომლებიც შეიცავს როგორც ალტერნატიულ ფორმულირებებს,⁴⁶ ისე სპეციალურ კითხვებთან დაკავშირებულ რეგულაციებს.⁴⁷ ასევე, სამართლებრივი ძალის მქონე რედუქციის დაშვებადობასთან დაკავშირებით, შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი მივიდა იმ შედეგამდე, რომ ამ საკითხში საერთო პრინციპებით არ უხელმძღვანელიათ და სხვა ქვეყნებში კანონით გათვალისწინებული მეთოდების ნაცვლად, პრიორიტეტულად მიმართავენ ხელშეკრულების მორგების საშუალებებს.⁴⁸

არსებობს ასევე საპირისპირო პოზიციებიც, რომლებიც გვიჩვენებენ, რომ არ შევხვით მოქმედ სამართლებრივ ნორმებს.⁴⁹ ამ თვალსაზრისის მთავარი არგუმენტი ისაა, რომ აქამდე განხილული წინადადებები არაა შესაფერისი იმისათვის, რომ არსებული სამართლებრივი პრაქტიკის მიერ ჩამოყალიბებული სახელმძღვანელო მიდგომების კორექტირებით, აამაღლოს სამართლის ნორმების განხორციელების ხარისხი.⁵⁰

შეჯამებისათვის შეიძლება ითქვას, რომ გერმანიაში სამართლებრივ-პოლიტიკური დისკუსია ორგანიზაციათა შორის არსებულ ურთიერთობებში გარიგების საყოველთაო პირობების სასამართლო კონტროლის შესახებ ხელახლა დადგა დღის წესრიგში, თუმცა სამომავლო შედეგი ჯერ კიდევ არ ჩანს. შედარებით-სამართლებრივი თვალსაზრისით შეიძლება ითქვას, რომ გერმანიაში არსებული სამართლებრივი მდგომარეობა იმ ფორმით, როგორი ფორმაც ამ უკანასკნელმა სასამართლო პრაქტიკაში შეიძინა, იხრება მეტი სიმკაცრისკენ. გერმანული სასამართლოები უფრო მიდრეკილნი არიან, ბათილად ცნონ ორგანიზაციებს შორის დადებულ ხელშეკრულებებში შემავალი გარიგების საყოველთაო პირობები, ვიდრე ამას სხვა ქვეყნებში ვხვდებით. იმ სახელმწიფოებისათვის, რომლებშიც დღემდე დაბალია გარიგების საყოველთაო პირობების სასამართლო კონტროლის გამოცდილება, რეკომენდებულია გერმანიის უმაღლესი სასამართლო ორგანოების (Bundesgerichtshof, BGH) პრაქტიკაზე ორიენტირება, ამ საკითხში ასევე განსხვავებული მოსაზრებების გათვალისწინებით.

⁴⁴ ფრანქფურტელთა ინიციატივა გარიგების საყოველთაო პირობების შემდგომ განვითარებასთან დაკავშირებით გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 310-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მეორე წინადადების ახალი ვერსიის შესამუშავებლად (des AGB-Rechts zur Neufassung des § 310 Abs.1 Satz 2 BGB), იხ. ზემოთ სქოლიო 33.

⁴⁵ Draft Common Frame of Reference-ის ტექსტი, იხ. ლინკზე: <https://sakig.pl/uploads/upfiles/moot/dfcr.pdf>.

⁴⁶ იხ. Müller AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand – Für eine Lockerung im unternehmerischen Geschäftsverkehr, IWRZ 2018, S. 153.

⁴⁷ არსებობდა ინიციატივა, რომ თავად მხარეებს გადასცემოდათ შესაძლებლობა ხელმოწერისა ან განსაკუთრებული ახსნა-განმარტების გზით ცალკეული სახელშეკრულებო პირობების ან მთლიანად ხელშეკრულების სასამართლო კონტროლიდან ამოღებისთვის ან გარკვეული მასშტაბის შემცველი ხელშეკრულებებისათვის სასამართლო პერსპექტივის გაუქმებისათვის, იხ. სქოლიო ნ. 44.

⁴⁸ Leuschner AGB-Recht, Seite 5. Siehe Fußnote 39.

⁴⁹ ინიციატივები გარიგების საყოველთაო პირობების მხარდასაჭერად, იხ. ლინკზე: <http://www.pro-agb-recht.de>.

⁵⁰ იხ. Westphalen Reformvorhaben der Koalition zum AGB-Recht bei innovativen Geschäftsmodellen auf dem Prüfstand, ZIP 2018, S. 1101.

Die gerichtliche Kontrolle von Verträgen im unternehmerischen Rechtsverkehr – einige rechtsvergleichende Betrachtungen

1. Einführung

Das Prinzip der Privatautonomie ist die Grundlage des Privatrechts. Es soll dem Einzelnen die Möglichkeit geben, die ihn betreffenden Rechtsverhältnisse seinem Willen gemäß zu gestalten.¹ Hiervon abgeleitet gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Parteien bestimmen autonom darüber, ob überhaupt, mit wem und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag abschließen. Die Grenze der Vertragsfreiheit ergibt sich dabei zunächst nur aus der objektiven Rechtsordnung.² Eine darüber hinausgehende Gewähr für die Ausgewogenheit der vertraglichen Leistungen ist damit nicht gemeint. Die Privatautonomie umfasst auch die Freiheit, nachteilige Verträge abzuschließen.³ Nicht die objektive Gerechtigkeit eines Vertrages begründet dessen Richtigkeit, sondern die Freiheit der Parteien, eine rechtliche Bedingung mit genau diesem Inhalt einzugehen. Demgemäß ist es die vordringliche Aufgabe der Rechtsordnung, diese Freiheit der Willensbildung zu gewährleisten.⁴

Auf der anderen Seite hat dem Prinzip der Vertragsfreiheit an mehreren Stellen Grenzen gesetzt. Dies betrifft etwa die Fragen, ob man sich vertraglich von der Haftung für vorsätzliches Verhalten freizeichnen,⁵ eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe vereinbaren⁶ oder die Haftung für einen Mangel ausschließen kann, von dessen Existenz man Kenntnis hatte.⁷ Darüber hinaus enthalten zivilrechtliche Kodifikationen eine Generalklausel, die es dem Richter im Einzelfall ermöglicht, vertragliche Bestimmungen unter Berufung auf höherrangige Prinzipien für unwirksam zu erklären. Im deutschen Recht sind dies die „guten Sitten“, zu deren Konkretisierung vor allem die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte herangezogen werden.⁸

Über diese an der Einzelfallgerechtigkeit orientierte Grenze der Vertragsfreiheit ist der Gesetzgeber im Laufe der Entwicklung hinausgegangen. Ansatzpunkt war dabei in erster Linie der Gedanke, dass das Konzept der Vertragsfreiheit auf der Voraussetzung der Gleichheit der Verhandlungsmacht der Parteien fußt. Beiden Parteien muss es in gleichem Maße möglich sein, von einem Vertragsschluss Abstand zu nehmen, wenn ihnen die Vertragsbedingungen nicht zusagen. Ist dies nicht gewährleistet, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, den notwendigen Schutz, etwa im Arbeits- und im Mietrecht sicherzustellen. Hinzugekommen ist der Schutz der Verbraucher als Gruppe, die gegenüber Unternehmern generell als schutzbedürftig angesehen wird.⁹

Eine weitere Einschränkung der Privatautonomie beruht auf dem Gedanken der Kontrolle einseitig gestellter Vertragsbedingungen. Im Ausgangspunkt widersprechen einseitig vorformulierte Verträge dem Konzept des Aushandelns eines Vertrages. Andererseits ist der Rückgriff auf solche Verträge in der Praxis weit

* Dr. habil. Hans-Joachim Schramm ist Vertretungsprofessor an der Hochschule Wismar, Deutschland

¹ Vgl. *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Das Rechtsgeschäft, S.1.

² § 134 BGB.

³ Die jahrhundertalte Diskussion um die Frage, ob es einen „gerechten Preis“ gibt, hat heute der Überzeugung Platz gemacht, dass ein Preis – das heißt der Austausch von Leistungen – dann gerecht ist, wenn sich die Parteien frei und in Kenntnis aller Umstände auf ihn geeinigt haben. Allerdings begründet ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung die Vermutung, dass der eine Vertragspartner nicht frei entschieden und der andere dies ausgenutzt hat, Palandt *Ellenberger* BGB, 76. Aufl., § 138 Rz. 34 a.

⁴ Dazu gehören vor allem Vorschriften zur Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften wegen Täuschung und Drohung, §§ 119, 123 BGB, aber auch die Ausnutzung einer Zwangslage, § 138 Abs.2 BGB.

⁵ § 276 Abs.3 BGB.

⁶ § 343 BGB.

⁷ §§ 444, 639 BGB.

⁸ § 138 BGB. Zur Funktion des Schutzes der grundlegenden Werte der Rechtsordnung vgl. Palandt *Ellenberger* BGB, 76. Aufl., § 138 Rz. 3.

⁹ Maßgebend insoweit die EU-Richtlinie 99/44 vom 25.5.1994 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs.

verbreitet und ökonomisch sinnvoll. Zentrales Problem ist dabei, ob derartige vorformulierte Verträge einer besonderen Kontrolle unterliegen sollen oder es bei einer allgemeinen Überprüfung anhand der Sittenwidrigkeit bleiben soll. Historisch gesehen findet man auf zwei Ebenen Ansätze zu einer Kontrolle.¹⁰ Zum einen in formaler Hinsicht mit Hilfe der Frage, ob Vertragsbestimmungen überhaupt Bestandteil des Vertrages geworden sind. Zum anderen in materieller Hinsicht.

2. Überblick über die Gesetzgebung in verschiedenen Ländern

2.1 Deutschland

In Deutschland hat der Gesetzgeber die Vorschriften zur Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in den Bestimmungen zu den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (AGB) niedergelegt und nach einer anfänglichen Regelung in einem speziellen Gesetz¹¹ in die §§ 305 bis 310 des BGB übernommen. Dabei unterscheidet das Gesetz die Frage, ob eine Klausel überhaupt wirksam in einen Vertrag mit einbezogen wurde, von der nach ihrer materiellen Wirksamkeit. Die gesonderte Prüfung der Fragen einer wirksamen Einbeziehung erlaubt es den Gerichten, das Prinzip der Privatautonomie zu wahren, weil die Feststellung der fehlenden Einbeziehung formal kein Urteil über den materiellen Gehalt einer Klausel enthält. Dass es sich hierbei aber bereits zum Teil um eine verdeckte materielle Kontrolle handelt, zeigt sich an dem Ausschluss überraschender Klauseln.¹²

Darüber hinaus enthält das Gesetz Bestimmungen zu einer materiellen Kontrolle der Wirksamkeit. Diese umfassen eine Aufzählung konkreter Klauseln in den §§ 308, 309 BGB, die als unzulässig angesehen werden, und eine allgemein Bestimmung (§ 307 BGB), nach der eine Vertragsklausel unwirksam ist, „wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt“.¹³ Diese Bestimmung ist der Ansatzpunkt für eine richterliche Kontrolle von Vertragsbestimmungen, die über die allgemeine Grenze des § 138 BGB hinausgeht.¹⁴ Im Hinblick auf den Anwendungsbereich ergibt sich aus § 310 BGB, dass eine Kontrolle auf der Grundlage von § 307 BGB von den Gerichten auch bei vorformulierten Verträgen zwischen Unternehmen durchgeführt werden kann.

2.2 Georgien

Das georgische Recht folgt in den Art. 342 Geo ZGB ff im Wesentlichen der Struktur, wie sie im deutschen BGB niedergelegt ist. Auch hier findet sich die Unterscheidung zwischen den Fragen der Einbeziehung in den Vertrag (Art. 343 bis Art. 345 Geo ZGB) und einer inhaltlichen Kontrolle (Art. 346 bis 348 Geo ZGB). Weiter unterscheidet das georgische Recht ebenso wie das deutsche zwischen der Generalklausel in Art. 346 Geo ZGB, die wie das deutsche Recht auf eine Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben abhebt, und den speziellen Klauselverboten. Anders als im deutschen Recht gelten die speziellen Klauselverbote jedoch nur für Verträge mit Verbrauchern. Die Generalklausel ist hingegen so formuliert, dass sie auch auf Verträge zwischen Unternehmen Anwendung findet. Bei der Bewertung hat der Rechtsanwender jedoch die „besonderen Umstände des Vertragsschlusses“ zu berücksichtigen.

¹⁰ Eine Kontrolle von AGB erfolgte ursprünglich unter Rückgriff auf das Verbot der Sittenwidrigkeit, § 138 BGB, später auch unter Verweis auf die Maßstäbe von Treu und Glauben, § 242 BGB, *Schmoeckel u.a./Hofer* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II Schuldrecht, 2. Teilband, § 305.

¹¹ In Deutschland wurden Allgemeine Geschäftsbedingungen erstmals mit Gesetz vom 9. Dezember 1976 geregelt. Dabei hat der Gesetzgeber im Wesentlichen die zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Lösungen in das Gesetz übernommen.

¹² § 305 c Abs. 1 BGB. An dieser Bestimmung lässt sich der Übergang von einer formalen zu einer materiellen Kontrolle der Gerichte festmachen

¹³ In § 307 Abs. 2 BGB wird der Begriff der „unangemessenen Benachteiligung“ dahingehend erläutert, dass eine solche im Zweifel dann vorliegt, wenn eine Bestimmung „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist“.

¹⁴ Zur Abgrenzung zwischen § 138 BGB und §§ 305 BGB ff Palandt *Grüneberg* BGB, 76. Aufl., Überbl v § 305 Rz. 15. Entscheidender Unterschied ist danach das Erfordernis einer subjektiven Komponente bei § 138 BGB, wohingegen bei der Kontrolle nach § 305 BGB ff der objektive Verstoß genügt.

2.3 Frankreich

Im französischen Recht findet sich zwar eine formale Trennung zwischen Regeln zum Schutz des Verbrauchers¹⁵ und allgemeinen Bestimmungen. Inhaltlich knüpfen beide aber an das der EU-Richtlinie entlehnte Merkmal des „bedeutenden Ungleichgewichts“ zu Lasten einer Partei. Ausgangspunkt der für den unternehmerischen Rechtsverkehr maßgebenden Regelung ist der Begriff des Adhäsionsvertrages, der in Art. 1110 Abs.2 Code Civil definiert wird. Ähnlich dem deutschen Recht kommt es dabei darauf an, dass die Vertragsbedingungen einseitig gestellt werden.¹⁶ Abweichend davon ist es jedoch nicht erforderlich, dass dies „in einer Vielzahl von Verträgen“ geschieht.¹⁷ Liegt ein Adhäsionsvertrag vor, so ist nach Art. 1171 Code Civil jede Klausel unwirksam, die ein „bedeutendes Ungleichgewicht“ zwischen den Parteien schafft. Da es sich bei dieser Bestimmung um eine neue Norm handelt, ist die Frage, ob für die Auslegung des Art. 1171 Code Civil die speziellen Klauselverbote des Verbraucherrechts heranzuziehen sind, noch nicht höchstrichterlich entschieden.¹⁸

2.4 Russland

In Russland lassen sich Parallelen zum französischen Recht feststellen. Dort findet man einerseits eine spezielle Bestimmung zum Schutz der Verbraucher in Art. 16 des Gesetzes über den Verbraucherschutz.¹⁹ Andererseits enthält Art. 428 Rus GK eine Vorschrift zu den Adhäsionsverträgen, die auch im unternehmerischen Rechtsverkehr Anwendung findet. Wie im französischen Recht kommt es danach darauf an, ob die Vertragsbedingungen von einer Partei gestellt wurden und die andere Partei keine Möglichkeit hatte, Veränderungen einzubringen. Allerdings war die Norm so formuliert, dass sie nur Anwendung findet, wenn der Vertrag im Ganzen von einer Seite vorformuliert wurde. Darüber hinaus verlangten die Gerichte den Nachweis des Fehlens einer Einflussmöglichkeit auf den Vertrag, der schwer zu erbringen war. Praktisch war deshalb die Bedeutung der Vorschrift zunächst gering.²⁰ Eine Verbesserung trat hier erst aufgrund einer Postanovlenie des Obersten Gerichts ein, nach der es genügt, wenn einzelne Klauseln einseitig in den Vertrag eingeführt wurden und der Nachweis als ausreichend angesehen wird, dass eine Einflussnahme des Vertragspartners erschwert war.²¹ Im Jahr 2015 wurden entsprechende Änderungen in das Gesetz aufgenommen.

2.5 Englisches und U.S.-amerikanisches Recht

Auch im englischen Recht findet sich vor dem Hintergrund des Rechts der EU ein spezielles Gesetz, das die Verwendung von Klauseln in Verbraucherverträgen regelt.²² Bereits früher war ein jedoch ein Gesetz erlassen worden, das die Verwendung von haftungsbegrenzenden Klauseln unabhängig von den Parteien des Vertrages begrenzt. Gemäß den Bestimmungen des Unfair Contract Terms Act 1977 sind Haftungsausschlussklauseln unwirksam, soweit sie einen Ausschluss der Haftung für die fahrlässige Verursachung von Schäden an Leben und Gesundheit vorsehen.²³ Ein Haftungsausschluss bezüglich Schäden an anderen Rechtsgütern ist dagegen

¹⁵ Art. L 212-1 Code de la Consommation.

¹⁶ Entscheidend für das Vorliegen eines Adhäsionsvertrages ist gemäß Art. 1110 Abs.2 Code Civil seit der Neufassung in diesem Jahr, dass der Vertrag eine „Gesamtheit nicht verhandelbarer Bestimmungen“ enthält.

¹⁷ So § 305 Abs.1 BGB. Der für einen bestimmten Vertrag ausgearbeitete Text fällt nicht darunter, BGH NJW-RR 2002, S. 13.

¹⁸ Niggemann AGB-Kontrolle im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach der Reform des französischen Code de Commerce, C i v i l RIW 2018 Nr. 10, S. 658.

¹⁹ Закон о защите прав потребителей от 9.2.1992. Gemäß Art. 16 sind Bestimmungen in Verträgen mit Verbrauchern unwirksam, die die Rechte des Verbrauchers beeinträchtigen. In der Postanovlenie Nr. 17 vom 28.6.2012 о рассмотрении иудагражданских дел по спорам о защите прав потребителей geht das Oberste Gericht auf diesen Artikel allerdings nicht weiter ein.

²⁰ Фогельсон Защита от несправедливых условий договоров в российской судебной практике, Закон 2018 № 10, с. 163 (165).

²¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. N 16 “О свободе договора и ее пределах”, Pt. 9.

²² Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.

²³ Section 2 (1) Unfair Contract Terms Act.

nach diesem Gesetz nur dann zulässig, wenn er „vernünftig“ (reasonable) ist.²⁴ Hinweise dazu, wie dieser Begriff in der Praxis anzuwenden ist, finden sich in Schedule II im Anhang zu dem Gesetz. Danach kommt es unter anderem darauf an, ob

die relative Verhandlungsstärke der Vertragsparteien ausgewogen war,
der Gegenseite ein Anreiz gewährt wurde, die Klausel zu akzeptieren,
sie die Möglichkeit hatte, einen entsprechenden Vertrag ohne die Klausel mit einem Dritten abzuschließen

oder

der Klauselverwender die Gegenseite ausdrücklich auf die Klausel und ihre Konsequenzen hingewiesen hatte.

In der Praxis erweist sich die Rechtsprechung englischer Gerichte insgesamt zurückhaltend. So hat sich der Court of Appeal in *Watford Electronics Ltd v Sanderson Ltd*²⁵ im Jahr 2001 dafür ausgesprochen, in Verträge des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zurückhaltend einzugreifen. Er begründete dies damit, dass erfahrene Geschäftsleute gleicher Verhandlungsstärke am besten beurteilen könnten, ob sie ein faires Geschäft vereinbart haben. Insbesondere ist davon auszugehen, dass sie keiner ihrer Einschätzung nach unangemessenen Vereinbarung zustimmen würden. Nur wenn eine Vertragsbestimmung so unangemessen ist, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Vertragspartei diese richtig verstanden haben kann, dürfte das Gericht eingreifen und die Vertragsbestimmung für unwirksam erklären.

Das U.S.-amerikanische Recht hält zumindest auf der Ebene des Uniform Commercial Code eine Regelung bereit, die der dem allgemeinen Verbot sittenwidriger Verträge entspricht. Gemäß § 2-302 UCC können „gewissenlose“ („unconscionable“) Klauseln für unwirksam erklärt werden.

2.6 Convention on Contracts on the international Sale of Goods (CISG)

Im Anwendungsbereich des CISG wird die Frage der Haftungsbeschränkung mittels einseitig formulierter Vertragsbedingungen als ein Problem der „internen Lückenfüllung“ behandelt.²⁶ Dabei besteht eine Lücke insoweit, als das CISG keine Regelung zu den Grenzen enthält, innerhalb derer eine Haftungsbeschränkung oder –befreiung vereinbart werden kann. Vielmehr betont Art. 6 CISG die Freiheit der Parteien, von den Bestimmungen der Konvention beliebig abzuweichen. Andererseits ergibt sich aus Art. 4 CISG, dass die Convention die Frage des Zustandekommens des Vertrags regelt und damit auch die der Einbeziehung einzelner Klauseln. Darüber hinaus ist in dieser Norm festgehalten, dass sie „die Gültigkeit einzelner Vertragsbestimmungen nicht betrifft“. Daraus wird gefolgert, dass sich die Frage der Wirksamkeit einzelner Klauseln nach dem anwendbaren nationalen Recht richtet. Gleichzeitig wird aber betont, dass bei der Anwendung der Bestimmungen des nationalen Rechts dem Umstand besondere Rechnung getragen werden müsse, dass es sich um einen internationalen Kaufvertrag handelt. Dabei komme dem Prinzip der Vertragsfreiheit und der Überprüfung anhand des Gedankens der „Vernünftigkeit (reasonableness)“.²⁷

2.7 Vereinheitlichte Regelwerke

In das europäische Recht wurde das Konzept der Kontrolle missbräuchliche Klauseln im Jahr 1993 übernommen, allerdings beschränkt auf Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden.²⁸ Gemäß dieser Richtlinie sind die Mitgliedstaaten der EU verpflichtet, Vorschriften der zum Schutz der Verbraucher vor missbräuchlichen Klauseln zu erlassen. Dabei wird in Art. 3 Absatz 1 eine Erläuterung des Begriffs der missbräuchlichen Klausel gegeben und im Anhang der Richtlinie eine Reihe von Klauseln aufgeführt, die die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Absatz 3 für missbräuchlich erklären können. Damit bleibt die Frage der Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in vorformulierten Verträgen zwischen Unternehmern auf der Ebene des europäischen Rechts unbeantwortet.

²⁴ Section 2 (2) Unfair Contract Terms Act.

²⁵ *Watford Electronics Ltd v Sanderson Ltd* [2001] 1 All ER (Comm) 696.

²⁶ Umfassend: CISG Advisory Council Opinion No.17: Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts (2015), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op17.pdf>

²⁷ Regel 4 CISG Advisory Council Opinion No.17, Seite 23 ff.

²⁸ EU-Richtlinie 93/13 vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

Darüber hinaus finden sich Bestimmungen zu „unfair terms“ in Buch 2 Kapitel 9 Abschnitt 4 des Draft Common Frame of Reference (DCFR).²⁹ Gemäß II.-9.408 DCFR sind „unfaire“ Klauseln unwirksam, wobei der Begriff „unfair“ in den Bestimmungen 403 bis 405 jeweils abweichend definiert wird, ob die einseitig vorformulierten Bestimmungen gegenüber einem Verbraucher oder gegen über einem Unternehmer verwandt werden. Im letzteren Fall sind sie „unfair“, wenn sie „grob von guter unternehmerischer Praxis abweichen“, II.-9.405 DCFR. Der Maßstab der „groben Unfairness“ entspricht dabei dem, der auch in den UNIDROIT-Principles in Bezug auf Haftungsbeschränkungen festgehalten ist.³⁰

In 9.407 DCFR enthält der Draft darüber hinaus eine Auslegungsregel zu dem Begriff der „Fairness“, der darauf abstellt, dass bei der Bewertung auch die anderen Bestimmungen des Vertrages berücksichtigt werden müssen.

3. Die gerichtliche Kontrolle von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr in Deutschland

3.1 Die Anwendung der §§ 305 BGB ff durch die deutschen Gerichte

In Deutschland hat der Gesetzgeber von Beginn an eine Kontrolle von AGB-Klauseln durch die Gerichte auch im unternehmerischen Rechtsverkehr vorgesehen. Maßgebend ist hier der bereits erwähnte § 310 Abs.1 BGB, dem gemäß eine Überprüfung von Klauseln anhand des allgemeinen Verbots der „unangemessenen Benachteiligung“ nach § 307 BGB auch in Verträgen zwischen Unternehmern erfolgen soll. Auch die speziellen Verbote der §§308, 309 BGB finden dabei Anwendung, allerdings *unter Berücksichtigung der Gebräuche des Handelsverkehrs*“.

In der Praxis werden diese Vorgaben des Gesetzgebers von den Gerichten eher streng umgesetzt. Dies zeigt sich im Hinblick auf zwei Punkte, dem Anwendungsbereich der Kontrolle von Klauseln und dem inhaltlichen Maßstab.

Voraussetzung für eine Überprüfung anhand der §§ 307 BGB ff ist das Vorliegen „vorformulierter Vertragsbedingungen“. Gemäß § 305 Abs.1 S. 3 BGB liegen solche Bedingungen dann nicht vor, wenn, *die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt sind*“. Fraglich ist hier das Tatbestandsmerkmal des „Aushandelns“. Der BGH grenzt diesen Begriff ab von einem bloßen „Verhandeln“ und kommt auf diesem Wege zu dem Schluss, dass der Anwendungsbereich der Klauselkontrolle nicht dadurch ausgeschlossen werden kann,³¹

dass die Vertragspartner in einem gesonderten Protokoll bestätigen, der Vertrag sei ausgehandelt worden, der Klauselverwender den Vertragspartner schriftlich auffordert, Anmerkungen und Änderungswünsche mitzuteilen, der Klauselverwender dem Vertragspartner eine Wahlmöglichkeit zwischen alternativen Formulierungen bietet, bei einer Klausel, die ihrem Kern nach gesetzesfremd ist, der Klauselverwender Änderungswünschen der Gegenseite teilweise nachgibt.

Die Problematik der inhaltlichen Kontrollen entzündet sich in erster Linie an der Frage der Übertragbarkeit der Wertungen der speziellen Klauselverbote in den §§ 308, 309 BGB auf den unternehmerischen Rechtsverkehr. Der Gesetzgeber hat in dieser Hinsicht eine Einschränkung durch die Formulierung *unter Berücksichtigung der Gebräuche des Handelsverkehrs* vorgesehen, die jedoch leerläuft, weil es regelmäßig keine Handelsbräuche gibt. Die Rechtsprechung geht statt dessen von einer „Indizwirkung“ der Verbote der §§ 308, 309 BGB auch für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmern aus, was regelmäßig zur Unwirksamkeit entsprechender Klauseln führt. In der gerichtlichen Praxis sind auf dieser Grundlage Urteile ergangen, die in der Literatur erhebliche Kritik erfahren haben. Beispielhaft sollen die folgenden Entscheidungen genannt werden:

Der BGH hatte sich in mehreren Fällen mit der Frage der Wirksamkeit sog. „bring-or-pay Klauseln“ auseinander zu setzen. Im konkreten Sachverhalt ging es um den Betreiber einer Müllverbrennungsanlage, der

²⁹ Der Text des Draft Common Frame of Reference einsehbar unter: <https://sakig.pl/uploads/upfiles/moot/dfcr.pdf>

³⁰ Art. 7.1.6 UNIDROIT-Principles of international Commercial Contracts (2016), <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

³¹ Vgl. Sommerfeld Rechtsflucht in Ausland wegen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr? RIW 2018 Nr. 11, S. 741 (742). Sowie BGH, Urteil vom 22.10.2015 - VII ZR 58/14 („bring or pay II“), NZBau 2016, S.213.

mittels AGB seine Kunden verpflichtet hatte, für eine bestimmte Mindestabnahmemenge Müll zu bezahlen, unabhängig davon, ob diese Menge tatsächlich zur Verbrennung angeliefert wurde.³² Der BGH sah in einer solchen Klausel die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Haftung, die nach seiner Ansicht auch im unternehmerischen Verkehr in AGB nur ausnahmsweise vereinbart werden kann. Zur näheren Überprüfung hat der BGH das Verfahren an das OLG-Frankfurt zurück überwiesen, welches die Klage des Betreibers der Verbrennungsanlage schließlich abgewiesen hat.³³

Mit einer ähnlichen Begründung hat der BGH in einem internationaler Liefervertrag über Speiseeis eine „Vereinbarung über Qualitätssicherung“ für unwirksam erklärt, die von dem Käufer vorformuliert worden war und dem Verkäufer unabhängig von einem Verschulden die Verpflichtung auferlegt hat, dem Käufer jeden aus einer Mangelhaftigkeit der Ware entstehenden Mehraufwand zu ersetzen habe. Im konkreten Fall hatte der Käufer als Zwischenhändler wegen Schimmelbefalls der Ware eine Rückrufaktion veranlasst und die entstandenen Kosten ersetzt verlangt.³⁴ Der BGH hat die Klage unter Hinweis auf die Unwirksamkeit der Klausel abgewiesen.

Weitere in diesem Zusammenhang zitierte und von der Literatur kritisierte Entscheidungen³⁵ betreffen die Bindungswirkung von notariellen Kaufangeboten,³⁶

das Verbot von Bearbeitungsentgelten bei Bankdarlehen an Unternehmenskunden,³⁷

In allen genannten Fällen lässt sich mit Recht die Frage aufwerfen, ob es sich der BGH mit dem Verweis auf die Indizwirkung und die Heranziehung einzelner Aspekte des ‚Grundgedankens der gesetzlichen Regelung‘ zur Begründung der Unwirksamkeit einzelner Klauseln nicht zu leicht gemacht hat. Insbesondere im Hinblick auf die ‚bring or pay‘ Entscheidung wird dem BGH zum Vorwurf gemacht, ein wirtschaftlich begründetes und von den Parteien akzeptiertes Geschäftsmodell durch Unwirksamklärung einer einzelnen Klausel ohne Berücksichtigung des Vertragszwecks insgesamt weitgehend unmöglich gemacht zu haben.³⁸

3.2 Die rechtspolitische Diskussion in Deutschland

In der deutschen Literatur wird seit längerem eine Diskussion darum geführt, ob diese Rechtsprechung zu weit geht und der Vertragsfreiheit zwischen Unternehmern durch Maßnahmen des Gesetzgebers wieder ein größerer Spielraum gewährt werden sollte.³⁹ Diese Debatte wird nicht unmaßgeblich von den Verbänden der Industrie vorangetrieben⁴⁰ und hat zuletzt Auftrieb dadurch erfahren, dass das Justizministerium ein Gutachten in Auftrag gegeben hat.⁴¹ Schließlich wurde im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien vorgesehen, das AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen auf den Prüfstand zu stellen.⁴²

Das Ziel dieser Initiativen ist unter Anerkennung des Umstands, dass die Gründe für eine gerichtliche Kontrolle von AGB-Klauseln in Verträgen zwischen Unternehmern grundsätzlich einschlägig sind, darauf gerichtet, die gerichtliche Kontrolle derartiger Klauseln in zweierlei Hinsicht einzuschränken. Zum einen geht es um die Frage des Vorliegens ‚vorformulierter Vertragsbedingungen‘. Gemäß dem Vorschlag des Industrieverbandes soll

³² BGH, Urteil vom 22.10.2015 - VII ZR 58/14 („bring or pay II“), NZBau 2016, S.213 mit Anmerkung Faber/Groß. Dazu *Maier-Reiner* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1.

³³ OLG Frankfurt, 20.12.2016 - 5 U 6/13

³⁴ BGH, Urteil vom 18.10.2017 – VIII ZR 86/16, NJW 2018, S. 291

³⁵ *Maier-Reiner* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1.

³⁶ BGH NJW 2016, S. 2173

³⁷ BGH NJW 2017, S. 2986

³⁸ *Maier-Reiner* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1 (5).

³⁹ Vgl. die Zusammenfassung der Literatur bei *Sommerfeld* Rechtsflucht in Ausland wegen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr? RIW 2018 Nr. 11, S. 741 (742).

⁴⁰ Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Themen/Maerkte_Recht/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_im_unternehmerischen_Geschaeftsverkehr/pdf/AGB-Initiative-Positionspapier-Stand-06-2018.pdf

⁴¹ Leuschner AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.html>

⁴² Müller AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand – Für eine Lockerung im unternehmerischen Geschäftsverkehr, IWRZ 2018, S. 153.

es daran fehlen, wenn die Zustimmung der Gegenpartei zu dem Vertragswerk aufgrund einer ‚selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung‘ erfolgt ist, unabhängig davon, ob Änderungen an einzelnen Klauseln vorgenommen wurden oder nicht.⁴³ Durch dieses Kriterium soll dem Gedanken der Schutzbedürftigkeit wieder größerer Raum geben werden. In Orientierung an der Zurückhaltung englischer Gerichte soll danach eine Kontrolle entfallen, wenn die Parteien aufgrund einer freien Entscheidung dem Vertrag zugestimmt haben. Von einer solchen Entscheidung ist danach unter Würdigung aller Umstände auszugehen, wenn die Vertragsverhandlungen über einen längeren Zeitraum geführt wurden, Verträge mit inhaltsgleichen Bedingungen bereits zuvor abgeschlossen wurden, Änderungswünsche in den Vertragstext aufgenommen wurden,

die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der vorformulierten Vertragsbedingungen bekannt war oder grob fahrlässig unbekannt, die Verträge mit juristischer Beratung ausgehandelt wurden, die Unternehmensgröße darauf schließen lässt, dass der Vertrag intern juristisch geprüft wurde.

Inhaltlich schlägt der Verband vor, nicht länger von einer Indizwirkung der speziellen Klauselverbote abzugehen und stattdessen eine unangemessene Benachteiligung nur noch dann anzunehmen, wenn ‚entgegen den Geboten von Treu und Glauben in grober Weise von der guten unternehmerischen Praxis abgewichen wird‘.⁴⁴ Zur Begründung wird auf den Draft Common Frame of Reference verwiesen, dessen Art. II- 9.405 die Bestimmung nachgebildet ist.⁴⁵

Daneben sind noch eine Reihe anderer Vorschläge im Umlauf, die sowohl alternative Formulierungen enthalten⁴⁶ wie Regelungen spezieller Fragen.⁴⁷ Auch bei der Frage nach der Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ist eine rechtsvergleichende Analyse zu dem Ergebnis gekommen, dass dies nicht einheitlich gehandhabt wird, sondern in anderen Ländern zu dem Mittel der Vertragsanpassung anstelle des Rückgriffs auf die gesetzliche Lösung zurückgegriffen wird.⁴⁸

Demgegenüber gibt es aber auch Stimmen, die empfehlen, die geltende Regelung nicht anzutasten.⁴⁹ Zentrales Argument ist hierbei, dass die bislang diskutierten Vorschläge nicht geeignet seien, gegenüber den von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien zu einer größeren Rechtssicherheit beizutragen.⁵⁰

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die rechtspolitische Diskussion der Frage der gerichtlichen Kontrolle von Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen in Deutschland derzeit erneut auf die Tagesordnung gekommen ist, ein Ergebnis aber noch nicht absehbar ist. Rechtsvergleichend stellt sich die Rechtslage in Deutschland in der Ausprägung, die sie durch die Gerichte erfahren hat, als eher streng dar. Deutsche Gerichte neigen eher dazu, allgemeine Geschäftsbedingungen auch in Verträgen zwischen Unternehmen für unwirksam zu erklären, als dies in anderen Ländern der Fall ist. Für Staaten, in denen es bislang nur wenig Erfahrung mit der gerichtlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gibt, empfiehlt sich daher eine Orientierung an der Rechtsprechung des BGH nur unter Einbeziehung der abweichenden Ansichten in dieser Frage.

⁴³ Vorschlag der Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts zur Ergänzung des § 310 Abs.1 BGB (Fn. 33): *Werden Vertragsbedingungen gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, stellen sie keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesen oder dem Vertragswerk insgesamt aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht.*

⁴⁴ Vorschlag der Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts zur Neufassung des § 310 Abs.1 Satz 2 BGB, oben Fußnote 33.

⁴⁵ Text des Draft Common Frame of Reference einsehbar unter: <https://sakig.pl/uploads/upfiles/moot/dfcr.pdf>

⁴⁶ Vgl. die Darstellung bei Müller *AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand – Für eine Lockerung im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, IWRZ 2018, S. 153.

⁴⁷ So wurde vorgeschlagen, es den Parteien anheim zu stellen, mittels Unterschrift bzw. gesonderter Erklärung einzelnen Klauseln bzw. ihr Vertragswerk insgesamt der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen oder Verträge ab einem bestimmten Volumen auszunehmen, siehe Fußnote 44.

⁴⁸ *Leuschner AGB-Recht*, Seite 5. Siehe Fußnote 39.

⁴⁹ Initiative Pro-AGB“, <http://www.pro-agb-recht.de>

⁵⁰ Zuletzt von Westphalen Reformvorhaben der Koalition zum AGB-Recht bei innovativen Geschäftsmodellen auf dem Prüfstand, ZIP 2018, S. 1101.

III. კერძო ავტონომიის საზღვრები (მოხსენებები ქვეყნებიდან)

III. Grenzen der Privatautonomie (Länderberichte)

III. Границы частной автономии (доклады по странам)

ძირითადი უფლებების გავლენა კერძო ავტონომიაზე: კერძო ავტონომიის გაფართოება თუ შეზღუდვა (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიმოხილვა)

1. ზოგადად კერძო ავტონომიის შესახებ

კერძო სამართლის ევოლუციური პროცესი კერძო ავტონომიის სხვადასხვა მიმართულებით დინების გამომხატველია. სამოქალაქო ბრუნვაში ზოგჯერ თავს იჩენს მხარეთა აბსოლუტური უფლება, ისარგებლონ შეუზღუდავი კერძო ავტონომიით, ზოგჯერ კიდევ დომინირებს ერთი მხარის ნება, როცა სამართლებრივი სასწორი მომეტებულადაა გადახრილი ამ ნების სასარგებლოდ. ორიოდ სიტყვით, ეს ფილოსოფია ასე გამოიყურება: ხან აბსოლუტურია მხარეთა შეთანხმებული ნება, ხან კიდევ – ერთი მხარის ნება. ეს უკანასკნელი ნიშნავს სამოქალაქო ბრუნვის აპრიორულად მორგებას მონოპოლიურ ნებასთან, რომელიც სხვადასხვა ფორმაში ვლინდება. ნების ავტონომიისადმი ასეთი დამოკიდებულება უპირისპირდებოდა კონსტიტუციით დადგენილ პრინციპებს და ძირს უთხრიდა ძირითადი უფლებებისადმი კერძო სამართლის დამოკიდებულებას. ამ ფაქტმა მძლავრად იჩინა თავი კერძო სამართლის კოდიფიკაციის პროცესში, რისი ერთ-ერთი მიზეზი იყო კერძო და კონსტიტუციური სამართლის ურთიერთმიმართების გაუთვალისწინებლობა. თუკი მანამდე ნების ავტონომია ერთობ ვიწროდ გაიგებოდა და ეს გამონეული იყო საბჭოთა სამართალში კერძო ინტერესებისადმი ცინიკური დამოკიდებულებით, შემდგომ, სამოქალაქო კოდექსის მიღების დროიდან, მას ჩაენაცვლა კერძო ინტერესების ფეტიშიზმი. ეს უნდა ჩაითვალოს იმ გაუგებრობად, რომელიც მოსალოდნელი იყო მოჰყოლოდა კერძო სამართლის ისტორიულ უფლებებში აღდგენას. კერძო ინტერესის გადამეტებულმა შეფასებამ სერიოზული ბიძგი მისცა კერძო სამართლის განვითარებას, ცალკეულ შემთხვევაში მისი კალაპოტიდან ამოვარდნილი და ბრუნვის წესრიგთან დაპირისპირებული მდგომარეობით. ერთი პერიოდი ისეთი სამართლებრივი სურათი შეიქმნა, რომ თითქოს კერძო ავტონომიამ თავად გამოაცხადა ავტონომია და დაუპირისპირდა ღირებულებათა კონსტიტუციურ წესრიგს. ამის ნათელი მაგალითები ჩანს სასამართლო პრეცედენტებში, რომლებიც დამკვიდრდა სამოქალაქო კოდექსის მიღების შემდგომ. იქამდე მივიდა საქმე, რომ შეთანხმება, როგორც მხარეთა კერძო ავტონომიის ნაყოფი, ფაქტობრივად მოქცეულიყო კანონის სათავეში – არა კერძო ავტონომია კანონის ფარგლებში, არამედ კანონი კერძო ავტონომიის ფარგლებში. ასეთი დამოკიდებულება არ უკავშირდება კერძო პირთა სამართლებრივი ძალაუფლების სიძლიერეს, რასაც არც კი ჰქონია აღნიშნულ ეტაპზე ადგილი. ეს იყო სამართლის ტრანსფორმაციის გამოძახილი, რამაც კერძო სამართალი აღადგინა ძველ უფლებებში. ამ ძალაუფლების მომძლავრება შემდგომში უფრო შესამჩნევი ხდება და ლეგიტიმურ სახესაც იღებს. ტრანსნაციონალური, მძლავრი კორპორაციები თავად კარნახობენ კანონმდებელს თავიანთ ნებას.

2. ძირითადი უფლებები და ადამიანის პიროვნულობა

თანამედროვე ეპოქაში არნახულად გაიზარდა ძირითადი უფლებების გავლენა სამართლებრივ მატერიაზე. იგი გახდა სამართლებრივი სიკეთეების სუბსტანციის ერთ-ერთი ყველაზე ორგა-

* პროფესორი ბესარიონ ზოიძე – თსუ-ის პროფესორი და თსუ-ის თანამედროვე კერძო სამართლის ინსტიტუტის დირექტორია, საქართველო

ნული ქსოვილი.¹ ეს არ ნიშნავს ღირებულებათა ერთმანეთში აღრევას ან ერთის მეორეთი ჩანაცვლებას, იგი მარტივად მიგვანიშნებს იმაზე, რომ ყოველთვის არსებობს ერთი ცენტრი, ძირითადი ღირებულება, რომელზედაც ასხმულია ყველა დანარჩენი. ასეთია ადამიანის ძირითადი უფლებები, რომლებსაც საპირინონე არ გააჩნია. იგი არ იწონება, ვინაიდან არ არსებობს სხვა ღირებულება, რომელიც მას გადაწონის. იგი თავიდანვეა ანონილი, სამართალი მათი შეზღუდვის გზით მხოლოდ იმას ადგენს, კონკრეტულ სიტუაციაში როგორ უნდა გამოავლინოს მან თავი. ძირითადი უფლება არ შეიძლება დაუპირისპირდეს საკუთარი არსებობის გარემოს. ვიმეორებთ, უფლების ნებისმიერი შეზღუდვა თუ რეკონსტრუქცია აღნიშნულ გარემოზე მორგების ინტერესებითაა გამონგეული. ამ უფლებათა ასეთი აბსოლუტურობა იმითაა განპირობებული, რომ ისინი ადამიანის პიროვნულობის უმთავრეს გარსს ქმნის, რის საფუძველზედაც ჩვენ ვაღიარებთ ადამიანს, როგორც სამართლის სუბიექტს, რომელიც სამართლის სხვადასხვა განმტოებაში სპეციფიკურად ავლენს თავის თავს. ძირითადი უფლების ასეთი საკრალურობა განპირობებულია იმით, რომ თავად ადამიანია საკრალური არსება, სამართლის მიზანი თავისთავად, უმიზეზოდ, როგორც ამას გვიმტკიცებდა იმანუელ კანტი. ყველა სხვა საგანი საშუალებაა ამ მიზნის ხორცის შესასხმელად. ამიტომაც ძირითადი უფლებები ისე ორგანულად არიან ჩაბუდებული ადამიანის ადამიანობაში, რომ თითქმის შეუძლებელია მათი ერთმანეთისგან გამოცალკეება. ეს ადამიანის ისეთი არაქონებრივი სარტყელია, რომელიც განსაზღვრავს მის მატერიალურ ყოფიერებას და აზრს ანიჭებს მის სხეულებრიობას. ამ კონტექსტში თავისუფლად შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ადამიანი უფლებაა, რაც არაერთხელ გავვიმეორებია. ჩამოაშორეთ ადამიანს ძირითადი უფლებები და ხელში შეგვრჩებათ მისი მკვდარი სხეული, რომელიც მხოლოდ ფორმით იქნება განსხვავებული ცხოველის სხეულისგან. აქედან ჩანს, რომ შესაძლებელია ადამიანის სიკვდილი მის სიცოცხლეშივე, თუკი იგი ძირითადი უფლებისაგან იქნება განყენებული. ეს პიროვნების სამოქალაქო სიკვდილია და იგი უფრო მძიმეა, ვიდრე ბუნებრივი სიკვდილი. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში სხეული კვდება, მაგრამ სული განაგრძობს არსებობას, რაც სრულიად ბუნებრივი მდგომარეობაა. ძირითადი უფლებების უარყოფით ჩვენ სხეულსაც უარყოფთ, რადგან ადამიანის სიცოცხლეში მისი მატერიალური ყოფიერება წარმოუდგენელია ძირითადი უფლებების გარეშე.

ძირითადი უფლების მსუსხავი მიზიდულობის ძალა არსებით გავლენას ახდენს სამართალ-შემოქმედებით პროცესზე. ისინი განსაზღვრავენ კანონთა ბუნებას და არა კანონები მათ ბუნებას. გერმანიის მაგალითზე, თუკი ვაიმარის კონსტიტუციის დროს ძირითადი უფლებები მოიაზრებოდა კანონის ფარგლებში, შემდგომ პირიქით, კანონი მოიაზრებოდა ძირითადი უფლების ფარგლებში.² ეს არ ნიშნავს კანონის მნიშვნელობის დამცრობას. სრულყოფილი კანონმდებლობის გარეშე გართულდება ძირითადი უფლებების დაცვა. მნიშვნელოვანია იმის აღიარება, რომ ძირითადი უფლებები უშუალოდ მოქმედი სამართალია, მისთვის ფორმალური ყოფიერება არ არის გადამწყვეტი. მართალია, კონსტიტუცია საკმაოდ დეტალურად განამტკიცებს ძირითად უფლებებს, მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ კონსტიტუცია ქმნის მათ. კონსტიტუცია იძლევა მათი დაცვის გარანტიებს. იურიდიული ფორმალიზმის დაძლევის მიზნით უნდა ითქვას, რომ კონსტიტუციაში რომც არ იყოს საკუთრების დამცავი ნორმა (რაც ამ აქტის სერიოზული ნაკლი იქნებოდა), ეს არ ნიშნავს არც საკუთრების ძირითადი უფლება არსებობს და არც მისი კონსტრუქციური დაცვა ხდება. ამ უფლების არსებობაში ეჭვს ვერავინ შეიტანს, ვინაიდან ძირითადი უფლებები, ჩვენი აზრით, უფორმო უფლებებია, რომლებიც ადამიანს გააჩნია თავისი ადამიანობის გამო. ეს კი სახელმწიფოს ავალდებულებს, კონსტიტუციითვე დაიცვას იგი, იმის მიუხედავად, სპეციალური დამცავი ნორმა არსებობს თუ არა. როცა აღიარებულია უფლება, ავტომატურად აღიარებულია მისი დაცვაც. უფლების ფორმალურად ნორმატიული აღიარება იწვევს მისი დაცვის აღიარებას სპეციალური ფორმის არარსებობის შემთხვევაშიც. პრიმიტიული შედარებით, აქ ისეთი მიზეზშედეგობრივი კავშირია, როგორიც ქათმისა და კვერცხის გაჩენის ურთიერთმიმართებაშია. თუ არაა კვერცხი, არც ქათამი იარსებებს, თუ არაა ქათამი, არც კვერცხი იქნება. როცა სპეციალური ჩანანერი არაა

¹ ძირითადი უფლებების კერძო სამართალზე გავლენის შესახებ დეტალურად იხილეთ: სალომე ქერაშვილი, ძირითადი უფლებების გავლენა სახელმწიფოებო სამართალზე: ევროპული გამოცდილების მნიშვნელობა ქართული სამართლისათვის, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბილისი, 2018, გვ. 19-262.

² Karl Schmidt, Grundrechte, 2003, S. 42.

კონსტიტუციაში დაცვის შესახებ, მაშინ დაცვა გამომდინარეობს კონსტიტუციის პრინციპებიდან. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილებიდან, რომელიც ეხება იძულებით გადაადგილებული პირების საკუთრების უფლების დაცვას, ჩანს, რომ კონსტიტუციით საკუთრების უფლების აღიარებას მაშინ აქვს აზრი, როცა იმავდროულად აღიარებულია მისი დაცვა. დაცვას მოკლებული საკუთრება არცაა საკუთრება. „ამ დროს, სახელმწიფო საკუთრების გარანტიაზე უარის თქმით (მართალია გარკვეული დროით) დევნილებს საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის მოქმედების მიღმა ტოვებს“.³ გავიხსენებ სხვა მაგალითს. მართალია, საკუთრების არსის შენარჩუნების პრინციპზე ადრე საგანგებოდ არ იყო მითითებული კონსტიტუციაში, მაგრამ საკონსტიტუციო სასამართლო ამ პრინციპის საფუძველზე წყვეტდა დავებს და მას მიიჩნევდა თანაზომიერების ზოგადი პრინციპის ერთ-ერთ გამოვლინებად. სასამართლოს აზრით, „საკუთრების კანონისმიერი თუ სახელშეკრულებო ბოჭვის ნებისმიერ შემთხვევაში საკუთრების არსება უნდა შენარჩუნდეს და მისი შინაარსი არ უნდა დაზიანდეს“.⁴

3. ძირითადი უფლება „უფორმო ფორმაში“

ძირითადი უფლებების ზემოქმედების ძალა იმდენად ძლიერია, რომ მან გაბატონებული პრინციპებიც კი შეიძლება თავდაყირა დააყენოს მისი მოქმედების სივრცეში. მოგეხსენებათ, პრინციპიდან გამონაკლისი სამართალში იშვიათია და იმდენი გამონაკლისის ატანა შეუძლია პრინციპს, რამდენიც არ შეუქმნის საფრთხეს მის არსებობას. როცა ძირითად უფლებებზეა საუბარი, აქ მათი დაცვა იმ კატეგორიის პრინციპია, რომელიც შეიძლება განვიხილოთ პრინციპების პრინციპად. იმდენად ძლიერია მათი გავლენა საერთაშორისო სამართალზე, რომ ისინი ფაქტობრივად ფორმალური ბარიერების მიუხედავად ექცევა ღირებულებათა იერარქიის სათავეში. საამისო ბიძგს საქართველოს კონსტიტუციაში წარმოადგენს ნორმა, რომელშიც აღნიშნულია: „სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდული არიან ამ უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით“ (მუხლი 4, პ. 2). ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული უფლებებისა და თავისუფლებების გამომხატველი ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი აქტი ევროსაბჭოს ქვეყნებისათვის ეს არის „ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენცია“, რომელიც ქართული სამართლის ნაწილს წარმოადგენს. ამ აქტს ნორმატიული აქტების ფორმალურ იერარქიაში უკავია მეოთხე ადგილი საქართველოს კონსტიტუციის, კონსტიტუციური კანონისა და კონსტიტუციური შეთანხმების შემდეგ. ეს ნიშნავს იმას, რომ მათ შორის კოლიზიისას, კონვენციაზე უპირატესად გამოიყენება წინა აქტები. კონვენცია ფორმალურად აღემატება საქართველოს კანონებს და ცხადია, მათთან წინააღმდეგობისას გამოიყენება კონვენცია და არა ეს კანონები. ასეთია მოქმედი კანონმდებლობით დადგენილი ფორმალური უფლებრივი ნესრიგი. მაგრამ რა ხდება მაშინ, როცა კონვენცია უფრო სრულფასოვნად იცავს ადამიანის ძირითად უფლებებს, ვიდრე მათზე ფორმალურად აღმატებული აქტები. როცა აღმოჩნდება, რომ კონვენცია ითვალისწინებს ძირითადი უფლების დაცვის უფრო მაღალ სტანდარტს, ჩვენ ვფიქრობთ, რომ კონსტიტუციით დასახელებულ ნორმაზე დაყრდნობით, ხალხის ზნეობრივ და სოციალური ცხოვრების სხვა ფასეულობათა გათვალისწინებით, შესაძლებელია, გამოვიყენოთ კონვენცია. ასევე, როცა კონვენციაზე დაბალი რანგის აქტი ითვალისწინებს მაღალ სტანდარტს, მაშინ კონვენციაზე დაბალი დონის აქტი უნდა გამოვიყენოთ. მაშასადამე, ფორმალური რანგობრივი უპირატესობა შეიძლება დაირღვეს ნორმის ღირებულებითი პრიორიტეტით. მსგავსი გადაწყვეტა გვექნება ზოგადი და სპეციფიკური ნორმების ურთიერთმიმართებისას. თუკი ზოგადი კანონი ადამიანის უფლების დაცვის

³ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2004 წლის 16 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე: „საქართველოს მოქალაქე ანზორ თევზაია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2004, თბილისი, 2005, გვ. 129.

⁴ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2001 წლის 7 ივნისის გადაწყვეტილება საქმეზე: „ვალიდა დარბაიძე, ნათელა ციმაკურიძე და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2000-2001, თბილისი, 2003, გვ. 124.

უფრო მაღალ სტანდარტს ითვალისწინებს, ვიდრე სპეციალური, მაშინ პრიორიტეტული იქნება ზოგადი კანონი და არა სპეციალური. განსაკუთრებით შესამჩნევია ეს შრომით უფლებებთან დაკავშირებით. საქართველოს შრომის კოდექსის იტალიელი კომენტატორები მათი ეროვნული სამართლის მაგალითზე აღნიშნავენ, რომ იერარქიულად დაბლა მდგომ აქტს პრიორიტეტი ეძლევა იმ შემთხვევაში, როცა იგი დასაქმებულის ინტერესებს უკეთესად იცავს, ვიდრე იერარქიულად მაღლა მდგომი აქტი. ასეთი მიდგომა გამომდინარეობს იტალიურ სამართალში მოქმედი პრინციპიდან – “favor prestatoris”, რაც ნიშნავს დასაქმებულთა სასარგებლო წესების უპირატესობას.⁵

ამდენად, ძირითად უფლებას ისეთი გამჭოლი ძალა გააჩნია, რომ მას შეუძლია, გადალახოს ნებისმიერი ფორმალური ბარიერი. აქ „უფორმო ფორმა“⁶ სძლევს იურიდიულ ფორმას.⁷

4. კერძო ავტონომია „უფორმო ფორმაში“

ხშირად დაისმის ასეთი კითხვა: ეტევა თუ არა კერძო ავტონომია იურიდიული ფორმის ფარგლებში. ამაზე გონიერი ცივილისტი გვიპასუხებს, რომ არა, და ეს იმიტომ, რომ კერძო ავტონომიის ფორმისმიერი მოხაზულობა მხოლოდ პირობითია და იგი უპირატესად პოზიტიური სამართლით აღიარებული ღირებულებების უსაფრთხო ბრუნვას ემსახურება. თუმცა ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ფასეულია მხოლოდ ის, რაც ჩვენ მიერ აღიარებული ფორმით არსებობს. აკი, ზემოთ კიდევ აღვნიშნეთ, რომ ძირითადი უფლებები ფაქტია, იმის მიუხედავად, რა ფორმით არსებობს ისინი. სამართლის ენაზე, კერძო ავტონომიის მოქმედება შეიძლება შევნიშნოთ „უფორმო ფორმის“, იმავე სამართლებრივად განუსაზღვრელი ფორმის სივრცეში. შეუძლებელია, თვალი არ გავუსწოროთ და არ ვიფიქროთ იმ უფლებათა აღიარებაზე, რომლებიც უპირისპირდება პოზიტიური სამართლით დადგენილ ფორმებს. არ უნდა დავივიწყოთ, რომ მართლწესრიგის დიდ ოკეანეში პოზიტიურის გვერდით არსებობს არაპოზიტიური მართლწესრიგი, რომელიც ამ პირველის უარყოფა კი არ არის, არამედ მის დამატებად შეიძლება მივიჩნიოთ. ბუნებრივია, ყოველგვარი წინააღმდეგობა ვერ იქნება დამატება, მაგრამ თავიდანვე იმით შეზღუდვა, რომ დამატება აპრიორულად უარყოფაა, არ არის სწორი. თანამედროვე სასამართლო პრეცედენტები ამ კონცეფციის გამოვლინებად უნდა მივიჩნიოთ. ამის აღიარებით ჩვენ ვაღიარებთ იმას, რომ სამართლებრივ სიკეთეთა ნამდვილი განსაზღვრულობა, მათი განუსაზღვრელობაა. ერთი შეხედვით, ეს უნდა იყოს წინააღმდეგობრივი და ულოგიკო დებულება, მაგრამ სხვაგვარად სამართლის მთლიანობის შემცენება შეუძლებელია. ჩვენთვის არსებული იქნება მხოლოდ ის, რაც ჩვენ მიერ მოგონილი ფორმით იარსებებს. აღნიშნული განცხადებით არ უარყოფთ საგანთა განსაზღვრულობას, მაგრამ გვინდა, თვალი გაუსწოროთ იმ სინამდვილესაც, რომელიც მის მიღმაა.

თანამედროვე პრეცედენტები სწორედ იმაზე მეტყველებს, რასაც აქ ვამტკიცებთ. მაგრამ საინტერესოა, როგორია ამ თვალსაზრისით კერძო სამართლისა და კონსტიტუციურის დამოკიდებულება. ჩვენი დაკვირვებით, **ადამიანის ძირითადი უფლებები** ისეთი მძლავრი ბიძგის მატარებელია, რომ იგი იწვევს კერძო სამართლის ამ მიმართულებით დინების აჩქარებას.⁸ სულ მშრალი

⁵ საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, ანდრეა ბორონი (რედ.), გამომცემლობა „მერიდიანი“, 2016, მუხლი 1 (ფრანჩესკო ბაჩინი, ანდრეა ბორონი, მარკო სეგესიო) გვ. 10-12.

⁶ ეს სიტყვები აღებულია ლერი ალიმონაკის წინათქმიდან ლაოდის დაო-დეძინის გამოცემაში: ლაო-ძი, დაო-დეძინი, გამომცემლობა „ადაპტი“, თბილისი, 2013, გვ. 37.

⁷ აღნიშნული არ უნდა გავიგოთ ისე, თითქოს კერძო სამართლის მთელ სივრცეზე ძირითადი უფლებების შეღწევა ერთნაირია. როგორც დასავლური კვლევები იუწყება, აქ განსხვავებულია მისი ზემოქმედება. თუ შეფასების ობიექტად მივიღებთ ორ ძირითად ელემენტს, როგორებიცაა გარიგება და კანონი, ძირითადი უფლების ზემოქმედების არგუმენტები ხელშეკრულების მიმართ უფრო შესამჩნევი აღმოჩნდება. იხ.: Dieter Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis, 192 Band (1992), S. 44; კერძო სამართალში ფორმისა და შინაარსის ურთიერთმიმართებაზე დაწვრილებით იხილეთ: გიორგი ამირანაშვილი, გარიგების ფორმის იძულება, როგორც ფორმის თავისუფლების შეზღუდვა, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2018, გვ. 47-273.

⁸ ჩვენი აზრით, დამაფიქრებელია ცნობილი გერმანელი მკვლევრის, დიდერიშის, პროვოკაციულად გამოხატული მოსაზრება, როცა იგი ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს ახასიათებს, როგორც სამოქალაქო საქმეთა უზენაეს სასამართლოს. იხ.: Jürgen Basedow, Europäische Menschenrechtskonvention und Europäisches Privatrecht, Rebls Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 63 (1999), S. 410.

რომ არ გამოვიდეს ჩვენი მსჯელობა, ერთ მაგალითს მოვიყვან კერძო ავტონომიიდან, რომელიც ეხება ქორწინებას. ჩვენი სასამართლოების ყველა ინსტანცია ერთხმად აღიარებდა, რომ ფორმალური ქორწინება არ არის ქორწინება და იგი ვერ წარმოშობს პირთა შორის „სამეულლეო-სამემკვიდრეო“ უფლებებს. არ არის ფორმა, არ არის უფლება. ეს იყო არასწორი გადაწყვეტილება ძირითადი უფლებების ღირებულებით კონტექსტში. რა მოხდა, რომ არაა რეგისტრირებული ქორწინება, ფაქტი საქორწინო ურთიერთობისა ხომ არსებობს! ხომ არის არაპოზიტიურ ფორმაში ის, რაც პოზიტიურში უნდა იყოს. სწორედ ამას გვეუბნება კერძო სამართლის პრეცედენტები. მთავარი, რაც ამ მსჯელობას მინდა დავუკავშირო, არის ის, რომ ძირითადი უფლებები აფართოვებს კერძო ავტონომიას სამართალში.

5. ძირითადი უფლებების დამოკიდებულება კერძო ავტონომიისადმი

ძირითადი უფლებების კერძო სამართალზე გავლენის სისუსტე სხვადასხვა გარემოებით არის განპირობებული. ერთ-ერთი მიზეზი უნდა იყოს კერძო სამართალში ფორმალისტური მიდგომის ფეტიშიზმი. სასამართლო პრაქტიკა ცდილობს, ნების ავტონომიის მოქმედების იმ ფარგლებში ჩაეტიოს, რომელიც ტრადიციულადაა მიღებული კერძო სამართალში. დაახლოებით მიუნჰაუზენის მსგავსი მცდელობაა, პრობლემიდან გამოსავალი მოინახოს კერძო სამართლის სადემარკაციო ხაზის ფარგლებში. ცხადია, ნების ავტონომიის ეს სივრცე საკმაოდ ვრცელია და თავისუფალი მოქმედების ფართო შესაძლებლობას იძლევა. მაგრამ ბოლომდე არ ეწევა ანგარიში იმ საერთო ტენდენციას, რომელიც შეიმჩნევა კერძო და საჯარო სამართლის ურთიერთდამოკიდებულებაში. ძირითადი უფლებების სუსტი იმდენად ძლიერი ჩანს თანამედროვე სამართალში, რომ მისი გავლენის უარყოფა იქნებოდა სამართალში მოქმედი საერთო ტენდენციის გაუთვალისწინებლობა. როგორც ადასტურებს თანამედროვე კვლევები, ძირითადი უფლებების გავლენა იმდენად ძლიერია კერძო სამართალზე, რომ იგი შლის კერძო და საჯარო სამართალს შორის ტრადიციულ სადემარკაციო ხაზს.⁹ ცხადია, ეს არ ნიშნავს სამართლის ამ ორი დიდი სფეროს ერთმანეთში აღრევას, იგი უპირატესად ძირითადი უფლებების მოქმედებით გამონვეულ შედეგებს ეხება. მაინც რა უნდა იყოს ძირითად უფლებებში ისეთი, რაც კერძო სამართლის დაახლოებას იწვევს საჯაროსთან. ამაზე პასუხი, ჩვენი დაკვირვებით, შემდეგნაირად უნდა აიხსნას. კერძო სამართალი კერძო ავტონომიაზეა აგებული, რომლის საფუძველიცაა მხარეთა თანასწორობა. მათ შორის უფლება-მოვალეობები გადანაწილებულია იმ პრინციპების დაცვით, რომლებიც ამ დარგშია გაბატონებული. ამ პრინციპებზე დაფუძნებულ ურთიერთობას, იმავდროულად, თანაზომიერების კონსტიტუციური პრინციპი უდევს საფუძვლად. მაგრამ მთავარი აქ მაინც კერძო ინტერესია. მიუხედავად მხარეთა ჰარმონიული, უფლება-მოვალეობებით დაბალანსებული ურთიერთობისა, მათი ინტერესები განსხვავებულია. რუდოლფ იერიხი მას ეგოისტურ ინტერესებსაც უწოდებს. აქ არ არის ინტერესთა ერთიანობა (რაც შეუძლებელიცაა), მიუხედავად მათი მშვიდობიანი თანაარსებობისა. ესაა დაპირისპირებულ ინტერესთა თანაარსებობა. ყოველი მხარე ურთიერთობისა იმყოფება სახელმეკრულებო ბოჭვის იმ რეჟიმში, რომელიც კერძო სამართლის ბუნების შესატყვისია. ეს ქმნის იმის განცდას, რომ მისთვის დამახასიათებელ ღირებულებებზე აგებული სამართალი გამოირჩევა აბსოლუტური სისრულით. ეს არის სამართალი, რომელმაც შეიძლება თავის თავში მოახლოს ყველა კითხვაზე პასუხი და ამ გზით შეინარჩუნოს თვისებრივი, სუბსტანციური იერსახე. კერძო ავტონომიის მოქმედების ასპარეზი ამ სივრცით ამოიწურება. კერძოსამართლებრივ სასწორზე შეწონილი ინტერესები სწორია სწორედ კერძოსამართლებრივი პოზიციებიდან. აქვე მსურს, დავახუსტო, რომ ვგულისხმობთ კერძო სამართალს, რომელიც შეესაბამება სადამფუძნებლო კონსტიტუციურ პრინციპებს. თუ ასე არ მივუდგებით ამ დარგს, მაშინ ძირითადი უფლებების მოქმედება კერძო უფლებებზე კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგება.

ახლა შევხედოთ ამ საკითხს ძირითადი უფლებების ქრილში. თუ კერძო უფლებებს ადამიანები იძენენ, ძირითადი უფლებები მათი პიროვნულობის იმანენტური მახასიათებელია. ძირითადი

⁹ იხ. *სალომე ქერაშვილი*, ძირითადი უფლებების გავლენა სახელმეკრულებო სამართალზე: ევროპული გამოცდილებების მნიშვნელობა ქართული სამართლისათვის, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბილისი, 2018, გვ. 51.

თადი უფლებების ფონზე კერძო სამართალში არსებული ავტონომია შეიძლება გაფართოვდეს, შეიძლება შეიზღუდოს. რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, მან შეიძლება, გამოიწვიოს ღირებულებათა ტრანსფორმაცია და ა. შ. ძირითადი უფლების სარკეში ჩვენ ვხედავთ არა დაპირისპირებულ ინტერესებს, არამედ ინტერესების დაბალანსებას მხარეთა ძალაუფლების ძირითადი უფლების სასწორზე ანონის გზით. ძირითადი უფლებები ფასეულობათა დაახლოებას იწვევს, მაგალითად, სარგებლობაში მოჩანს საკუთრება და ასე შემდეგ. ძირითადი უფლებები იწვევს კერძო სამართლის სადემარკაციო ხაზის მოშლას და აფართოებს მის ღირებულებით სივრცეს. ძირითადი უფლებიდან გამომდინარე, გადაწყვეტილება მიიჩნევა სწორ გადაწყვეტილებად. შესაბამისად, კერძო ავტონომია ფასდება ძირითადი უფლების ქრილში.¹⁰

6. ძირითადი უფლებების გამოხატვის ფორმისადმი დამოკიდებულება

იბადება სრულიად ლოგიკური კითხვა: შეიძლება თუ არა კერძო სამართალი ახდენდეს გავლენას ძირითად უფლებებზე. ცხადია, არ შეიძლება ამის გამორიცხვა. მართალია, ჩვენ ვსაუბრობთ კონსტიტუციის გავლენებზე, რაც სამართლებრივ ღირებულებათა ობიექტური ნორმატიული წესრიგიდან გამომდინარეობს, მაგრამ კერძო სამართლის უკუგავლენას ვერ უარვყოფთ. შეუძლებელია ცალმხრივი გავლენა ერთი საგნისა მეორეზე. ის, რაც მიზეზშედეგობრივად ერთმანეთთან დაკავშირებული, ერთი მეორეზე ორმხრივი გავლენებითაც ხასიათდება. განსხვავება ამ გავლენის სიძლიერეშია. ძირითადი უფლებების ფართო გავლენას კერძო სამართალზე განაპირობებს ის, რომ კონსტიტუცია ადგენს ღირებულებათა წესრიგს, რასაც ემორჩილება მთელი სამართლებრივი სისტემა. ეს კი ნიშნავს იმას, რომ კერძო სამართალი ემორჩილება ძირითადი უფლებებიდან გამომდინარე მოთხოვნებს და არა პირიქით, ძირითადი უფლებები – კერძო სამართლებრივ ფასეულობებს. მაშინ რა შეიძლება იყოს კერძოს გავლენები კონსტიტუციურზე? უპირველეს ყოვლისა, ეს არაპირდაპირი გავლენაა, კერძო სამართალი შეიძლება მივიჩნიოთ რიგი ძირითადი უფლების კონსტიტუციურსამართლებრივ ფასეულობად ჩამოყალიბების წყაროდ. ისეთი უმნიშვნელოვანესი ინსტიტუტები, როგორებიცაა საკუთრება, ხელშეკრულება, ოჯახი და ბევრი სხვა ფასეულობანი კერძო სამართალში ჩამოყალიბდა და, კონსტიტუციაში ასახვის მიუხედავად, ისინი წარმოადგენს ადამიანის ძირითად უფლებებს, ადამიანთან, როგორც პიროვნულობის მქონე სუბიექტთან, იმანენტური კავშირის გამო. ამ გაგებით, კონსტიტუციები არ ადგენს ძირითად უფლებებს, მათი ფუნქცია ამ უფლებების დაცვაა. თუმცა, დაცვის ხასიათი და გარანტიები თავად უფლების თვისებრივ მდგომარეობაზეა დამოკიდებული, მისი პირდაპირი ანარეკლია. ამიტომაცაა, რომ სხვადასხვა ქვეყნის კონსტიტუციები განსხვავდება ძირითადი უფლებების დაცვის ხარისხით. ავიღოთ საკუთრების დაცვის გერმანული კონცეფცია. მისი სოციალური შინაარსისადმი საზგასმა თავად ამ ინსტიტუტის კერძოსამართლებრივი ბუნებაა. აქედან გამომდინარე, იმის თქმა გვინდა, რომ მართალია, ძირითადი უფლებები გავლენას ახდენს კერძო სამართალზე, მაგრამ ის არ ქმნის ამა თუ იმ ქვეყნის კერძო სამართალს, როგორც მთლიანობის მქონე ფასეულობას. ეს ფასეულობები კონსტიტუციის მიღმა ყალიბდება. ავიღოთ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის შექმნის ისტორია. ეს კოდექსი, როგორც ფასეულობათა კრებული, იქმნებოდა 1992 წლიდან. საქართველოს კონსტიტუციის მიღებისას – 1995 წლისათვის, ამ კოდექსის პროექტი დასრულებული სახით არსებობდა და, როცა იგი ძალაში შევიდა 1997 წელს, სრულ შესაბამისობაში აღმოჩნდა ღირებულებითი წესრიგით კონსტიტუციასთან. მეტიც, სასამართლო პრეცედენტებიდან გამოჩნდა, რომ კერძო სამართალში უფრო კონსტიტუციური იყო კერძო და საჯარო ინტერესების ურთიერთდამოკიდებულება, ვიდრე თავად კონსტიტუციის ნორმების საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებებიდან ჩანდა.

¹⁰ კონსტიტუციურსამართლებრივი წესრიგები კერძო სამართლის სადამფუძნებლო ფასეულობად კერძო ავტონომიას აღიარებს, მიუხედავად ამ დარგზე ძირითადი უფლებების გავლენის ზრდისა. იხ.: Reinhard Ellger, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Privatrecht, *Rebels Zeitschrift*, Band 63 (1999), S. 627-628.

7. კანონმდებლის დამოკიდებულება ძირითადი უფლების ეფექტურობის მიმართ

აღნიშნული ურთიერთმიმართების ფონზე, მინდა, ყურადღება მივაქციო ერთ მიდგომას, რომელიც, ჩვენი აზრით, არ უნდა იყოს გამართლებული სამართალშემეცნების მოქმედი ტენდენციების, კერძოდ კი – ღირებულებათა კონსტიტუციური წესრიგიდან გამომდინარე. ვიდრე ანალიზს დავიწყებდეთ, მანამდე ფაქტებს მოვიყვანო.

საქმე ეხება ქორწინების განმარტებას, რომელსაც შეიცავს სამოქალაქო კოდექსი. 1106-ე მუხლის მიხედვით, „ქორწინება არის ოჯახის შექმნის მიზნით ქალისა და მამაკაცის ნებაყოფლობითი კავშირი, რომელიც რეგისტრირებულია...“; საქართველოს კონსტიტუციაში არსებული ნორმა ასე გამოიყურებოდა: „ქორწინება ემყარება მეუღლეთა უფლებრივ თანასწორობასა და ნებაყოფლობას“ (მ.36,პ.1). როგორც ვხედავთ, სამოქალაქო კოდექსი პირდაპირ სიტყვასიტყვით აღნიშნავს, რომ ქორწინება შესაძლებელია მხოლოდ განსხვავებული სქესის ადამიანებს შორის. კონსტიტუციაში კი ასეთი სიტყვასიტყვითი მინიშნება არ იყო. ქორწინების კოდექსისეული დეფინიცია ისტორიულად ჩამოყალიბებული სამართალგაგების პირდაპირი გამოხატულებაა. ყველა ღირებულებითი მასალა, იქნება ეს საერო თუ საეკლესიო, ქორწინების ამგვარი დეფინიციის შესაძლებლობას იძლევა, რაც ჩვენი საზოგადოების მორალურ-სამართლებრივ შუბლზე ამოშანთული დებულებაა. ამიტომაც შეუძლებელია, იგი არ გამომდინარეობდეს ღირებულებათა იმ ობიექტური წესრიგიდან, რასაც კონსტიტუცია განამტკიცებს. კონსტიტუციაში არსებული ჩანაწერი რომ არ გამხდარიყო სხვადასხვა განმარტების საფუძველი, კანონმდებელმა აღნიშნული ნორმა დაუახლოვა სამოქალაქო კოდექსის დებულებას. შეიძლება ითქვას, რომ კოდექსის ნორმამ, იმავდროულად, გადაინაცვლა კონსტიტუციაში. დღეს მოქმედი კონსტიტუციური ნორმა ასე გამოიყურება: „ქორწინება, როგორც ქალისა და მამაკაცის კავშირი ოჯახის შექმნის მიზნით, ემყარება მეუღლეთა უფლებრივ თანასწორობასა და ნებაყოფლობას“ (მ.30,პ.1). გაჩნდება კითხვა, რა შეიცვალა ამ კონსტიტუციური ჩანაწერით: უფლების ფორმალური ყოფიერება თუ მატერიალური? ეს კითხვა მეორე კითხვას ბადებს: მატერიალური დამოკიდებულება ფორმალურზე? სწორედ ამით გვინდა ამ საკითხს გავცეთ პასუხი და დავიწყოთ მისი დასაბუთება. პასუხი ასეთია: მატერიალური თვალსაზრისით არაფერი არ შეცვლილა და ეს არსებულმა კონსტიტუციურმა ჩანაწერმა კიდევ დაადასტურა. აღნიშნულ ჩანაწერში აისახა ქორწინებისადმი ჩვენი საზოგადოების ის დამოკიდებულება, რომელიც სამოქალაქო კოდექსში იყო. მაგრამ ჩნდება კითხვა: ეს დამოკიდებულება მხოლოდ ამ ჩანაწერით დაფიქსირდა? ამაზე ჩვენ უარყოფითი პასუხი უნდა გავცეთ. ღირებულებათა კონსტიტუციური წესრიგის ფონზე შეუძლებელი იყო ქორწინების შესახებ ძველი ჩანაწერის კოდექსისგან განსხვავებული ინტერპრეტაცია. ამ ნორმის განმარტების ყველა ადეკვატური მეთოდი მიგვიყვანდა ქორწინების კოდექსირებულ გაგებამდე. მაშასადამე, რაც სიტყვასიტყვით ჩაინერა კონსტიტუციაში, იგი ღირებულებებისა და პრინციპების სახით უკვე არსებულად შეგვეძლო მიგვეჩინა მის ორგანიზმში. ამიტომ ვერც იმას ვიტყვით, რომ კოდექსი გახდა კონსტიტუციური ნორმის ფორმალური საფუძველი. მოკლედ, ამ ფორმალური ჩანაწერით მოხდა არსებულის არსებულად დადასტურება. ნების ავტონომიის ფარგლები არც გაზრდილა და არც შეკვეცილა. მაშასადამე, არც ფორმალურად მომხდარა დიდი ცვლილება. ის, რაც ახალ ჩანაწერში გაჩნდა, კონსტიტუციის ორგანიზმში უკვე არსებობდა.

გაჩნდება კითხვა: მაშინ რა მიზანი ამოძრავებდა კანონმდებელს? ის, რაც არსებობდა, გამოკვეთილი ფორმით ხელმეორედ დაედასტურებინა? ჩვენი აზრით, კანონმდებელი ფიქრობდა, რომ აღნიშნული კონსტიტუციური ჩანაწერით ძირი გამოეთხრებოდა სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული დეფინიციის საკონსტიტუციო სასამართლოში გასაჩივრების შესაძლებლობას. ვფიქრობთ, რომ კანონმდებლის მიზანი ლეგიტიმურია, მაგრამ ეს გზა ძალზე საჭოჭმანოა სხვადასხვა აზრით: ჯერ ერთი, ასეთი მიდგომა აკნინებს კონსტიტუციის, როგორც ღირებულებითი ორგანიზმის, მნიშვნელობას, კერძოდ იმას, რომ ფასეულობათა ობიექტური წესრიგი მთელი მისი სხეულის თვისებაა და კონსტიტუციური ნორმები, ამ მხრივ, თანხვდება და ჰარმონიულად ერწყმის ერთმანეთს. სიტყვასიტყვითი ჩანაწერის ერთადერთი დანიშნულებაა სასამართლოსადმი მიმართვის უფლების შეზღუდვა. ვფიქრობთ, ეს რომც ყოფილიყო, მაშინაც კი სამოქალაქო

კოდექსის ნორმა კონსტიტუციიდან გამომდინარედ ჩაითვლებოდა. სასაცილო იქნებოდა, ვინმეს ეთქვა, რომ ქორწინების კოდექსიეული დეფინიცია მოკლებულია კონსტიტუციურ საფუძველს. თუკი გავყვებით მოქმედ კანონმდებლობაში არსებული ფორმულირებების ასახვას კონსტიტუციაში, ეს კონსტიტუციის ღირებულებასაც აზარალებს და მოქმედი კანონმდებლობის სანდოობასაც. გაჩნდებოდა ნორმათა კონსტიტუციაში სარკისებურად დუბლირების მოთხოვნილება და კონსტიტუცია დაკარგავდა ძირითადი კანონის ბუნებას თავისი თვისებრივი არქიტექტურით. არც ის უნდა დავივიწყოთ, რომ, რაც საეჭვოა, საეჭვოა ნებისმიერი ფორმით. ფორმა შეუძლებელია, აქარწყლებდეს საეჭვოობას.

კერძო და საკონსტიტუციო სამართლის მსგავსი ურთიერთმიმართების მაგალითია სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე უცხოელთა საკუთრების უფლების გარშემო საკანონმდებლო ნების ფორმირების პროცესი. აქ დგას არა იმდენად კერძო ავტონომიის საკითხი, რამდენადაც ნორმატიული ავტონომიის ფარგლებში საკუთრების ძირითადი უფლების მიმართ კერძო სამართლის დამოკიდებულება. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამდე¹¹, „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის შესახებ“ კანონი უცხო ქვეყნის მოქალაქეს არ აძლევდა უფლებას, ყოფილიყო სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის მესაკუთრე. საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო ამკრძალავი ნორმა და ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე აღიარა ეს უფლება. სასამართლომ არაკონსტიტუციურად გამოაცხადა პარლამენტის დადგენილება¹², რომელიც ზღუდავდა ამ უფლებას მორატორიუმის გამოცხადებით, ვიდრე ის მატერიალურ-პროცედურულად არ მოწესრიგდებოდა. აღსანიშნავია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლომ ხსენებული უფლება კონსტიტუციის 21-ე მუხლიდან გამომდინარე უფლებად მიიჩნია, რომელშიც ზოგადად იყო საუბარი საკუთრების უფლებაზე და არა იმაზე, თუ ვინ შეიძლება ყოფილიყო მესაკუთრე. კონსტიტუციის ამჟამინდელი რედაქციის მე-19 მუხლში (პ.3) გაჩნდა ახალი ჩანაწერი, რომელშიც ნათქვამია: „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწა, როგორც განსაკუთრებული მნიშვნელობის რესურსი, შეიძლება იყოს მხოლოდ სახელმწიფო თვითმმართველი ერთეულის, საქართველოს მოქალაქის ან საქართველოს მოქალაქეთა გაერთიანების საკუთრება. გამონაკლისი შემთხვევები შეიძლება დადგინდეს ორგანული კანონით...“. აქედან გამომდინარე, სავარაუდოა, რომ უცხოელი აღნიშნული კატეგორიის მიწის მესაკუთრე შეიძლება გახდეს გამონაკლის შემთხვევაში, სხვადასხვა გარემოების გათვალისწინებით. ვფიქრობთ, კონსტიტუციაში საკუთრების სუბიექტის წინა პლანზე წამოწევა იმითაც უნდა იყოს განპირობებული, რომ კანონმდებლისათვის რთული აღმოჩნდა ისეთი კერძო თუ საჯარო სამართლებრივი ნორმების შექმნა, რომლებიც კარგად იქნებოდა გაჟღერებული კონსტიტუციური ღირებულებებით, ფასეულობათა ობიექტური წესრიგით. ეს რომ ასე იყო, გამოჩნდა „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის შესახებ“ კანონის არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმებიდან და მორატორიუმის არაკონსტიტუციურად ცნობილი აქტის ცალკეული დებულებიდან. მთავარი პრობლემა იყო უცხოელის უფლების ფარგლების განსაზღვრა. ეს საკანონმდებლო სისუსტეები გახდა ის მიზეზი, რომელმაც აიძულა კანონმდებელი, მიენიშნებინა, რომ უცხოელის უფლება მიწაზე საგამონაკლისო უფლებაა, რომელიც ცალკე ორგანული კანონით მოწესრიგდება.

ვფიქრობთ, რომ მაღალი სამართლებრივი კულტურისა და კონსტიტუციური ფასეულობების ურთიერთმიმართების, ერთმანეთთან შეწონვის გზით იგივე შედეგი შეიძლება დაგვეფიქსირებინა მოქმედ კანონმდებლობაში. მოკლედ, თუ მოვახერხებდით შეგვექმნა კონსტიტუციის შესატყვისი მოქმედი კანონმდებლობა, მაშინ საკუთრების სუბიექტზე საგანგებო ხაზგასმა არ მოგვიწევდა და უცხოელის უფლება იარსებებდა, როგორც გამონაკლისი უფლება. კონსტიტუციასთან თანხმობაში მყოფ კანონმდებლობას კონსტიტუციის ძალა ექნებოდა. არ არის მართებული, როცა კონსტიტუციური ნორმა დაცვის გარანტიას იძენს კონსტიტუციაში საგანგებო ხაზგასმით. ასეთი მიდგომა შლის ზღვარს ნორმატიული წესრიგის ცალკეულ შრეებს შორის და კონსტიტუცია ითვისებს მოქმედი კანონმდებლობის ფუნქციებს. აქაც მიზანი კეთილშობილურია, მაგრამ მისი

¹¹ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილება საქმეზე: „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

¹² იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის N1/2/563 გადაწყვეტილება საქმეზე: „ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

მიღწევა შეიძლება სხვაგვარად. არ უნდა დავივიწყოთ, რომ კონსტიტუციური ღირებულებითი წესრიგი აბსტრაქტული წესრიგია და ის, რაც მეტად გადაიხრება კონკრეტულისაკენ, მით უფრო დაკარგავს ამ თვისებას და მთლიანი ორგანიზმის ღირებულებითი ძალა დასუსტდება.

8. საკუთრების ძირითადი უფლების გავლენა ანასაკუთრებით უფლებებზე

ძირითადი უფლებების კერძო სამართალზე გავლენა განსაკუთრებით თვალში საცემია სანივთო და ვალდებულებითი უფლებების ურთიერთმიმართების კონტექსტში. ევროპული სასამართლოსა და გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტებში გამოიკვეთა ვალდებულებითი უფლებების სანივთო უფლებებზე ქვეყნის ტენდენცია, რაც გაჭირვებით იკიდებს ფეხს ქართულ სინამდვილეში. ეს კი ნიშნავს იმას, რომ ვალდებულებითი უფლებები ექცევა სანივთოს პოზიციაში და ზოგჯერ უპირისპირდება კიდევ მას. როგორც ზემოთ ითქვა, ერთგვარი ინსტიტუციური აღრევა ხდება იმ გაგებით, რომ ფასეულობათა იერარქიული კიბე ირყევა და ერთი მეორეზე აღმატებული სიკეთეები ერთ სიბრტყეზე ლაგდება. ეს სერიოზული მიგნებაა სამართლებრივი სიკეთეებისადმი ადამიანთა ხელმისაწვდომობის თვალსაზრისით. სამაგალითოდ ავიღოთ საკუთრების უფლება უძრავ ნივთებზე, კერძოდ, ბინაზე და ადამიანის უფლება საცხოვრისზე. ამ უკანასკნელზე უფლება კმაყოფილდება იმით, რომ ადამიანს საკუთრებაში აქვს ბინა, რომელსაც იგი თავისუფლად იყენებს აღნიშნული მიზნით. საკუთრებაზე დაფუძნებული სარგებლობის უფლება კი ფართო გასაქანს აძლევს მისი პატრონის ნების ავტონომიას. მაგრამ რა ხდება მაშინ, როცა საცხოვრებელი მოსარგებლე არის არა მისი მესაკუთრე, არამედ – დამქირავებელი. თუ არ ექნება ბინით სარგებლობის თავისუფლება, მისი ძირითადი უფლებაც საეჭვო გახდება. ამიტომაცაა, რომ სახელშეკრულებო ბოჭვები არ არის შეუზღუდავი, იგი შეზღუდულია ძირითადი უფლების დაცვის მოთხოვნით. სამართალი ვერ იტანს ისეთ ქირავნობის უფლებას, სადაც დამქირავებელი მომეტებულადაა შებოჭილი მესაკუთრის ძალაუფლებით. სამართალი ვერც ისეთ მდგომარეობას ეგუება, როდესაც თავად მესაკუთრე ხდება ამ ურთიერთობაში დაზარალებული. სამართალი ინტერესთა განონასწორებასა და დაბალანსებაზეა მომართული. საკუთრების სანივთო უფლებისა და ქირავნობის ვალდებულებითი უფლების ურთიერთობაში საკუთრების ძირითადი უფლება ხდება ვალდებულებითის ბუნების ტრანსფორმაციის მიზეზი. მესაკუთრე საკუთრების უფლებას მიიჩნევს ექსკლუზიურად პირადი ინტერესების გამომხატველ სიკეთედ, მაშინ, როცა იგი საზოგადო სიკეთესაც წარმოადგენს. ეს ავსებს ვალდებულებითი უფლების ყოფიერებას საკუთრების ძირითადი უფლების ელემენტებით. საკუთრების ეს ბუნება მძაფრადაა გამოხატული ცალკეული ქვეყნის კონსტიტუციებში, მაგალითად, გერმანიის ფედერალური კონსტიტუციით, „საკუთრება ავალდებულებს“ და რაც მეტი დრო გადის, საკუთრება მით უფრო იბოჭება ვალდებულებითი უფლებებით. ეს კი იწვევს საკუთრებიდან მომდინარე ძალაუფლების გადანაწილებას. ცალმხრივი ძალაუფლება ორმხრივი ძალაუფლების ხასიათს იძენს. ძირითადი უფლების გავლენით ხდება საგნების, ინსტიტუტების შინაარსის ტრანსფორმაცია იმგვარად, რომ ისინი საერთო ნიშნებს იძენს ისე, რომ არ ითქვიფება ერთმანეთში. ისინი არ კარგავენ დამოუკიდებლობას, მაგრამ იზრდება მათი ურთიერთდამოკიდებულება იმ მიმართულებით, რომ საკუთრების ძირითადი უფლებით ისუსხება არასაკუთრებითი უფლებები. ეს კი ხდება თავად ძირითადი უფლების შეზღუდვით.

თუ ამ ქრილში დავინახავთ საკუთრების უფლების დიქტომიას, მაშინ საკუთრების ძირითადი უფლების პოზიციაში აღმოჩნდება რიგი კერძოსამართლებრივი სარგებლობის უფლება, რომელსაც ზოგჯერ შეუძლია გადანონოს კიდევ საკუთრების უფლება. ამას შეიძლება, ვუნდოთ საკუთრების ძირითადი უფლების გამჭოლი ეფექტი საკუთრების შინაარსის ელემენტებზე, როცა ისინი ვალდებულებითი ურთიერთობის საფუძველზე სხვისი ძალაუფლების ქვეშ აღმოჩნდება. მარტივად რომ ვთქვათ, შესაძლებელი ხდება საკუთრების ბოჭვით საკუთრების მიღება. ჩვენი ეს მსჯელობა არ მოეწონა ჩემს ერთ-ერთ სტუდენტს, როცა ამის დასამტკიცებლად პლატონის პარმენიდე დავიმონმე, რომელშიც აღნიშნულია, რომ საგნის მიზეზი თავის თავშიცაა და სხვაშიც,

მის გარეთ.¹³ სტუდენტის აზრით, შეუძლებელია, საკუთრების უფლება გადაწონოს იმ უფლებებმა, რომლებიც მისგანაა ნაწარმოები ან მისი შეზღუდვის მდგომარეობას გამოხატავს. იგი ამტკიცებდა, რომ საკუთრება თავის თავში არსებული, თავისი თავით განპირობებული ფასეულობაა. ყველა ის თვისებრივი ელემენტი, რომლებიც საკუთრების უფლებას ქმნიან, თავის თავშია და არა მის გარეთ. ის, რაც თავის თავშია, შეუძლებელია, ერთდროულად იყოს მის გარეთ, სხვაშიც. ამ მსჯელობის მიზანი იყო იმის ჩვენება, რომ საკუთრების უფლებას ვერ გადაწონის მის გარეთ არსებული ვერავითარი საპატიო ინტერესი. ღირებულებითი სასწორი აპრიორულად საკუთრების უფლების სასარგებლოდ იხრება.

შევეცდები, კონკრეტული მაგალითების საფუძველზე ვაჩვენო აღნიშნული მსჯელობის უსაფუძვლობა. ეს მაგალითები ძირითადად იქნება საქართველოს სასამართლოების პრაქტიკიდან.

ა) ე. წ. „ფურცხვანიძის საქმე“

როგორც ცივილისტები აღნიშნავენ, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ „პირველი სიტყვა“ მესაკუთრისა და დამქირავებლის უფლებრივ დამოკიდებულებაზე თქვა ე.წ. „ფურცხვანიძის საქმეზე“ მიღებულ გადაწყვეტილებაში¹⁴. საკონსტიტუციო სასამართლომ დააკმაყოფილა ფურცხვანიძის სარჩელი და არაკონსტიტუციურად ცნო საქართველოს საბინაო კოდექსის 154-ე მუხლის დებულება, რომელშიც აღნიშნული იყო, რომ „განუსაზღვრელი ვადით დადებული საცხოვრებელი სახლის ქირავნობის ხელშეკრულება შეიძლება მოიშალოს მესაკუთრის მოთხოვნით, თუ სასამართლო დაადგენს, რომ სადგომი პირადი სარგებლობისათვის სჭირდება თვით მესაკუთრეს და მისი ოჯახის წევრებს, და თუ მესაკუთრეს სამი თვით ადრე გააფრთხილებს დამქირავებელს ხელშეკრულების მოშლის შესახებ“. საკონსტიტუციო სასამართლომ ჩათვალა, რომ ეს ნორმა ხელყოფდა საკუთრების უფლებას დამქირავებლის სასარგებლოდ, რადგან მესაკუთრეს ხელშეკრულების მოსაშლელად უნდა ემტკიცებინა, რომ სადგომი სჭირდება საკუთარი მიზნებისათვის. მოკლედ, საკონსტიტუციო სასამართლომ საკუთრების უფლება განიხილა დამქირავებლის სარგებლობის უფლებასთან მიმართებით აბსოლუტური უპირატესობის კონტექსტში, რომელშიც დამქირავებლის უფლებრივ მდგომარეობას ხელშეკრულების მოშლასთან დაკავშირებით განსაზღვრავს მარტოოდენ სახელშეკრულებო ვადები და არა თავად დამქირავებლის პატივსაღები ინტერესები. სასამართლოს პოზიცია უარყოფდა კერძო სამართლისათვის დამახასიათებელ ღირებულებით წესრიგს, რომელშიც დამქირავებლის უფლებები არ არის მესაკუთრის თვითნებობაზე დამოკიდებული. საკმარისია, ქირავნობის ურთიერთობაში დავინახოთ მესაკუთრის ცალმხრივი ძალაუფლება მისი მოშლის საკითხში, რომ განუსაზღვრელი ვადით დადებულ ხელშეკრულებას აზრი დაეკარგება, რადგან არავინ იქნება გარანტირებული, რომ მისი დადებიდან სამი თვის თავზე მესაკუთრე არ შეწყვეტს ამ ხელშეკრულებას. ამიტომაც ამბობდა 154-ე მუხლი, რომ მესაკუთრეს უნდა დაემტკიცებინა საცხოვრებელი სადგომით სარგებლობის სამართლებრივად მოტივირებული საჭიროება. საკონსტიტუციო სასამართლოს გაუჭირდა იმის დაშვება, საკუთრების განმსაზღვრელ ძალაუფლებით ორგანიზმში, მესაკუთრის გარდა, სხვა ვინმეს თუ შეიძლო შელწევა და საკუთრების ისეთი მნიშვნელოვანი ელემენტის, როგორცაა „სარგებლობა“, მესაკუთრის ნების საპირისპიროდ გამოყენება. საკონსტიტუციო სასამართლოს ვერ წარმოედგინა ღირებულებათა ისეთი სასწორი, რომელზეც საკუთრებისა და სარგებლობის უფლების აწონვისას ისარი გადაიხრებოდა მოსარგებლის (დამქირავებლის) სასარგებლოდ. მით უმეტეს, ეს ხდება მაშინ, როცა საკუთრების საბჭოთა სამართლებრივი წესრიგი იმსხვრევა და ასპარეზზე გამოდის მისგან გათავისუფლებული მესაკუთრე. ასეთი მიდგომა უნდა ჩაითვალოს სწორედ ამ ისტორიული შიმშილით გამოწვეულ გაუგებრობად. როგორც დამშეული ადამიანი ვერ ახერხებს ზომიერად მიირთვას საკვები, ისე ვერ მოზომა სასამართლომ მესაკუთრის უფლებამოსილების ფარგლები.

¹³ იხ. პლატონი, პარმენიდე, ძველი ბერძნულიდან თარგმნა, შესავალი და შენიშვნები დაურთო ბაჩანა ბრეგვაძემ, გამომცემლობა "Carpe diem", 2016, გვ. 69-74.

¹⁴ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 1997 წლის 25 მარტის N2/31-5 გადაწყვეტილება საქმეზე: „საქართველოს მოქალაქე ლევან ფურცხვანიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 1996-1997, თბილისი, 2002. გვ. 61-65.

მის მიერ გამოყენებული სასწორი ისე წონიდა მესაკუთრე-მოსარგებლის უფლებებს, რომ ისარი თავიდანვე გადახრილი იყო მესაკუთრის მხარეს იმ მარტივი მოტივით, რომ შეუძლებელია სარგებლობის უფლება, რომელიც საკუთრების უფლების იმანენტური მახასიათებელია, დაუპირისპირდეს იმ ორგანიზმს, რომლის განუყოფელი ნაწილიცაა. მოკლედ, დაუპირისპირდეს საკუთარ თავს საკუთარი თავისგან მოწყვეტით. საკონსტიტუციო სასამართლომ ვერ დაინახა ის ფაქტი, რომ საკუთრებაა არამარტო მატერიალურ საგანზე საკუთრება, არამედ არამატერიალური სიკეთეც საკუთრებაა ძირითადი უფლების კონტექსტში. მესაკუთრის პოზიციაში იმყოფება დამქირავებელიც, მისი უფლება ასევე საკუთრების უფლებაა. საკონსტიტუციო სასამართლო ვერ გასცდა დამქირავებლის ვალდებულებითი უფლების წმინდა ვალდებულებით ხასიათს, მის მიბმულობა-მიჯაჭვულობას საკუთრების უფლებასთან და მან ვერ გააცნობიერა, რომ დამქირავებლის უფლება შეიძლება იქნდეს ავტონომიურ, დამოუკიდებელ თვისებას ძირითადი უფლების სახით. მარტივად რომ ვთქვათ, ეს იქნებოდა, „ფეტუსი“ არ გველიარებინა დამოუკიდებელ სუბიექტად და გვეცნო დედის ორგანიზმის ნაწილად იმის გამო, რომ დედის ორგანიზმზეა მიბმული და მის გარეშე არ არსებობს. არც ქირავნობა არსებობს საკუთრების გარეშე, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ იგი მარტოდენ საკუთრების შინაარსის გამოხატულებაა. მოკლედ, საკონსტიტუციო სასამართლომ, რომელიც ვალდებული იყო, კერძო სამართლებრივი ღირებულებები დაენახა ძირითადი უფლების ქრილში, ეს გააკეთა მხოლოდ მესაკუთრესთან დაკავშირებით, რაც მცდარი გადაწყვეტილების საფუძველი გახდა.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ვერ გააცნობიერა სანივთო და ვალდებულებითი უფლებების დამოკიდებულებაში არსებული ორმხრივი ტენდენცია, რომელიც მათი დაახლოებისკენაა მიმართული და რომელშიც ვალდებულებითი უფლებები სანივთოს პოზიციაშია წარმოჩენილი.¹⁵

ამდენად, ძირითადი უფლების გავლენას კერძო სამართალზე აბრკოლებს იურიდიული ფორმალის ფეტიშიზმი. ეს კი, როგორც ითქვა, გულისხმობს სოციალური ცხოვრების შემეცნების არსებითად ამონურვას იმ სამართლით, რომელიც პოზიტიური სამართლის ფორმაშია. სამართლებრივი სინამდვილის ამგვარი აღქმით არაფორმალური სამართალი მიიჩნევა ფორმალურთან დაპირისპირებად, მის უარყოფად, რაც უმართებულოა. ლეგიტიმური და არალეგიტიმური მართლწესრიგები ერთად არსებობს და არალეგიტიმური ხშირად ლეგიტიმურის დამატებაა. თუკი მას მხოლოდ უარყოფა - ხელშეშლის სარკეში დავინახავთ, მაშინ ლეგიტიმურის განვითარებასაც შევაფერხებთ. ასეთი გაორებული მართლწესრიგით არსებობას ვერც კონსტიტუციისადმი დაპირისპირებად ჩავთვლით. შეუძლებელია, კონსტიტუციური ღირებულებითი წესრიგი ჩაეტიოს მკაცრად განსაზღვრულ ფორმალურ ნორმატიულ სქემებში. ეს კონსტიტუციის შინაარსის დავინროება იქნება. ძირითადი უფლებები, რომლებიც კონსტიტუციური ნორმებითაა გარანტირებული, ფაქტობრივად „უფორმო ფორმაშია“, განფენილია სამართლის მთელ სივრცეში. ის, რაც მოქმედ სამართალთან დაპირისპირებად მიიჩნევა, ძირითადი უფლებების კონტექსტში, მასთან თანხმობაში მყოფად უნდა მივიჩნიოთ. რაც მეტად გაემიჯნება კერძო სამართალი უფორმო სინამდვილეს, მით უფრო დაშორდება იგი კონსტიტუციურ ღირებულებით წესრიგს და შესუსტდება მასზე ძირითადი უფლებების ზემოქმედების აუცილებლობა. ძირითადი უფლებებისათვის საკანონმდებლო ფორმები არ წარმოადგენს იმ დაბრკოლებას, რომელმაც შეიძლება, ხელი შეუშალოს მათ გავლენას კერძო სამართალზე. ამიტომაც მიგვაჩნია, რომ ძირითადმა უფლებებმა უნდა შეასრულოს კერძო უფლებების სრულფასოვნად შემეცნების ფუნქცია, რაც იქნება კერძო სამართლის არსებობის ერთიანი გარემოს (ფორმალურისა და არაფორმალურის) აღიარება. ჩვენი მსჯელობა რომ არ დარჩეს ცარიელ სიტყვებად, მოვიყვან რამდენიმე პრეცედენტს სასამართლო პრაქტიკიდან.

ერთ-ერთი პრეცედენტი ეხება „საცხოვრებელი სადგომით სარგებლობისას წარმოშობილი ურთიერთობების შესახებ“ კანონს.¹⁶ მასში სადავო იყო ნორმა, რომელიც, ჩვენი გადმოცემით,

¹⁵ ძირითადი უფლების პერსპექტივიდან მესაკუთრის პოზიციაში დამქირავებლის ჩაყენება განსაკუთრებით გამოკვეთილია გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში: იხ. იურგენ შვაბე (გამომცემელი), გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2012. გვ. 245-284; Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2001, S. 366.

¹⁶ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2001 წლის 7 ივნისის N1/1/103, 117, 137, 147-148, 152-153 გადაწყვეტილება საქმეზე: „ვალიდა დარბაიძე, ნათელა ციმაკურიძე და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2000-2001, თბილისი, 2009, გვ. 106-131.

ადგენდა: ის, ვინც საკუთრებას იძენს კანონით გათვალისწინებული ფორმის დაუცველად, მაგრამ არსებული მტკიცებულებები იძლევა იმ დასკვნის გაკეთების შესაძლებლობას, რომ საცხოვრებელ სადგომზე ნასყიდობა ფაქტობრივად შედგა, მაშინ შემძენი ჩაითვლება მესაკუთრედ. ეს იყო გამონაკლისი მოწესრიგება, რომლითაც ხდებოდა საბჭოთა სინამდვილეში წარმოშობილი ურთიერთობების თანდათანობითი გალევის გზით ახალ საკუთრებით წესრიგთან დაახლოება. ახალი საკუთრებითი წესრიგი კი მკაცრად ფორმალური იყო და გულისხმობდა უძრავზე საკუთრების წარმოსაშობად სანოტარო წესით დამონმებული საბუთის საჯარო რეესტრში რეგისტრაციას. სასამართლომ ორივე სუბიექტის საკუთრების ძირითადი უფლება ფორმალურ მომენტს დაუკავშირა. კერძოდ, მან ფაქტობრივი გამსხვივებელის უფლება დაიცვა იმაზე დაყრდნობით, რომ იგი ფორმალურად იყო მესაკუთრე, შემძენის უფლება კი არ აღიარა იმის გამო, რომ მან სათანადო ფორმით არ შეიძინა საკუთრება. მოკლედ, საკუთრების ძირითადი უფლების არსებობის მთელი ყოფიერება მან ფორმალურ გარემოებას დაუკავშირა და არა – ნებას, ნების გამოხატვას. ნების ავტონომია, რომელიც ასცდა კანონით დადგენილი ფორმის მოთხოვნებს, ვერ აღმოჩნდა გამიზნული შედეგის მომტანი. სასამართლოს გადანყვეტილებიდან ისე ჩანს, თითქოს ძირითადი უფლება აპრიორულად, ცალსახად აღიარებას პოვებს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი იგი სავალდებულო ფორმით არსებობს. ჩვენი აზრით, ღირებულებათა კონსტიტუციური ნაკადი, რომელიც ძირითად უფლებებს ეხება, მოსალოდნელია, არაფორმალურ სივრცეშიც არსებობდეს, თავისი სისავსისა და ყოვლისმომცველობის წყალობით, ნორმატიულ სივრცეში ფართო განფენილობის გამო შეუძლებელია, იგი არ გადმოედინებოდეს იმ ფორმიდან, რომელიც ითვლება მისი არსებობის საკანონმდებლო ფორმად. ამან განაპირობა ის, რომ ჩვენ დავაფიქსირეთ განსხვავებული აზრი ფორმის ფეტიშიზმის წინააღმდეგ, დავასაბუთეთ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში ნების გამოვლენის პრიორიტეტი გამოხატვის ფორმასთან შედარებით.

რაც მეტი დრო გავიდა ჩვენი სამართლის განვითარების გზაზე, მით უფრო დადასტურდა კერძო უფლების უფორმო მდგომარეობაში აღიარება. მით უფრო, როცა ეს უფლება ძირითად უფლებას წარმოადგენს. ძირითადი უფლება, თავისი ბუნებიდან გამომდინარე, არსებულია ოფიციალური ფორმის გარეშე, გავიმეორებთ, იგი „უფორმო ფორმაშია“. ის ფაქტი, რომ კონსტიტუციაში საუბარია ძირითადი უფლების აღიარებასა და დაცვაზე, არ ნიშნავს იმას, რომ ძირითად უფლებებს ქმნის კონსტიტუციური მართლწესრიგი. ძირითადი უფლებები ადამიანის ღირსებიდან გამომდინარე უფლებებია, ღირსება კი ადამიანის პიროვნულობისაგან განუყოფელია და მისი მატარებელია ყველა ადამიანი. ვერც ერთი სამართლებრივი აქტი ვერც შექმნის ადამიანის ღირსებას და ვერც გააუქმებს მას.

ბ) ე. წ. „სალინაძის საქმე“

კიდევ ერთი პრეცედენტი გვინდა მოვიყვანოთ ფორმისადმი გადამეტებული და თან არასწორი მიდგომის შესახებ. საქმე ეხება ე.წ. „სალინაძის საქმეზე“¹⁷ ევროსასამართლოს შეფასებებს. სალინაძე იყო აფხაზეთიდან იძულებით გადაადგილებული პირი, რომელიც, შინაგან საქმეთა სამინისტროს ზეპირი განკარგულებით, შესახლდა კოტეჯში, შემდგომ კი – გამოასახლეს. სალინაძემ ეროვნული მართლმსაჯულების სივრცეში ვერ მიაღწია კოტეჯზე მფლობელობის უფლებას. ამიტომაც მან მიმართა ევროსასამართლოს, რომელმაც დაადასტურა მისი უფლების დარღვევა. ყველაზე მნიშვნელოვანი, რაც სტრასბურგის სასამართლოს გადანყვეტილებიდან გამოჩნდა, არის ის, რომ ქართული სასამართლოები ამ საქმის განხილვისას გატაცებული იყვნენ საქმის წმინდა ფორმალური მხარით და მასზე დაყრდნობით, უარყოფდნენ კოტეჯით სარგებლობის უფლებას. ევროსასამართლომ საკუთრების უფლების პოზიციაში დააყენა სარგებლობის უფლება და ჩათვალა, რომ სალინაძეს დაერღვა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი დამატებითი ოქმის პირველი მუხლით გათვალისწინებული საკუთრების უფლება.

ეროვნულმა სასამართლოებმა შინაგან საქმეთა მინისტრის ზეპირ განკარგულებას მიანიჭეს საკრალური მნიშვნელობა სალინაძის უფლების უარყოფის დასამტკიცებლად. ლამის ეს გა-

¹⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2010 წლის 27 მაისის გადანყვეტილება: „სალინაძე და სხვები საქართველოს წინააღმდეგ“ (განაცხადი №18768/05).

ნკარგულება დასვეს ნორმატიული აქტების ცენტრში, რომლის კანონიერებაზეც იქნებოდა დამოკიდებული, სალინაძეს აღუდგებოდა თუ არა სარგებლობის უფლება. ამით სასამართლოებმა არაფრად ჩააგდეს სალინაძის უფლების საერთაშორისო ხასიათი და იგი დამოკიდებული გახადეს მინისტრის განკარგულებაზე. სამინისტროს აღნიშნული კოტეჯი დადგენილი ფორმალური მოთხოვნების დარღვევითაც რომ გადაეცა, ის მას მაინც არ უნდა წართმეოდა. სასამართლოს გადანყვეტილებიდან ჩანს, რომ, როცა უფლება აღიარებულია ეროვნული და საერთაშორისო სამართლის დონეზე, ამ შემთხვევაში ფორმალურია მთელი ყურადღების გადატანა მისი წარმოშობი აქტებისა და განკარგულების გამცემი უწყებების ხასიათზე. ყველაზე გულსატკეპია, რომ სასამართლოებმა ჯეროვნად ვერ შეაფასეს იძულებით გადაადგილებული პირების საცხოვრისით სარგებლობის უფლების ხასიათი. კერძოდ, საკუთრების ძირითად უფლებასთან მისი სიახლოვე. სწორედ აქ ჩანს სარგებლობის უფლებაზე ძირითადი უფლების გავლენა, რაზედაც ზემოთ გვქონდა საუბარი. ეს რომ გაეცნობიერებინა სასამართლოებს, მაშინ მთელი ყურადღება არ იქნებოდა გადატანილი უფლების ფორმალურ მხარეზე.

9. ანარეგისტრირებული ქორწინება ძირითადი უფლების ჭრილში

ფორმალურისა და ფაქტობრივის ურთიერთმიმართების ჭრილში ძირითადი უფლების მდგომარეობის მაგალითად რეგისტრირებული ქორწინების გვერდით შეიძლება დავასახელოთ არარეგისტრირებული ქორწინება. რეგისტრაციის ფაქტი საქორწინო ურთიერთობის ოფიციალურად აღიარების მნიშვნელოვანი მტკიცებულება და უსაფრთხო სამოქალაქო ურთიერთობის სერიოზული საფუძველია. ამ ფორმალური დებულებით, ცოლ-ქმრად (დაქორწინებულებად) ცხადდებიან ის პირები, რომლებმაც თავიანთი თავისუფალი ნება რეგისტრაციაში გაატარეს. აქ ინსტიტუციური სხეულის ელემენტები სრულ ჰარმონიაშია, ვინაიდან სახეზეა ნება და მისი ოფიციალურად აღიარების ფორმა. თუმცა ეს ასე არ ხდება ყოველთვის და პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევები, როცა საქორწინო ნება სახეზეა, ქალი და კაცი იმყოფებიან ფაქტობრივ საქორწინო ურთიერთობაში და ასე ცხოვრობენ წლების განმავლობაში. იბადება კითხვა: კონსტიტუცია თუ აღიარებს და იცავს მათ უფლებებს ქორწინების ძირითადი უფლების კონტექსტში? ამასთან დაკავშირებით საინტერესო იქნება სასამართლო პრაქტიკა. ხშირად იმომბეზნ ევროსასამართლოს 1994 წლის 27 ოქტომბრის გადანყვეტილებას „კრონი და სხვები ჰოლანდიის წინააღმდეგ“.¹⁸ ევროსასამართლომ ამ საქმეში აღნიშნა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლში მოცემული „საოჯახო ცხოვრების“ ცნება არ შემოიფარგლება ქორწინებით და შეიძლება იგი მოიცავდეს „დე ფაქტო საოჯახო ურთიერთობებს“, როცა მხარეები ქორწინების გარეშე ცხოვრობენ ერთად. ასეთი ურთიერთობისათვის შეიძლება საკმარისი აღმოჩნდეს სხვადასხვა ფაქტორი, რის საფუძველზეც საფიქრალია, რომ მათ აქვთ საკმარისად მუდმივი კავშირი, რათა „დე ფაქტო საოჯახო ურთიერთობა“ შექმნან. ევროსასამართლომდე ჰოლანდიის ეროვნულმა სასამართლოებმა, კანონმდებლობაზე დაყრდნობით, ფორმალურ მომენტებს მიანიჭეს მნიშვნელობა და სათანადოდ არ შეაფასეს ფაქტობრივი სინამდვილე. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ფაქტზე მაღლა იურიდიული ფორმა დააყენეს, რამაც შვილების სამემკვიდრეო უფლებებში უთანასწორობა გამოიწვია. ევროსასამართლოს გადანყვეტილებაში მნიშვნელოვანი ის არის, რომ „დე ფაქტო საოჯახო ურთიერთობის“ ლეგიტიმაციისათვის მან არ მიიჩნია საჭიროდ არასაქორწინო ურთიერთობაში მყოფი მოსარჩელების დაქორწინება. სასამართლომ მათი თანაცხოვრების ფაქტი ჩააყენა დაქორწინებული პირების პოზიციაში.

აღნიშნულთან დაკავშირებით, ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში შეინიშნება პოზიციების ევოლუცია. თუ თავდაპირველად რეგისტრაციის ფაქტის გარეშე ფაქტობრივი საქორწინო ურთიერთობა განიხილებოდა მხოლოდ ფორმალური მოთხოვნების პოზიციაში, შემდგომ ეს პრაქტიკა გათავისუფლდა ფორმის ფეტიშიზმისგან და ფაქტობრივი ურთიერთობა სამართლებრივი ძალის მქონედ იქნა ცნობილი. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთ განჩინებაში, სამოქალა-

¹⁸ იხ. Прецеденты Европейского суда по правам человека, Санкт-Петербург, Юридический центр пресс, 2004, გვ. 565-566; ოჯახის ცნებაზე იხილეთ: Achim Brötel, Schutz des Familienlebens, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 63. Jahrgang 1999, S. 584-589.

ლაქო კოდექსზე დაყრდნობით, აღნიშნულია, რომ მეუღლეთა უფლება-მოვალეობებს წარმოშობს რეგისტრირებული ქორწინება. აქედან გამომდინარე, უარყოფილია არარეგისტრირებულ (ფაქტობრივ) ქორწინებაში მყოფ პირთა საერთო თანასაკუთრების წარმოშობა.¹⁹ ამ ლოგიკით, არარეგისტრირებული ქორწინება ვერც სამემკვიდრეო უფლებებს წარმოშობს ფაქტობრივ მეუღლეს შორის. მოკლედ, რეგისტრაციის უქონლობა – ქორწინების და მის საფუძველზე ოჯახის წარმოშობის უარყოფის საფუძველი ხდებოდა. თუ ქორწინება არარსებულია ფორმის გარეშე, მაშინ ის, რაც არ არსებობს, მასთან ვერც საქორწინო-საოჯახო უფლება-მოვალეობები იქნება დაკავშირებული. სასამართლოსათვის ფაქტობრივი სინამდვილე მთლიანად ფორმით იჩრდილებოდა – იყო ასეთი ცრუ მოლოდინი, რომ ფაქტობრივის ფორმალურის პოზიციაში დაყენება გამოიწვევდა რეგისტრაციის პრინციპის უარყოფას. არარეგისტრირებული ქორწინების ცნობა რეგისტრაციის პრინციპის დადასტურება და იმის აღიარებაა, რომ რეგისტრაციას ვერ ექნება ყოვლისმომცველობის პრეტენზია. საერთო სასამართლოების პრაქტიკაში შემდგომ ამ მიმართულებით განვითარდა პრეცედენტები. ამჯერად, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას ვახსენებთ, რომელშიც ასევე დამონშებულია ჩვენ მიერ ზემოთ მოყვანილი ევროსასამართლოს პრეცედენტი. კერძოდ, ამ გადაწყვეტილებაში აღნიშნულია: „პალატა მიიჩნევს, რომ მიუხედავად ქორწინების რეგისტრაციის ფაქტის არარსებობისა, მხარეთა შორის არსებობდა საქორწინო ურთიერთობა“. აღნიშნული ურთიერთობის ამგვარად შეფასებისას სააპელაციო სასამართლო ეყრდნობა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკას, რომლის მიხედვით, ქორწინება გასცდა ფორმალურ ურთიერთობებს, ოჯახური ცხოვრების არსებობა-არარსებობის საკითხი მნიშვნელოვნად დამოკიდებულია მჭიდრო პირადი ურთიერთობის რეალურად არსებობის ფაქტზე.²⁰

ყოველივე აღნიშნული იმისი მტკიცებულებაა, რომ ძირითადი უფლებების გავლენით იმსხვერვეა კერძო ავტონომიის მბოჭავი ფორმები და ის, რაც ფორმის ფარგლებში არსებობს თავისი შინაარსობრივი განზომილებით, შეიძლება ვიხილოთ უფორმო მდგომარეობაში. აქ ჩანს კერძო ავტონომიის კონსტიტუციური ძალა, რომლითაც ისუსხება არამართო სამართლის ფორმალური ყოფიერება, არამედ – არაფორმალურიც. ამ გაგებით, ძირითადი უფლებები კერძო ავტონომიის გაფართოების მნიშვნელოვანი კონსტიტუციური ინსტრუმენტი ხდება ისე, რომ ეს არ იწვევს კერძო უფლებების ფორმალური არსებობის უარყოფას, პირიქით, იგი მისი დამატებაა, როცა შინაარსი ფორმისაგანაა გაუცხოებული და არა ამ ფორმაში გამოხატულ შინაარსთან.

10. ხანდაზმულობა და სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება

მართალია, ხანდაზმულობის ვადები ძირითად უფლებებსაც ეხება, მაგრამ, ამ უფლების სიმძაფრიდან გამომდინარე, ერთობ შესუსტებულია ამისი ძალა. ეს ჩანს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტების ევოლუციიდანაც. მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლომ 2003 წლის 30 აპრილს მიიღო გადაწყვეტილება, რომელიც ეხება საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 426-ე მუხლის მე-4 ნაწილის კონსტიტუციურობას,²¹ ეს ნორმა კრძალავდა გადაწყვეტილების ბათილად ცნობასთან დაკავშირებით განცხადების შეტანას, თუკი ამ გადაწყვეტილების გამოტანიდან გასული იყო 5 წელი. საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნული ხანდაზმულობის ვადა კონსტიტუციურად მიიჩნია იმ სხვადასხვა სამართლებრივი ფასეულობის ფონზე, რომელთაგან ყველაზე მნიშვნელოვანი იყო სამართლებრივი უსაფრთხოება, კერძოდ, სამოქალაქო ბრუნვის უსაფრთხოება. საკონსტიტუციო სასამართლომ ეს მუხლი კონსტიტუციურად ჩათვალა ახლად აღმოჩენილ გარემოებებთან დაკავშირებით, რაც მოტივირებული იყო იმით, რომ გადაწყვეტილების პერმანენტულად გასაჩივრება ძირს გამოუთხრიდა სამართლებრივ უსაფრთხოე-

¹⁹ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2011 წლის 25 იანვრის N681-637 განჩინება.

²⁰ იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო პალატის 2012 წლის 29 მაისის N28/771-12 გადაწყვეტილება.

²¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2003 წლის 30 აპრილის N1/3/361 გადაწყვეტილება საქმეზე: „ოლღა სუმბათაშვილი და იგორ ხაპროვი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2003, თბილისი, 2004, გვ. 109-122.

ბას, სამოქალაქო ბრუნვაში გაჩნდებოდა საეჭვო უფლებები და შედეგად მივიღებდით პროცესის უკვდავებას. 2003 წლის 5 ნოემბრის გადაწყვეტილებაში²² ეს ხისტი დამოკიდებულება შერბილდა და ითქვა, რომ დაუშვებელია ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვაზე უარი. სასამართლოს მტკიცებით, დრო ვერ გააბათილებს ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვის ვალდებულებას. ამან განაპირობა, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის სადავო მუხლში ხაზგასმით თქმულიყო, რომ ხანდაზმულობის ვადის გასვლა ვერ დააბრკოლებს სასამართლოში სარჩელის შეტანას ამავე კოდექსის 423-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ზ“ და „თ“ ქვეპუნქტებით გათვალისწინებულ შემთხვევებში. ესენია: „ზ) არსებობს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილება (განჩინება), რომელმაც დაადგინა ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციის ან/და მისი დამატებითი ოქმების დარღვევა ამ საქმესთან დაკავშირებით და დადგენილი დარღვევა გადასასინჯი გადაწყვეტილებიდან გამომდინარეობს“.

„თ) არსებობს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ადამიანის უფლებათა კომიტეტის, ქალთა წინააღმდეგ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის კომიტეტის, წამების წინააღმდეგ კომიტეტის ან რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტის (შემდგომ – კომიტეტი) გადაწყვეტილება, რომლითაც ამ საქმესთან დაკავშირებით დადგენილ იქნა კომიტეტის დამარსებელი კონვენციის დარღვევა და გადასასინჯი გადაწყვეტილება ამ დარღვევას ეფუძნება“.

აღნიშნული ნორმიდან ჩანს, რომ არ არსებობს ხანდაზმულობის ვადის ჩაკეტილი სივრცე ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებით. საამისოდ აუცილებელია ეგზისტენციალურად იყოს ეს უფლება გამოხატული. საკონსტიტუციო სასამართლომ სადავო ნორმის მხოლოდ ის ნორმატიული შინაარსი ცნო არაკონსტიტუციურად, რომელიც ეხებოდა 422-ე მუხლის პირველი ნაწილის გ) ქვეპუნქტზე ხანდაზმულობის გავრცელებას. მოცემულ ქვეპუნქტში კი საუბარია ისეთ პატივსაცემ ინტერესზე, რომლის დაცვაც არ შეიძლება შეიზღუდოს ხანდაზმულობის 5-წლიანი ვადით, კერძოდ, როცა „პირი, რომლის უფლებებსა და კანონით გათვალისწინებულ ინტერესებს უშუალოდ ეხება მიღებული გადაწყვეტილება, არ იყო მონვეული საქმის განხილვაზე“. ამიტომაც იყო, რომ სასამართლომ დაადასტურა საქართველოს კონსტიტუციის 42-ე მუხლის პირველი პუნქტის (სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება) დარღვევა.

ამრიგად, ბოლო გადაწყვეტილებაში ჩამოყალიბდა სამოქალაქო ბრუნვის უსაფრთხოებისა და ძირითადი უფლების განონასწორებელი, დაბალანსებული ურთიერთმიმართება, რამაც განაპირობა კერძო სამართალზე კონსტიტუციის გავლენის გაძლიერება.

11. სიცოცხლის ძირითადი უფლების გავლენა ადამიანის სხეულის ორგანოების ე. წ. „სამოქალაქო ბრუნვაზე“

მოქმედი ქართული სამართალი ადამიანის სხეულის ორგანოს არ მიიჩნევს ნივთად და, შესაბამისად, მათ არ თვლის სამოქალაქო ბრუნვის ობიექტად. თუმცა ფაქტია, რომ ეს ორგანოები გამოიყენება ტრანსპლანტაციის მიზნით. მას შემდეგ, რაც ისინი სხეულს მოშორდება, შეიძლება ინოდებოდეს ნივთებად. ზოგიერთი გამონაკლისის გარდა, ვერ ვიტყვით, რომ ისინი გახდა თავისუფალი ბრუნვის ობიექტი. გერმანული დოქტრინა ადამიანის სხეულის ორგანოების განკარგვას უწოდებს პირის პიროვნულობიდან გამომდინარე უფლების რეალიზაციას, რაც არ შეიძლება გაუთანაბროთ სხეულებრივი ნივთების სამოქალაქო ბრუნვას. უფლება პიროვნულობიდან გამომდინარე იმიტომაცაა, რომ სხეულის ორგანოები განსაზღვრავს ადამიანის მატერიალურ ყოფიერებას, მის სხეულებრიობას. ნივთები მის გარეთ არსებული საგნებია. ტრანსპლანტაციის შესახებ მოქმედი კანონმდებლობა ზედმინვენით აწესრიგებს სხეულის ორგანოების გამოყენების წესს და რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, იგი კრძალავს ამ ორგანოებით ვაჭრობას. კერძო ავტონომია ამ სივრცეში ერთობ შეზღუდულია. არავის აქვს უფლება, თუნდაც პიროვნულობის უფლების ფარგლებში, ეჭვის ქვეშ დააყენოს საკუთარი სიცოცხლე, რაც თავისთავადაა სამართლის მიზანი და არა საშუალება. სამართალი თანაბრად იცავს ყველა ადამიანის სიცოცხლეს და მისთვის მიუღე-

²² იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 5 ნოემბრის N3/1/153 გადაწყვეტილება საქმეზე: „ისრაელის მოქალაქეები – თამაზ ჯანაშვილი, ნანა ჯანაშვილი და ირმა ჯანაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

ბელია ერთის სიცოცხლის ხარჯზე მეორის შენარჩუნება. თუნდაც ეს არ ეხებოდეს სიცოცხლეს და უბრალოდ, ადამიანის ჯანმრთელობასთან გვეკონდეს საქმე; სამართალი ვერ ნაახალისებს საკუთარი თავისადმი ვნების მიყენებას, რადგანაც კანონის ფილოსოფიას თუ დავეფუძნებით, არ უნდა დავუშვათ მიზნისა და საშუალების ერთმანეთში არევა. საკუთარი სხეულის ნაწილების ხარჯზე სხვისი სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვა მაშინ იქნება გამართლებული, როცა საფრთხე არ შეექმნება საკუთარ სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას. ხატოვნად რომ ვთქვათ, აქ მიზანი ემსახურება მიზანს. ახლა მთავარ საკითხზე გადავიდეთ, რაც ერთი სტუდენტის კითხვამ გამოიწვია. იგი ასეთია: ვთქვათ, ადამიანის გადასარჩენად საჭიროა თირკმლის გადანერგვა. ხანგრძლივი ძებნის შედეგად გამოვლინდა ერთადერთი პიროვნება, რომლის თირკმელიც გადასანერგად შეთავსებადი აღმოჩნდა პაციენტის ორგანიზმთან, მაგრამ არის ერთი პრობლემა: დონორი მხოლოდ იმ შემთხვევაშია თანახმა, დაეხმაროს პაციენტს, თუ მას გადაუხდინან თირკმლის ღირებულებას სოლიდური თანხის სახით. პაციენტი ამაზე თანახმაა, მაგრამ თირკმლის გაყიდვა პრინციპულად ეწინააღმდეგება კერძო ავტონომიის ზნეობრივ საფუძველს. როგორ მოვიქცეთ: თუ ამას დაუშვებთ, მაშინ მოგვიწევს თირკმლის შეფასება ფულზე, ისევე, როგორც ეს ხდება ნებისმიერი ნივთის შემთხვევაში. ამით ჩვენ ადამიანის პიროვნულობას ეჭვისქვეშ დავაყენებთ, ვინაიდან მისი არსობა ობიექტის მიმართულებით გადაიხრება, თუმცა ამით დონორის სიცოცხლეს გადავარჩინებთ. სტუდენტის კითხვაზე ჩვენი მოკლე პასუხი იქნება ის, რომ სიცოცხლის ძირითადი უფლების, როგორც სამართლის მთავარი მიზნის კონტექსტში უნდა განვმარტოთ ადამიანის სხეულის ორგანოებისადმი კერძო სამართლის დამოკიდებულება. ვერც ერთი ინსტიტუციური წესრიგი ვერ დადგება ადამიანის სიცოცხლის უფლებაზე მალლა. ამიტომაც, ამ შემთხვევაში, სიცოცხლის უფლებით დაიჩრდილება ის ინსტიტუციური უხერხულობა, რომელიც სხეულის ორგანოს ე. წ. „ნასყიდობასთან“ იქნება დაკავშირებული. ცხადია, ამასთან ერთად დადგება ბრუნვის უსაფრთხოების საკითხი, რაც ასევე მნიშვნელოვანია, მაგრამ ვერც იგი დადგება სიცოცხლის უფლებაზე მალლა. ცხადია, ამან არ უნდა მისცეს სტიმული ადამიანის ორგანოებით ვაჭრობას. საჭიროა, შეიქმნას უსაფრთხოების ისეთი სისტემა, რომლისთვისაც გარდაუვალი აუცილებლობით გამოწვეული ცალკეული გამონაკლისი არ იქნება საფრთხის შემცველი და სამართლებრივი ბუნებით ისინი გაიმიჯნება ნივთების გასხვისებასთან დაკავშირებული წესებისგან. მას პიროვნულობიდან მომდინარე უფლების დალი უნდა აჩნდეს.

12. კარდაცვლილის პატივისა და ღირსების „მოკვდინება“ (ე. წ. „ვაზაგაშვილის საქმე“)

კიდევ ერთი პრეცედენტი გვინდა განვიხილოთ, რომელიც გახდა ცივილისტებში აზრთა სხვადასხვაობის საფუძველი. საქმე ეხება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის გადაწყვეტილებას ე. წ. „ვაზაგაშვილის საქმეზე“.²³ თუ გავყვებით ამ საქმის ისტორიას, დავინახავთ რომ მოსარჩელემ საერთო სასამართლოსგან მოითხოვა თავისი გარდაცვლილი შვილის პატივისა და ღირსების დაცვა, კერძოდ, მისი შეფასებით, შვილის მისამართით გავრცელებული ცილისმწამებლური განცხადების უარყოფა. მოსარჩელეს იმედი ჰქონდა, რომ სასამართლო დაეყრდნობოდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლს და განსახილველად მიიღებდა მის სარჩელს. აღმოჩნდა, რომ „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონი არ აძლევდა მას ამის საშუალებას. მოკლედ, სამოქალაქო კოდექსი აღიარებდა გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვას, აღნიშნული კანონი კი – არა. ვნახოთ რა შინაარსისაა ერთმანეთთან კოლიზიაში მყოფი ნორმები. სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლში წერია: „მე-18 მუხლში აღნიშნული უფლებები (პირადი არაქონებრივი უფლებები – ბ. ზ.) შეუძლია გამოიყენოს იმ პირმაც, რომელიც, თუმცა თვითონ არ არის სახელის ან პირადი ღირსების უფლების მატარებელი, მაგრამ საამისოდ აქვს დაცვის ღირსი ინტერესი. მას შეუძლია სახელისა და ღირსების ისეთი დაცვის მოთხოვნის განხორციელება, რომელიც პიროვნების არსების განმსაზღვრელია და

²³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის N1/6/561,568 გადაწყვეტილება საქმეზე: „საქართველოს მოქალაქე იური ვაზაგაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

გრძელდება სიკვდილის შემდეგაც. სახელის, პატივის, ღირსების ან საქმიანი რეპუტაციის შელახვისათვის მორალური ზიანის ქონებრივი ანაზღაურების მოთხოვნა სიკვდილის შემდეგ დაუშვებელია“. „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონის მე-6 მუხლის მე-4 პუნქტი კი ცალსახად უარყოფდა კოდექსით დადგენილ დანაწერს, კერძოდ, იგი ადგენდა: „ცილისწამების თაობაზე სასამართლო დავის საგანი არ შეიძლება ეხებოდეს გარდაცვლილი პირის, სახელმწიფო ან ადმინისტრაციული ორგანოს პირადი არაქონებრივი უფლებების დაცვას“. სასამართლომ ჩათვალა, რომ ნორმათა კოლიზიისას უნდა გამოეყენებინა არა ზოგადი, არამედ სპეციალური კანონი, დაეყრდნო კიდეც აღნიშნულ ნორმას და განჩინებით უარი უთხრა მოსარჩელეს სარჩელის განსახილველად მიღებაზე. მას შემდეგ, რაც საკონსტიტუციო სასამართლოში მიმდინარეობდა „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონის მე-6 მუხლის მე-4 პუნქტის კონსტიტუციურობის საკითხი გარდაცვლილ პირთან დაკავშირებით, მოპასუხემ მოსარჩელის მოთხოვნა სწორად მიიჩნია. 2014 წლის 2 ოქტომბრის საკანონმდებლო ცვლილებით სადავო კანონის მე-6 მუხლს დაემატა მე-4¹ პუნქტი, რომელიც ისე ჩამოყალიბდა, რომ არ ყოფილიყო წინააღმდეგობაში სამოქალაქო კოდექსთან, კერძოდ, მასში ჩაიწერა: „გარდაცვლილი პირის პირადი არაქონებრივი უფლებების დასაცავად ცილისწამების თაობაზე სასამართლოსათვის მიმართვა შეუძლია პირს, რომელსაც საამისოდ აქვს დაცვის ღირსი ინტერესი. მას შეუძლია, სახელისა და ღირსების ისეთი დაცვის მოთხოვნის განხორციელება, რომელიც პიროვნების არსების განმსაზღვრელია და გრძელდება სიკვდილის შემდეგაც. სახელის, პატივის, ღირსების ან საქმიანი რეპუტაციის შელახვისათვის მორალური ზიანის ქონებრივი ანაზღაურების მოთხოვნა სიკვდილის შემდეგ დაუშვებელია“. მოკლედ, კანონმდებლის კეთილმა ნებამ სრულიად სამართლიანად აღიარა გარდაცვლილის პატივისა და ღირსების დაცვა სპეციალური კანონითაც. ნორმატიულ სივრცეში სრულიად ულოგიკო და უსაფუძვლო კოლიზია დასრულდა, „გარდაცვლილი გაცოცხლდა“.

ერთი შეხედვით, მოვლენები ისე განვითარდა, რომ ვაზაგაშვილის კონსტიტუციური სარჩელის დაკმაყოფილებას ვერაფერი დაუდგებოდა წინ, მაგრამ ეს ასე არ მოხდა. კერძოდ, მიუხედავად იმისა, რომ სადავო ნორმა შეიცვალა, საკონსტიტუციო სასამართლო ვალდებული იყო, შეეფასებინა იგი. შეფასების პროცესში სასამართლოს მოუწია იმაზე მსჯელობა, იცავდა თუ არა კონსტიტუცია გარდაცვლილი პირის პატივსა და ღირსებას. აქ უკვე სასამართლომ, ჩვენი აზრით, ვერ დაინახა კონსტიტუციაში ის, რაც დაინახა კანონმდებელმა. კანონმდებლის ღირებულებითმა თვალსაწიერმა გაუსწრო სასამართლოს ხედვას, რაც, ცხადია, ძალზე იშვიათი მოვლენაა. კანონმდებელი მოექცა ღირებულებათა იერარქიის სათავეში. საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ სადავო ნორმა, რომელიც უარყოფდა გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვას, გამომდინარეობდა საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლის შინაარსიდან. კერძოდ, სასამართლოს აზრით, კონსტიტუცია იცავს მხოლოდ ცოცხალი ადამიანის პატივსა და ღირსებას და არა – გარდაცვლილისას. სასამართლოს გადანყვევტილების სამოტივაციო ნაწილის დიდი მონაკვეთი ეხება აღნიშნული დამოკიდებულების მტკიცებას და ეს ხდება წმინდა სუბიექტური (ფსიქოლოგიური) კონცეფციის საფუძველზე. არ არსებობს პატივისა და ღირსების დაცვის საფუძველი, თუკი არ არსებობს, სავარაუდოდ, მისი შელახვის შეგრძნება, განცდა. აუცილებელია, თვითონ განიცადო ტკივილი. სუბიექტური თეორია უარყოფს გარდაცვლილის ჩანაცვლებას ცოცხალი ადამიანით, რომელსაც შეიძლება ჰქონდეს საამისოდ სამართლებრივად მოტივირებული ინტერესი. მაგრამ ხომ შეიძლება, რასაც ეს პირი პატივისა და ღირსების შელახვად თვლის, გარდაცვლილი, ცოცხალი რომ ყოფილიყო, იგი ასეთად არ მიეჩნია და არც სასამართლოსათვის მიემართა. ასეთი დამოკიდებულებით, სასამართლო ავითარებს უფლების დაცვის უარყოფით პრეზუმფციას, მაშინ, როცა ძირითადი უფლებების დაცვას შეესატყვისება დადებითი პრეზუმფცია. მარტივად, ორიოდ სიტყვით რომ ჩამოვაყალიბოთ ეს აზრი, ასეთ სურათს მივიღებთ: ღირებულია არა ის მსჯელობა, გარდაცვლილი ცოცხალი რომ ყოფილიყო, შეიძლება უარი ეთქვა უფლების დაცვაზე, არამედ ის, რომ გარდაცვლილი ცოცხალი რომ ყოფილიყო, შეიძლება არ ეთქვა უარი უფლების დაცვაზე. თუ ამოსავალი იქნება ეს უკანასკნელი პრეზუმფცია, მაშინ ვალდებული ვიქნებოდით, გველიარებინა გარდაცვლილის პატივისა და ღირსების დაცვა და სასამართლოსათვის მიმართვის უფლება მიგვეცა დაინტერესებული პირებისათვის. მოკლედ, როგორც ესაა სამოქალაქო კოდექსსა და „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონში. აღნიშნული დამოკიდე-

ბულებით სასამართლო გადაწყვეტილებაში აბსოლუტურად უარყოფილია პატივისა და ღირსების ობიექტური შეფასება, რაც წარმოადგენს სამოქალაქო ბრუნვის საშუალო მონაწილის მხრიდან პატივისა და ღირსების აღქმა-შემეცნების ზოგად მასშტაბს. სუბიექტური თეორია ეჭვისქვეშ აყენებს ცოცხალი ადამიანის პატივისა და ღირსების დაცვის საკითხსაც. აქ მნიშვნელოვანია არა ის, ვიცავ ჩემს უფლებას თუ არა, არამედ ის, დაირღვა ეს უფლება თუ არა. სამართლისთვის ეს უკანასკნელია მნიშვნელოვანი, რადგან დაცვა წმინდა სუბიექტური ამბავია. საკონსტიტუციო სასამართლომ კი პატივისა და ღირსების დარღვევის საკვალიფიკაციოდ შეფასების ეპიცენტრში დააყენა სუბიექტური კრიტერიუმები, რაც, ცხადია, არ არის უმნიშვნელო, მაგრამ არც შეფასების განმსაზღვრელია. საკონსტიტუციო სასამართლომ თავისი გადაწყვეტილებით უარყო ადამიანის პიროვნულობის არსებობის ფაქტი მისი გარდაცვალების შემდეგ. შეიძლება ითქვას, სასამართლომ პირადი უფლებები დამარხა მის მატარებელ პირთან ერთად და არ გაითვალისწინა გარდაცვლილის პირადი უფლებების დაცვის დასავლური პრეცედენტები. მას კონსტიტუციის მე-17 მუხლში უნდა დაენახა ის, რაც სამოქალაქო კოდექსსა და „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონშია. ეს კანონები მოქმედებს, მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციურადაა ჩათვლილი მათი საპირისპირო, უარყოფელი ნორმები. მხედველობაშია მისაღები მოპასუხის მტკიცება იმასთან დაკავშირებით, რომ მოქმედი ნორმები კონსტიტუციით გათვალისწინებულზე მაღალ სტანდარტს შეიცავს. ჩვენ კი ვფიქრობთ, რომ კონსტიტუციაც იმავე სტანდარტს შეიცავს და, აქედან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლოს სადავო ნორმა არაკონსტიტუციურად უნდა ეცნო. რუსი ცივილისტების შეფასებით, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლის მკაფიო ფორმულირება ნაპოლეონის კოდექსსაც კი შეშურდებოდა.²⁴

²⁴ იხ. Гражданский Кодекс Грузии, Санкт-Петербург, Юридический прессцентр, 2002, გვ. 14.

კერძო ავტონომიის დაცვა ან შეზღუდვა დიგიტალურ სახელმწიფოში: განხილვები ესტონური მაგალითის საფუძველზე

კერძო ავტონომიის მნიშვნელობა ესტონურ სამართალში გამოიჩინა სამი ძირითადი მახასიათებლით:

ერთი მხრივ, ესტონური სამართლის სახით, საქმე ეხება იმ ძალიან პატარა და ახალგაზრდა სახელმწიფოს სამართალს, რომლის სასამართლო ხელისუფლების ორგანოები, უმეტესად, „კომუნალური“ სტრუქტურითა და სამუშაო მეთოდიკით ხასიათდება. ესტონეთს 1.3 მილიონიანი მოსახლეობიდან მხოლოდ 200 მოსამართლე ჰყავს და მცირე ადვოკატთა კორპუსი, რომელსაც ყოველწლიური საშობაო ზეიმისას ერთი დარბაზი იტევს. არც ერთი კერძო სამართლებრივი ნორმა არ ითვლის 25 წელზე მეტს და შესაბამისად, მცირეა სამართლის მეორეული ლიტერატურის მოცულობაც. ესტონეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (ეს უკანასკნელი ემყარება გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსს) პირველად იქნა კომენტირებული წინა წელს. ამ თვალსაზრისით, ესტონური რეგულაციების არამხოლოდ მოცულობაა იმაზე ბევრად მცირე, რაც სხვა უფრო დიდ სახელმწიფოებშია მოცემული, არამედ დაკვირვებებიც რთულად თუ ექვემდებარება სხვა სამართლებრივ სისტემებზე გადატანას, რამდენადაც ესტონეთში რადიკალური ცვლილებები გაცილებით სწრაფად მიიღება და ხორციელდება, ვიდრე სხვა შედარებით დიდ ქვეყნებში.

სხვა მხრივ, ესტონეთი წარმოადგენს ძალიან ლიბერალურ სახელმწიფოს. ამ ქვეყნის ყველა დიდი პოლიტიკური პარტია შედის ევროპარლამენტის ლიბერალურ ბლოკში. ესტონეთში კერძო ავტონომიის პრინციპი პოზიტიურ-სამართლებრივადაც კი არის მონესრიგებული ვალდებულებითი სამართლის კანონში¹: მეხუთე პარაგრაფში იკითხება: „მხარეებს შეუძლიათ, თავიანთ შეთანხმებაში გადაუხვიონ ამ კანონით დადგენილი განსაზღვრებებიდან, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ ეს კანონი ამავე კანონით დადგენილი განსაზღვრებებიდან გადახვევას დაუშვებლად ადგენს ან ეს გადახვევები ეწინააღმდეგება საჯარო-სამართლებრივ ნორმებს ან ზნეობის ნორმებს ან მესამე პირის ფუნდამენტურ უფლებებს.“ ეს განსაზღვრება მიღებულია ესტონეთის სახელმწიფო სამართლის ევროკავშირის სახელმწიფო სამართალთან ჰარმონიზაციის გზით (1:102 PECL, Principles of European Contract Law), UNIDROIT-ის მიერ შემუშავებული საერთაშორისო კომერციული კონტრაქტების პრინციპებზე დაყრდნობით (1.1 PICC, Principles of International Commercial Contracts) და Draft Common Frame of Reference-ის (თავი II, 1:102 DCFR) მეორე თავის საფუძველზე.² ესტონური ვალდებულებითი სამართლის მეხუთე პარაგრაფი დაფუძნებულია ესტონეთის ძირითადი კანონის მეცხრამეტე თავსა (თვითგანსაზღვრის ფუნდამენტური უფლება) და ოცდამეთერთმეტე თავზე (ევრონომიკური საქმიანობის უფლება). მსგავსი გადახვევები, რომლებიც კანონის თანახმად დაუშვებელია, ესტონეთში ნაკლებადაა გავრცელებული. ქირავნობის სამართალი მაქსიმალურადაა დამქირავებელთა ინტერესებზე მორგებული და შრომის სამართალი მშრომელთა ინტერესებზე. გაფრთხილების ვადა ქირავნობის უვადო ხელშეკრულებათა მოშლის შესახებ განსაზღვრულია სამი თვით (ესტონური ვალდებულებითი სამართლის I სამას მეთორმეტე (312) პარაგრაფი)³, ავე-

* Thomas Hoffmann – სამართლის დოქტორი, ტალინის ტექნოლოგიური უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის ასოცირებული პროფესორი, ესტონეთი

¹ ესტონურად – Võlaõigusseadus სამართალი, რაიხსტაგის გამომცემლობა I, 2001, იხ. ელექტრონულ მისამართზე: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/528032016012/consolide>.

² Paul Varul in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Kõve, Martin Käerdi und Karin Sein, Võlaõigusseadus I Kommenteeritud Väljaanne Kommentierte Ausgabe zum Schuldr Paul Varul in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Kõve, Martin Käerdi und Karin Sein, Võlaõigusseadus I Kommenteeritud Väljaanne (Kommentierte Ausgabe zum Schuldrechtsgesetz I), § 5 2., S. 26; Juura, Tallinn 2016.

³ დეტალებისათვის იხ. Paul Varul in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Kõve, Martin Käerdi und Karin Sein, Võlaõigusseadus II Kommenteeritud Väljaanne (Kommentierte Ausgabe zum Schuldrechtsgesetz II), zu § 312, S. 234 ff; Juura, Tallinn 2016.

ჯით განყოფილი ბინების შემთხვევაში მხოლოდ ერთი თვით (ესტონური ვალდებულებითი სამართლის II სამასმეთორმეტე (312) პარაგრაფი) და ყველა ეს ნორმა მოქმედია ქირავნობის ფაქტობრივი ხანგრძლივობისაგან დამოუკიდებლად. ისეთი ინსტრუმენტი, როგორცაა ქირის გაძვირების შეზღუდვა, უცნობია ესტონური პრაქტიკისთვის. შრომით სამართალშიც სურათი მსგავსად გამოიყურება. კერძო ავტონომიასთან დაკავშირებული სხვა ისეთი რეგულაციები, როგორებიცაა წინარე ხელშეკრულება (ესტონური ვალდებულებითი სამართლის ოცდამეცამეტე (33) პარაგრაფი) და კონტრაპირების იძულება (მაგ. ელექტროენერჯის ან გათბობის საშუალებათა შემთავაზებელი კომპანიებისათვის, ენერჯიების შესახებ ესტონური კანონის მეათე (10) და მეთერთმეტე (11) პარაგრაფები), ნაკლებად ეფუძნება სხვა სახელმწიფოთა რეკომენდაციებს. ასევე, ფულის მევახშურ გაპროცენტებასთან დაკავშირებული სამართლებრივი შედეგები (გერმანულ სამართალში ამის ანალოგია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 138-ე პარაგრაფში მოცემული ზნეობის ნორმების სანინაალმდეგო გაპროცენტება), ესტონეთის ვალდებულებითი სამართლის 42-ე პარაგრაფის საფუძველზე (§ 421115 VOS)⁴, გაცილებით მეტადაა კრედიტორთა ინტერესებზე მორგებული, ვიდრე გერმანულ სამართალში. ესტონური სამართლის მიხედვით, გასესხების პროცენტი იმ შემთხვევაში ეწინააღმდეგება ზნეობის ნორმებს, თუ ის აჭარბებს 24-პროცენტიან ზღვარს (პლუს Euribor - ევროპულ ბანკებს შორის მოქმედი საკრედიტო პროცენტის ზღვარი) და ეს ნორმა მოქმედია მხოლოდ მომხმარებელთა მიმართ. ამასთანავე უნდა აღინიშნოს, რომ ესტონეთს ეს მეორე მახასიათებელი ბევრი სხვა ცენტრალური ან აღმოსავლეთ ევროპის სახელმწიფოებისაგან არ გამოარჩევს.

სხვაგვარი სურათია ესტონური სამართლის მესამე მახასიათებელთან დაკავშირებით, რომელიც „დიგიტალური სახელმწიფოს“ ცნებით აღინიშნება. ცნება „დიგიტალურ სახელმწიფოში“ იგულისხმება მოქალაქეებსა და სახელმწიფოს შორის მიმდინარე უმეტესი სამართლებრივი მოქმედებების ყოვლისმომცველი დიგიტალიზაცია და ასევე – რელევანტური იქნებოდა აქ ამის ხაზგასმა – ანალოგიური ტენდენცია კერძო აქტორებს შორის, რომელთათვის სახელმწიფო სამართლის განხორციელების დიგიტალურ ინსტრუმენტებსა და მიდგომებს ქმნის და ამ უკანასკნელთ სთავაზობს ქმედების მოდელს თავისი სტრუქტურების მაგალითით.

ეს ტექსტი ეთმობა ამ მესამე მახასიათებლის კვლევას და ამ უკანასკნელის გავლენისგან ხილვას ხელშეკრულების ფორმალურ და მატერიალურ თავისუფლებაზე.

1. გავლენა ხელშეკრულების ფორმალურ თავისუფლებაზე

დასაწყისში უნდა აღინიშნოს, რომ ხსენებული დიგიტალიზების გავლენა კერძო ავტონომიაზე, წესითა და რიგით, არ ემყარება სხვადასხვა მატერიალურ-სამართლებრივ ნორმებს. რაც შეეხება ხელშეკრულების ფორმალურ თავისუფლებას, დიგიტალური ხელმოწერა, მაგალითად, გერმანიაში, მრავალი წელია გათანაბრებულია ჩვეულებრივ ხელმოწერასთან და პირადობებიც აღჭურვილია შესაბამისი ფუნქციებით. ეს იმას ნიშნავს, რომ ამ სფეროში ძირითადი სამართლებრივი ნორმები იდენტურია. იგივე სურათია შპს-ს დაფუძნებასთან დაკავშირებულ სამართლებრივ მოთხოვნებთან დაკავშირებით.

მთავარი განსხვავება ისაა, რომ ესტონეთში ამ ხსენებული სამართლებრივ-პროცედურული მოქმედებების შესრულების ტექნიკური მექანიზმები გაცილებით მარტივ ფორმას ატარებს და მოსახლეობაც უფრო ამომწურავად იყენებს დიგიტალურ შესაძლებლობებს. დიგიტალური ხელმოწერა დღეს ესტონეთში აბსოლუტურ სტანდარტს წარმოადგენს.⁵

ის, რომ დიგიტალური და ჩვეულებრივი ხელმოწერის გათანაბრება კერძო ავტონომიის თვისებრივ გაფართოებას წარმოადგენს, ცხადია. თუ გავითვალისწინებთ, რომ არსებულ პრაქტიკაში ჩვეულებრივი ხელმოწერები რალაც ძალიან მოძველებულად და არასასიამოვნოა აღქმული, შეიძლება იმის არგუმენტირებაც, რომ ამ ტენდენციის გამო ყველა იმ მათგანის ხელშეკრულების

⁴ Irene Kull, in in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Köve, Martin Käerdi und Karin Sein, *Võlaõigusseadus I Kommenteeritud Väljaanne* (Kommentierte Ausgabe zum Schuldrechtsgesetz I), zu § 42, S. 233 ff.

⁵ კონკრეტულ სტატისტიკებზე წვდომისათვის იხ. სახელმწიფო საინფორმაციო ვებ-გვერდი: <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/>.

თავისუფლება, ვინც ნებისმიერი შესაძლებელი მიზეზით ეწინააღმდეგება დიგიტალურ ხელმოწერას ან შეუძლია, ამ უკანასკნელს შეეწინააღმდეგოს, ფაქტობრივად შეზღუდულია.

რეალურად დიგიტალური ხელმოწერა საჭიროებს ესტონურ ID-ნომერს (რომელიც განცხადების საფუძველზე, E-Residency-ის ფორმაში, ასევე ესტონეთში არმცხოვრებ უცხოელებსაც ეძლევა), დიგიტალური აპარატებით სარგებლობის საბაზისო ცოდნას და ასევე ამ აპარატებზე (მობილური ტელეფონი, კომპიუტერი ან ლეპტოპი) წვდომას.

ფაქტობრივი შეზღუდვა შეიძლება, უკვე მაშინ დადგეს, როდესაც ერთი კონკრეტული ფორმა საბოლოო ფორმით დამკვიდრდება პრაქტიკაში. ის, ვინც გვიან შუა საუკუნეებში უპირატესობას ანიჭებდა მონწილესთან დასწრებით ხელის ჩამორთმევას როგორც ხელშეკრულების დადების ფორმას, სავარაუდოდ, წერილობითი ფორმის მოსალოდნელ მონოპოლიურ გავრცელებას საკუთარი ხელშეკრულების ფორმალური თავისუფლების შეზღუდვად მიიღებდა. ხელშეკრულების თავისუფლების ეს „შემცირება“ აუცილებლად კომპენსირდა წერილობითი ფორმის არსებითი უპირატესობებით – ხელშეკრულების დადებისას მხარეთა მიერ ფიზიკური გადაადგილების აუცილებლობის მოხსნით ან ხელშეკრულების შინაარსის ზუსტი და ხანგრძლივი დოკუმენტირების გზით სახელშეკრულებო პირობების დეტალური განსაზღვრის შესაძლებლად გახდომით. ამის წინაპირობა იყო მხარეთა მიერ წერა – კითხვის სრულყოფილი ცოდნა.

IT-ტექნიკური თვალსაზრისით, ეს ტენდენცია ესტონეთში გვიან 90-იან წლებში გავრცელდა და თაობათა მომცველი მასშტაბიც კი შეიძინა. დიგიტალური კომპეტენციის გარკვეული დონე დღეს ესტონეთში მიღებულია, როგორც საბაზისო კულტურულ-ტექნიკური ცოდნა.⁶ ფართო საზოგადოება ხელშეკრულების ფორმალური თავისუფლების ამ ფაქტობრივ შეზღუდვას, დიგიტალური ხელმოწერის უპირატესობების გათვალისწინებით, რომელიც ჩვეულებრივ ხელმოწერასთან შედარებით, გაყალბებისაგან მეტ დაცვას და დროისა და ხარჯების მეტ ეკონომიას გულისხმობს, მიმღობით ხვდება.

2. გავლენა ხელშეკრულების მატერიალურ თავისუფლებაზე

მსგავს ფორმაში, „დიგიტალური სახელმწიფოს“ სხვა მახასიათებლებს შეუძლია, შეზღუდოს ხელშეკრულების მატერიალური თავისუფლება არასამართლებრივად, მაგრამ ფაქტობრივად. ლიბერალური ესტონეთის მიდგომა პერსონალურ მონაცემთა დაცვასთან დაკავშირებით არ არის სხვა დასავლელი ევროპული პარტიების მიდგომების მსგავსი, რომლებიც პერსონალურ მონაცემებზე სახელმწიფოს წვდომის მზარდ შეზღუდვას ემხრობიან. პირიქით, ესტონურ სისტემას ახასიათებს პერსონალურ მონაცემთა თავმოყრა საჯარო საიდენტიფიკაციო ნომრების ბაზაში. ეს საიდენტიფიკაციო ნომრები, რომლებიც ესტონელებს დაბადებისთანავე (და ყველა სხვა მაცხოვრებელს რეგისტრაციისას) ეძლევათ, ამავე დროს, წარმოადგენს პირადობის ნომერს, საგადასახადო სტატუსის ნომერს, სამედიცინო ისტორიისა და დაზღვევის ნომერს, პირად ნომერს სამსახურეობრივ ხელშეკრულებებში, ფინანსური ისტორიის ნომერს და ასევე მომხმარებლის სახელს (username) სახელმწიფოს მიერ ორგანიზებულ ყველა პლატფორმაზე შესასვლელად და ყველა ინსტრუმენტზე წვდომისათვის, როგორცაა, მაგალითად, დიგიტალური ხელმოწერა. წვდომა კონკრეტული პირისათვის მიკუთვნებულ მონაცემებზე აქვს მხოლოდ და მხოლოდ სახელმწიფოს ბლოკჩეინზე დაფუძნებული დახურული/კოდირებული სისტემის მეშვეობით. ეგრეთ ნოდებული „X-Road“-ის საშუალებით ეს მონაცემები ყოველი ცვლილებისას ყველა რეესტრულ ერთეულში შესაბამისად აქტუალიზდება. მისამართის ან ოჯახური სტატუსის ცვლილება, საჭიროა, რომ ესტონეთის სახელმწიფოს ცენტრალურ ვებგვერდს ეცნობოს მხოლოდ ერთხელ (დიგიტალური ხელმოწერით).

ის, რაც დიდ გამჭვირვალობას განაპირობებს, ფაქტობრივად, წარმოადგენს სამართლებრივად დაუშვებელი შინაარსის შემცველი ხელშეკრულებების დადების თავისუფლების შეზღუდვას, იგულისხმება ისეთი კერძოსამართლებრივი შეთანხმებები, რომელთა მეშვეობით ცხდდება საშემოსავლო გადასახადის მითვისება ან ფულის გათეთრება. მართალია, რომ სახელმწიფოს თავიდან არ გააჩნია ზუსტი ცოდნა კონკრეტული ხელშეკრულების შინაარსთან დაკავშირებით, თუმცა „X-Road“-ის მეშვეობით მიღებული სამართლებრივი მოქმედებების სისტემური სურათიდან გაცილებით უფრო მარტივია დასკვნების გამოტანა, ვიდრე ტრადიციული, მონაცემთა სეპარირებული მართვის გზით.

აუცილებელი არ არის, რომ საქმე ეხებოდეს მხოლოდ კრიმინალურ ზრახვებს, რომელთა

⁶ საფუძვლებისთვის იხ. Piia Tammppuu, Anu Masso, „Welcome to the virtual state: Estonian e-residency and the digitalised state as a commodity“, in: European Journal of Cultural Studies, 2018, Band 2, Ausgabe 5, S. 543-560.

სახელმწიფოებო ფორმით განხორციელების საშუალება ესტონეთის სამართლის სივრცეში შეზღუდულია. მხოლოდ და მხოლოდ საკუთარი მონაცემების ინტეგრირებულობაზე ზრუნვა კერძო პირებს, ალბათ, ხელს უშლის იმაში, რომ ამომწურავად ისარგებლონ საკუთარი ხელმწიფოების მატერიალური თავისუფლებით იმ სახელმწიფოში, რომელიც მინასავით გამჭვირვალე მოქალაქეს (gläsernen Bürger) იდეალად ამკვიდრებს. მაგალითისათვის ისმის შეკითხვა, მენდომებოდა მე თუ არა, რომ მემკურნალა რომელიმე ესტონელ ექიმთან, თუ დიაგნოზი და სამკურნალო რეცეპტი ჩემი საიდენტიფიკაციო ნომრით იქნებოდა დამახსოვრებული და ხელმისაწვდომი იქნებოდა მთელს მსოფლიოში ან ასევე, ისმის კითხვა, დადებს თუ არა კონკრეტული ორგანიზაციის თანამშრომელი მომდევნო სამუშაო ხელმწიფოებს კონკურენტ ორგანიზაციასთან, თუ ინფორმაცია ამ სამსახურებრივი ურთიერთობის შესახებ საჯაროდ იქნება ხელმისაწვდომი რომელიმე სახელმწიფო აგენტურის დაქვემდებარებაში მყოფ ონლაინ პლატფორმაზე.

სულ ცოტა, გერმანული თვალთახედვიდან აღსანიშნია, რომ ყოველივე ზემოთქმულის მიუხედავად, ესტონეთის სამართლებრივ პრაქტიკაში პერსონალურ მონაცემთა დაცვა არ განეკუთვნება სადისკუსიო თემების რიგს.⁷ ესტონელი სამართალ-სპეციალისტების ურყევი ნდობა მონაცემთა სახელმწიფოს მიერ და მუშაგების პრინციპისადმი, ერთი მხრივ, ემყარება იმას, რომ ესტონური სახელმწიფოს სიმნიშვნელოვანი გამოცდილება გაძლიერებული იდენტიფიცირება აქვთ საკუთარ სახელმწიფოსთან. ეს მოქმედებს იმდენად, რამდენადაც ესტონეთს 90-იანი წლებიდან მოყოლებული, თავის ისტორიაში მეორედ აქვს სახელმწიფოს მართვის დამოუკიდებლობა. სახელმწიფო სტრუქტურების ასეთი მკაცრი დიგიტალიზირება, მომდინარე 90-იანი წლებიდან, წარმოადგენს ესტონური ნარატივის ცენტრალურ ელემენტს: ესტონეთი თავისთავს განსაზღვრავს, როგორც “E-Estonia” (ელექტრონული ესტონეთი). ამ ისტორიული და იდეოლოგიური გარემოებების გარდა, სახელმწიფოს ასეთი ყოვლისმომცველი ნდობა პერსონალურ მონაცემებზე გამართლებულია ასევე პრაგმატული შეხედულებების საფუძველზეც: თუ Big Data-ს ეპოქაში მონაცემთა აბსოლუტური უსაფრთხოება რთულადაა უზრუნველყოფილი, მაშინ, როგორც მინიმუმ, დაცული უნდა იყოს იმის გამჭვირვალობა, თუ ვინ და რა მიზნით ნვდება ამ მონაცემებს, რაც ესტონურ სისტემაში ეგრეთ წოდებული time-stamping-ის მეშვეობითაა მიღწეული.⁸

რაც შეეხება ასეთი ტრანსპარენტობით გამოწვეული კერძო ავტონომიის შეზღუდვის დონის ზუსტ გაზომვას, შესაძლებელია, მივმართოთ ისეთივე შედარებას, როგორსაც მივმართეთ ჩვეულებრივ და დიგიტალურ ხელმოწერებზე საუბრისას: შეზღუდვა, ფაქტობრივად, სახეზეა, მაგრამ ეს ტრანსპარენტობა, მეორე მხრივ, განაპირობებს სამართლებრივი უსაფრთხოების გაზრდას და აფართოებს ხელმწიფოების დადების შესაძლებლობებს სახელმწიფოებო პარტნიორის შერჩევისა და ამ უკანასკნელის საკრედიტო რეპუტაციის დადგენისათვის უკეთესი მონაცემთა ბაზის უზრუნველყოფით – სამართლებრივი უსაფრთხოება, რომელიც “E-Residency”-ის სახით (ელექტრონული მოქალაქეობა) არის ექსპორტირებული.⁹

3. გადახედვა და შეჯამება

ესტონეთის ყველა სახელმწიფო რეესტრი (საჯარო რეესტრი, სამენარმეო რეესტრი და ასევე ზემოხსენებული “E-Residency”¹⁰) იმართება “GuardTime”-ის KSI-ის მეშვეობით, ანუ დაფუძნებულია ბლოკჩეინ-ტექნოლოგიაზე. ლოგიკურია, რომ მსგავს ბაზაზე შედგეს პერსონათა საიდენტიფიკაციო ნომრებზე დამყარებული ხელმწიფოების დადების ინსტრუმენტი. განსხვავებით დიგიტალური ხელმოწერისაგან, ასეთ შემთხვევაში, არამხოლოდ სახელმწიფოებო მხარეთა ვინაობა, არამედ ხელმწიფოების კონკრეტული შინაარსიც აღარ დაექვემდებარებოდა ფალსი-

⁷ პერსონალურ მონაცემთა დაცვის სამართალში ესტონურ მიდგომებთან დაკავშირებით იხ. Jaan Priisalu, Rein Ottis, „Personal control of privacy and data: Estonian experience”, in: Health Technology (2017), Heft 7, Ausgabe 4, S. 441-451.

⁸ Time-Stamping-თან დაკავშირებული ინფორმაციის მოსაძიებლად იხ. სახელმწიფო საინფორმაციო ვებგვერდი <https://e-estonia.com/solution/time-stamping-service/>.

⁹ E-Residency-ის შესახებ ინფორმაციის მოსაძიებლად, იხ. სახელმწიფო საინფორმაციო ვებგვერდი: <https://e-resident.gov.ee/>.

¹⁰ Clare Sullivan, Eric Burger, „E-residency and blockchain”, in: Computer Law & Security Review (2017), Band 33, Ausgabe 4, Seiten 470-481.

ფიცირებას და იქნებოდა ბლოკჩეინში ჩამახსოვრებული პროგრამული კოდის ფორმატში და იქ დეცენტრალიზებულად, მაგრამ, ამავე დროს, ანონიმურად ხილვადი. ასეთ ხელშეკრულებებს შეიძლება, “Smart Contracts”-ი ვუნოდოთ, ეს იმას ნიშნავს, რომ პროგრამულ კოდებში ჩაინერგებოდა პირობები, რომლებიც, მაგალითად, გასცემდა რაიმე სახის განკარგულებას (მაგ. რაიმეს გადახდასთან დაკავშირებით).

თუმცა ესტონეთი ასე შორს ჯერ არ წასულა. რაც შეეხება კერძო ავტონომიას, უმრავლესი ესტონელები ამ უკანასკნელის დაცვას დიგიტალური სტრუქტურების მეშვეობით დიდი კი-თი დაეთანხმება, აგრეთვე ესტონური საზოგადოების ტექნიკისადმი მიდრეკილების შესახებ არა მთლად ობიექტურ პოზიციებზე დაყრდნობით. ასეთ დროს შესაძლებელია, რომ არსებული საყოველთაო ენთუზიაზმის პირობებში კერძო ავტონომიის გარკვეული დონის შეზღუდვები აღარ იქნეს შეზღუდვებად აღქმული. პოლიტიკისა და საზოგადოების ფოკუსირება თავისუფლების, ტრანსპარენტობისა და ეკონომიკურობა/პრაქტიკულობის აქსიომებზე იწვევს მონაცემთა დაცვის თემატიკის უკანა პლანზე გადატანას – თუმცა ეს გარემოება, სოციალურ მედიაში პერსონალური მონაცემების განზრახ და ხშირად, ფართომასშტაბიანი გავრცელების მზარდი მსოფლიო პრაქტიკისა და მონაცემებით მოვაჭრე პორტალების არსებობის ფონზე, არა მხოლოდ რელატივირებულია, არამედ პრევენციული მოსაზრებების საფუძველზე კომპენსირებულია ესტონურ სისტემებში მონაცემებზე წვდომის მოქმედი მოდელის გამჭვირვალობით.

Schutz oder Beschränkung der Privatautonomie durch den digitalen Staat: Überlegungen am estnischen Beispiel

Estland ist im Hinblick auf die Bedeutung der Privatautonomie im estnischen Recht von drei besonderen Merkmalen geprägt:

Zum einen handelt es sich beim estnischen Recht um das Recht eines sehr kleinen und verhältnismäßig jungen Staates, dessen rechtliche Organe sich in weiten Teilen durch eine „kommunale“ Struktur und Arbeitsweise auszeichnen. Estland verfügt bei 1.3 Millionen Einwohnern über insgesamt 200 Richter, und ein einziger Saal fast die gesamte Anwaltschaft zur jährlichen Weihnachtsfeier. Keines der größeren Privatrechtsgesetze ist älter als 25 Jahre, und entsprechend dünn ist der Bestand an Sekundärliteratur; die estnische Zivilprozessordnung etwa (die auf der deutschen ZPO basiert) wurde erst im vorigen Jahr erstmals kommentiert. Nicht nur ist die Regelungsdichte vor diesen Hintergründen sehr viel geringer als in größeren Staaten, auch sind Beobachtungen vor diesem Hintergrund nur begrenzt auf andere Rechtsordnungen übertragbar, da auch radikale Reformen in Estland sehr viel schneller beschlossen und umgesetzt werden als in größeren Staaten.

Des weiteren handelt es sich bei Estland um einen sehr liberalen Staat; alle größeren politischen Parteien etwa befinden sich im liberalen Block des Europäischen Parlaments. Der Schutz der Privatautonomie wurde sogar positivrechtlich in das Schuldrechtsgesetzbuch¹ aufgenommen: § 5 lautet „Die Parteien können in ihrer Vereinbarung (...) von den Bestimmungen dieses Gesetzes abweichen, es sei denn, dass dieses Gesetz (...) ausdrücklich die Abweichungen von diesem Gesetz für nicht zulässig erklärt oder dass Abweichungen der öffentlichen Ordnung oder en guten Sitten widersprechen oder die Grundrechte einer dritten Person verletzen“; Grundlage hierfür waren 1:102 PECL, 1.1 PICC und grundsätzlich auch Art. II 1:102 DCFR.² § 5 VÖS basiert auf Art. 19 (der ein grundsätzliches Recht auf Selbstverwirklichung gewährt) und 31 (Recht auf wirtschaftliche Betätigung) des estnischen Grundgesetzes. Solche Abweichungen, die dem Gesetz nach unzulässigen wären, finden sich verhältnismäßig wenig; Miet- und Arbeitsrecht sind sehr mieter- und arbeitgeberfreundlich ausgelegt: Die Kündigungsfrist für unbefristete Wohnmietverträge beträgt drei Monate (§ 312 I VÖS)³, für möblierte Wohnungen sogar nur einen Monat (§ 312 II VÖS), und zwar unabhängig von der Dauer des Mietverhältnisses. Instrumente wie etwa eine Mietpreisbremse sind schon im Ansatz unbekannt; beim Arbeitnehmerschutz sieht es ähnlich mager aus. Weitere die Privatautonomie betreffende Regelungen wie den Vorvertrag (§ 33 VÖS) sowie branchentypische Kontrahierungszwänge (z.B. für Anbieter elektrischer oder Heizenergie, §§ 10 und 11 estnisches Energiegesetz) entscheiden sich nicht grundlegend von anderen Staaten. Auch die Rechtsfolgen eines (im deutschen Recht im Sinne von § 138 BGB sittenwidrigen) Zinswuchers sind nach § 42 III 5 VOS⁴ sehr viel gläubigerfreundlicher als etwa nach deutschem Recht; erst ein Zins ab 24 % (zuzüglich Euribor) gilt nach estnischem Recht als sittenwidrig, und auch dies lediglich gegenüber Verbrauchern. Doch hat Estland dieses zweite Merkmal mit vielen anderen Staaten Mittel- und Osteuropas gemein.

Anders verhält es es sich jedoch mit dem dritten besonderen Merkmal des estnischen Rechts, der im Titel mit dem Begriff des „digitalen Staats“ umrissen wurde. Unter „digitalem Staat“ ist hier umfassende Digitalisierung der allermeisten Rechtshandlungen zwischen Bürger und Staat zu verstehen, aber auch – hier relevanter – allein zwischen Privaten, indem der Staat digitale Werkzeuge und Inhalte zur Rechtsgestaltung bereitstellt sowie in seinen eigenen Einrichtungen Privaten als Modell dient.

* Dr. Thomas Hoffmann, LL.M, ist Ass. Professor an der Tallinn Law School der Tallinn University of Technology, Estland

¹ Estnisch Völaõigusseadus Law, RT I 2001, 81, 487, online zugänglich unter <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/528032016012/consolide>

² Paul Varul in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Köve, Martin Käerdi und Karin Sein, Völaõigusseadus I Kommenteeritud Väljaanne (Kommentierte Ausgabe zum Schuldrechtsgesetz I), § 5 2., S. 26; Juura, Tallinn 2016

³ Zu Details siehe Paul Varul in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Köve, Martin Käerdi und Karin Sein, Völaõigusseadus II Kommenteeritud Väljaanne (Kommentierte Ausgabe zum Schuldrechtsgesetz II), zu § 312, S. 234 ff; Juura, Tallinn 2016

⁴ Irene Kull, in in: Paul Varul, Irene Kull, Villu Köve, Martin Käerdi und Karin Sein, Völaõigusseadus I Kommenteeritud Väljaanne (Kommentierte Ausgabe zum Schuldrechtsgesetz I), zu § 42, S. 233 ff.

Dieser Beitrag möchte lediglich dieses letzte Merkmal untersuchen – und zwar, was dessen Auswirkungen auf die formale und materielle Vertragsfreiheit betrifft.

1. Auswirkungen auf die formale Vertragsfreiheit

Vorweg möchte ich zunächst anmerken, dass die Auswirkungen dieser Digitalisierung auf die Privatautonomie im Regelfall nicht auf unterschiedlichen materiellrechtlichen Regelungen beruhen: Was die formale Vertragsfreiheit betrifft, so ist etwa die digitale Unterschrift auch z.B. in Deutschland bereits seit vielen Jahren der händischen Unterschrift gleichgesetzt und Personalausweise mit entsprechenden Funktionen ausgerüstet, die rechtlichen Regelungen sind hier im wesentlichen identisch. Gleiches gilt z.B. für die rechtlichen Anforderungen zur Gründung einer GmbH.

Der Unterschied besteht vielmehr darin, dass die technischen Schritte zur Erfüllung dieser Voraussetzungen in Estland ungleich einfacher gestaltet sind, und dass diese digitalen Möglichkeiten von der Bevölkerung umfassend ausgeschöpft werden. Die digitale Signatur ist in Estland zum Beispiel heute bereits absoluter Standard.⁵

Dass die Gleichstellung von digitaler und händischer Unterschrift eine grundsätzliche Erweiterung der Privatautonomie darstellt, ist offensichtlich. Zieht man jedoch in Betracht, dass in der Praxis händische Unterschriften nunmehr grundsätzlich als etwas sehr Archaisches betrachtet und dementsprechend ungern gesehen werden, könnte man argumentieren, dass die formale Vertragsfreiheit all jener, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht digital unterschreiben möchten (oder können), durchaus faktisch beschränkt wird.

In der Tat braucht es für eine digitale Unterschrift eine estnische ID-Nummer (die jedoch auch nicht in Estland ansässigen Ausländern auf Antrag in Form der E-Residency zugewiesen wird), Grundkenntnisse in der Bedienung digitaler Geräte sowie Zugang zu diesen (Handy oder PC/Laptop).

Um eine faktische Beschränkung kann es sich jedoch auch schon dann handeln, wenn sich eine bestimmte Form einmal in der Praxis durchgesetzt hat. Wer im Hochmittelalter einen Handschlag vor Zeugen als Form eines Vertragsschluss vorzog, wird seine formale Vertragsfreiheit auch durch ein drohendes faktisches Monopol der Schriftform als eingeschränkt empfunden haben. Dieses „weniger“ an Vertragsfreiheit wurde jedoch durch die wesentlichen Vorteile der Schriftform mehr als kompensiert – etwa durch Ortsungebundenheit der Parteien bei Vertragsschluss oder Ermöglichung auch detaillierter vertraglicher Regelungen durch präzise und dauerhafte Dokumentation des Vertragsinhalts. Voraussetzung war freilich eine umfassende Alphabetisierung der Parteien.

Diese hat im IT-technischen Sinne in Estland bereits in den späten 1990er Jahren eingesetzt, und zwar generationenübergreifend. Ein gewisses Maß an digitaler Kompetenz wird in Estland heute als so etwas wie eine Grundkulturtechnik betrachtet.⁶ Die breite Öffentlichkeit nimmt daher die faktische Beschränkung der formalen Vertragsfreiheit in Anbetracht der Vorteile der digitalen Signatur – im Vergleich zur händischen Unterschrift überragende Fälschungssicherheit, Zeit- und Kostenersparnis – gerne in Kauf.

2. Auswirkungen auf die materielle Vertragsfreiheit

Auf ähnliche Weise könnten weitere Merkmale des „digitalen Staats“ auch die materielle Vertragsfreiheit nicht rechtlich, aber doch faktisch einschränken. Die liberale Grundhaltung Estlands steht nämlich nicht für einen rigorosen Datenschutz im Sinne westeuropäischer liberaler Parteien, die für eine weitgehende Beschränkung des staatlichen Zugriffs auf private Daten eintreten. Im Gegensatz zeichnet sich das estnische System durch eine umfassende Bündelung aller Personendaten über die staatliche Personenkennziffer aus. Diese Personenkennziffer, die jedem Esten bei Geburt (und jedem Einwohner bei dessen Registrierung) zugewiesen wird, ist gleichzeitig Personalausweisnummer, Steuernummer, Krankenakten- und Versicherungsnummer, Personalnummer bei Arbeitsverträgen, „Schufa“-Nummer sowie Nutzernamen für den Login in alle staatlich

⁵ Zu genauen Statistiken siehe die Verweise auf der staatlichen Informationsseite <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/>.

⁶ Zu Hintergründen siehe Piia Tammpuu, Anu Masso, „Welcome to the virtual state: Estonian e-residency and the digitalised state as a commodity“, in: *European Journal of Cultural Studies*, 2018, Band 2, Ausgabe 5, S. 543-560.

bereitgestellten Instrumente wie etwa die digitale Unterschrift. Zugang zu den der Person zugeordneten Daten hat über ein block-chain-basiertes Verschlüsselungssystem jedoch nur der Staat. Über die sogenannte „X-Road“ werden diese Daten bei jeder Änderung zudem in allen Registern laufend aktualisiert; eine Adress- oder Personenstandsänderung etwa braucht der zentralen Website des estnischen Staats nur einmal mitgeteilt (und per digitaler Unterschrift bestätigt) zu werden.

Was grundsätzlich für große Transparenz sorgt, kann faktisch die Freiheit beschränken, Verträge auch unzulässigen Inhalts zu schließen – etwa privatrechtliche Vereinbarungen, auf dessen Basis Steuern hinterzogen werden oder Geldwäsche betrieben werden sollen. Zwar hat der Staat keine Kenntnis vom konkreten Vertragsinhalt, doch lassen sich aus der Gesamtschau der Rechtshandlungen auf Basis der X-Road sehr viel einfacher Rückschlüsse ziehen als aufgrund traditioneller, separater Datenverwaltung.

Es müssen vor diesem Hintergrund nicht einmal kriminelle Absichten sein, deren vertragliche Umsetzung durch die Transparenz im estnischen Rechtsraum faktisch eingeschränkt werden können: Allein die Sorge um die Integrität der eigenen Daten mag Privatpersonen davon abhalten, von ihrer materiellen Vertragsfreiheit in einem Staat umfänglich Gebrauch zu machen, der den „gläsernen Bürger“ zum Ideal erhebt. Beispiele wären die Frage, ob ich mich von einem estnischen Arzt behandeln lassen möchte, wenn Diagnose und Rezept über meine Identifikationsnummer gespeichert werden und weltweit abrufbar sind; oder ob man als Angestellter einen weiteren Arbeitsvertrag mit einem konkurrierenden Unternehmen abschließen wird, wenn dieses Arbeitsverhältnis automatisch auf meinem von einer staatlichen Agentur gepflegten Online-profil offengelegt wird.

Zumindest aus deutscher Sicht bemerkenswert ist, dass trotz alledem in der estnischen Rechtspraxis Datenschutzgesichtspunkte kaum diskutiert werden.⁷ Das fast unbedingte Urvertrauen estnischer Rechtsanwender in die Integrität staatlicher Datenverarbeitung beruht zum einen darauf, dass aufgrund der geringen Größe des Staates sich seine Bürger sehr viel stärker mit diesem identifizieren. Dies gilt um so mehr, als dass sich Estland seit 1990 das zweite Mal in seiner Geschichte überhaupt selbst registriert. Die rigoros betriebene Digitalisierung staatlicher Einrichtungen seit den späten 1990er Jahren ist zudem zentrales Element des estnischen Narrativs; Estland definiert sich als E-Estonia. Doch neben diesen historischen und ideologischen Gründen wird der umfassende staatliche Zugriff auf persönliche Daten auch aus sehr pragmatischen Gründen gebilligt: Wenn in Zeiten von Big Data absolute Datensicherheit ohnehin nur unter erschwerten Bedingungen gewährleistet werden kann, so soll zumindest Transparenz gegeben sein, wer genau zu welchem Zweck auf diese Daten zugegriffen hat, was im estnischen System durch time-stamping der Fall ist.⁸

Was schließlich die konkrete Bemessung einer Beschränkung der Privatautonomie durch diese Transparenz betrifft, so lässt sich ein ähnlicher Vergleich anstellen wie vorangehend zwischen händischer und digitaler Unterschrift: Eine Beschränkung findet faktisch zwar statt, doch erhöht diese Transparenz andererseits auch die Rechtssicherheit und kann die Optionen eines Vertragsschlusses erweitern, etwa aufgrund besserer Datenlage zur Auswahl möglicher Vertragspartner und deren Bonität – eine Rechtssicherheit, die in Form der E-Residenz auch bereits „exportiert“ wird.⁹

3. Ausblick und Zusammenfassung

Alle estnischen staatlichen Register (Grundbuch, Handelsregister als auch die eben erwähnte E-Residenz¹⁰) werden über KSI von Guardtime geführt, beruhen also auf Blockchain-Technologie. Es erscheint schlüssig, auf gleicher Basis ein staatliches personenkenzifferbasiertes Vertragsschlussinstrument bereitzustellen. Im Unterschied zur digitalen Unterschrift wären dann nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch der konkrete

⁷ Zum estnischen Ansatz im Datenschutzrecht siehe Jaan Priisalu, Rein Ottis, „Personal control of privacy and data: Estonian experience“, in: *Health Technology* (2017), Heft 7, Ausgabe 4, S. 441-451.

⁸ Für einen Überblick zum Time-Stamping siehe die staatliche Informationsseite <https://e-estonia.com/solution/time-stamping-service/>

⁹ Für einen Überblick zur E-Residency siehe die staatliche Informationsseite <https://e-resident.gov.ee/>.

¹⁰ Clare Sullivan, Eric Burger, „E-residency and blockchain“, in: *Computer Law & Security Review* (2017), Band 33, Ausgabe 4, Seiten 470-481

Vertragsinhalt nicht mehr falsifizierbar, in Form eines Programmcodes auf der Blockchain hinterlegt und dort dezentral, doch anonymisiert einsehbar. Diese Verträge könnten zudem als Smart Contracts ausgelegt werden, d.h. in die Programmcodes könnten Bedingungen eingeschrieben werden, welche z.B. eine Verfügung veranlassen (etwa auf Zahlungseingang hin).

Doch so weit ist bislang auch Estland nicht gegangen. Was die Privatautonomie betrifft, so würden die meisten Esten die Frage nach ihrem Schutz durch eben jene digitalen Strukturen mit einem einheiligen „Ja“ beantworten – wenn auch aus dem gegebenenfalls nicht völlig objektiven Blickwinkel der grundsätzlichen Technikaffinität der estnischen Gesellschaft. Möglich ist hierbei, dass angesichts dieses allgemeinen Enthusiasmus“Einschränkungen der Privatautonomie ab einem gewissen Grad gar nicht mehr als solche wahrgenommen werden. Die Fokussierung von Politik und Gesellschaft auf die Axiome Freiheit, Transparenz und Wirtschaftlichkeit/Praktikabilität lassen Datenschutzgesichtspunkte in Estland häufig in den Hintergrund treten – doch wird dies vor dem Hintergrund der weltweit zunehmenden Praxis einer bewussten und häufig umfassenden Freigabe auch persönlichster Daten auf sozialen Medien oder Online-Händler-Portalen nicht nur relativiert, sondern aufgrund der Transparenz erfolgter Datenzugriffe in den estnischen Systemen aus Schutzgesichtspunkten stark kompensiert.

ნების ავტონომიის პრინციპის გამოყენება მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში

მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსი 2002 წლის 6 ივნისს იქნა მიღებული და ძალაში შევიდა 2003 წლის 12 ივნისს. ამგვარად, მოლდავეთი გახდა დსთ-ის ბოლოს წინა სახელმწიფო, რომელმაც ახალი სამოქალაქო კოდექსი მიიღო (ბოლო სახელმწიფო უკრაინა იყო, სადაც სამოქალაქო კოდექსი 2004 წლის 1 იანვარს შევიდა ძალაში). 2018 წლის 19 ივლისს, რესპუბლიკის პარლამენტმა ბოლო მოსმენით დაამტკიცა კანონი №133 სამოქალაქო კოდექსის მოდერნიზაციის და ზოგიერთ საკანონმდებლო აქტში ცვლილებების შეტანის შესახებ. ამ კანონით, მოქმედ სამოქალაქო კოდექსში არსებითი ცვლილებები შევიდა და ისინი 2019 წლის 1 იანვრიდან ამოქმედდება.

მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში ნების ავტონომიას ცალკე ადგილი ეთმობა 1-ელი მუხლის 1-ელ ნაწილში, რომელიც შეიცავს დებულებას, რომ სამოქალაქო კანონები ეფუძნება მის მიერ რეგულირებადი ურთიერთობების მხარეთა თანასწორობას, მათი საკუთრების ხელშეუხებლობას, **ხელშეკრულების თავისუფლებას**, პირად საქმეებში ჩარევის დაუშვებლობას, სამოქალაქო უფლებების დაუბრკოლებლად განხორციელების აუცილებლობას, პიროვნების დარღვეული უფლებების აღდგენის უზრუნველყოფას, მათ სასამართლო დაცვას. მეორე მხრივ, მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 667-ე მუხლის (სათაურით – „ხელშეკრულების თავისუფლება“) 1-ელ ნაწილში გათვალისწინებულია, რომ „**ხელშეკრული მხარეები თავისუფალი არიან ხელშეკრულების დადებაში სამართლის იმპერატიული ნორმების ფარგლებსა და მისი შინაარსის განსაზღვრაში. თუ საზოგადოების ან პიროვნების პრიორიტეტული ინტერესების დაცვის მიზნით ხელშეკრულების ძალა დამოკიდებულია სახელმწიფო ორგანოების მიერ მის დამტკიცებაზე, აუცილებელი შეზღუდვები და პირობები კანონით უნდა იქნეს დადგენილი.**“ ამგვარად, მოლდავეთის კანონმდებლობაში გამოყენებულია ცნება „**ხელშეკრულების თავისუფლება**“ და არა – „**ნების ავტონომია**“. ამ ორ ცნებას შორის ურთიერთობის განსაზღვრად მეცნიერთა პოზიციას უნდა გავეცნოთ. როგორც სპეციალურ ლიტერატურაშია აღნიშნული¹, ხელშეკრულების თავისუფლების კონცეფცია ჯერ კიდევ შუა საუკუნეების ტრაქტატებში ჩამოყალიბდა. თავდაპირველად ითვლებოდა, რომ ეს არის ბუნებრივი, მუდმივი და ხელშეუხებელი უფლება. მოგვიანებით გაჩნდა ნების ავტონომიის ფილოსოფიური თეორია, რომელიც პირველი თეორიიდან გამომდინარეობს. ითვლება, რომ ავტონომიის თეორია XVIII საუკუნეში ჩამოაყალიბეს და განავითარეს ფ.ფ. რუსომ და ე. კანტმა.²

აღსანიშნავია, რომ ნების ავტონომიამ გავლენა მოახდინა არა მარტო სამართლის, არამედ პოლიტიკისა და ეკონომიკის სფეროებზე. პოლიტიკაში ნების ავტონომიის თეორიამ სტიმული მისცა პოლიტიკურ ლიბერალიზმს, ეკონომიკაში-ეკონომიკურ ლიბერალიზმს, ხოლო იურისპრუდენციაში-ხელშეკრულების თავისუფლებას. სწორედ ამიტომ, დღეს ბევრ სამოქალაქო კოდექსში გამოიყენება ტერმინი „**ხელშეკრულების თავისუფლება**“ და არა – „**ნების ავტონომია**“.

ნების ავტონომიის პრინციპი გულისხმობს, რომ ხელშეკრულების დადება და მისი სავალდებულო ძალა მხოლოდ მხარეების ნებაზეა დამოკიდებული და არა კანონზე. შესაბამისად, ხელშეკრულების თავისუფლება ნიშნავს სამოქალაქო სამართალურთიერთობათა მონაწილეების უფლებას, რომ თავისუფლად დადონ სამოქალაქო ხელშეკრულებები, რომლებიც გათვალისწინებულია

* სერჯიუ ბეეშუ – პროფესორი, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, მოლდავეთის სახელმწიფო უნივერსიტეტი;

გეორგე მიცუ – დოცენტი, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი მოლდავეთის სახელმწიფო უნივერსიტეტში და კიშინიოვის მუნიციპალიტეტის სასამართლოს მოსამართლე.

¹ I. Dogaru, Pompil Drăgănici, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, în reglementarea NCC, Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2014, pag. 40.

² იხ. იგივე, გვ. 41.

ან არ არის გათვალისწინებული კანონმდებლობით, მაგრამ არ არის აკრძალული იმპერატიული ნორმებით. ეს ასევე ნიშნავს მხარეთა უფლებას, თავისუფლად განსაზღვრონ ან შეცვალონ ხელშეკრულების შინაარსი, ან შეწყვიტონ ხელშეკრულება ნებისმიერ დროს. 667-ე მუხლის მე-2 ნაწილში აღნიშნულია, რომ არავინაა ვალდებული, დადოს სამოქალაქო სამართლებრივი ხელშეკრულება, კანონში გათვალისწინებული შემთხვევების გარდა. ამ მუხლის მიხედვით, აკრძალულია ხელშეკრულების დადების იძულება, იმ შემთხვევების გარდა, როდესაც ხელშეკრულების დადების ვალდებულება გათვალისწინებულია სამოქალაქო კოდექსში, კანონში ან გამომდინარეობს ნებაყოფლობით ნაკისრი ვალდებულებიდან.

ნების ავტონომიის პრინციპი ითვალისწინებს „მიცემული სიტყვის“ (გაცხადებული ნების) პატივისცემას, ისევე, როგორც თავისუფლება გულისხმობს ჩადენილ ქმედებებზე პასუხისმგებლობას. პირველადი კონცეფცია ხშირად იყო კრიტიკის საგანი ხელშეკრულებების დადებაში კანონის როლის სათანადოდ შეუფასებლობის გამო. გარდა ამისა, მას აკრიტიკებდნენ კეთილსინდისიერების და სამართლიანობის იმპერატიული ნორმების უგულვებლყოფის გამო. თანამედროვე სახელშეკრულებო სამართალი აღიარებს ნების ფუნდამენტურ როლს, მაგრამ ნება აღარ არის ავტონომიური (შეუზღუდავი), არამედ უნდა შეესაბამებოდეს კანონის დაცვის მოვალეობას. ნების ავტონომიის კონცეფციის გადასინჯვის შედეგად შემცირდა ხელშეკრულების დადების თავისუფლება და ნების სავალდებულო ძალა. თუმცა თეორიამ მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა, ნების ავტონომიის კონცეფცია კვლავ სასარგებლოა და განმარტავს მნიშვნელოვან წესებს, რომლებიც ხელშეკრულების სამართლებრივი რეჟიმის რეგლამენტირებას ახდენს.

ჩვენს მშობლიურ სპეციალურ ლიტერატურაში³ ნათქვამია, რომ **ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი** მოიცავს იმ სამართლებრივ ნორმებში ასახულ წამყვან იდეებს, რომლებზედაც დაფუძნებულია სამოქალაქო კანონმდებლობის ნორმები და რომლებიც სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობების სუბიექტებისთვის ადგენს ხელშეკრულების დადების, ხელშეკრულების პარტნიორების არჩევის, ხელშეკრულების ტიპისა და შინაარსის განსაზღვრის, მისი ცვლილების ან შეწყვეტის თავისუფლებას. მოცემული ავტორი ამტკიცებს, რომ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის მთავარი ფუნქცია არის ხელშეკრულების მხარეების თავისუფლების რეალიზაციის უზრუნველყოფა ხელშეკრულების ფორმირების ყველა ეტაპზე, მესამე მხარეების ან სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოების ნების მიუხედავად. ხელშეკრულების თავისუფლების სამეცნიერო საფუძველი მომდინარეობს ინდივიდის თავისუფლების შესახებ ფილოსოფიური პოსტულატებიდან⁴. ბევრი ფილოსოფოსი მიიჩნევს, რომ არსებობს განუყოფელი კავშირი თავისუფლებასა და უფლებას და უფლებასა და თანასწორობას შორის. შემთხვევით არ არის, რომ საფრანგეთს 1789 წლის რევოლუციის ლოზუნგი იყო *liberté, égalité, fraternité* (თავისუფლება, თანასწორობა, ძმობა). ეს ფილოსოფიური იდეები საფუძვლად დაედო ასევე საფრანგეთის 1804 წლის სამოქალაქო კოდექსს და მის მიერ ინსპირირებულ სხვა სამოქალაქო კოდექსებს. ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი მჭიდროდ უკავშირდება სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეთა თანასწორობის აღიარების პრინციპს. ამ მხრივ, საგულისხმოა ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის 1-ელი მუხლის დებულებები, რომელთა მიხედვითაც, ყველა ადამიანი იბადება თავისუფალი და თანასწორი თავისი ღირსებითა და უფლებებით. ამგვარად, სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეების თანასწორობის არაღიარების გარეშე შეუძლებელია ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის რეალიზაციაზე საუბარი. ეს პრინციპი აისახება ხელშეკრულების დადების და მისი შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებაში.⁵ ამასთან ერთად, სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეების ნამდვილი თანასწორობის უზრუნველყოფა შეუძლებელია ყველა

³ Gheorghe Mățu, Principiul libertății contractuale// Drept civil. Teoria Generală a obligației, Coordonator Sergiu Băieșu, Chișinău, 2015, c. 64.

⁴ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის ფილოსოფიური იდეების უკეთ გასაცნობად იხ.: *Танага, А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России*, Юридический центр Пресс, Санкт-Петербург, 2003, с. 13-26; *Забоев, К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора*, Юридический центр Пресс, Санкт-Петербург, 2003, с. 77-85.

⁵ Gheorghe Mățu, დასახ. ნაშრომი, c. 64.

სუბიექტის თავისუფლების აღიარების გარეშე. ეს თავისუფლება გულისხმობს კანონით გათვალისწინებულ ფარგლებში გარკვეული ქმედებების განხორციელებისთვის იმავე სამართლებრივი საშუალებების ხელმისაწვდომობას.⁶

ამგვარად, თავისუფლების კონცეფციიდან გამომდინარე, შეგვიძლია განვაცხადოთ, რომ სამართლის სფეროში ნების ავტონომიის თეორია სამ იდეაზეა დაფუძნებული:

ა) ხელშეკრულების დადება/არდადების თავისუფლება, რაც გამომდინარეობს მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 666-ე და 667-ე მუხლებიდან;⁷

ბ) ხელშეკრულების ფორმის თავისუფლება იმ თვალსაზრისით, რომ, თუ არსებობს ნების გამოვლენა, მისი გამოხატვის ფორმას დიდი მნიშვნელობა არა აქვს⁸. პრინციპში, მოლდავეთის სამოქალაქო კოდექსმა უარი თქვა რეალურ ხელშეკრულებაზე და ემხრობა კონსენსუსის პრინციპს, რომლის მიხედვით, ვალდებულებითი ურთიერთობების წარმოშობის, შეცვლისა და შეწყვეტისთვის საკმარისია უბრალოდ მხარეთა ნების გამოვლენა. მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში ბევრი არ არის ის ხელშეკრულებები, რომლებშიც თანხმობა გარკვეული სახით გაფორმებას ექვემდებარება;

გ) მხარეთა თავისუფლება, რომ ექსკლუზიურად განსაზღვრონ ხელშეკრულების შინაარსი. ამგვარად, სამოქალაქო კოდექსის 667-ე და სხვა მუხლებიდან გამომდინარეობს, რომ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი შეიძლება რამდენიმე პერსპექტივიდან გაანალიზდეს.

პირველ ყოვლისა, მხარეებს აქვთ ხელშეკრულების დადება/არდადების თავისუფლება (*ხელშემკვრელი მხარეები თავისუფალი არიან ხელშეკრულების დადებაში* (667-ე მუხლის 1-ელი ნაწილი) და *იკრძალება ხელშეკრულების დადების იძულება* (სამოქალაქო კოდექსის 667-ე მუხლის მე-2 ნაწილი). ამგვარად, მხარეები თვითონ წყვეტენ, დადონ თუ არა ხელშეკრულება, რადგან არავინ არის ვალდებული, დადოს ხელშეკრულება საკუთარი ნების საწინააღმდეგოდ. ამ წესიდან დასაშვები გამონაკლისები მკაფიოდ და პირდაპირ უნდა იყოს კანონში განსაზღვრული ან მხარეთა ნების გამოვლენიდან უნდა მომდინარეობდეს. აქედან გამომდინარე, არავინაა ვალდებული, დადოს ხელშეკრულება, გარდა კანონით გათვალისწინებული შემთხვევებისა, ან თუ მხარეები ამ ვალდებულებას ნებაყოფლობით იკისრებენ.

თუ თავდაპირველად ნების ავტონომიის პრინციპის საფუძველი მხოლოდ ხელშეკრულების დადებისას მხარეთა ნების გამოვლენა იყო, ამჟამად სიტუაცია შეიცვალა და ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს ერთ-ერთი მხარის ნების გამოვლენის გარეშეც.

რაც შეეხება რომელიმე მხარისთვის ხელშეკრულების დადების ვალდებულების დაკისრებას იმ შემთხვევაში, თუ მხარემ წინარე ხელშეკრულებით აიღო ეს ვალდებულება, სამოქალაქო კოდექსის 703-ე მუხლში დაზუსტებულია, რომ „*ხელშეკრულება, რომელიც დაიდო სხვა პირისთვის ხელშეკრულების დადება ზედაპირების დარღვევით, შეიძლება წარედგინოს დაპირების ბენეფიციარს, რომელიც არ კარგავს უფლებას, მოითხოვოს ზარალის ანაზღაურება ხელშეკრულების დადების შესახებ დაპირების მიმცემი პირისგან და არა კეთილსინდისიერი მესამე პირისგან, რომელმაც ამ უკანასკნელთან გააფორმა ხელშეკრულება*“.

ერთი შეხედვით, ეს კანონიერი დებულება წინარე ხელშეკრულებას უკარგავს მის ერთ-ერთ სპეციფიკურ თავისებურებას, რაც მომავალში ხელშეკრულების გაფორმების მოვალეობის დადგენაა. მიუხედავად ამისა, როგორც სწორად აღინიშნა⁹, 667-ე მუხლის მე-2 ნაწილში წარმოდგენილი გადაწყვეტილება ხშირად თეორიულ ნაშრომების კრიტიკის საგანი ხდება, რადგან ის მთელ რიგ პრობლემებს წარმოქმნის, მათ შორის, ხელშეკრულების პირობების განსაზღვრის პრობლემას. შემოთავაზებულ იქნა, რომ თუ პირი, რომელსაც კანონით ან ადრე ნაკისრი მოვალეობის გამო ეკისრება ხელშეკრულების დადება და ის უარს ამბობს, მაშინ მეორე მხარეს აქვს მხოლოდ

⁶ რაც შეეხება ურთიერთობას ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპსა და სამოქალაქო სამართლის სხვა პრინციპებს შორის, იხ. *Tanaga, A. H. დასახ. ნაშრომი, c.32-35.*

⁷ 666-ე მუხლის 1-ელ ნაწილში აღნიშნულია: „*ხელშეკრულებად ითვლება ორი ან მეტი პირის შეთანხმება სამართლებრივი ურთიერთობების დამყარების, შეცვლის ან შეწყვეტის თაობაზე. 667-ე მუხლის 1-ელ ნაწილში კი გათვალისწინებულია, რომ „ხელშემკვრელი მხარეები თავისუფალი არიან ხელშეკრულების დადებასა და მისი შინაარსის განსაზღვრაში სამართლის იმპერატიული ნორმების ფარგლებში . . .“.*

⁸ *I. Dogaru, Pompil Drăgănici, დასახ. ნაშრომი, c. 41.*

⁹ *Eșanu, N. Dispoziții generale cu privire la contract și la conținutul contractului, Cartea a III-a, art. 666-711: Comentariul Codului civil al Republicii Moldova, vol. II, ediția a II-a, Editura Arc, Chișinău, 2006, c. 213.*

ვალდებულებათა შეუსრულებლობისთვის კომპენსაციის მიღების უფლება და არა ეძლევა იმის მოთხოვნის უფლება, რომ ზემოაღნიშნულ პირს დაევალოს ხელშეკრულების დადება.

მართლაც, წინარე ხელშეკრულება წარმოქმნის ვალდებულებას, რომლის საგანია გარკვეული ქმედების შესრულება, ანუ მომავალში ხელშეკრულების დადება იმ შემთხვევაშიც, თუ თვითონ დასადები ხელშეკრულება წარმოქმნის ვალდებულებას, რომლის საგანია რაიმეს მინიჭება. მაგალითად, ნასყიდობის ხელშეკრულება გამყიდველისთვის ორ ვალდებულებას წარმოქმნის, ესენია მინიჭება, ანუ საკუთრების უფლების მყიდველისთვის გადაცემა, და გარკვეული მოქმედების შესრულება, ანუ მყიდველისთვის ნაყიდი ნივთის გადაცემა. ნასყიდობის წინარე ხელშეკრულების შემთხვევაში კი გამყიდველის მოვალეობაა მოქმედება, ანუ მომავალში ნასყიდობის ხელშეკრულების გაფორმება.

ამგვარად, თუ შევაჯერებთ 703-ე და 620-ე მუხლებს, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ სუბიექტმა წინარე ხელშეკრულებით აიღო მომავალში ხელშეკრულების დადების ვალდებულება და მერე გადაიფიქრა, მას მაინც არ დაევალება ხელშეკრულების გაფორმება. ამ შემთხვევაში გამოიყენება *ორმაგი თანხმობის მექანიზმი*. ამგვარად, აუცილებელია, რომ პირმა გამოხატოს თანხმობა არა მარტო წინარე ხელშეკრულების დადებისას, არამედ მომავალში თვითონ ხელშეკრულების გაფორმებისას. ეს დასკვნა ჩვენ მითითებული ნორმების ანალიზის საფუძველზე გამოვიტანეთ, მაგრამ მოლდავეთის რესპუბლიკის სასამართლო პრაქტიკა ამ თვალსაზრისით არაერთგვაროვანია. ზოგიერთ შემთხვევაში სასამართლო ავალდებულებს შესაბამის მხარეს, გააფორმოს ხელშეკრულება, ზოგჯერ ანაზღაუროს ზარალი. 2018 წლის 19 ივლისს დამტკიცებული სამოქალაქო კოდექსის ცვლილებებისა და დამატებების პროექტში განსხვავებული გადაწყვეტაა წარმოდგენილი. პროექტი მოიცავს ახალ დებულებას, რომლის მიხედვით, კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში, უფლებამოსილი პირის მოთხოვნით, სასამართლოს შეუძლია, გამოიტანოს გადაწყვეტილება, რომელიც მისი საბოლოოდ ჩამოყალიბების შემდეგ გარიგების ადგილს იკავებს, თუ მოვალე უსაფუძვლოდ ამბობს უარს გარიგების დადებაზე და ნამდვილობის ყველა სხვა პირობა შესრულებულია.

აქვე უნდა ვაღიაროთ, რომ ძალიან იშვიათია, როდესაც სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტებს ავალდებულებენ ხელშეკრულების დადებას. ამგვარი ვალდებულება განპირობებულია საზოგადოებრივი ინტერესებით ან უფრო სუსტი და დაუცველი მხარის დაცვის აუცილებლობით¹⁰, ან გვხვდება იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეებმა ნებაყოფლობით იკისრეს ეს ვალდებულება.¹¹

მეორე, ხელშეკრულების თავისუფლება გულისხმობს პარტნიორის არჩევის თავისუფლებას ხელშეკრულების დასადავად. მაგალითად, თუ საქონლის გადატანის ხელშეკრულებაში ერთ-ერთ მხარეს ევალება გადასატანი საქონლის დაზღვევა, ამ მხარეს შეუძლია სადაზღვევო ხელშეკრულების დადება ნებისმიერ სადაზღვევო კომპანიასთან საკუთარი შეხედულებისამებრ.

მესამე, ხელშეკრულების თავისუფლება მხარეებს აძლევთ შესაძლებლობას, განსაზღვრონ დასადები ხელშეკრულების ხასიათი, ანუ აირჩიონ ნებისმიერი სახის ხელშეკრულება, როგორც **კანონით გათვალისწინებული ხელშეკრულებებიდან (დასახელებული ხელშეკრულებები)**, ასევე **კანონით გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულებებიდან (დაუსახელებელი ან კომპლექსური ხელშეკრულებები)**, რომლებიც კანონით გათვალისწინებული სხვადასხვა ხელშეკრულების ელემენტებს შეიცავს (სამოქალაქო კოდექსის 667-ე მუხლის მე-3 ნაწილი). რაც შეეხება დაუსახელებელ ან კომპლექსურ ხელშეკრულებებს, სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლის 1-ელი ნაწილის და 220-ე მუხლის დებულებებიდან გამომდინარე, ძირითადი პირობა არის ის, რომ ეს ხელშეკრულებები არ ეწინააღმდეგებოდეს საერთო პრინციპებს, სამოქალაქო კანონმდებლობის აზრს, სამართლისა და კეთილსინდისიერების იმპერატიულ ნორმებს.

ეკონომიკური ურთიერთობები უფრო სწრაფად ვითარდება, ვიდრე სამოქალაქო კანონმდებლობის მარეგულირებელი ნორმები. ისინი, თავის მხრივ, ამომწურავად ვერ არეგულირებენ

¹⁰ მაგ., სამოქალაქო კოდექსის 669-ე მუხლი.

¹¹ სამოქალაქო კოდექსის ცვლილებების და დამატებების პროექტის 667-ე მუხლის მე-7 ნაწილში გათვალისწინებულია, რომ იკრძალება ხელშეკრულების დადების იძულება, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ხელშეკრულების დადების ვალდებულება კანონით არის გათვალისწინებული ან გამომდინარეობს ნებაყოფლობით აღებული ვალდებულებიდან.

ყველა ტიპის ხელშეკრულებას, რომელთა დადებაც სურთ ხელშემკვრელ მხარეებს. მეტიც, მხარეებს არ უნდა ევალებოდეთ თავიანთი ეკონომიკური ურთიერთობების მოქცევა სამოქალაქო კანონმდებლობით რეგულირებადი ხელშეკრულებების კატეგორიების ფარგლებში. ამ მოსაზრებიდან გამომდინარე, კანონმდებლებმა ხელშეკრულების მხარეებს მისცეს შესაძლებლობა, დადონ ხელშეკრულებები, რომლებიც პირდაპირ არ არის კანონში გათვალისწინებული და არ არის ამომწურავად დარეგულირებული.

გარდა ამისა, კანონმდებელი მხარეებს კომპლექსური ხელშეკრულებების დადების შესაძლებლობას აძლევს. თუ მხარეების ეკონომიკური ურთიერთობები გულისხმობს იმგვარი ხელშეკრულების გაფორმების აუცილებლობას, რომელიც მომსახურების განწესა და ნარდობის ელემენტებს შეიცავს, მათ შეუძლიათ ამის გაკეთება. ამ კომპლექსური ხელშეკრულების მიმართ სუბსიდიარულად გამოიყენება სამოქალაქო კოდექსის შესაბამისი ნორმები მომსახურების განხორციელებასა და ნარდობასთან დაკავშირებით.

მეოთხე, ხელშეკრულების თავისუფლება ვლინდება მხარეთა უფლებაში, რომ განსაზღვრონ ხელშეკრულების შინაარსი, პირობები და მისი გამოყენების შედეგები. ამგვარად, მხარეებმა თანხმობის მიღწევის გზით უნდა განსაზღვრონ ხელშეკრულების პირობები (667-ე მუხლის 1-ელი ნაწილი და 1-ელი მუხლის მე-2 ნაწილი). ეს ფაქტი ასევე გამომდინარეობს 679-ე მუხლის 1-ელი ნაწილიდან, რომლის მიხედვითაც, „*ხელშეკრულება ითვლება დადებულიად, თუ მხარეებს შორის მიღწეულია შეთანხმება ხელშეკრულების ყველა არსებითი პირობის თაობაზე.*“

გარდა ამისა, მიერთების ხელშეკრულებებსა და სტანდარტული პირობების შემცველ ხელშეკრულებებში ერთ-ერთი მხარის (მიერთებული მხარის) ნების როლი ხელშეკრულების პირობების განსაზღვრაში მინიმუმამდეა შემცირებული. ამ მხარეს შეუძლია მხოლოდ ან მეორე მხარის მიერ ფორმულირებული პირობების მთლიანად მიღება, ან ხელშეკრულებაზე უარის თქმა.

ნორმატიულ დოკუმენტებში მხარეთა ნების როლი შეიძლება კანონმდებლის ან გამომცემი ორგანოს როლით ჩანაცვლდეს (მაგალითად, ბუნებრივი აირის მიწოდების ან საყოფაცხოვრებო და არასაყოფაცხოვრებო მომხმარებლებისთვის ელექტრო ენერჯის მიწოდების ტიპური ხელშეკრულებები).

მეხუთე, ხელშეკრულების თავისუფლება ვლინდება იმით, რომ მხოლოდ ხელშემკვრელი მხარეების თანხმობით შეიძლება ხელშეკრულების ცვლილება ან შეწყვეტა, კანონით გათვალისწინებული შემთხვევების გარდა (623-ე და 735-ე მუხლები). 666-ე მუხლის 1-ელი ნაწილის დებულებების შესაბამისად, ხელშეკრულება არა მხოლოდ წარმოშობს, არამედ ცვლის და წყვეტს კიდევ სამართლებრივ ურთიერთობებს. არსებული ხელშეკრულების ცვლილება ან შეწყვეტა გულისხმობს მხარეთა შორის შეთანხმების შეწყვეტის აუცილებლობას. ასე რომ, მხარეები იმგვარადვე განსაზღვრავენ ხელშეკრულების შინაარსს და შედეგებს, როგორც დადეს ხელშეკრულება. ხელშეკრულების ცვლილება ან შეწყვეტა კი, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის ასახავს.

ამავე დროს, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის ეს ასპექტი მჭიდროდ არის დაკავშირებული ხელშეკრულების სავალდებულო ძალასთან. თუ მხარეები პირდაპირ არ შეთანხმდნენ ხელშეკრულების ცვლილებაზე ან შეწყვეტაზე და არ არსებობს სამოქალაქო კოდექსის 623-ე და 735-ე მუხლებში გათვალისწინებული რომელიმე სიტუაცია, მხარეებმა უნდა შეასრულონ ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებები, ამასთან, დაუშვებელია ცალმხრივი უარი შესრულებაზე.

ზემოაღნიშნულის მიუხედავად, ჩვენი ქვეყნის კანონმდებლობაში დაშვებულია ამ წესებიდან გამონაკლისებიც.¹²

¹² 21.07.1995-ის ფინანსური დაწესებულების შესახებ №550 კანონის 37112 მუხლში (ბანკის მიერ შესრულების უარის თავისებურებები) გათვალისწინებულია შემდეგი:

„(1) კანონმდებლობით გათვალისწინებული შემთხვევების გარდა, სპეციალურ მმართველს აქვს უფლება, უარი თქვას ბანკის ხელშეკრულებებიდან ან სხვა გარიგებებიდან გამომდინარე ვალდებულებების შესრულებაზე და არ დაეკისროს მიყენებული ზარალის ანაზღაურების ვალდებულება შემდეგი მიზეზების არსებობის შემთხვევაში:

ა) შესრულების საგანს წარმოადგენს ბანკის აქტივების უსასყიდლოდ გადაცემა;

ბ) შესრულების საგანს წარმოადგენს ბანკის სახსრების მომავალი ინვესტირება ან გაცემა;

გ) ვალდებულების შესრულება აშკარად წამგებიანია ბანკისთვის ანალოგიურ ვითარებასთან შედარებით; ვალდებულების აშკარა წამგებიანობა იგულისხმება იმ შემთხვევაში, თუ შემხვედრი ვალდებულებები

აღსანიშნავია, რომ ხელშეკრულების თავისუფლების ეს ასპექტები დინამიკაში უნდა იქნეს განხილული, რომ მეორე ასპექტის რეალიზაცია პირველის შედეგს წარმოადგენდეს და ა.შ. ამგვარად, ხელშეკრულების დადების შესახებ თავისი ნების გამოხატვის შედეგად, მხარეები თავისუფალი არიან იმ პირის არჩევაში, რომელთანაც სურთ ხელშეკრულების დადება, და ასევე ხელშეკრულების ტიპის არჩევაში (ქონების დაქირავება, ლიზინგი, იჯარა და სხვა). მას შემდეგ, რაც მხარეები გადანყვეტენ დასაძებნი ხელშეკრულების ტიპს, მათ შეუძლიათ, განსაზღვრონ ხელშეკრულების შინაარსი. ხელშეკრულების დადების შემდეგ კი მხარეებს თავისი შეთანხმებით შეუძლიათ მისი შეცვლა ან შეწყვეტა.

სამოქალაქო კანონმდებლობა შეიცავს მრავალრიცხოვან დებულებას ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის რეალიზაციის უზრუნველსაყოფად. ეს დებულებები ეხება, ერთი მხრივ, რეალური ნების გამოხატვის უზრუნველყოფას (სამოქალაქო კოდექსის 227-ე, 228-ე და 229-ე მუხლები) და, მეორე მხრივ, ხელშეკრულების უფრო სუსტი მხარის ინტერესების დაცვას (712-ე-720-ე მუხლები) ან იმ მხარის ინტერესების დაცვას, რომელმაც ხელშეკრულება მძიმე გარემოებების შედეგად დადო (230-ე მუხლი).

თუმცა ხელშეკრულების თავისუფლება არ არის აბსოლუტური. კანონმდებელს არ შეუძლია იმ ხელშეკრულებათა ნამდვილობის აღიარება, რომელთა საგანსაც წარმოადგენს შეკვეთილი მკვლელობა, იარაღით, ნარკოტიკული საშუალებებით, ადამიანების ორგანოებით, ქსოვილებითა და უჯრედებით ან ადამიანებით ვაჭრობა.

ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის შეზღუდვა გარდაუვალია. განიხილება, თუ რამდენად ფართოა ეს საზღვრები და როგორ შეიძლება იყოს ისინი გამოხატული.

კანონსაწინააღმდეგო ხელშეკრულებები უდავოდ არანამდვილია და მათ არ აქვთ იურიდიული შედეგები. სახელმწიფოს აქვს უფლება, დაადგინოს საზოგადოებაში თანაცხოვრებისა და საზოგადოების წევრთა ქცევის წესები. სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობების სუბიექტებს არა აქვთ ამ კანონების დარღვევის და საზოგადოებრივი წესრიგისადმი უპატივცემულობის შესაძლებლობა.

ამგვარად, კანონი ერევა და ზღუდავს ხელშეკრულების თავისუფლებას გარკვეული საზღვრების დადგენის საშუალებით. მაგალითად, სამოქალაქო კოდექსის 21-ე მუხლის მე-2 ნაწილის (ა) პუნქტის დებულებების შესაბამისად, თოთხმეტი წლის არასრულწლოვანს აქვს უფლება, დამოუკიდებლად განკარგოს თავისი მოგება, სტიპენდია და საკუთარი საქმიანობიდან მიღებული სხვა შემოსავლები. ამავე დროს, „ეთილის სპირტისა და ალკოჰოლური პროდუქციის წარმოება-ბრუნვის“ შესახებ №1100 კანონის (30.06.2000)¹³ 30-ე მუხლის (კ) პუნქტის შესაბამისად, იკრძალება 16 წელზე ნაკლები ასაკის პირებისთვის ალკოჰოლური პროდუქციის მიყიდვა. ამგვარად, კერძო სუბიექტების ხელშეკრულების თავისუფლება შეიძლება გაფართოვდეს ან შეიზღუდოს საქმიანობის გარკვეული სფეროს რეგულირებაში სახელმწიფოს ინტერესიდან გამომდინარე. ამ თვალსაზრისით, სწორად აღინიშნა¹⁴ ხელშეკრულების თავისუფლების გარკვეული მოქნილობის არსებობაზე, როდესაც სახელმწიფოს ეკისრება შეფასების როლი საზღვრების დადგენაზე ხელშეკრულების დადების შესაძლებლობის გაზრდის ან შემცირების საშუალებით.

ხელშეკრულების თავისუფლების რეალიზაციის ზღვარი შეიძლება იყოს როგორც პოზიტიური, ისე ნეგატიური. პოზიტიურ ზღვრად ითვლება გარკვეული პირების მიერ ხელშეკრულების დადების ვალდებულება კანონით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევებში. მაგალითად, მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 669-ე მუხლის 1-ელი ნაწილის (ხელშეკრულების დადების ვალდებულება) მიხედვით: „თუ ერთ-ერთ ხელშემკვერელ მხარეს დომინანტური პოზიცია

არაეკვივალენტურია 20%-ზე მეტით. არაეკვივალენტურობის არსებობა შეიძლება დადასტურდეს დამოუკიდებელი ექსპერტის დასკვნის ან სხვა დამადასტურებელი საბუთების საშუალებით. სპეციალურ მმართველს შეუძლია, აშკარა ნამგებიანობის არსებობა რიგ სხვა შემთხვევებშიც დაამტკიცოს;

დ) მოვალეობების შესრულება ხელს უშლის ბანკის ფინანსური მდგომარეობის გამოსწორებას, კერძოდ, გამოიწვევს დამატებით ზარალს ან კრედიტორების ინტერესების შელახვას.

(2) შესრულებაზე უარის თქმა დასაშვებია მანამდე, სანამ ვალდებულება არ შესრულდა“.

¹³ Официальный монитор Республики Молдова, 2000 г., № 130-132.

¹⁴ Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права. Издание 3-е. (Классика российской цивилистики), Издательство Статут, Москва, 2001, с. 251.

უკავია ბაზარზე, ის მოვალეა, დადოს ხელშეკრულებები ამ სფეროში. “მოლდავეთის რესპუბლიკის, კონკურენციის შესახებ“ №183 კანონის (11.07.2012)¹⁵ მე-4 მუხლის და მე-10 მუხლის მე-4 ნაწილის შესაბამისად, მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ „ერთ ან რამდენიმე საწარმოს შესაბამის ბაზარზე დომინანტი პოზიცია უკავია (თ) იმ შემთხვევაში, თუ გაანალიზებულ პერიოდში დარეგისტრირებული მისი წილი ან მათი ჯამური წილი ამ ბაზარზე 50%-ს აჭარბებს, თუ სხვა რამ არ არის დამტკიცებული“.

ამ კატეგორიას მიეკუთვნება ხელშეკრულების ტექსტში გარკვეული პირობების შეტანის აკრძალვა. ამის მაგალითია მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 1050-ე მუხლის (დავალების ხელშეკრულების გაუქმება) მე-5 ნაწილის დებულებები, რომელთა მიხედვით, „პირობა, რომელიც გამორიცხავს ერთ-ერთი მხარის მიერ ხელშეკრულების გაუქმების უფლებას, არანამდვილად ითვლება“. ანალოგიურად, მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 1105-ე მუხლის (სასტუმროში შენახვის თავისებურებები) 1-ელი ნაწილი შეიცავს აკრძალვას სასტუმროში შენახვის ხელშეკრულებაში ისეთი დებულების შეტანაზე, რომელიც გამორიცხავს ან ზღუდავს სასტუმროს, საერთო საცხოვრებლის, სანატორიუმის, დასასვენებელი სახლისა და სხვა მსგავსი დაწესებულებების პასუხისმგებლობას მასში განთავსებული ფიზიკური პირის ნივთების განადგურებაზე, დაკარგვასა და დაზიანებაზე, ფულის, ფასიანი ქალაქების და საიუველირო ნაკეთობების გარდა, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ეს ნივთები არ იყო ჩაბარებული სპეციალური შენახვისთვის, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, *სანინალმდეგოს შესახებ ხელშეკრულება არანამდვილია*.

სამეცნიერო ნაშრომებში¹⁶ აღნიშნულია, რომ ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვა აუცილებელ ზომას წარმოადგენს და სამ მიზანს ემსახურება.

პირველ ყოვლისა, შეზღუდვის მიზანია ხელშეკრულების უფრო მონყვლადი (სუსტი) მხარის დაცვა. ეს დაცვა უზრუნველყოფილია ხელშეკრულების დადების ეტაპზე და სრულდება ვალდებულებების შესრულებით ან მათი შეუსრულებლობის გამო პასუხისმგებლობის რეალიზაციით.¹⁷ ამგვარად, ხელშემკვრელი მხარეების პოზიციის სამართლებრივი შეფასებისას გათვალისწინებულ უნდა იქნას ის გარემოება, რომ ეკონომიკური საქმიანობის თავისუფლება და სამართლებრივი თავისუფლება ყოველთვის არ ემთხვევა ერთმანეთს. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, რომელიმე ხელშემკვრელი მხარე, გარკვეული ეკონომიკური ფაქტორებიდან გამომდინარე (საქონლის, სამუშაოს ან მომსახურების დეფიციტი, არაკეთილსინდისიერი კონკურენცია და სხვა), შეიძლება, იძულებული იყოს, დაეთანხმოს მეორე მხარის (კონტრაქტის) მიერ შეთავაზებულ პირობებს იმ შემთხვევაშიც კი, თუ კანონი ანიჭებს მას უარის თქმის უფლებას. ამგვარი ფაქტორების აღმოსაფხვრელად აუცილებელია ხელშემკვრელი მხარეების სამართლებრივი და ფორმალური თანასწორობის პრინციპისგან გადახვევა. აღნიშნული წინაპირობების არსებობისას კანონმდებლები გარკვეულ პრივილეგიებს ანიჭებენ მონყვლად მხარეს ხელშეკრულების დადების, შინაარსის განსაზღვრის, ასევე ხელშეკრულების შეცვლის ან შეწყვეტის დროს.

მეორე, ამ შეზღუდვის კიდევ ერთი მიზანია იმ კრედიტორების ინტერესების დაცვა, რომელთა დაზარალება უარყოფითად იმოქმედებს სამოქალაქო ბრუნვაზე, კერძოდ, საბანკო დაწესებულებებზე, რომლებიც გასცემენ კრედიტებს „ფანტომ“ კომპანიებსა და ფიზიკურ პირებზე, რომლებიც თავიანთ ფულად სახსრებს საეჭვო ფინანსურ დაწესებულებებს ანდობენ.

აქედან გამომდინარე, მოლდავეთის რესპუბლიკის საკონსტიტუციო სასამართლოს 15.11.2011-ის №24 დადგენილების („ფინანსური დაწესებულებების შესახებ“ №550-XIII 1995 წლის 21 ივლისის კანონის მომდევნო ცვლილებებისა და დამატებების ჩათვლით (მიმართვა №16g/2011) 38-ე მუხლის მე-3, მე-6 და მე-7 ნაწილებისა და 3812 მუხლის მე-2 ნაწილის არაკონსტიტუციურობის გამონაკლისი შემთხვევების შესახებ)¹⁸ 52-ე პუნქტში განსაზღვრულია, რომ გარკვეულ სენსიტიურ ან საზოგადოებისთვის დიდი მნიშვნელობის მქონე სფეროში, როგორცაა საბანკო სისტემის სტაბილურობა, სახელმწიფოს დისკრეციის საკმაოდ დიდი თავისუფლება აქვს. დისკრე-

¹⁵ Официальный Монитор Республики Молдова, 2012, № 193-197.

¹⁶ Брагинский, М.И., Витрянский, В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения, с. 159-160.

¹⁷ მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ მოლდავეთის რესპუბლიკის 13.03.2003-ის №105 კანონის მუხლი 230, მუხლები 712-720, მე-5 მუხლის დებულებები (Официальный Монитор Республики Молдова, 2003, № 126-131), ასევე დებულებები, რომლებიც გათვალისწინებულია მე-4 მუხლში.

¹⁸ Официальный Монитор Республики Молдова, 2011, № 206-215.

ცია (მოქმედების თავისუფლება) გულისხმობს სახელმწიფოს უფლებას, დაადგინოს განსაკუთრებული წესები, რომლებიც განსხვავდება რეგულირების სხვა მსგავსი სფეროების წესებისგან. მეტიც, ზემოაღნიშნული კონსტიტუციურსამართლებრივი აქტის 53-ე პუნქტში განსაზღვრულია, რომ ბანკები სერიოზულ ზემოქმედებას ახდენენ როგორც საბანკო მომსახურებით მოსარგებლეთა საქმიანობაზე, ისე ეროვნულ ეკონომიკაზე, რაც განაპირობებს ბანკების განსაკუთრებულ სამართლებრივ სტატუსს. ეს პოზიცია აისახა მოლდავეთის რესპუბლიკის საკონსტიტუციო სასამართლოს სხვა დადგენილებებშიც. ესენია №18 დადგენილება (11.12.2012), რომელიც ეხება 2000 წლის თებერვლის „ადმინისტრაციული სასამართლოს შესახებ“ №793-XIV კანონის ზოგიერთი დებულების კონსტიტუციურობის კონტროლს (მიმართვა №20a/2012)¹⁹, №31 დადგენილება (01.10.2013) „მოლდავეთის ეროვნული ბანკის შესახებ“ 1995 წლის 21 ივლისის №548-XIII კანონის მე-11 მუხლის მე-4 ნაწილის დებულებათა და 2000 წლის 10 თებერვლის „ადმინისტრაციული სასამართლოს შესახებ“ №793-XIV კანონის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის და 23-ე მუხლის მე-3 ნაწილის დებულებათა კონსტიტუციურობის კონტროლის შესახებ (მიმართვა №26a/2013)²⁰.

მიუხედავად იმისა, რომ ბანკები ყველაზე მსხვილი და ხშირი კრედიტორები არიან, ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვა არა მარტო ბანკის, არამედ ყველა კრედიტორის დაცვის საჭიროებით არის განპირობებული.

კრედიტორების ინტერესების დაცვა წარმოადგენს სამოქალაქო კოდექსის ხელშეკრულებათან დაკავშირებული ნორმების რეგულირების საგანს. მას ასევე სხვა სამოქალაქოსამართლებრივი ინსტიტუტების ნორმები არეგულირებენ, მაგალითად, ვალდებულებების შესრულების უზრუნველყოფის საშუალებების ნორმები, ვალდებულებათა დარღვევაზე პასუხისმგებლობის ნორმები და სხვა.

მესამე, ზემოაღნიშნული შეზღუდვის მიზანია სახელმწიფოს, როგორც საზოგადოებრივი ინტერესების კვინტესენციის, ინტერესების დაცვა. ამ მიზნით, კანონმდებლებმა შემოიღეს გარკვეული იმპერატიული სამოქალაქოსამართლებრივი ნორმები, მათ შორის, ხელშეკრულების რეგულირებასთან დაკავშირებული (მაგ., მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 623-ე მუხლი (ხელშეკრულების პირობების შეცვლილ გარემოებებთან შესაბამისობაში მოყვანა), 735-ე მუხლი (უკუძალით ხელშეკრულების გაუქმება არსებითი ხასიათის ვალდებულებების შეუსრულებლობის შემთხვევაში) და სხვა. იმპერატიული ნორმების გარდა, ხელშეკრულების თავისუფლება იზღუდება მართლწესრიგით და კეთილი ზნე-ჩვეულებებით, როგორც ეს გათვალისწინებულია მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 220-ე მუხლის (კანონთან, მართლწესრიგის საფუძვლებთან ან ზნეობასთან წინააღმდეგობაში მყოფი ხელშეკრულების არანამდვილობა) 1-ელ და მე-2 ნაწილებში.

მოქმედი კანონმდებლობა არ შეიცავს მართლწესრიგის და კეთილი ზნე-ჩვეულებების განმარტებას, რამაც, თავის მხრივ, ცალკე კვლევის საგანია სამოქალაქოსამართლებრივ დოქტრინაში.

საზოგადოებრივი წესრიგი და კეთილი ზნე-ჩვეულებები წარმოადგენს დამატებით კრიტერიუმებს ხელშეკრულების თავისუფლების საზღვრების დასადგენად.

„საზოგადოებრივი წესრიგი“ (ფრანგ. – *ordre public*, გერმ. – *öffentliche Ordnung*), როგორც ხელშეკრულების თავისუფლების საზღვრებთან დაკავშირებული დამოუკიდებელი კატეგორია საფრანგეთის სამოქალაქოსამართლებრივ დოქტრინასა და სასამართლო პრაქტიკაში. პირველად ის მოხსენიებულია საფრანგეთის 1804 წლის სამოქალაქო კოდექსის მე-6 და 1133-ე მუხლებში. მე-6 მუხლის შინაარსი შემდეგი იყო: „დაუშვებელია კერძო ხელშეკრულებებით საზოგადოებრივი წესრიგის და კეთილი ზნე-ჩვეულებების შესახებ კანონების დარღვევა“ (ფრანგ. – *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*).

გარდა ამისა, საფრანგეთის 1804 წლის სამოქალაქო კოდექსის 1133-ე მუხლის დებულებების შესაბამისად, „საფუძველი უკანონოა, თუ აკრძალულია კანონით და ეწინააღმდეგება კეთილი ზნე-ჩვეულებებს და საზოგადოებრივ წესრიგს“ (ფრანგ. – *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*).

¹⁹ Официальный Монитор Республики Молдова, 2013, № 6-9.

²⁰ Официальный Монитор Республики Молдова, 2013, 252-257.

მოგვიანებით ეს სამართლებრივი კატეგორიები აისახა სხვა ქვეყნების სამოქალაქო კოდექსებში, მაგ., ჰოლანდიის სამოქალაქო კოდექსში (მე-40 მუხლი), იტალიის სამოქალაქო კოდექსში (1343-ე და 1354-ე მუხლები), შვეიცარიის კანონში ვალდებულებების შესახებ (მე-19 და მე-20 მუხლები) და კოდიფიცირებული სამოქალაქო სამართლის სხვა წყაროებში, მაგალითად, 2009 წლის რუმინეთის სამოქალაქო კოდექსში (მე-11 მუხლი).

მოლდავეთის რესპუბლიკის კანონმდებლებმა საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსით შექმნილი ტრადიციის შესაბამისად, ეს კონცეფცია დააფიქსირა მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის მე-4 მუხლის (ჩვეულებები) მე-2 ნაწილში, მე-9 მუხლის (უფლებების განხორციელება და მოვალეობების შესრულება) 1-ელ ნაწილში, 220-ე მუხლის (კანონის, მართლწესრიგის ან ზნეობის სანინააღმდეგო ხელშეკრულების არანამდვილობა) მე-2 ნაწილში.

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში საზოგადოებრივი წესრიგის კატეგორია არ იქნა გათვალისწინებული. გერმანელი კანონმდებლები კეთილი ზნე-ჩვეულებების მითითებით შემოიფარგლნენ (§138 BGB). ამ გარემოებიდან გამომდინარე, ზოგიერთი ავტორი²¹ იმ დასკვნამდე მივიდა, რომ საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფცია მხოლოდ სამოქალაქო სამართლის გადმონაშთს წარმოადგენს და, შესაბამისად, უარყო სამოქალაქო კოდექსის შემადგენლობაში მისი შეტანა.

შემდგომმა საკანონმდებლო ევოლუციამ კი, საპირისპირო დაამტკიცა. ფაქტობრივად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის ავტორებმა „კეთილი ზნე-ჩვეულებების“ კონცეფცია რომაული კერძო სამართლიდან აიღეს (ლათ. - *boni mores*), რომელშიც „საზოგადოებრივი წესრიგის“ ცნება არ არსებობს. გერმანელ კანონმდებელთა ამ გადაწყვეტილებამ ცხარე დებატები გამოიწვია სამოქალაქო კოდექსის ავტორთა შორის. ისინი მივიდნენ საერთო გადაწყვეტილებამდე, რომ „კეთილი ზნე-ჩვეულებების“ ადეკვატური ახსნა გამორიცხავს საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის შესაძლებლობას. შემდეგ გერმანიის სასამართლო პრაქტიკამ კეთილი ზნე-ჩვეულებების კონცეფციის იმდენად ფართო განმარტება შეიმუშავა, რომ ის არ მოიცავდა მხოლოდ მორალის და ზნეობის ნორმების დარღვევას, არამედ იმ სფეროსაც, რომელიც აღინიშნება ტერმინით „საზოგადოებრივი წესრიგი“ საფრანგეთის და იმ სახელმწიფოების სამოქალაქო კანონმდებლობაში, რომელთაც საფრანგეთის მოდელი გადაიღეს.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფციის არარსებობა კომპენსირდება კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორიით, რომლის მიზანია სახელმწიფოს და საზოგადოების ერთიანი ინტერესების დაცვა, რასაც ფრანგულ და ანგლოსაქსურ ცივილისტიკაში საზოგადოებრივი წესრიგის კატეგორია უზრუნველყოფს.

საფრანგეთის სამოქალაქო სამართლებრივი დოქტრინის დებულებამ, რომელიც საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1133-ე მუხლშია ჩამოყალიბებული, მეცნიერებს შორის დავა გამოიწვია „საზოგადოებრივი წესრიგის“ ცნების შინაარსის თაობაზე.

მოლდავეთის რესპუბლიკის თანამედროვე დოქტრინაში²² „საზოგადოებრივი წესრიგის“ განსაზღვრება შემდეგნაირია: „საჯარო და კერძო სამართლის კანონიერი იმპერატიული დისპოზიციების ერთობლიობა, რომლის მიზანია ფუნდამენტური საზოგადოებრივი ფასეულობებისა და ინსტიტუტების დაცვა, გამონაკლისის გარეშე, ყველა პირის საზოგადოებრივი დაცვა, ადამიანის უფლებების და თავისუფლებების დაცვა და მთლიანად ქვეყნის ეკონომიკური განვითარება.“

ძნელია, ამ განმარტებას დაეთანხმო, რადგან ციტირებული ავტორი აიგივებს იმპერატიულსამართლებრივ ნორმებს და საზოგადოებრივ წესრიგს. ამ თვალსაზრისით, ჩნდება კითხვა: თუ რომელიმე იურიდიული აქტი ეწინააღმდეგება იმპერატიულსამართლებრივ ნორმას, რა იქნება მისი ბათილობის საფუძველი: მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 220-ე მუხლის 1-ელი ნაწილი („ხელშეკრულება ან მისი პირობა, რომელიც ეწინააღმდეგება იმპერატიულ ნორმებს, ბათილია, თუ კანონი სხვა რამეს არ ითვალისწინებს“); 220-ე მუხლის მე-2 ნაწილი („ხელშეკრულება ან მისი პირობა, რომელიც ეწინააღმდეგება მართლწესრიგის საფუძველებს, ბათილია“) თუ მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 22-ე მუხლის 1-ელი ნაწილი მე-2 ნაწილთან კავშირში? მეტიც, თუ საზოგადოებრივი წესრიგი იმპერატიულ ნორმების ერთობლიობას წარმო-

²¹ *Покровский, И.А.* Основные проблемы Гражданского права. Издание 3-е. (Классика российской цивилистики). с. 253.

²² *Băieșu, A.* În: Drept civil. Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală”, Chișinău, 2005, p. 277.

ადგენს, რა აზრი აქვს დამატებითი საფუძვლის შექმნას იურიდიული აქტის ბათილად აღიარებისთვის, იმის გათვალისწინებით, რომ ის ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს?

სამოქალაქოსამართლებრივ დოქტრინაში მითითებულია, რომ თავდაპირველად, საზოგადოებრივი წესრიგის ცნება პოლიტიკური და ზნეობრივი სფეროთი შემოიფარგლებოდა, მაგალითად, სახელმწიფოს, ოჯახის, პირადი თავისუფლების ორგანიზება, მაგრამ ამჟამად საზოგადოებრივ წესრიგს ეკონომიკური შემადგენელი დაემატა – „ეკონომიკური საზოგადოებრივი წესრიგი“.

საზოგადოებრივი წესრიგის ზემოაღნიშნული ეკონომიკური შემადგენელი აისახება ეკონომიკური მართვის სხვადასხვა სისტემაში, მაგალითად, ფულადი და ფასების პოლიტიკა, ეკონომიკის ზოგიერთი სექტორის ნაციონალიზაცია (როგორებიცაა ენერჯო რესურსები, ტრანსპორტი და სხვა), საკრედიტო პოლიტიკა, ეკონომიკური განვითარების სხვადასხვა სტრატეგია და სხვა. ევროკავშირის სახელმწიფოებში უკვე საუბარია ზენაციონალურ ევროპულ საზოგადოებრივ წესრიგზე, რომელიც გათვალისწინებულ უნდა იქნეს ხელშეკრულებების დადებისას.²³

ზემოაღნიშნულის გარდა, აღსანიშნავია, რომ საზოგადოებრივი წესრიგის ცნებას დაემატა ასევე სოციალური კომპონენტი და შედეგად საქმე გვაქვს სოციალური სფეროს საზოგადოებრივ წესრიგთან, რომელიც მოიცავს გარკვეულ სახელმწიფო ზომებს შრომითი ხელშეკრულებების, საცხოვრებლის დაქირავების ხელშეკრულებების და სხვა რეგულირების სფეროში.²⁴

როგორც საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-6 მუხლის დებულებების განმარტებიდან გამომდინარეობს, საზოგადოებრივი წესრიგი ეხებოდა საჯარო და კერძო სამართლის საკითხების მარეგულირებელ კანონებს და სამართლის ფუნდამენტურ პრინციპებს, რომლებიც არ არის კანონმდებლობაში ასახული.

საფრანგეთში საზოგადოებრივი წესრიგი, როგორც ეს სამოქალაქო კოდექსის მე-6 მუხლში იყო ჩამოყალიბებული, პირადი თავისუფლების და ოჯახური ფასეულობების, სახელმწიფო სუვერენიტეტისა და მორალის ფუნდამენტური ნორმების დაცვისკენ იყო მიმართული. ამ კონცეფციის გამოყენების პროცესში მისი შინაარსი გაფართოვდა. თავდაპირველად, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-6 მუხლიში და იურიდიული აქტებისთვის იყო გამიზნული, რომლებიც საფრანგეთის სამართლის რეგულირების სფეროში ხვდებოდა. მოგვიანებით, სასამართლო პრაქტიკამ გააფართოვა ზემოაღნიშნული მუხლის გამოყენების სფერო. საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფცია გამოყენებულ იქნა უცხოური ელემენტით კერძოსამართლებრივი საზოგადოებრივი ურთერთობების მიმართაც საერთაშორისო კერძო სამართლის სფეროში. შედეგად, განისაზღვრა საზოგადოებრივი წესრიგის ორი ტიპი: შიდასაზოგადოებრივი წესრიგი (ფრანგ. – *ordre public interne*) და საერთაშორისო საზოგადოებრივი წესრიგი (ფრანგ. – *ordre public international*).

შიდასაზოგადოებრივი წესრიგი წარმოადგენდა შიდასამართლის იურიდიული აქტების არანამდვილობის საფუძველს, ხოლო საერთაშორისო საზოგადოებრივი წესრიგი განიხილებოდა, როგორც შიდასაზოგადოებრივი წესრიგის ნაირსახეობა, რომელიც გამოყენებოდა უცხოური ელემენტით სამართლებრივი ურთიერთობების სფეროში. ის წარმოადგენდა სასამართლოს მიერ უცხო ქვეყნის კანონების გამოყენებაზე უარის თქმის და საზღვარგარეთის სასამართლო ინსტანციების მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილებების ცნობასა და იძულებითი აღსრულების განხორციელებაზე უარის თქმის საფუძველს.

შიდასაზოგადოებრივი წესრიგი განსხვავდება საერთაშორისო საზოგადოებრივი წესრიგისგან შინაარსის, მიზნისა და გამოყენების საფუძვლის თვალსაზრისით. შიდასაზოგადოებრივი წესრიგის მიმართ გამოყენებადი სამართლებრივი კატეგორიები ყოველთვის არ გამოიყენება საერთაშორისო საზოგადოებრივი წესრიგის მიმართ. ამასთან ერთად, ორივე ზემოაღნიშნული კატეგორია მჭიდრო ურთიერთკავშირშია და ურთიერთდამოკიდებულია. საერთაშორისო საზოგადოებრივი წესრიგის წყაროებს ნაციონალური ხასიათი აქვთ იმ შემთხვევაშიც, როდესაც საკითხი საერთაშორისო საზოგადოებრივ წესრიგს ეხება. მეორე მხრივ, შიდასაზოგადოებრივი წესრიგის განვითარების პროცესზე საერთაშორისო საზოგადოებრივ წესრიგის კონცეფციამ იქონია გავლენა. საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკამ სამოქალაქო კოდექსის მე-6 მუხლის გამოყენება დააკავშირა მე-3 მუხლის დებულებებთან. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-3 მუხლის

²³ Stătescu, C., Bârsan, C. დასახ. ნაშრომი, 2000, p. 24.

²⁴ იგივე.

დებულებების განმარტების მიხედვით გამოდის, რომ იმპერატიული ნორმების შემცველი კანონები (ფრანგ. – *lois de police*) და ეროვნული უსაფრთხოების შესახებ კანონები (ფრანგ. – *lois de sûreté*) სავალდებულოა ყველასთვის, ვინც საფრანგეთის ტერიტორიაზე ცხოვრობს (*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*). შედეგად განისაზღვრა, რომ შინაარსის თვალსაზრისით შიდასაზოგადოებრივი წესრიგი მოიცავს იმპერატიულ და აკრძალვით ნორმებს, რომლებიც დადგენილია მთლიანად საზოგადოების ინტერესების და ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესების დასაცავად.²⁵

ანგლოსაქსურ სამართალში საზოგადოებრივი წესრიგის შინაარსი (*public policy*) მოიცავს მორალისა და სამართლიანობის ფუნდამენტურ ცნებებს. საზოგადოებრივი წესრიგი და კეთილი ზნე არ არის გამიჯნული, რადგან კეთილი ზნე-ჩვეულებები საზოგადოებრივი წესრიგის კატეგორიის შემადგენელ ნაწილს წარმოადგენს.

იურიდიული აქტი ან ხელშეკრულება ვერ იქნება წინააღმდეგობაში კეთილ ზნე-ჩვეულებებთან, საზოგადოებრივი წესრიგისთვის ზიანის მიყენების გარეშე. *Public policy* კონცეფციის გათვალისწინებით, იურიდიული აქტის ბათილობის და, შესაბამისად, ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვის ორი საფუძველი შეუძლებელია ცალ-ცალკე იქნეს განხილული.

კეთილი ზნე-ჩვეულებები. საზოგადოებრივი წესრიგის კრიტერიუმი, როგორც ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვა, მხოლოდ ზოგიერთ სამოქალაქო კოდექსშია ასახული, მაგრამ კეთილი ზნე-ჩვეულებების (ფრანგ. – *bonnes moeurs*; გერმ. – *gute Sitten*) შემთხვევა განსხვავებულია. ტერმინი – „კეთილი ზნე-ჩვეულებები“ მომდინარეობს ლათინური გამოთქმიდან – „*boni mores*“ და ჯერ კიდევ რომაულ კერძო სამართალში გვხვდება. ამგვარად, ის გარემოება, რომ კეთილ ზნე-ჩვეულებებთან წინააღმდეგობაში მყოფი იურიდიული აქტი ბათილია, აქსიომას წარმოადგენს სახელმწიფოთა დიდი ნაწილის სამოქალაქო სამართალში.

ეს კონცეფცია გვხვდება არა მხოლოდ როგორც ხელშეკრულების თავისუფლების საზღვარი, არამედ როგორც დამოუკიდებელი საფუძველი მიყენებული ზარალისთვის პასუხისმგებლობის წარმოქმნისთვის (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 826-ე მუხლი). კეთილი ზნე-ჩვეულებების კონცეფციის მნიშვნელობა იზრდება, რაც, თავის მხრივ, განაპირობებს სამართალმცოდნეების დაინტერესებას, რომ ჩასწვდნენ ამ კონცეფციის ზუსტ და სრულ მნიშვნელობას.

მისი მრავალსაუკუნოვანი ისტორიის მიუხედავად, „კეთილი ზნე-ჩვეულებების“ კონცეფცია დღესაც იქცევს სამოქალაქო სამართლის სპეციალისტების ყურადღებას. ჩატარებული სამეცნიერო კვლევების შედეგად დადგენილ იქნა, რომ ეს კატეგორია არ არის ზუსტი, არა აქვს კონკრეტული შინაარსი და ფაქტობრივად რჩება საიდუმლოდ, რომლის ამოხსნასაც თანამედროვე მეცნიერებიც ვერ ახერხებენ.

ზოგიერთი სამართალმცოდნე აიგივებს „კეთილ ზნე-ჩვეულებებს“ და „ზნეობას“. ამგვარად, ითვლება, რომ ხელშეკრულება, რომელიც ეწინააღმდეგება ზნეობას, ეწინააღმდეგება კეთილ ზნე-ჩვეულებებს. ამ შეხედულების მიხედვით, კეთილი ზნე-ჩვეულებების დოქტრინის პრიზმაში სამართალი განიხილება, როგორც მორალის ნორმებს დაქვემდებარებული მოვლენა და უარყოფილია ამ ორი კატეგორიის დამოუკიდებელი და განცალკევებული არსებობა.

თუ კეთილ ზნე-ჩვეულებებს მორალთან გავაიგივებთ, ისმის კითხვა, როგორია ამ „მორალის“ საზომი? უფლებამოსილია თუ არა მოსამართლე, გამოიყენოს ზნეობის შესახებ საკუთარი შეხედულება? ამ კონცეფციის მომხრეები მიიჩნევენ, რომ – არა. მოსამართლეებმა უნდა გამოიყენონ მხოლოდ საყოველთაოდ მიღებული და აღიარებული მორალის ნორმები, მაგრამ როგორ უნდა იქნეს იდენტიფიცირებული კრიტერიუმები, რომელთა მიხედვით, მორალის ესა თუ ის ნორმა საყოველთაოდ აღიარებულად და მიღებულად უნდა ჩაითვალოს? თანამედროვე საზოგადოებაში თანაარსებობს სხვადასხვა სოციალური ჯგუფის და ადამიანთა კატეგორიების განსხვავებული შეხედულებები იმის თაობაზე, თუ რა ითვლება ზნეობრივად ან უზნეოდ. ნუთუ მოსამართლემ უნდა გაითვალისწინოს ყველა სოციალური ჯგუფის შეხედულება მორალზე და გამოიყენოს ზნეობის განსხვავებული საზომი სხვადასხვა სამართლებრივ დავაში განსხვავებული სოციალური

²⁵ *Афанасьев, Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве, in: Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика. Сборник статей. Отв. ред. Рожкова М.А. Издательство Статут, Москва, 2006, с. 119.

ჯგუფების მორალის ნორმების გათვალისწინებით? ამ კონცეფციის მომხრეები თვლიან, რომ – არა. ამ პოზიციის სასარგებლოდ გამოთქმული ძირითადი არგუმენტი არის შემდეგი განცხადება: ეს არ შეესაბამება კეთილი ზნე-ჩვეულებების, როგორც კონცეფციის, არსს, რადგან ის უცვლელი უნდა იყოს საზოგადოების ყველა წევრისთვის. ამ შემთხვევაში ჩნდება სხვა კითხვა: რომელ სოციალურ ჯგუფს უნდა მიენიჭოს უპირატესობა? მეცნიერების უმრავლესობა ამ კითხვაზე ცალსახად პასუხობს, რომ პრიორიტეტულია დომინანტი სოციალური ჯგუფის შეხედულება. რომელი ჯგუფები ითვლება დომინანტად? ამ კითხვაზე პასუხის ძიებისას ზემოაღნიშნული პოზიციის მომხრეები მიდიან დასკვნამდე, რომ ეს კრიტერიუმია-„საღად მოაზროვნე ადამიანი“ (ადეკვატურად და კორექტულად მოაზროვნე ადამიანი) (გერმ. *anständig und gerecht denkenden Menschen*). შესაბამისად, ეთიკურად დომინანტ სოციალურ ჯგუფად მიჩნეულ უნდა იქნეს საღად მოაზროვნე ადამიანთა ჯგუფი.

ამგვარად, მორალის საკითხის ყოველმხრივი ანალიზის შემდეგ, რაიმე ქმედები სზნეობრიობის შესახებ ერის შეხედულების განსაზღვრისას, გათვალისწინებულ უნდა იქნეს ამ საზოგადოების ზნეობრივი ლიდერების და არა ცალკეული სოციალური ჯგუფის შეხედულებები. მაგალითად, თუ მოსახლეობის უმრავლესობას საძრახისად არ მიაჩნია კორუფცია ან კონტრაბანდა, ეს არ ნიშნავს, რომ ამგვარი ქმედება ზნეობრივია. მაშინ მორალის თვალსაზრისით კეთილი ზნე-ჩვეულებების კონცეფციის განსაზღვრის კრიტერიუმი იქნება საზოგადოების ზნეობრივი ლიდერების, ანუ საღად (ადეკვატურად და კორექტულად) მოაზროვნე ადამიანების, შეხედულებები, მაგრამ ამ შემთხვევაში სასამართლო ინსტანციას ექნება აბსოლუტური და ექსკლუზიური უფლება, მიიღოს გადაწყვეტილება, ვინ არიან ეს პირები. ამ თეორიით შეიკრა მანკიერი წრე და დაფუძრულად საწყის წერტილს, ანუ მოსამართლის სუბიექტივიზმს.

ზემოაღნიშნული სირთულეების დაძლევის ცდილობენ სხვა თეორიის მომხრეები, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან კეთილი ზნე-ჩვეულებებისა და ზნეობის კატეგორიების სემანტიკურ დამთხვევას და უარყოფენ მათი გაიგივების ყველა შესაძლებლობას. ამგვარად, კეთილი ზნე-ჩვეულებები არ მომდინარეობს ზნეობიდან, არამედ სწორი და ადეკვატური საზოგადოებრივი ფასეულობებიდან, რომლებიც გაბატონებულია ამა თუ იმ ხალხის შეხედულებებში. მორალისა და ზნეობის ნორმები ყოველთვის არ ემთხვევა ერთმანეთს. მორალი ადამიანის გარეგნულ ქცევის წესებშია, ხოლო ზნეობა ამა თუ იმ ადამიანის სულიერებას და შინაგან რწმენას ეხება. მორალის ნორმების დარღვევის აკრძალვის მიზანი დასჯა ან აღზრდა არ არის. მოსამართლის ფუნქცია არ არის დასჯა ან სულის ხსნა სულიერი მოძღვრის როლის შესრულების საშუალებით. აკრძალვა მიზნად არ ისახავს ადამიანების უზნეო ქმედებებთან და მისწრაფებებთან ბრძოლას, არამედ ყველა ერში არსებული კულტურული ფასეულობებისა და ზნეობრივი ტრადიციების დაცვას. შესაბამისად, მორალის ნორმები სხვა არაფერია, თუ არა ყველა ერის კულტურის ასახვა, მისი ისტორიის და ტრადიციის პროდუქტი.

პირველის მსგავსად, ეს თეორიაც (რაოდენ განსხვავებულიც არ უნდა გვეჩვენებოდეს პირველისგან) იმავე კითხვების წინაშე დგას. ამ დოქტრინის შესაბამისად, მორალის ყველა ნორმა ექვემდებარება დაცვას, რადგან ის ასახავს ამა თუ იმ ერის წინაპრების ტრადიციებს, ფასეულობებს და ეფუძნება ამ კულტურას. კანონმდებლები, თავის მხრივ, არ აქცევენ სათანადო ყურადღებას მორალის ყველა ნორმას, არამედ მხოლოდ იმათ, რომლებსაც მიიჩნევენ „კეთილად“, რაც მიგვანიშნებს, რომ არსებობს ასევე „ბოროტი ზნე-ჩვეულებები“, რომლის დაცვა არ არის საჭირო. მორალის ნორმები ასახავს არა მარტო წინაპრების ტრადიციებს და ფასეულობებს, არამედ არქაულ და რუდიმენტულ ცრურწმენებსაც, რომელთა დაცვა კანონმდებლებს არ აინტერესებთ.

თუ იძულებული გავხდებით, რომ ავირჩიოთ ბოროტ და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს შორის, კვლავ ზემოაღნიშნული კითხვების მანკიერ წრეში მოვხვდებით. საიდან ავიღოთ ამ ორი კატეგორიის გამიჯვნის კრიტერიუმები? მთლიანად საზოგადოების შეხედულებებიდან თუ დომინანტი ჯგუფების შეხედულებებიდან? ამ შემთხვევაში, საქმე გვექნება მოსამართლის გადაწყვეტილების აბსოლუტურ სუბიექტივიზმთან. ამგვარად, ორივე ზემოაღნიშნულ დოქტრინას, რაოდენ რადიკალურად განსხვავებულიც არ უნდა გვეჩვენებოდეს ისინი, საბოლოოდ, ერთსა და იმავე შედეგამდე მივყავართ.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, აღსანიშნავია, რომ კეთილის ზნის კატეგორიისადმი ერთიანი და ზუსტი მიდგომის არარსებობა მრავალ კითხვას წარმოშობს და თვითონ ცნების

არასტაბილურობას, პირობითობასა და გაუგებრობას განაპირობებს. მაგალითად, შეიძლება დავსვათ კითხვა, თუ დაქორწინებული მამაკაცი საყვარლისთვის ყიდულობს სამაჯურს, შეიძლება თუ არა ეს ნასყიდობის ხელშეკრულება ბათილად იქნეს მიჩნეული, რადგან ის კეთილი ზნე-ჩვეულებების ნორმებს ეწინააღმდეგება? პასუხი ცალსახად უარყოფითია. ამგვარი ხელშეკრულებების ბათილად ცნობა საფრთხეს შეუქმნის მთელ სამოქალაქო ბრუნვას და მეტად დააზიანებს, ვიდრე „კეთილი ზნე-ჩვეულებების“ ნორმების დაცვით მიღებული დადებითი ზემოქმედება. ბათილად მხოლოდ ის ხელშეკრულებები უნდა ჩაითვალოს, რომლებიც შეუთავსებელია საზოგადოების ჯანსაღ მდგომარეობასა და კეთილდღეობასთან. ამ ლოგიკის მიხედვით, ჩამოყალიბდა აზრი, რომ ხელშეკრულება ბათილად ითვლება, როდესაც ის ეწინააღმდეგება საზოგადოების უმთავრეს ინტერესებს და კეთილდღეობას.

კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორიის შინაარსის ანალიზიდან გამომდინარე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ თანდათან გაქრა არა მარტო ზნეობის, არამედ მორალის ელემენტებიც და შედეგად მივიღეთ უფრო თანამიმდევრული და სამართლებრივად განსაზღვრული კონცეფცია. პრაქტიკაში კი წამოჭრილი საკითხები ეხება სამართალს და არა მორალს და ზნეობას. სამეცნიერო კატეგორია – „კეთილი ზნე-ჩვეულებები“ ფაქტობრივად პირობითი ფორმულირებაა, რომლის შინაარსი არ მოიცავს ზნეობის და მორალის კრიტერიუმებს და მხოლოდ წმინდა იურიდიული კრიტერიუმებით შემოიფარგლება.

კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორიას აქტიურად უჭერენ მხარს თავისუფალი სამართლის თეორიის მომხრეები. ეს სამეცნიერო მიმდინარეობა უსაზღვრო პერსპექტივებს ქმნის „კონკრეტული მართლმსაჯულების“ რეალიზაციისთვის „ინტერესთა განონასწორების“ მიზნით და საზოგადოებრივი გავლენის სხვა ექსპერიმენტებისთვის სასამართლო ინსტანციის (დამოუკიდებელი არბიტრის) მხრიდან მსჯელობის თავისუფლების საშუალებით. ალბათ, ამ მიზეზის გამო არსებობს სკეპტიციზმი კეთილი ზნე-ჩვეულებების კონცეფციის მიმართ. პლანიოლი (Planiol) ამტკიცებდა, რომ კეთილი ზნე-ჩვეულებების წესიერთ-ერთი ყველაზე საეჭვო დოგმაა. მისმა გამოყენებამ შეიძლება ნებისმიერი სამოქალაქო თავისუფლება შელახოს. აქედან გამომდინარე, კანონმდებლებმა და არა მოსამართლემ უნდა შეასრულონ წამყვანი როლი იმ კრიტერიუმების დადგენაში, რომლებითაც განისაზღვრება, ეწინააღმდეგება თუ არა ხელშეკრულება კეთილ ზნე-ჩვეულებებს. უნდა დავაზუსტოთ, რომ საზოგადოების შეხედულებები მორალზე (რა არის კარგი და რა-ცუდი) იცვლებოდა ეპოქისა და საზოგადოებრივი წყობის მიხედვით. შემთხვევითი არ არის, რომ რომაელები ამბობდნენ: „ოჰ, დროება! ოჰ, ჩვევები!“ (ლათ. – *Otempora! Omores!*), რითაც ზნე-ჩვეულებების პირობით და ცვალებად ხასიათზე მიუთითებდნენ.

ყველა ეპოქას საკუთარი შეხედულებები აქვს მორალსა და ზნეობაზე. ეს საკითხი ქვემოთ არის განხილული. დავსვათ კითხვა, თუ რა ურთიერთმიმართება არსებობს ზემოთ განხილულ ორ ცნებას შორის. ისინი ერთმანეთისგან განსხვავებულია, თუ ერთი ცნება მეორეს შეიცავს? ამ კითხვაზე პასუხის გაცემისას აშკარა ხდება, რომ ჩვენი კანონმდებლები არათანამიმდევრული არიან. მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის მე-4 მუხლის მე-2 ნაწილსა და მე-9 მუხლის 1-ელ ნაწილში საზოგადოებრივ წესრიგისა და კეთილი ზნე-ჩვეულებების ცნებებს შორის „და“ კავშირია გამოყენებული, ხოლო 220-ე მუხლის მე-2 ნაწილში მათ შორის „ან“ კავშირია. ისმის კითხვა, შესაძლებელია თუ არა, რომელიმე ხელშეკრულება ეწინააღმდეგებოდეს საზოგადოებრივ წესრიგს, მაგრამ შეესაბამებოდეს კეთილ ზნე-ჩვეულებებს? და პირიქით, შესაძლებელია თუ არა, ხელშეკრულება ეწინააღმდეგებოდეს კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, მაგრამ შეესაბამებოდეს საზოგადოებრივ წესრიგს?

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, რომაულ სამართალში არ არსებობდა საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფცია და მასში მხოლოდ კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორია გამოიყენებოდა. ვიდრე საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-6 მუხლში შეტანილი იქნებოდა ტერმინი – „საზოგადოებრივი წესრიგი“, კეთილი ზნე-ჩვეულებების კონცეფცია გამოიყენებოდა ხელშეკრულების ბათილად ცნობის საფუძვლად და, შესაბამისად, ხელშეკრულების თავისუფლების საზღვრად.

საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსში საზოგადოებრივი წესრიგის ცნების შეტანის შემდეგ კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორია მეცნიერებასა და სასამართლო პრაქტიკაში განიხილებოდა, როგორც საზოგადოებრივი წესრიგის შემადგენელი ნაწილი. ამგვარად, თუ ხელშეკრულება

ენინალმდეგებოდა კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, ეს იყო საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის კერძო შემთხვევა. საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკაში გაჩნდა შემდეგი ტენდენცია: თუ ხელშეკრულება ენინალმდეგებოდა კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, მაშასადამე ის ენინალმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს. ამკარაა, საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფციამ შთანთქა კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორია და ეს უკანასკნელი მის ნაირსახეობად განიხილებოდა.

ანგლოსაქსური სამართლის სისტემაშიც საზოგადოებრივი წესრიგის ცნება (ინგლ. – *public policy*) შეიცავს ზნეობისა და სამართლიანობის ელემენტებს. შესაბამისად, იურიდიული აქტი, კერძოდ, ხელშეკრულება, შეუძლებელია, ენინალმდეგებოდეს კეთილ ზნე-ჩვეულებებს და, ამასთან, არ არღვევდეს საზოგადოებრივ წესრიგს. *Public policy* დოქტრინის ფარგლებში იურიდიული აქტის ბათილად ცნობის ორი ზემოთ აღნიშნული საფუძველი და, შესაბამისად, ხელშეკრულების შეზღუდვა ცალ-ცალკე არ განიხილება.

გერმანიაში საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფცია პირდაპირ არ არის მიჩნეული იურიდიული აქტების ბათილად ცნობის საფუძველად და, შესაბამისად, ხელშეკრულების თავისუფლების საზღვრად. გერმანიის სამართალში საზოგადოებრივი წესრიგის ფუნქციას ასრულებს კეთილი ზნე-ჩვეულებები, რომლებიც გერმანიის კანონმდებლებმა რომაული კერძო სამართლიდან გადმოიღეს. როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა იმდენად ფართოდ განმარტავდა კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორიას, რომ ის მოიცავდა არა მარტო მორალსა და ზნეობას, არამედ იმ ფასეულობებსაც, რომლებსაც ფრანგულ სამოქალაქო სამართალში „საზოგადოებრივ წესრიგს“ უწოდებენ. ამგვარად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში კეთილმა ზნე-ჩვეულებებმა საზოგადოებრივი წესრიგის აზრობრივი დატვირთვა შეიძინეს და უზრუნველყოფენ საზოგადოებისა და სახელმწიფოს დაცვას იმგვარადვე, როგორც ეს ხდება საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსსა და ანგლოსაქსურ სამართლებრივ სისტემაში საზოგადოებრივი წესრიგის კონცეფციის გამოყენებით.

ამგვარად, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ დასავლეთ ევროპის მთელ რიგ სახელმწიფოებში შეიმჩნევა „საზოგადოებრივი წესრიგის“ და „კეთილი ზნე-ჩვეულებების“ კატეგორიების იდენტიფიკაციის ტენდენცია. ეს განპირობებულია იმ გარემოებით, რომ ორივე ზემოაღნიშნული კატეგორია გამიზნულია ერთი და იმავე ფუნქციების განხორციელებისთვის, გამოყენების ერთსა და იმავე პრინციპებს ეფუძნება და ერთისა და იმავე მიზნისკენ ისწრაფვის. შემთხვევითი არ არის, რომ ზოგიერთი მეცნიერის²⁶ მტკიცებით, კეთილი ზნე-ჩვეულებები ერთგვარ არქაიზმს წარმოადგენს, რომელიც რომაული კერძო სამართლიდან არის შემორჩენილი. რეალურად კი, ეს კატეგორია ან საზოგადოებრივი წესრიგის როლს ასრულებს, როგორც, მაგალითად, გერმანიაში, ან შედის საზოგადოებრივი წესრიგის ცნებაში, როგორც საფრანგეთსა და ანგლოსაქსურ სამართალში მოხდა.

ერთი მხრივ, საზოგადოებრივი წესრიგის და კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორიები წარმოადგენს იურიდიული აქტების ბათილად აღიარების საფუძველს და სასამართლო ინსტანციებს აკისრებს ვალდებულებას, რომ დაადგინონ საზოგადოებრივ წესრიგსა და კეთილ ზნე-ჩვეულებებთან ენინალმდეგობაში მყოფი იურიდიული აქტების ბათილობა. მეორე მხრივ, ეს კონცეფციები ასრულებს ხელშეკრულების თავისუფლების კანონიერი საზღვრების როლს. სწორედ ამიტომ არის აუცილებელი მათი შინაარსის განმარტება და იმ მიზეზების განსაზღვრა, რომელთა არსებობის შემთხვევაში, ხელშეკრულება ენინალმდეგება საზოგადოებრივი წესრიგს და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს.

ზემოაღნიშნული ნათელს ვერ მოჰფენს საზოგადოებრივი წესრიგის და კეთილი ზნე-ჩვეულებების კატეგორიების შინაარსს, ამიტომ მოვიყვანთ რამდენიმე მაგალითს იმ ქვეყნების პრაქტიკიდან, რომლებშიც ანალოგიური საკითხების გადაწყვეტის გამოც დილება არსებობს.

პირველ ყოვლისა, საზოგადოებრივი წესრიგი და კეთილი ზნე-ჩვეულებები წარმოდგენილია, როგორც იმ იურიდიული აქტების ბათილად აღიარების საფუძველი, რომელთა საგანი ან მიზანია მორალური ან დანაშაულებრივი ქმედებებია.

რომაული კერძო სამართლის დროიდან მოყოლებული, კეთილი ზნე-ჩვეულებების დარღვევად ითვლებოდა ის იურიდიული აქტები, რომელთა საგანი იყო ამორალური ქმედება, მაგალითად,

²⁶ იგივე, გვ. 132.

სხვა პირის საკუთრების დაზიანების ან განადგურების ვალდებულება, მიტაცებით შექმნილი ნივთისთვის კომპენსაციის გადახდის ვალდებულება და სხვა.

საფრანგეთში ბათილად ითვლებოდა ის ხელშეკრულებები, რომელთა საგანიც იყო ჩადენილი დანაშაულისთვის კომპენსაციის გადახდა. გერმანიაში ითვლება, რომ ხელშეკრულება ეწინააღმდეგება კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, თუ რომელიმე მხარე იღებს ვალდებულებას, ფულადი საზღაურის სანაცვლოდ არ განაცხადოს დანაშაულის შესახებ.

ინგლისურ სამართალში, რომელიც პრეცედენტულ სამართალზეა დაფუძნებული, დიდი ხანია ითვლება, რომ კეთილ ზნე-ჩვეულებებს ეწინააღმდეგება ხელშეკრულებები, რომელთა ერთ-ერთ მხარეს ეკისრება ვალდებულება, არ განაცხადოს დანაშაულის შესახებ, არ შეიტანოს საჩივარი შესაბამის ორგანოებში დამნაშავე მხარისგან საზღაურის მიღების სანაცვლოდ, ასევე საზღაურის გადახდა მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებისთვის. პარიზის ტრიბუნალის 1973 წლის ერთ-ერთი გადაწყვეტილებით, სტრიპტიზის შესახებ ხელშეკრულება ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს.²⁷

ამგვარად, დასავლეთ ევროპის სახელმწიფოების სამართალში საზოგადოებრივ წესრიგსა და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს ეწინააღმდეგება ხელშეკრულებები, რომელთა საგანი და მიზანი წარმოქმნის სისხლისსამართლებრივად დასჯად ქმედებას და რომელსაც გმობს საზოგადოება.

ამ პრაქტიკის გადმოღების შედეგად სასამართლო ინსტანციებმა ბათილად უნდა მიიჩნიონ ის ხელშეკრულებები, რომელთა მიზანია დანაშაულის ჩადენა, რომელიც მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის სპეციალურ ნაწილშია გათვალისწინებული. ასეთია ხელშეკრულება, რომლის მიხედვითაც, ერთ-ერთ მხარეს დაეკისრება დანაშაულის განუცხადებლობის ვალდებულება ან შეკვეთილი მკვლელობის განხორციელება საზღაურის სანაცვლოდ, ასევე ხელშეკრულებები, რომლის მიხედვით, ერთ-ერთი მხარე იღებს ორგანოების ქსოვილების, ცეცხლსასროლი იარაღის, ნარკოტიკული საშუალებების გაყიდვის ვალდებულებას, როდესაც გამყიდველს არა აქვს ლიცენზია ან სხვა ნებართვა, ხოლო მყიდველს არა აქვს შესაბამისი ნივთის შექმნის უფლებამოსილება.

საზოგადოებრივი წესრიგი და კეთილი ზნე-ჩვეულებები ქმნის ხელშეკრულების თავისუფლების საზღვრებს, გამოიყენება, როგორც ხელშეკრულების ბათილად ცნობის საფუძველი, და მნიშვნელოვნად ზღუდავს ხელშეკრულების მხარეების უფლებებსა და თავისუფლებას.

ეს პრაქტიკა ასახულია რომაულ კერძო სამართალში, სადაც ბათილად მიიჩნეოდა ხელშეკრულებები, რომელთა მიხედვით, მოვალეს კრედიტორისთვის სანაცვლოდ უნდა გადაეცა რაიმე კრედიტორის შეხედულებისამებრ. ამგვარი ხელშეკრულებები ეწინააღმდეგებოდა კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, რადგან მოვალე კრედიტორზე სრულად დამოკიდებული ხდებოდა.

ამგვარად, შემუშავდა წესი, რომ ხელშეკრულებები, რომლებითაც მოვალე უარს ამბობდა პირად თავისუფლებაზე, ირღვეოდა მისი თავისუფლება ან მოვალე იღებდა გადაწყვეტილებას, რომელსაც თავისუფალი ადამიანი არასოდეს მიიღებდა, ითვლებოდა ბათილად.

ეს წესი თანამედროვე კანონმდებლობებშიც გადმოიტანეს. მაგალითად, შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის 27-ე მუხლის შესაბამისად, არავის აქვს უფლება, თუნდაც ნაწილობრივ, თქვას უარი თავისი სამოქალაქო უფლებების გამოყენებაზე ან განხორციელებაზე. დაუშვებელია თავისუფლების შეზღუდვა ან თავისუფლებაზე უარის თქმა იმ ზომით, რომ ამან გამოიწვიოს უფლებების ჩამორთმევა ან ეწინააღმდეგებოდეს კეთილ ზნე-ჩვეულებებს.

საფრანგეთში ბათილად ითვლება ის ხელშეკრულებები, რომელთა მხარეს ეზღუდება ქმედუნარიანობა ან უფლებები და თავისუფლებები. ანალოგიურად, საზოგადოებრივ წესრიგსა და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს ეწინააღმდეგება ხელშეკრულებები, რომელთა დებულებების მიხედვით, ერთ-ერთ მხარეს არა აქვს თავისი პირადი არაქონებრივი უფლებების განხორციელების საშუალება, მაგალითად, ქორწინების აკრძალვა და კონკრეტულ პირთან ქორწინების იძულება. ამგვარად, ამა თუ იმ პირის ქორწინების უფლება საზოგადოებრივ წესრიგს მიეკუთვნება და არ ექვემდებარება შეზღუდვას ან გასხვისებას.

გერმანიის სასამართლო კეთილი ზნე-ჩვეულებების საწინააღმდეგოდ და, შესაბამისად, ბათილად მიიჩნევს იმ ხელშეკრულებებს, რომლებიც მოვალეს არაპროპორციულ ვალდებულე-

²⁷ იგივე, გვ. 124-125.

ბებს აკისრებს ან ავალდებულებს მას, მთელიც ხოვრება იხადოს თანხა სამენარმეო საქმიანობიდან მიღებული შემოსავლებიდან.

ინგლისის სასამართლო ინსტანციები მიიჩნევენ, რომ სესხის ხელშეკრულება ეწინააღმდეგება კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, თუ მოვალეს ეკისრება ზედმეტად მაღალი საპროცენტო განაკვეთის გადახდა, რითაც მნიშვნელოვნად უარესდება მისი ცხოვრების დონე. კეთილ ზნე-ჩვეულებებს ეწინააღმდეგება ის ხელშეკრულებებიც, რომელთა მიხედვით, მოვალეს ეკრძალება საცხოვრებელი ადგილის, სამუშაო ადგილის შეცვლა, ახალი კრედიტების აღება ან საკუთარი ნივთების განკარგვა კრედიტორის წერილობითი თანხმობის გარეშე.

შედეგად, შემუშავებულ იქნა უნივერსალური მიდგომა, რომლის მიხედვითაც, საზოგადოებრივ წესრიგს (გერმანიაში კეთილ ზნე-ჩვეულებებს) ეწინააღმდეგება ის ხელშეკრულებები, რომლებიც არღვევს ადამიანის ძირითად უფლებებს და თავისუფლებას.

იგივე დასკვნა შეგვიძლია გამოვიტანოთ ჩვენი ქვეყნის სამოქალაქო სამართლის დებულებების საფუძველზე. მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 23-ე მუხლის (უფლებათუნარიანობის და ქმედუნარიანობის ჩამორთმევის და შეზღუდვის დაუშვებლობა) მე-4 ნაწილის დებულებების მიხედვით, „ფიზიკური პირის მიერ სრული ან ნაწილობრივი უარის თქმა უფლებათუნარიანობასა და ქმედუნარიანობაზე და უფლებათუნარიანობისა და ქმედუნარიანობის შეზღუდვისკენ მიმართული სხვა გარიგებები ბათილად ითვლება“. ჩვენი აზრით, ეს გარიგებები ბათილად ითვლება, როგორც საზოგადოებრივი წესრიგის წინააღმდეგ მიმართული, რადგან ხელყოფს პირის ფუნდამენტურ უფლებებს და თავისუფლებას.

მეტიც, მოლდავეთის რესპუბლიკის საოჯახო კოდექსის მე-6 მუხლის (საოჯახო უფლებების განხორციელება და საოჯახო ვალდებულებების შესრულება) მე-2 ნაწილის დებულებებში ნათქვამია: „საოჯახო უფლებების განხორციელება და საოჯახო ვალდებულებების შესრულება არ უნდა არღვევდეს ოჯახის სხვა წევრების ან მესამე პირების უფლებებს, არ უნდა უშლიდეს მათ მოვალეობების შესრულებაში, არ უნდა არღვევდეს მათ თავისუფლებას და კანონიერ ინტერესებს“. საოჯახო კოდექსის 29-ე მუხლის მე-6 ნაწილში კი აღნიშნულია, რომ „მხარეებს არა აქვთ უფლება, საქორწინო ხელშეკრულებაში შეიტანონ დებულებები, რომლებიც ზღუდავს მეუღლეების უფლებათუნარიანობას ან ქმედუნარიანობას, მათ უფლებას, მიმართონ სასამართლო ინსტანციას პირადი ურთიერთობების მოსაგვარებლად, მათ შორის, ბავშვებთან დაკავშირებული უფლებებისა და მოვალეობების თაობაზე, შრომისუუნარო მეუღლის რჩენაზე და სხვა დებულებები, რომლებიც არღვევს მეუღლეების ან რომელიმე მეუღლის კანონით დაცულ უფლებებს და ინტერესებს ან არღვევს ოჯახური ურთიერთობების პრინციპებს და ხასიათს“.

ეს ნორმები ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის საზღვრის როლს ასრულებს საზოგადოებრივი წესრიგის და კეთილი ზნე-ჩვეულებების ცნებების საფუძველზე. თუ საქორწინო ხელშეკრულებაში შეტანილია დებულებები, რომელთა მიხედვით, ერთ-ერთი მეუღლე ვალდებულია, უარი თქვას პროფესიაზე ან გარკვეულ პირებთან ურთიერთობაზე, ამგვარი დებულებები ბათილად ითვლება, რადგან ისინი ხელყოფს ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებს და თავისუფლებას და, შესაბამისად, ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს.

ზემოაღნიშნული არგუმენტების გარდა, საზოგადოებრივი წესრიგი და კეთილი ზნე-ჩვეულებები მიმართულია სახელშეკრულებო ვალდებულებების პროპორციულობის უზრუნველყოფისკენ. ის ხელშეკრულებები, რომლებშიც მხარეთა ვალდებულებები არ არის დაბალანსებული და ერთ მხარეს მნიშვნელოვანი პრივილეგიები ენიჭება მეორის ხარჯზე, ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს.

გერმანიისა და ინგლისის სამართალში ხელშეკრულება ეწინააღმდეგება კეთილ ზნე-ჩვეულებებს, თუ ერთ-ერთი მხარე სარგებლობს ბაზარზე დომინირებით, ეკონომიკური კონიუნქტურით, სუსტი მომზადებით, გამოცდილების არქონით ან მძიმე ვითარებით, რომელშიც მეორე მხარე იმყოფება და უნესებს მას არაპროპორციულ ვალდებულებებს და არღვევს ხელშეკრულების ბალანსს.

ერთი მხრივ, საზოგადოებრივი წესრიგი და კეთილი ზნე-ჩვეულებები გამოიყენება, როგორც ინსტრუმენტი სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა მიმართ დარღვევების აღსაკვეთად. მეორე

მხრივ, ეს კატეგორიები გამოიყენება იმ ხელშეკრულებების ბათილად აღიარების საფუძვლად, რომელთა მიზანია კონკურენციის შეზღუდვა ან აღმოფხვრა.

ევროპის სასამართლომ²⁸ განაცხადა, რომ საზოგადოებრივი წესრიგის განსაზღვრება მოცემულია ევროპის ეკონომიკური თანამეგობრობის ჩამოყალიბების შეთანხმების 85-ე მუხლში. ამ შეთანხმებას ხელი მოეწერა ბრიუსელში, 17.04.1957-ში. ყველა შეთანხმება, რომლებიც არ შეესაბამება ევროპის ეკონომიკური თანამეგობრობის ჩამოყალიბების შეთანხმების 85-ე მუხლის დებულებებს, ბათილად ითვლება.²⁹

საფრანგეთში, გერმანიასა და დიდ ბრიტანეთში ჩამოყალიბდა პრაქტიკა, რომ ბათილად იქნეს აღიარებული ხელშეკრულებები, რომელთა მიზანია კანონის იმპერატიული ნორმების ან მესამე პირების კანონიერი უფლებებისა და ინტერესების დარღვევა. თუ სამართლებრივი დევნის თავიდან აცილების მიზნით მოვალე თავის საკუთრებას ფიქციურად ასხვისებს, ამგვარი ხელშეკრულება ბათილად იქნება ცნობილი, რადგან ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს და კეთილ ზნე-ჩვეულებებს.

ისტორიაში ცნობილია შემთხვევები, როდესაც კანონმდებლობა არა მხოლოდ აღნიშნავდა, რომ იურიდიული აქტი ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ წესრიგს, არამედ აზუსტებდა კიდევ მათ.

რუსეთის სამართლის ისტორიაში ხელშეკრულება ბათილად ითვლებოდა, თუ მისი დადების მიზეზი იყო კანონით აკრძალული მიზნის მიღწევა. ბათილად ითვლებოდა ხელშეკრულებები, რომლებიც იხრებოდნენ:

- 1) კანონიერი ქორწინების შეწყვეტისკენ;
- 2) მამულის ყალბი გადაცემისკენ ვალების გადახდისთვის თავის ასარიდებლად (ეს ნიშნავდა მოვალის მიერ თავისი საკუთრების ფიქციურ გასხვისებას, ანუ გაკოტრების გამოცხადების ნიშნ ქონების ფიქციურ გაყიდვას);
- 3) მევანშეობისკენ (ის გარიგებები, რომლებიც იღებოდა მევანშეობის აკრძალვის შესახებ კანონის გვერდის ავლით);
- 4) კერძო პირისთვის იმ უფლებების მინიჭებისკენ, რომლებიც მას არ შეიძლება ჰქონდეს მისი მდგომარეობიდან გამომდინარე;
- 5) სახელმწიფო ხაზინის დაზარალებისკენ.

ამორალურ გარიგებებზე ითვლებოდა გარიგებები, რომლებიც შეურაცხყოფს ზნეობას და ღირსებას, მაგალითად, ქორწინების მოწყობის ხელშეწყობა გარკვეული საზღაურის სანაცვლოდ და სხვა. ეს გარიგებები ამორალურად ითვლებოდა, რადგან ეწინააღმდეგებოდა ქორწინების სინმინდის შესახებ სწავლებას, ღირსების შემლახველი იყო და ძირს უთხრიდა ზნეობას ოჯახში.³⁰

ზნეობის და საზოგადოებრივი წესრიგის წინააღმდეგ მიმართულ გარიგებებზე ითვლებოდა, მაგალითად, გარიგება, რომლითაც წარმოიშობოდა ვალი საცალო ვაჭრობის დანესეზულებაში კრედიტით ღვინის ყიდვის გამო. კანონთა კრებულებში ასევე განსაზღვრული იყო ის პირობები, რომლებსაც უნდა შეესაბამებოდეს გარიგების საგანი. გარიგების საგანი უნდა ყოფილიყო სამოქალაქო ბრუნვაში. თუ გარიგების საგანი სამოქალაქო ბრუნვიდან ამოღებული იყო (ცოცხალი ადამიანი და სხვა), მაშინ გარიგება ბათილად ითვლებოდა³¹.

გარიგება, რომელიც შედგა მართლწესრიგის და ზნეობის საფუძვლების სანინააღმდეგო მიზნით, ბათილია და მას მოჰყვება რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის 167-ე მუხლით

²⁸ Judgment of the Court of 1 June 1999. - Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV. - Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands. - Competition - Application by an arbitration tribunal, of its own motion, of Article 81 EC (ex Article 85) - Power of national courts to annul arbitration awards. - Case C-126/97, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126>.

²⁹ ეკონომიკური თანამეგობრობის ჩამოყალიბების შეთანხმების 85-ე მუხლი. შეთანხმებას ხელი მოეწერა ბრიუსელში, 17.04.1957-ში.

³⁰ Рубцова Ю.А. Историческое развитие гражданского законодательства о сделке, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности. «История государства и права», 2011, № 18, <http://center-bereg.ru/b5007.html>.

³¹ Рубцова Ю.А. Историческое развитие гражданского законодательства о сделке, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности. «История государства и права», 2011, № 18, <http://center-bereg.ru/b5007.html>.

გათვალისწინებული შედეგები (ორმხრივი რესტიტუცია). კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში, სასამართლოს შეუძლია, წინასწარი განზრახვით მოქმედ მხარეებს მოსთხოვოს ამგვარი გარიგების შედეგად მათ მიერ მიღებული მთელი შემოსავალი რუსეთის ფედერაციის სასარგებლოდ ან გამოიყენოს კანონით გათვალისწინებული სხვა ზომები.

რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის 169-ე მუხლში შეტანილი ცნებები—„მართლწესრიგის საფუძვლები“ და „ზნეობა“ მათი გაურკვევლობის გამო იძლევა ამ მუხლის თვითნებურად გამოყენების საშუალებას, რაც არაპროპორციულად ზღუდავს სამოქალაქო სამართლის სუბიექტების უფლებებს და თავისუფლებას. ცნებები — „მართლწესრიგის საფუძვლები“ და „ზნეობა“, როგორც შეფასებითი ცნებები, შინაარსს იძენენ იმის მიხედვით, თუ როგორ ინტერპრეტაციას აძლევენ მათ სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეები და სამართალგამოყენებითი პრაქტიკა. ამასთან ერთად, ეს ცნებები არ არის იმდენად განუსაზღვრელი, რომ ვერ უზრუნველყოს შესაბამისი კანონის დებულებების ერთნაირი გაგება და გამოყენება.³²

რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის 169-ე მუხლში სპეციალურად გამოყოფილი საზოგადოებისთვის განსაკუთრებით საშიში გარიგებების ჯგუფი, ე.წ. ანტისოციალური გარიგებები, რომლებიც ეწინააღმდეგება მართლწესრიგისა და ზნეობის საფუძვლებს. ამ მუხლში ამგვარი გარიგებები მიჩნეულია ბათილად და განსაზღვრულია მათი არანამდვილობის შედეგები. ანტისოციალური გარიგებების მაკვალიფიცირებელი ნიშანი მისი მიზანია, ანუ იმგვარი შედეგის მიღწევა, რომელიც უბრალოდ შეუსაბამო კი არ არის კანონთან ან მორალის ნორმებთან, არამედ ეწინააღმდეგება მართლწესრიგისა და ზნეობის საფუძვლებს და სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეებისთვის ეს ცნობილია. ანტისოციალური გარიგებები ვლინდება სასამართლო წარმოების დროს ყველა ფაქტობრივი გარემოების, მხარეთა მიერ დაშვებული დარღვევების ხასიათისა და შედეგების გათვალისწინებით.

ანტისოციალურ გარიგებებზე შეიძლება კვალიფიცირდეს ის გარიგებები, რომლებიც არღვევს რუსეთის მართლწესრიგის საფუძვლებს, საზოგადოებრივი, პოლიტიკური, ეკონომიკური ორგანიზაციის პრინციპებს, ზნეობრივ საფუძვლებს. ამგვარ გარიგებებს მიეკუთვნება, მაგალითად, გარიგებები, რომელთა საგანი არის სამოქალაქო ბრუნვაში შეზღუდული ობიექტები (გარკვეული ტიპის იარაღი, საბრძოლო მასალები, ნარკოტიკული საშუალებები და სხვა პროდუქცია, რომელიც საშიშია მოქალაქეების სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის და სხვა), გარიგებები ომის, ეროვნული, რასობრივი ან რელიგიური შუღლის გამღვივებელი ლიტერატურის დამზადება-გავრცელებაზე, ყალბი დოკუმენტების ან ფასიანი ქაღალდების დამზადება-რეალიზაციის გარიგებები, ასევე გარიგებები, რომლებიც არღვევს მშობლებსა და შვილებს შორის ურთიერთობის საფუძვლებს.

გარიგების რომელიმე მხარის მიერ კანონის ან სამართლებრივი აქტის დარღვევა, მაგალითად, გადასახადების გადახდისგან თავის არიდებას ნიშნავს, რომ გარიგება შედგა მართლწესრიგის ან ზნეობის საფუძვლების საწინააღმდეგო მიზნით, შესაბამისად, ხელშეკრულებები, რომელთა მიზანია გადასახადების გადახდისგან თავის არიდება, ბათილად ითვლება მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 220-ე მუხლის მე-2 ნაწილის შესაბამისად, რადგან ზიანს აყენებს სახელმწიფოს და მოქალაქეების კანონით დაცულ ინტერესებს.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილად მიგვაჩნია, მოლდავეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 220-ე მუხლის მე-2 ნაწილს დაემატოს შემდეგი შინაარსის ტექსტი:

„წარმოადგენს საზოგადოებრივ წესრიგთან წინააღმდეგობაში მყოფი იურიდიულ აქტებს, რომელთა საგანი ან მიზანი არის საზოგადოებისთვის მიუღებელი სისხლისსამართლებრივად დასჯადი ქმედებები;

რომლებიც აჭარბებს შეზღუდვებს ან ხელშეკრულების ერთ-ერთ მხარეს ართმევს მის უფლებებს და თავისუფლებას;

³² Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 г. № 227-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Уфанефтехим» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 169 Гражданского кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 11 статьи 7 Закона Российской Федерации «О налоговых органах Российской Федерации», ГАРАНТ. РУ: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12037037/#ixzz5X75LHD3a>.

რომლებსაც შედეგად მოაქვთ ფუნდამენტური უფლებების და თავისუფლების დარღვევა;
რომლებიც წარმოქმნიან მნიშვნელოვან დისბალანსს მათი უფლებამოსილებების განხორციელებაში, ერთ-ერთი მხარისთვის პრივილეგიების მინიჭების და მეორე მხარეზე ტვირთის დაკისრების საშუალებით;

რომლებიც თავისი შედეგით ერთ პირს ანიჭებს უფლებას, რომელიც ამ პირს არ უნდა ჰქონდეს მატერიალური მდგომარეობის გამო;

რომლებიც შედგა კონკურენციის შეზღუდვის ან აღმოფხვრის მიზნით;

რომლებიც შედგა კანონის იმპერატიული ნორმების ან მესამე პირების უფლებების და კანონიერი ინტერესების შელახვის მიზნით;

რომლებიც შედგა გადასახადების გადახდისთვის თავის არიდების მიზნით;

რომლებიც არ არის შეტანილი წინამდებარე მუხლის a) -g) პუნქტებში, მაგრამ ეწინააღმდეგება სახელმწიფოს, საზოგადოების, ოჯახის, ეროვნული უსაფრთხოების, ეკონომიკური უსაფრთხოების, ქვეყნის სუვერენიტეტის ფუნდამენტურ ინტერესებს.“

ჩვენი აზრით, რეკომენდებული დამატების საშუალებით უზრუნველყოფილი იქნება საზოგადოებრივი წესრიგისა და კეთილი ზნე-ჩვეულებების ცნებების მკაფიო და გასაგები შინაარსი, რაც საბოლოოდ ხელს შეუწყობს კანონის ერთგვაროვან გამოყენებას სასამართლო ინსტანციებში.

Серджиу Бэешу*
Георге Мыцу

Применение принципа автономии воли в Гражданском кодексе Республики Молдова

Гражданский кодекс Республики Молдова был принят 6 июня 2002 года и вступил в силу 12 июня 2003, тем самым Республика Молдова стала предпоследним государством СНГ, принявшим новый Гражданский кодекс (последним государством была Украина, в которой Гражданский кодекс вступил в силу 01 января 2004 года). 19 июля 2018 Парламент Республики Молдова принял в последнем чтении Закон № 133 о модернизации Гражданского кодекса и внесении изменений в некоторые законодательные акты, которым были внесены существенные изменения в действующий Гражданский кодекс, которые должны вступить в силу с 1 января 2019 года.

Принципу автономии воли отведено отдельное место в Гражданском кодексе РМ, в части (1) статьи 1, в которой содержится положение, предусматривающее, что гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, **свободы договора**, недопустимости вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав личности, их судебной защиты (s.n.). С другой стороны, статьей 667 Гражданского кодекса Республики Молдова, озаглавленной **«Свобода договора»**, предусмотрено в части (1), что *«Договаривающиеся стороны свободны в заключении договоров в пределах императивных норм права и в определении их содержания. Если в целях защиты приоритетных интересов общества или личности сила договора зависит от одобрения его органами государства, необходимые ограничения и условия устанавливаются законом.»* Таким образом, молдавский законодатель использует понятие **«свобода договора»**, а не **«автономия воли»**, поэтому обратимся к позиции науки, чтобы определить соотношение между этими понятиями. Как отмечается в специальной литературе³³, концепция свободы договора была сформулирована еще в средневековых трактатах, при этом изначально настаивалось на том, что это натуральное, постоянное и неизблемое право, а несколько позже была представлена философская теория автономии воли, о которой было сказано, что она вытекает из первой теории. Утверждается, что теория автономии воли была сформулирована и развита в специфической атмосфере XVIII века Ж.-Ж. Руссо и Э. Кантом.³⁴

Следует признать, что теория автономии воли оказала влияние не только на область права, но и на политическую и экономическую сферы. Так, теория автономии воли в политическом плане стимулировала политический либерализм, в экономическом – экономический либерализм, а в юридическом – свободу договора. Вот почему сегодня во многих Гражданских кодексах используется понятие «свобода договора», а не «автономия воли».

Принцип автономии воли предполагает, по существу, что совершение и обязательная сила сделок зависит исключительно от воли сторон, а не от закона. Соответственно, под свободой договора следует понимать право участников гражданских правоотношений свободно заключать гражданские договоры, как предусмотренные законодательством, так и непредусмотренные законодательством, однако не запрещенные императивными нормами, а также право свободно определять содержание договора или изменять его содержание и право расторгнуть договор в любой момент. Никто не может быть обязан заключать гражданско-правовые договоры, кроме как в прямо предусмотренных законом случаях, отмечается в части (2) статьи 667, согласно которой принуждение к заключению договора запрещается, за

* профессор, д.ю.н. Серджиу Бэешу является профессором Государственного университета Молдовы; д.ю.н.Георге Мыцу – доцентом Государственного университета Молдовы и судьей Суда Муниципия Кишинева.

³³ I. Dogaru, Pompil Drăgănici, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, în reglementarea NCC, Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2014, pag. 40.

³⁴ См. там же, с. 41.

исключением случаев, когда обязанность заключения договора предусмотрена Гражданским кодексом, законом или вытекает из добровольно принятого на себя обязательства.

Принцип автономии воли предусматривает уважение «данного слова» (заявленная воля), также как свобода предполагает ответственность за совершенные деяния. Первоначальная концепция часто подвергалась критике за недооценку роли закона в существовании сделок. Кроме того, первоначальная теория была раскритикована за пренебрежение императивными нормами добросовестности и справедливости. Современное право договоров признает основополагающую роль воли, при этом воля не является более автономной (неограниченной), но должна быть соотносена с обязанностью соблюдения закона. Пересмотр концепции автономии воли привел к снижению свободы заключения договоров и обязательной силы воли. Несмотря на то, что теория потерпела существенные изменения, концепция автономии воли сохраняет свою полезность, объясняя важные правила, регламентирующие правовой режим договора.

В отечественной литературе по специальности¹ утверждается, что **принцип свободы договора** включает ведущие идеи, отраженные в правовых нормах, на которых основываются нормы гражданского законодательства и которые устанавливают для субъектов гражданских правоотношений свободу заключения договоров, выбора партнеров по договору, определения вида заключаемого договора, установления его содержания и возможности изменения или расторжения. Данный автор утверждает, что главная функция принципа свободы договора заключается в обеспечении реализации свободы сторон договора на всех этапах процесса формирования договора, независимо от воли третьих лиц или органов публичной власти. Научная основа свободы договора вытекает из философских постулатов о свободе индивидуума², при этом многие философы считают, что существует неотрывная связь между свободой и правом, а также между правом и равенством. Ведь не случайно одним из принципов, подпитывающих дух времени и воодушевлявших участников Французской революции 1789 года, был: *liberté, égalité, fraternité* (свобода, равенство, братство). Эти философские идеи легли также в основу Французского гражданского кодекса 1804 года и гражданских кодексов, которые были инспирированы им. Не можем не подчеркнуть тот факт, что принцип свободы договора находится в тесной связи с принципом признания равенства участников гражданских правоотношений. В этом смысле являются красноречивыми положения статьи 1 Всеобщей декларации прав человека, из которой следует, что все люди рождаются свободными, равнодостоинными и равноправными. Так, не признавая равноправие всех участников гражданских правоотношений, мы не можем говорить о действительной реализации принципа свободы договора, которая выражается в возможности свободно заключать договоры и свободно устанавливать их содержание³. В то же время, действительное обеспечение равенства участников гражданских правоотношений невозможно без признания свободы всех субъектов, свободы, предполагающей наличие тех же правовых возможностей совершения определенных действий в предусмотренных законом пределах⁴.

Таким образом, исходя из концепции свободы, можем утверждать, что теория автономии воли в сфере права договора основывается на трех идеях:

- свобода заключения или незаключения договора, что вытекает из содержания статей 666, 667 Гражданского кодекса РМ⁵;

¹ *Gheorghe Mățu, Principiul libertății contractuale// Drept civil. Teoria Generală a obligației, Coordonator Sergiu Băieșu, Chișinău, 2015, с. 64.*

² Для более подробного ознакомления с философскими идеями принципа свободы договора см.: **Танага, А. Н.** Принцип свободы договора в гражданском праве России, Юридический центр Пресс, Санкт-Петербург, 2003, с. 13-26; Забоев, К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора, Юридический центр Пресс, Санкт-Петербург, 2003, с. 77-85.

³ *Gheorghe Mățu, oper. cit., с. 64.*

⁴ Что касается соотношения между принципом свободы договора и другими принципами гражданского права см.: **Танага, А. Н.** *Op. cit.*, с.32-35.

⁵ В части (1) статьи 666 отмечается «*Договором признается соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении правоотношений*». В свою очередь, частью (1) статьи 667 предусмотрено: «*Договаривающиеся стороны свободны в заключении договоров в пределах императивных норм права и в определении их содержания...*»

- свобода форм договора в том смысле, что, если существует волеизъявление, уже не имеет большого значения форма, в которой она выражается⁶. Гражданский кодекс Республики Молдова, в принципе, уже отказался от реальных договоров, придерживаясь принципа консенсуса, согласно которому для того, чтобы породить, изменить или прекратить обязательственные отношения, достаточно простое волеизъявление сторон. Договоры, в которых согласие подлежит облачению в определенную форму, в Гражданском кодексе РМ немногочисленны;

- свобода сторон устанавливать исключительно содержание договора.

Итак, из положений статьи 667 и других статей Гражданского кодекса вытекает, что принцип свободы договора может быть подвергнут анализу с точки зрения нескольких перспектив.

В первую очередь, стороны свободны заключать или не заключать договор (*Договаривающиеся стороны свободны в заключении договоров* (часть (1) статьи 667) и *Понуждение к заключению договора запрещается* (часть (2) статьи 667 Гражданского кодекса). Так, стороны сами решают, заключать или не заключать определенный договор, так как никто не обязан заключать договор наперекор своей воли. Исключения от этого правила должны быть четко и прямо установлены в законе или вытекать из волеизъявления сторон. Следовательно, никто не может быть обязан заключить договор, кроме как в предусмотренных законом случаях или если такая обязанность была принята добровольно.

Если изначально основу принципа автономии воли составляло только волеизъявление сторон при заключении договора, в настоящее время ситуация изменилась и теперь договор может быть заключен даже в отсутствие волеизъявления одной из сторон.

Что касается возможности обязывания одной из сторон заключить договор в случае, когда она взяла на себя это обязательство в предварительном договоре, Гражданский кодекс уточняет в статье 703: *Договор, заключенный с нарушением данного другому лицу обещания заключить договор, может быть предъявлен выгодоприобретателю обещания, не лишая его права требовать возмещения убытков от лица, обещавшего заключить договор, и недобросовестного третьего лица, заключившего договор с последним.*

На первый взгляд, это законное положение лишает предварительный договор одной из его специфических особенностей, которая заключается в установлении обязанности заключения договора в будущем. Несмотря на это, было справедливо отмечено⁷, что решение, предложенное частью (2) статьи 667, часто критикуется в теоретических трудах, так как поднимает целый ряд проблем, среди которых проблема определения условий договора. Так, было предложено, чтобы в случае, если лицо в силу закона или ранее взятой на себя обязанности, обязано заключить договор и отказывается ее исполнить, другая сторона вправе претендовать только на выплату возмещений за неисполнение обязательства и не вправе требовать обязать лицо к заключению договора.

Действительно, любой предварительный договор порождает обязательство, предметом которого является исполнение какого-либо действия, то есть, заключить в будущем договор, даже если собственно договор, подлежащий заключению сторонами, порождает обязательство, предметом которого является предоставление чего-либо. Например, договор купли-продажи порождает для продавца два обязательства, предметом которых являются два различных исполнения: предоставление, то есть передача права собственности покупателю, и совершение определенного действия, то есть передача покупателю купленной вещи. Предметом обязанности продавца, которая вытекает из предварительного договора купли-продажи, является единственное исполнение – действие, то есть заключение в будущем договора купли-продажи.

Итак, если соотнести статью 703 со статьей 620, можно сделать вывод, что даже если субъект права взял на себя по договору обязательство заключить договор в будущем, а впоследствии передумал, он не может быть обязан заключить его, при этом применяется *техника двойного согласия*. Таким образом, необходимо, чтобы лицо выразило свое согласие не только в момент заключения предварительного договора, но и впоследствии, в момент заключения собственно договора. Мы пришли к этому

⁶ I. Dogaru, Pompil Drăgănici, oper. cit., c. 41.

⁷ Eșanu, N. Dispoziții generale cu privire la contract și la conținutul contractului, Cartea a III-a, art. 666-711.: Comentariul Codului civil al Republicii Moldova, vol. II, ediția II-a, Editura Arc, Chișinău, 2006, c. 213.

заключению на основе анализа содержания указанных норм, однако при всем при этом, судебная практика Республики Молдова неоднообразна. Так, в некоторых случаях судебные инстанции обязывают к заключению договора, а в других обязывают к возмещению ущерба. Проект о внесении изменений в Гражданский кодекс, утвержденный 19 июля 2018 года, предлагает новое решение: в него включено новое положение, предусматривающее, что в прямо предусмотренных законом случаях по требованию правомочного лица судебная инстанция может вынести судебное решение, которое с момента обретения им окончательного характера занимает место сделки, если должник необоснованно отказывается совершить ее, а все остальные условия действительности выполнены.

При этом следует признать, что случаи, когда субъектов гражданских правоотношений обязывают к заключению договоров встречаются крайне редко. Такая обязанность диктуется общественными интересами или необходимостью защиты более слабой и менее защищенной стороны⁸, а также в случаях, когда стороны добровольно взяли на себя такое обязательство⁹.

Во-вторых, свобода договора предполагает право свободного выбора партнера, с которым заключается договор. Например, когда в договоре перевозки на одну из сторон возложена обязанность страхования перевозимого товара, сторона может заключить договор страхования с любым страховщиком, по своему усмотрению.

В-третьих, свобода договора предоставляет сторонам возможность определения характера заключаемого договора, то есть выбора любого вида договора из разнообразия договоров, как **предусмотренных законом**–**поименованные** договоры, – так и **непредусмотренных законом** – непоименованные или **комплексные** договоры, содержащие элементы различных предусмотренных законом договоров (часть (3) статьи 667 Гражданского кодекса). Что касается непоименованных или комплексных договоров, основным условием, которое вытекает из положений части (1) статьи 8 и статьи 220 Гражданского кодекса, является их непротиворечие общим принципам, смыслу гражданского законодательства, императивным нормам права и добросовестности.

Развитие экономических отношений происходит быстрее чем развитие регулирующих норм гражданского законодательства, а они, в свою очередь, не могут исчерпывающе регулировать все виды договоров, которые хотели бы заключить договаривающиеся стороны. Более того, не следует, чтобы стороны были обязаны к соотношению своих определенных экономических отношений к категории договоров, регулируемых гражданским законодательством. Именно из этих соображений законодатель предоставил сторонам договора возможность заключения договоров, которые не предусмотрены прямо законом, и не урегулировал исчерпывающе (*numerus clausus*) виды договоров, которые могут быть заключены участниками гражданского оборота.

Кроме того, законодатель предоставляет сторонам возможность заключения комплексных договоров. К примеру, если экономические отношения между сторонами предполагают необходимость заключения договора, содержащего элементы предоставления услуг и подряда, тогда стороны могут заключить такой договор. К элементам такого единого и комплексного договора применяются субсидиарно соответствующие нормы Гражданского кодекса о предоставлении услуг и подряда.

В четвертую очередь, свобода договора проявляется в виде права сторон устанавливать содержание договора, его условия и последствия его применения. Таким образом, сторонам надлежит установить путем достижения согласия условия заключаемого договора (часть (1) статьи 667 и часть (2) статьи 1). Сей факт вытекает также из положений части (1) статьи 679: *Договор считается заключенным, если между сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.*

Кроме того, в договорах о присоединении и договорах, содержащих стандартные договорные условия, роль воли одной из сторон (присоединяющейся стороны) сводится к минимуму при определении условий будущего договора, имея возможность только принять их целиком, как они были сформулированы другой стороной, либо отказаться от заключения договора.

⁸ Например, статья 669 Гражданского кодекса.

⁹ В части (7) статьи 667 проекта о внесении изменений в Гражданский кодекс предусмотрено, что принуждение к заключению договора запрещается, за исключением случаев, когда обязанность заключения договора предусмотрена законом или вытекает из добровольно принятого на себя обязательства.

В нормативных договорах роль воли сторон также заменяется волей законодателя или издающего органа (например, типовые договоры поставки природного газа или электроэнергии бытовым и небытовым потребителям).

В пятую очередь, свобода договора проявляется в том, что только стороны договора своим соглашением могут изменить или расторгнуть договор, за исключением предусмотренных законом случаев (статьи 623 и 735). Так, следуя положениям части (1) статьи 666, договором не только устанавливаются, но и изменяются, прекращаются правоотношения. Изменение или расторжение существующего договора предполагает необходимость расторжения соглашения между сторонами. Таким образом, содержание этого соглашения и его последствия устанавливаются сторонами в том же порядке, в котором договор был заключен, при этом изменение или расторжение выражает принцип свободы договора.

В то же время, этот аспект принципа свободы договора находится в тесном соотношении с принципом обязательной силы договора. Так, если стороны прямо не договорились об изменении или расторжении договора и не существует ни одна из ситуаций, предусмотренных статьями 623 и 735 Гражданского кодекса, стороны обязаны исполнить вытекающие из договора обязательства, при этом односторонний отказ от исполнения не допускается.

Несмотря на это, законодательство нашей страны допускает и отклонения от этого правила¹⁰.

Следует отметить, что эти аспекты принципа свободы договора следует рассматривать в динамике, чтобы реализация второго аспекта являлась следствием первого и т.д. Таким образом, в результате своего волеизъявления по поводу заключения договора, стороны свободны выбирать лицо, с которым они желают заключить его, а также вид договора (имущественный наем, лизинг, аренда и др.) После принятия сторонами решения по поводу вида заключаемого ими договора они могут установить его содержание, а после заключения договора они могут своим соглашением изменить или расторгнуть его.

Гражданское законодательство содержит многочисленные положения, призванные обеспечить реализацию принципа свободы договора. Эти положения касаются, с одной стороны, обеспечения выражения реальной воли, не затронутой пороками согласия (статьи 227, 228, 229 Гражданского кодекса), а, с другой стороны, защиты интересов более слабой стороны договора (статьи 712-720) или стороны, заключившей договор вследствие стечения тяжелых обстоятельств (статья 230).

Однако свобода договора *не является абсолютной*. Законодатель не может признать действительность договоров, предметом которых является заказное убийство, незаконная торговля оружием, торговля наркотическими веществами, человеческими органами, тканями и клетками и даже человеческими существами.

Ограничение принципа свободы договора является неизбежной. При этом обсуждается вопрос о том, как широки могут быть эти пределы и как они могут быть выражены.

Вне всякого сомнения, эти противоречащие закону договоры являются недействительными и не имеют юридических последствий. Государство вправе устанавливать условия сожителства в обществе и правила поведения членов общества. За субъектами гражданских правоотношений не признается никакая возможность нарушения этих законов и неуважения установленного в обществе порядка.

¹⁰ Так, статьей 3712 Закона о финансовых учреждениях № 550 от 21.07.1995 предусмотрено:

«Статья 3712. Особенности отказа от исполнения обязательств банка

(1) Помимо предусмотренных гражданским законодательством случаев специальный управляющий вправе отказаться от исполнения обязательств банка, вытекающих из договоров и иных сделок, без возмещения причиненных убытков при наличии одного из следующих оснований:

- a) предметом исполнения является безвозмездный перевод активов банка;
- b) предметом исполнения является предстоящее вложение или предоставление средств банка;
- c) исполнение обязательства является явно невыгодным для банка в сравнении с аналогичными обязательствами, возникающими при сопоставимых обстоятельствах. Явная невыгодность обязательства предполагается, если встречные исполнения сторон обязательства неэквивалентны более чем на 20 процентов. Наличие неэквивалентности может подтверждаться заключением независимого эксперта и иными доказательствами. Специальный управляющий может доказать наличие явной невыгодности исполнения обязательства и в иных случаях;
- d) исполнение обязательства помешает исправлению финансового положения банка, в частности, повлечет причинение дополнительного ущерба или ущемление интересов кредиторов.

(2) Отказ от исполнения допускается, пока обязательство не исполнено.»

Таким образом, закон вмешивается и ограничивает свободу договора путем установления определенных границ, исходя из определенных соображений. К примеру, согласно положениям пункта а) части (2) статьи 21 Гражданского кодекса, несовершеннолетний, достигший четырнадцати лет, вправе самостоятельно, распоряжаться заработком, стипендией и иными доходами, полученными в результате своей деятельности. В то же время, согласно пункту j) статьи 30 Закона о производстве и обороте этилового спирта и алкогольной продукции № 1100 от 30.06.2000¹¹, запрещается розничная продажа алкогольной продукции лицам, не достигшим возраста 16 лет. Таким образом, свобода договора частных субъектов может быть расширена или ограничена, в зависимости от интереса государства в регулировании так или иначе определенных сфер деятельности. В этом смысле справедливо было отмечено¹² существование определенной *гибкости свободы договора*, государству будучи отведена роль оценки для установления границ путем расширения или ограничения возможностей заключения договоров.

Пределы реализации свободы договора могут быть как позитивными, так и негативными. В этом смысле, позитивными следует признавать пределы, выражающиеся в обязанности определенных лиц по заключению договора, в случаях прямо предусмотренных законом. К примеру, согласно положениям ч.(1) ст.669 ГК РМ (Обязанность заключения договора), *если одна из договаривающихся сторон занимает доминирующую позицию на рынке, она обязана заключать договоры в этой области*. Согласно правовым предписаниям, предусмотренным ст.4 и ч.(4) ст.10 Закона Республики Молдова о конкуренции, № 183 от 11.07.2012¹³, действует презумпция, в соответствии с которой, *одно или несколько предприятий занимают доминирующее положение на соответствующем рынке в ситуации, когда их доля или их совокупные доли на данном соответствующем рынке, зарегистрированные в подвергнутый анализу период, превышают 50 процентов, если не доказано иное*.

Негативными признаются пределы, установленные законом, посредством которых ограничивается возможность заключения некоторых категорий договоров определенными субъектами. Так, например, исходя из положений ст.801 ГК РМ (Запрещение приобретения спорных прав), *судьи, адвокаты, нотариусы, прокуроры и судебные исполнители не могут приобретать спорные права под угрозой недействительности этих прав*.

К данной категории относятся запреты по включению некоторых оговорок в текст договора. В качестве наглядного примера может служить правовое положение, предусмотренное ч.(5) ст.1050 ГК РМ (Расторжение договора поручения), в соответствии с *которым условие, исключающее право расторжения договора одной из сторон, признается недействительным*. Аналогичным образом, ч.(1) ст.1105 ГК РМ (Особенности гостиничного хранения) содержит запрет на включение в договор гостиничного хранения каких-либо оговорок относительно исключения или ограничения ответственности гостиниц, общежитий, санаториев, домов отдыха и других подобных организаций за гибель, утрату или повреждение вещей физического лица, находящихся в отведенном ему помещении, хотя бы эти вещи, за исключением денег, ценных бумаг и ювелирных изделий, и не были сданы на хранение в особом порядке. Иными словами, *соглашение о противном недействительно*.

В науке¹⁴ упоминается о том, что ограничение свободы договора является мерой необходимой и преследующей тройную цель.

Во-первых, преследуется цель защиты более уязвимой (слабой) стороны договора. Указанная защита обеспечивается на этапе заключения договора и завершается исполнением обязательства или реализацией ответственности за неисполнение такого¹⁵. Таким образом, при правовой оценке позиции,

¹¹ Официальный монитор Республики Молдова, 2000 г., № 130-132.

¹² Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права. Издание 3-е. (Классика российской цивилистики), Издательство Статут, Москва, 2001, с. 251.

¹³ Официальный Монитор Республики Молдова, 2012, № 193-197.

¹⁴ Брагинский, М.И., Витрянский, В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения, с. 159-160.

¹⁵ Ст.230, ст.712-720 ГК РМ, положения ст.5 Закона РМ, № 105 от 13.03.2003 о защите прав потребителей (Официальный Монитор Республики Молдова, 2003, № 126-131), а также положения, предусмотренные ст.4, 5, 6 Закона РМ, № 256 от 09.12.2011, О неправомерных условиях в договорах, заключенных с потребителями (Официальный Монитор Республики Молдова, 2012, №. 38-41)

которую займут стороны, намеревающиеся заключить договор, обязаны принять во внимание то обстоятельство, что свобода экономической деятельности и правовая свобода не всегда совпадают. Таким образом, руководствуясь вышеизложенным, не исключено, что одна из договаривающихся сторон, в силу некоторых экономических факторов (дефицит определенных товаров, работ или услуг, недобросовестная конкуренция и т.д.), будет вынуждена согласиться с условиями, предложенными другой стороной (контрагентом) даже в случаях, когда закон закрепляет право стороны отказаться от оферты. Для устранения подобного рода факторов представляется необходимым отступление от принципа правового и формального равенства договаривающихся сторон. При наличии указанных предпосылок законодатель предоставляет определенные привилегии уязвимой стороне на этапе заключения договора, установления содержания, а также на этапах его изменения или расторжения такового.

Во-вторых, преследуется цель защиты интересов кредиторов, причинение ущерба которым могло бы негативно сказаться на гражданском обороте в целом. В частности, ситуация, в которой находятся банковские учреждения, предоставляющие кредиты фирмам-«фантомам», а также положение, в которое попадают физические лица, доверившие свои денежные средства некоторым сомнительным финансовым учреждениям.

В данном контексте, в п.52 Постановления Конституционного суда Республики Молдова, № 24 от 15.11.2011 года, *об исключительном случае неконституционности частей (3), (6), (7) статьи 38 и части (2) статьи 3812 Закона № 550-XIII от 21 июля 1995 года о финансовых учреждениях, с последующими изменениями и дополнениями (Обращение № 16g/2011)*¹⁶, в определенных сферах, чувствительных или имеющих большое значение для общества, таких как стабильность банковской системы, государство располагает широкой свободой усмотрения. Свобода усмотрения предполагает право государства устанавливать особые правила, отличающиеся от других схожих сфер регулирования. Более того, в п.53 указанного конституционно-правового акта устанавливается, что банки оказывают серьезное влияние на деятельность пользователей банковских услуг, равно как и на здоровье национальной экономики, что и обусловило особое позиционирование банков, которое характеризуется специальным правовым статусом, применимым ко всем аспектам их деятельности. Соответствующая позиция нашла также свое отражение и в других Постановлениях Конституционного суда Республики Молдова, в частности, в Постановлении № 18 от 11.12.2012 года, о контроле конституционности некоторых положений Закона об административном суде №793-XIV от 10 февраля 2000 года (Обращение № 20a/2012)¹⁷, и в Постановлении № 31 от 01.10.2013 года о контроле конституционности положений ст.11 ч.(4) Закона №548-XIII от 21 июля 1995 года о Национальном банке Молдовы и ст.21 ч.(3) и ст.23 ч.(3) Закона об административном суде № 793-XIV от 10 февраля 2000 года (Обращение № 26a/2013)¹⁸.

Несмотря на то обстоятельство, что банки являются самыми большими и наиболее часто встречаемыми кредиторами, ограничение принципа свободы договора обусловлено защитой всех кредиторов, а не только банков.

Защита интересов кредиторов выступает в качестве предмета регулирования норм Гражданского кодекса о договорах, а также норм других гражданско-правовых институтов как, например, гражданско-правовые нормы, регулирующие способы обеспечения исполнения обязательств, нормы об ответственности, наступающей за нарушение обязательств и т.д.

В-третьих, преследуется цель защиты интересов государства как квинтэссенции общественных интересов. В данном смысле, законодатель ввел несколько императивных гражданско-правовых норм в некоторые гражданско-правовые нормы, включая те, которые относятся к регулированию договоров (к примеру, ст.623 ГК РМ (Приведение условий договора в соответствие с изменившимися обстоятельствами), 735 ГК РМ (Расторжение договора обратной силой в случае существенного неисполнения) и т.д.). Помимо императивных норм свобода договора ограничивается правопорядком и добрыми нравами, как это предусмотрено ч.(1) и ч.(2) ст.220 ГК РМ (Недействительность сделки, противоречащей закону, основам правопорядка или нравственности).

¹⁶ Официальный Монитор Республики Молдова, 2011, № 206-215.

¹⁷ Официальный Монитор Республики Молдова, 2013, № 6-9.

¹⁸ Официальный Монитор Республики Молдова, 2013, 252-257.

В действующем законодательстве отсутствует определение общественного порядка и добрых нравов, что, в свою очередь, повлекло к созданию самостоятельного предмета исследования в гражданско-правовой доктрине.

Общественный порядок и добрые нравы являются дополнительными критериями определения границ свободы договора.

«Общественный порядок» (от франц. – *ordre public*, от нем. – *öffentliche Ordnung*) как самостоятельная категория, относящаяся к границам свободы договора, возникла и развилась во французской гражданско-правовой доктрине и судебной практике, первое упоминание о котором встречается в Гражданском кодексе Франции 1804 года в ст.6 и ст.1133 соответственно. Таким образом, из смысла ст.6 указанного нормативно-правового акта вытекало следующее: *«Нельзя нарушать частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы»* (от франц. – *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*).

Также, согласно положениям, предусмотренным ст.1133 Гражданского кодекса Франции 1804 года, *«Основание является недопустимым, когда оно запрещено законом, когда оно противно добрым нравам или публичному порядку»* (от франц. – *Lacause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*).

Позднее, эти правовые категории нашли свое отражение и в других Гражданских кодексах, как, к примеру, Гражданский кодекс Голландии (ст.40); Гражданский кодекс Италии (ст.1343 и 1354), Закон Швейцарии об обязательствах (ст.19 и ст.20), а также и в других кодифицированных источниках гражданского права, в частности в Гражданском кодексе Румынии от 2009 года (ст.11).

Следует отметить, что законодатель Республики Молдова, оставаясь верным традиции, установленной в Гражданском кодексе Франции, закрепил данную концепцию в ч.(2) ст.4 ГК РМ (Обычай), ч.(1) ст.9 (Осуществление прав и исполнение обязанностей) и в ч.(2) ст.220 ГК РМ (Недействительность сделки, противоречащей закону, основам правопорядка или нравственности).

В свою очередь, в содержание Гражданского кодекса Германии категория общественного порядка не была предусмотрена – законодатель ограничился лишь ссылкой на добрые нравы (§ 138 BGB). Указанное обстоятельство в итоге побудило некоторых авторов¹⁹ к умозаключению, согласно которому концепция общественного порядка является всего лишь рудиментом гражданского права и, как следствие, к выводу об отказе от включения такового в содержание гражданских кодексов.

Вместе с тем последующая законодательная эволюция доказала обратное. Фактически, авторы немецкого Гражданского кодекса позаимствовали концепцию «добрых нравов» из римского частного права (от лат. – *bonimores*), которому не было знакомо понятие «общественного порядка». Подобное решение немецкого законодателя стало следствием рьяных противоречий, вспыхнувших между авторами Гражданского кодекса. Они пришли к общему выводу, согласно которому адекватное толкование добрых нравов исключает возможность нарушения общественного порядка. Впоследствии, судебная практика Германии предоставило настолько широкое толкование концепции добрых нравов, что таковая не сводилась лишь к нарушению норм морали и нравственности, а охватывала даже то, что в гражданском законодательстве Франции и других государств, воспринявших французскую модель регулирования, обозначается термином *«общественный порядок»*.

Таким образом, отсутствие концепции общественного порядка в Гражданском кодексе Германии компенсируется категорией добрых нравов, призванной защищать единые интересы государства и общества в той же мере, в которой во французской и англо-саксонской цивилистике обеспечивает категория общественного порядка.

Во французской гражданско-правовой доктрине положение, предусмотренное ст.6 и ст.1133 Гражданского кодекса Франции, спровоцировало противоречия между учеными относительно определения содержания понятия «общественный порядок».

В современной доктрине Республики Молдова²⁰ *общественный порядок* получил следующее определение: *совокупность законных императивных диспозиции публичного и частного права, имею-*

¹⁹ Покровский, И. А. Основные проблемы Гражданского права. Издание 3-е. (Классика российской цивилистики). с. 253.

²⁰ Băieșu, A. În: Drept civil. Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală”, Chișinău, 2005, p. 277.

щие своей целью защиту основных общественных ценностей и институтов, общественную защиту всех лиц без исключения, прав и свобод человека, а также экономическое развитие страны в целом.

С данным определением сложно согласиться, так как цитируемый автор отождествляет императивные правовые нормы и общественный порядок. В этом смысле, возникает вопрос – если один юридический акт противоречит императивной правовой норме, то что является основанием его ничтожности: ч.(1) ст.220 ГК РМ (*Сделка или ее условие, противоречащие императивным нормам, являются ничтожными, если законом не предусмотрено иное*); ч.(2) ст.220 ГК РМ (*Сделка или ее условие, противоречащие основам правопорядка или нравственности, являются ничтожными*) или ч.(1) ст.220 ГК РМ в соотношении с ч.(2)? Более того, с момента как общественный порядок представляет собой совокупность императивных норм, каков тогда смысл в создании дополнительного основания о признании ничтожности юридического акта, учитывая, что таковой противоречит общественному порядку?

В гражданско-правовой доктрине отмечено следующее – если на начальном этапе понятие общественного порядка сводилось лишь к области политической и нравственной, к примеру, к организации государства, семьи, личной свободы, то сегодня общественный порядок обогатился еще и экономической составляющей: *экономический общественный порядок*.

Указанная составляющая общественного порядка выражается, в частности в различных системах экономического управления: денежная и ценовая политика; национализация некоторых секторов экономики (к примеру, энергоресурсы, транспорт и т.д.); кредитная политика; различные стратегии по экономическому развитию и т.д. Таким образом, в государствах Евросоюза уже говорится о наднациональном европейском общественном порядке, который необходимо учитывать при заключении договоров²¹.

Ко всему вышеизложенному следует добавить, что понятие общественного порядка дополнилось и социальным компонентом, в итоге мы имеем дело и с общественным порядком социального круга, что включает в себя некоторые государственные меры в области регулирования трудовых договоров, договоров найма жилья и т.д.²².

Как вытекает из толкования предписаний ст.6 Гражданского кодекса Франции, содержание общественного порядка соотносился к законам, регулирующим вопросы публичного и частного права, а также основные принципы права, неотраженные в законодательстве.

Во Франции общественный порядок в смысле, изложенном в ст.6 Гражданского кодекса Франции, был направлен на защиту личных свобод и семейных ценностей, на обеспечение суверенитета государства, а также на соблюдение основных норм морали. В процессе применения данной концепции, содержание таковой было расширено. Так, если изначально ст.6 Гражданского кодекса Франции была предназначена для внутренних юридических актов, подпадавших под регулирование французским правом, то позднее судебная практика расширила область применения указанной статьи. Концепция общественного порядка начала использоваться, в том числе и применительно к частноправовым общественным отношениям с иностранным элементом в области международного частного права. В итоге, были обозначены два типа общественного порядка: внутренний общественный порядок (от франц. – *ordre public interne*) и международный общественный порядок (от франц. – *ordre public international*).

Внутренний общественный порядок являлся основанием недействительности юридических актов внутреннего права, тогда как международный общественный порядок рассматривался как разновидность внутреннего общественного порядка, который был применим в сфере правоотношений с иностранным элементом, и представлял основание для отказа судебных инстанций в применении законов иностранного государства, а также в качестве отказа в признании и осуществлении принудительного исполнения решений, вынесенных зарубежными судебными инстанциями.

С точки зрения содержания, цели и оснований применения, внутренний общественный порядок отличается от международного общественного порядка. Правовые категории, применимые к внутреннему общественному порядку, не во всех случаях могут быть применены к международному общественному порядку. Вместе с тем обе вышеозначенные категории находятся в тесной взаимосвязи и взаимозависимости. Так источники международного общественного порядка носят национальный характер

²¹ Stătescu, C., Bârsan, C. Op. cit., 2000, p. 24.

²² Ibidem.

даже в том случае, когда вопрос касается международного общественного порядка, в основе такового располагается внутренний общественный порядок. С другой стороны, на процесс развития внутреннего общественного порядка повлияла концепция международного общественного порядка. Таким образом, судебная практика Франции увязала применение ст.6 Гражданского кодекса с положениями ст.3 этого же источника права. Исходя из толкования положений ст.3 Гражданского кодекса Франции, получается, что законы, содержащие императивные нормы (от франц. – *lois de police*), и законы о национальной безопасности (от франц. – *lois de sûreté*) являются обязательными для всех, кто проживает на территории Франции (*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*). В итоге было установлено, что с точки зрения содержания, внутренний общественный порядок включает в себя, помимо всего, императивные и запретительные нормы, установленные в целях защиты интересов общества в целом и интересов национальной безопасности²³.

В англо-саксонском праве содержание категории общественного порядка (*public policy*) включает в себя основные понятия нравственности и справедливости. Разделения между общественным порядком и добрыми нравами не существует, так как категория общественного порядка включает в себя добрые нравы как составную часть.

Юридический акт или договор не может противоречить добрым нравам без причинения вреда общественному порядку. В свете концепции *public policy* указанные два основания ничтожности юридического акта и, соответственно, ограничения свободы договора, не могут рассматриваться отдельно.

Добрые нравы. Если критерий общественного порядка, рассматриваемый как ограничение свободы договора, находит свое отражение лишь в некоторых гражданских уложениях, то относительно добрых нравов (от франц. – *bonnes moeurs*; от нем. – *gute Sitten*) дела обстоят иначе. Термин «*добрые нравы*» берет свое начало от латинского выражения «*boni mores*» и знаком уже римскому частному праву. Таким образом, то обстоятельство, что тот или иной юридический акт, противоречащий добрым нравам, является ничтожным, является аксиомой в гражданском праве большинства государств.

Данная концепция встречается не только в качестве границы проявления свободы договора, но и в качестве самостоятельного основания возникновения ответственности за причиненный ущерб (ст.826 Гражданского Уложения Германии). Значимость добрых нравов возрастает, что, в свою очередь, обуславливает заинтересованность правоведов в познании и в анализе точного и полного смысла концепции.

Несмотря на свою многовековую историю, концепция «*добрые нравы*» привлекает цивилистов и по сей день. В результате проведенных научных исследований было установлено, что данная категория не является точной, не имеет конкретного содержания, оставаясь, по сути, тайной, познание которой не представляется возможным даже современниками.

Некоторые правоведы отождествляют *добрые нравы* и *нравственность*. Таким образом, считается, что договор, противоречащий нравственности, противоречит самим добрым нравам. Согласно указанной точке зрения, сквозь призму доктрины добрых нравов, право рассматривается как явление, подчиненное нормам морали, в то время как самостоятельное и независимое существование этих двух категорий отрицается.

Если добрые нравы отождествляются с моралью, то возникает правомерный вопрос: какова мера этой «*морали*»? Является ли судья уполномоченным применить собственные суждения о нравственности? Нет, полагают сторонники данной концепции. Лишь нормы морали, являющиеся общепринятыми и общепризнанными, подлежат применению судьей. Но, как тогда следует идентифицировать критерий, согласно которому та или норма морали будет считаться общепризнанной и общепринятой? В современных обществах наблюдается сосуществование различных воззрений, принадлежащих различным социальным группам и категориям людей, относительно того, что следует признавать нравственным и безнравственным. Неужели судья должен принимать и учитывать точку зрения каждой социальной группы относительно морали и применять различное мерило нравственности по отношению к различным правовым спорам, учитывая принятие тех или иных норм морали в рамках той или иной социальной группы? Нет, полагают сторонники данной концепции. Основным аргументом в пользу занимаемой

²³ *Афанасьев, Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве. *Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика. Сборник статей.* Отв. ред. *Рожкова М.А.* Издательство Статут, Москва, 2006, с. 119.

позиции является следующее утверждение: это бы не соответствовало сущности добрых нравов как концепции, так как они должны оставаться неизменными для всех членов общества. Если так обстоят дела, то возникает другой вопрос: какой из социальных групп следует отдать предпочтение? На данный вопрос большинство ученых отвечают однозначно: приоритетной является точка зрения доминирующей социальной группы. Какие группы следует признать доминирующими? В поисках ответа на данный вопрос сторонники указанной позиции приходят к выводу о том, что соответствующая теория останавливается на критерии *здравомыслящего человека* (мыслящего адекватно и корректно) (от нем. – *anständig und gerecht denkenden Menschen*). Соответственно, этически доминирующей социальной группой лиц надлежит признавать именно группу здравомыслящих людей.

Таким образом, повергнув всестороннему анализу вопрос о морали, при определении воззрений народа в целом относительно нравственности того или иного действия, следует принимать во внимание представления нравственных лидеров того или иного сообщества, а не отдельных социальных групп. Так, к примеру, если большинство населения не видит ничего предосудительного в коррупции или контрабанде, то это вовсе не означает, что подобного рода действия являются нравственными. В том случае, если так случается, то критерием определения концепции добрых нравов, в смысле морали, будут воззрения нравственных лидеров общества, иными словами, лиц здравомыслящих (мыслящих адекватно и корректно). Тогда оценка и принятие решения о том, кто является таким лицом, остается на абсолютном и исключительном усмотрении судебной инстанции. Указанная теория сомкнула порочный круг, приблизившись к исходной точке, то есть к субъективизму судьи.

Попытка преодоления указанных сложностей принадлежит приверженцам другой теории, которая является рьяным противником семантического совпадения категории добрых нравов и нравственности, отрицая всякую возможность их отождествления. Так, добрые нравы не являются следствием нравственности, а правильных и адекватных общественных ценностей, преобладающих в воззрениях того или иного народа. Нормы морали и нравственность не всегда совпадают. Моралью наполнены правила внешнего поведения лица, а нравственность предполагает его внутреннюю духовность и внутреннее убеждение того или иного человека. Запрет на посягательство на нормы морали не преследует цели наказания или воспитания. Роль судьи не состоит в наказании или в спасении души, выступая в качестве духовного наставника. Цель запрета не состоит в борьбе с безнравственными поступками и устремлениями людей, а в защите указанных культурных ценностей, тех нравственных традиций, которые наличествуют у каждого народа. Следовательно, нормы морали есть ничто иное как отражение культуры каждого народа, продукт его истории и традиций.

Вместе с тем и данная теория, какой бы отдаленной от первой теории она не казалась, сталкивается с теми же вопросами. Согласно данной доктрине, подлежат охране все нормы морали, так как они вбирают в себя выражение традиций и ценностей предков того или иного народа и основываются на этой культуре. В свою очередь, законодатель не уделяет должного внимания всем нормам морали, а только тем, которые он признает «*добрыми*», намекая на то обстоятельство, что существуют и «*злые нравы*», которые не заслуживают охраны. Действительно, нормы морали представляют собой не только выражение традиций и ценностей предков, но и некоторых архаичных и рудиментарных предрассудков, соблюдение которых безразлично для законодателя.

Если у нас возникает необходимость выбирать между добрыми нравами и злыми нравами, то мы попадаем в тот же порочный круг вопросов, обозначенных ранее. Откуда нам надлежит отыскать критерий разграничения этих двух категорий? Из воззрений общества в целом? Или, все же, из представлений доминирующих групп? И в данном случае, мы попадаем на весьма зыбкую территорию абсолютного и исключительного субъективизма судебной инстанции. Таким образом, оба доктринальных течения, какими бы полюсными они не казались, в конечном итоге, сходятся в одном и том же.

Исходя из вышеизложенного, следует отметить, что отсутствие точного и единого подхода к определению категории добрых нравов порождает множество вопросов на практике и, соответственно, ведет к нестабильности, условности и спутанности самого понятия. Так, в доктрине ставится следующий вопрос: если мужчина, состоящий в браке, приобретает браслет для своей любовницы, можно ли признать недействительным договор купли-продажи на том основании, что он противоречит добрым нравам?

Ответ однозначно будет отрицательным: расторжение договора поставило бы под угрозу безопасность всего гражданского оборота и причинило бы намного больше ущерба, нежели положительного ожидаемого влияния от соблюдения «добрых нравов». Следует признавать ничтожными лишь те договоры, которые несовместимы со здоровым и добрым состоянием общества. Руководствуясь указанной логикой, было сформулировано суждение, согласно которому договор может признаваться недействительным, когда он приходит в противоречие с важнейшими правовыми интересами и с благосостоянием общества.

Исходя из анализа содержания категории добрых нравов, мы приходим к выводу, что постепенно исчезают не только элементы нравственности, но и элементы морали как таковой. Создавшееся положение вещей привело к некой стройности концепции и правовой определенности. В реальности же проблемы, возникавшие на практике, касались не морали и нравственности, а права. Научная категория «добрые нравы», на самом деле, является ни чем иным как условной формулировкой, при раскрытии фактического содержания которого устраняется любой критерий, связанный с нравственностью и моралью, вбирающий в себя лишь чисто юридические критерии.

Категория добрых нравов весьма активно поддерживается сторонниками теории свободного права. Данное научное течение создавало безграничные перспективы для реализации «конкретного правосудия» в целях «уравновешивания интересов» и для других экспериментов общественного влияния посредством свободы суждения со стороны судебной инстанции (независимого арбитра). Вероятно, по этой причине концепция добрых нравов не была лишена скептицизма. Не зря Планиоль (Planiol) утверждает, что правило добрых нравов является одной из наиболее сомнительных догм. При применении таковой любая гражданская свобода может быть сломлена. Поэтому ключевая роль при установлении критериев, в соответствии с которыми договор противоречит добрым нравам, принадлежит не судье, а законодателю. Представляется уместным уточнить, что общественные воззрения о морали (что хорошо и что плохо) менялись от эпохи к эпохе, от одного общественного строя к другому. Совсем не напрасно древние римляне говорили «О времена, о нравы!» (от лат. – *O tempora! O mores!*), выражая тем самым условный и переменчивый характер добрых нравов.

Каждой эпохе свойственны собственные представления о морали и нравственности. Рассмотрим этот вопрос ниже. Изначально мы задаемся вопросом: каково соотношение между этими двумя понятиями? Являются ли они отличными друг от друга или же одно понятие включает в себя другое? При попытке ответа на данный вопрос замечаем, что наш законодатель непоследователен. Так, в ч.(2) ст.4 и в ч.(1) ст.9 ГК РМ между понятиями общественный порядок и добрые нравы используется союз «и». В свою очередь, в содержании ч.(2) ст.220 ГК РМ помещен союз «или». В данном контексте уместен вопрос: возможно ли, чтобы тот или иной договор противоречил бы общественному порядку, но при этом соответствовал добрым нравам? И, наоборот, допустимо ли, чтобы договор соответствовал добрым нравам, но противоречил бы общественному порядку?

Как нами было отмечено ранее, в римском праве не существовало концепции подобного общественному порядку, а всего лишь категория добрых нравов. Так, пока ст.6 Гражданского кодекса Франции не был предусмотрен термин общественного порядка, концепция добрых нравов выступала в качестве основания признания недействительности договоров и, следовательно, в качестве границы свободы договора.

После включения во французский Гражданский кодекс понятия общественного порядка, категория добрых нравов трактовалась в науке и судебной практике как составная часть общественного порядка, и соотносилась с ним как часть и целое. Таким образом, если договор входил в противоречие с добрыми нравами, то это являлось лишь частным случаем нарушения общественного порядка. В судебной практике Франции было обозначено направление, состоявшее в следующем – если противоречит добрым нравам, то, следовательно, противоречит и общественному порядку. Становится заметным, что концепция общественного порядка поглотила категорию добрых нравов, последние будучи рассмотрены лишь в качестве его разновидности.

Также и в англо-саксонской правовой системе понятие общественного порядка (от англ. – *public policy*) включает в себя элементы нравственности и справедливости. Соответственно, юридический акт, в частности договор, не может противоречить добрым нравам без того, чтобы не посягать на обществен-

ный порядок. В смысле доктрины *public policy*, указанные два основания признания ничтожности юридического акта и, соответственно, ограничения свободы договора, не могут рассматриваться отдельно.

В Германии концепция общественного порядка прямо не предусмотрена в качестве основания отмены юридических актов и, следовательно, в качестве границы договорной свободы. Вместе с тем данная роль восполняется категорией добрых нравов, позаимствованных немецким законодателем из римского частного права. Как нами было отмечено ранее, судебная практика Германии истолковала категорию добрых нравов настолько широко, насколько она не сводилась лишь к нарушению морали и нравственности, а относилась еще и к тем ценностям, которые во французском гражданском праве получили название *общественный порядок*. Таким образом, Гражданское уложение Германии придало общественному порядку смысловую нагрузку категории добрых нравов, обеспечив тем самым защиту общества и государства таким же образом, как это было осуществлено во Франции и в англо-саксонской правовой системе применительно к концепции общественного порядка.

Таким образом, можно прийти к выводу, что в праве западноевропейских стран намечается тенденция идентификации категорий «*общественный порядок*» и «*добрые нравы*». Подобная направленность была обусловлена тем обстоятельством, что обе категории предназначены для воплощения в жизнь тех же функций, основываются на одних и тех же принципах применения и стремятся к одной и той же цели. Не даром некоторые ученые²⁴ утверждают, что добрые нравы представляют собой некий архаизм, уходящий корнями к римскому частному праву. В реальности, указанная правовая категория либо исполняет роль общественного порядка, как, к примеру, имеет место в Германии, либо включается в понятие общественного порядка, так как это случилось во Франции и в англо-саксонском праве.

С одной стороны, категории общественного порядка и добрых нравов представляют собой основания для признания абсолютной ничтожности юридических актов, а на судебные инстанции возложена обязанность устанавливать ничтожность юридических актов, противоречащих общественному порядку и добрым нравам. С другой стороны, эти концепции играют роль законной границы свободы договора. Именно поэтому представляется необходимым раскрыть их содержание и определить причины, при наличии которых тот или иной договор противоречит общественному порядку и добрым нравам.

Вышеизложенное не способно внести ясность в части определения содержания категорий общественного порядка и добрых нравов. Именно поэтому приведем несколько примеров из судебной практики тех государств, в которых аналогичного рода вопросы уже решались.

Во-первых, общественный порядок и добрые нравы представляются как основания признания недействительными юридических актов, предметом или целью которых становятся аморальные поступки или преступные деяния.

Еще со времен римского частного права под нарушением добрых нравов понимались юридические акты, предметом которых выступали безнравственные действия, как, например, обязанность повреждения или уничтожения вещи другого лица или обязанность уплаты компенсации за вещь, приобретенную путем хищения.

Во Франции ничтожными признавались договоры, в качестве предмета которых выступали обязательства по уплате компенсации за совершение преступления. В Германии считается, что тот или иной договор противоречит добрым нравам, если одна из сторон взяла на себя обязательство за денежную сумму не сообщать о том или ином преступлении.

В английском праве, основанном в большей степени на прецедентном праве, на протяжении длительного времени утверждалось, что договоры, порождающие обязательство одной стороны не сообщать о совершении преступления взамен на денежное вознаграждение, отказ от подачи жалобы о совершенном преступлении уполномоченным органам в результате уплаты виновным лицом потерпевшему вознаграждения, а также уплата вознаграждения за совершенное противоправное деяние, признавались деяниями, противоречащими добрым нравам. Также, в одном из решений Парижского трибунала от 1973 года было установлено, что договор стриптиза противоречит общественному порядку и добрым нравам²⁵.

²⁴ Idem, p. 132.

²⁵ Idem, p. 124-125.

Таким образом, в праве западноевропейских государств противоречащими общественному порядку и добрым нравам договоры, предмет и цели которого образуют уголовно-наказуемые деяния и осуждаемые общественным мнением.

Позаимствовав указанную практику, национальные судебные инстанции должны признавать ничтожными все договоры, целью которых является достижение результата, выражающегося в совершении преступления, предусмотренного Особенной частью Уголовного кодекса Республики Молдова. Например, договор, согласно которому на одну из сторон договора будет возложено обязательство о несообщении о преступлении, либо договор, сторона которого будет обязана за плату совершить умышленное убийство по заказу. Иным примером послужат договоры, согласно предмету, которого одна из сторон обязана будет продать свои органы или ткани, наркотические вещества, огнестрельное оружие, в то время как продавец не имеет лицензии или другого разрешения, а покупатель не уполномочен приобретать соответствующую вещь.

Общественный порядок и добрые нравы образуют границы свободы договора и применяются в качестве основания признания договоров недействительными, значительно ущемляя права и свободы стороны договора путем ограничений или лишений.

Указанная практика находит свое выражение в римском частном праве, применявшее санкции в виде недействительности тех договоров, в которых должник был обязан предоставлять нечто взамен по собственному усмотрению кредитора. Подобного рода договоры признавались противоречащими добрым нравам, так как должник попадал в ситуацию полной зависимости по отношению к кредитору.

В итоге, было выработано правило, согласно которому противоречили добрым нравам договоры, чьи цели состояли в обязательстве должника отказаться от своей личной свободы или в ущемлении свободы лица или в принуждении принятия определенного решения, которое свободный человек никогда бы не принял.

Анализируемое правило было воспринято и современным законодательством. Так, например, согласно ст.27 Гражданского кодекса Швейцарии, никто не вправе даже частично отказаться от пользования или от осуществления своих субъективных гражданских прав. Никто не может быть подвергнут ограничению свободы или отказаться от нее в той мере, в которой она бы привела к лишению прав или противоречию добрым нравам.

Во Франции признаются ничтожными договоры, в которых лицо ограничивается в своей дееспособности или ограничивается в своих правах и свободах. Аналогичным образом, противоречат общественному порядку и добрым нравам договоры, согласно положениям которых одна сторона лишена возможности осуществления своих личных неимущественных прав, к примеру, запрет на заключение брака или, наоборот, принуждение к заключению брака с конкретным лицом. Таким образом, право того или иного лица на заключение брака признается правом, относящимся к общественному порядку, и потому не подлежит ограничению или отчуждению.

Судебные инстанции Германии признают как противоречащими добрым нравам и, следовательно, недействительными договоры, возлагающие на должника непропорциональные обязательства, либо обязывающие должника пожизненно выплачивать сумму из своего дохода в предпринимательской деятельности.

Судебные инстанции Англии квалифицируют как противоречащие добрым нравам договора займа, согласно которым должник обязан выплачивать чрезмерно завышенные проценты, таким образом, существенно ухудшая свой образ жизни. Также квалифицируются как противоречащие добрым нравам договоры, согласно которым должник обязан не менять своего места жительства, места работы, брать новые кредиты или распоряжаться вещами без письменного соглашения кредитора.

В итоге, было обозначено универсальное решение, согласно которому считаются противоречащим общественному порядку (в Германии добрым нравам) договоры, в результате исполнения которых нарушаются основные права и свободы.

Подобный вывод мы можем сформулировать и на основании положений, закрепленных в гражданском законодательстве нашего государства. Так, в соответствии с положениями ч.(4) ст.23 ГК РМ (Недопустимость лишения и ограничения правоспособности и дееспособности), *полный или частичный*

отказ физического лица от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны. По нашему мнению, признаются ничтожными, противоречащие общественному порядку и добрым нравам, так как посягают на основные права и свободы лица.

Более того, исходя из положений ч.(2) ст.6 Семейного кодекса Республики Молдова (Осуществление семейных прав и исполнение семейных обязанностей), осуществление семейных прав и исполнение семейных обязанностей не должны ущемлять прав, препятствовать исполнению обязанностей, нарушать свобод и законных интересов других членов семьи и иных лиц. Вместе с тем, в соответствии с ч.(6) ст.29 Семейного кодекса, стороны не вправе оговаривать в брачном договоре условия, ограничивающие правоспособность или дееспособность супругов, их право на обращение в судебную инстанцию для урегулирования личных отношений, в том числе прав и обязанностей, касающихся детей, право нетрудоспособного супруга на содержание, а также другие условия, которые ущемляют защищенные законом права и интересы супругов или одного из них либо нарушают принципы и характер семейных отношений.

Эти нормы играют роль границы принципа свободы договора, основанной на понятиях общественного порядка и добрых нравов. Так, если в брачном договоре предусмотрены оговорки, в соответствии с которыми один из супругов обязуется отказаться от профессии или не общаться с определенными лицами, то такого рода положения, учитывая то обстоятельство, что они посягают на основные права и свободы лица, признаются ничтожными, так как противоречат общественному порядку и добрым нравам.

Помимо вышеуказанных аргументов, общественный порядок и добрые нравы направлены на обеспечение равновесия договорных обязательств. Соответственно, следует признавать противоречащими общественному порядку и добрым нравам, договоры, создающие существенный дисбаланс между обязательствами, создавая значительные привилегии одной стороне и обременяя, тем самым, другую сторону.

В праве Германии и Англии считается противоречащим добрым нравам договоры, согласно которым одна из сторон, воспользовавшись доминирующей ситуацией на рынке, экономической конъюнктурой, слабой подготовкой, отсутствием опыта или стечением тяжелых обстоятельств, в которых находится другая сторона договора, насаждает другой стороне непропорциональные условия, нарушающие равновесие договора.

С одной стороны, общественный порядок и добрые нравы применяются в качестве инструментов по пресечению злоупотреблений в отношении участников гражданского оборота, с другой стороны, они указанные категории рассматриваются в качестве основания признания ничтожными договоров, ставящих своей целью ограничение или устранение конкуренции.

В этом смысле Европейский Суд²⁶ заявил, что под общественным порядком следует понимать определение, данное в ст.85 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (ЕЭС), подписанного в г. Брюсселе 17.04.1957 года, а все соглашения, в которых отступается от положений, предусмотренных ст.85 Договора об учреждении ЕЭС, признаются ничтожными²⁷.

²⁶ Judgment of the Court of 1 June 1999. - Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV. – Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad – Netherlands. – Competition – Application by an arbitration tribunal, of its own motion, of Article 81 EC (ex Article 85) – Power of national courts to annul arbitration awards. - Case C-126/97. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126>

²⁷ Статья 85 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (ЕЭС) подписан в г. Брюсселе 17.04.1957 года:

(1). Запрещаются как несовместимые с общим рынком: любые соглашения между предприятиями, решения, принятые объединениями предприятий, и картельная практика – которые могут воздействовать на торговлю между государствами-членами и которые имеют своей целью или результатом предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции внутри общего рынка, в частности, те действия, которые заключаются в том, чтобы:

a) фиксировать прямо или косвенно цены купли или продажи или другие условия торговли;

b) ограничивать или контролировать производство, рынки, техническое развитие или капиталовложения;

c) распределять рынки или источники снабжения;

Также во Франции, Германии, Великобритании была сформирована устойчивая практика, признающая недействительными договоры, целью которых является причинение вреда императивным нормам закона либо которые направлены на причинение вреда законным правам и интересам третьих лиц. К примеру, если должник, в целях уклонения от судебного преследования собственного имущества, осуществляет фиктивное отчуждение такого имущества, то такой договор должен признаваться ничтожным, так как противоречит общественному порядку и добрым нравам.

Истории известны случаи, когда в законодательстве не только было отмечено, что юридический акт, противоречащий общественному порядку является ничтожным, но и уточнил их.

В истории русского права, договор считался недействительным и обязательство ничтожно, если побудительная причина к его заключению есть достижение цели, законами запрещенной. Ничтожными считались такие договоры, которые «клонились» к:

1) расторжению законного супружества;

2) к подложному переукреплению имени во избежание платежа долгов (под этим понималось отчуждение должником своего имущества с целью избежания уплаты долгов, в частности фиктивная распродажа имущества перед объявлением банкротства);

3) к лихоимственным изворотам (под которыми понимались сделки, совершенные в обход законодательного запрета на ростовщические сделки);

4) к присвоению частному лицу такого права, которого оно по состоянию своему иметь не может;

5) к вреду государственной казне.

Безнравственными сделками признавались сделки, которые оскорбляют нравственное чувство, честь, сделки по содействию к устройству брака за известную плату, обязывающие вступить в брак из опасения невыгодных имущественных последствий и др. Перечисленные сделки считались безнравственными, так как представляли собой действия, противные чистоте учения о брачном союзе, оскорбительные для достоинства и могущие колебать нравственность и благочиние в семьях²⁸.

Сделками, противными благочинию (нравственности) и общественному порядку, согласно Своду законов, являлись, например, сделки, по которым возникал долг за куплю в кредит вина в заведении раздробительной продажи. В Своде законов также выделялись условия, которым должен был соответствовать предмет сделки. Так, предмет сделки должен был состоять в гражданском обороте. Таким образом, сделка признавалась недействительной, если ее предмет был изъят из гражданского оборота (продажа живого человека, внеоборотной вещи)²⁹.

Сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна и влечет последствия, установленные статьей 167 Гражданского кодекса Российской Федерации (двусторонняя реституция). В случаях, предусмотренных законом, суд может взыскать в доход Российской Федерации все полученное по такой сделке сторонами, действовавшими умышленно, или применить иные последствия, установленные законом.

Содержащиеся в статье 169 ГК РФ понятия «*основы правопорядка*» и «*нравственность*» в силу своей неопределенности создают возможность произвольного применения данной статьи, что приводит к несоразмерному ограничению прав и свобод субъектов гражданского права. Понятия «*основы правопорядка*» и «*нравственность*», как и всякие оценочные понятия, наполняются содержанием в зависимости от того, как их трактуют участники гражданского оборота и правоприменительная практика, однако они не являются настолько неопределенными, что не обеспечивают единообразное пони-

d) применять неодинаковые условия к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, ставя их тем самым в невыгодные условия конкуренции;

e) обуславливать заключение контрактов принятием партнерами дополнительных обязательств, которые, по своему характеру или в соответствии с торговой практикой, не связаны с предметом этих контрактов.

(2) Соглашения или решения, запрещенные в силу данной статьи, автоматически считаются недействительными.

²⁸ Рубцова Ю.А. Историческое развитие гражданского законодательства о сделке, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности. «История государства и права», 2011, № 18. <http://center-bereg.ru/b5007.html>

²⁹ Рубцова Ю.А. Историческое развитие гражданского законодательства о сделке, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности. «История государства и права», 2011, № 18. <http://center-bereg.ru/b5007.html>

мание и применение соответствующих законоположений³⁰. Статья 169 ГК РФ особо выделяет опасную для общества группу недействительных сделок – так называемые *антисоциальные сделки*, противоречащие основам правопорядка и нравственности, признает такие сделки ничтожными и определяет последствия их недействительности. Квалифицирующим признаком антисоциальной сделки является ее цель, то есть достижение такого результата, который не просто не отвечает закону или нормам морали, а противоречит – заведомо и очевидно для участников гражданского оборота – основам правопорядка и нравственности. Антисоциальность сделки выявляется в ходе судопроизводства с учетом всех фактических обстоятельств, характера допущенных сторонами нарушений и их последствий.

В качестве сделок, совершенных с указанной целью, могут быть квалифицированы сделки, которые нарушают основополагающие начала российского правопорядка, принципы общественной, политической и экономической организации общества, его нравственные устои. К названным сделкам могут быть отнесены, в частности, сделки, направленные на производство и отчуждение объектов, ограниченных в гражданском обороте (соответствующие виды оружия, боеприпасов, наркотических средств, другой продукции, обладающей свойствами, опасными для жизни и здоровья граждан, и т.п.); сделки, направленные на изготовление, распространение литературы и иной продукции, пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду; сделки, направленные на изготовление или сбыт поддельных документов и ценных бумаг; сделки, нарушающие основы отношений между родителями и детьми.

Нарушение стороной сделки закона или иного правового акта, в частности уклонение от уплаты налога, означает, что сделка совершена с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности.

Следовательно, договоры, ставящие своей целью уклонение от уплаты налогов, подлежат признанию их ничтожными на основании, предусмотренном ч.(2) ст.220 ГК РМ, так как указанная цель причиняет вред правоохраняемым интересам государства и общества.

Исходя из вышеизложенного, полагаем целесообразным дополнение ч.(2) ст.220 ГК РМ текстом следующего содержания:

«Являются противоречащими общественному порядку юридические акты, которые:
 имеют в качестве предмета или цели совершение общественно порицаемых, уголовно-наказуемых деяний;
 превышают ограничения или лишают одну из сторон договора своих прав и свобод;
 имеют своим следствием нарушение основных прав и свобод;
 создают значительный дисбаланс в осуществлении своих правомочий, предоставляя привилегии одной стороне и обременяя другую;
 свои результатом предоставляет одному лицу право, которое такое лицо не должно было иметь в силу материального состояния;
 совершено с целью ограничения или устранения конкуренции;
 совершено с целью причинения вреда императивным нормам закона или с целью ущемления прав и законных интересов третьих лиц;
 совершено с целью уклонения от уплаты налогов;
 не включены в перечень оснований, предусмотренных п. а)-g) настоящей статьи, но противоречат основным интересам государства, общества, семьи, национальной безопасности, экономической безопасности, суверенитету государства».

По нашему мнению, посредством рекомендуемых дополнений будет обеспечена четкость и ясность понятий общественного порядка и добрых нравов, что, в конечном итоге, будет способствовать единообразному применению закона судебными инстанциями.

³⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 г. № 227-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Уфанефтехим» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 169 Гражданского кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 11 статьи 7 Закона Российской Федерации "О налоговых органах Российской Федерации». ГАРАНТ.РУ: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12037037/#ixzz5X75LHD3a>

ნების ავტონომიის შეზღუდვა ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართალში: ზოგიერთი თეორიული და პრაქტიკული საკითხი³¹

შესავალი დებულებები

როგორც ცნობილია, სამოქალაქო სამართალში ნების ავტონომია განიხილება ვიწრო და ფართო მნიშვნელობით.

ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში³² (შემდგომში „სამოქალაქო კოდექსი“) ნების ავტონომიის ვიწრო მნიშვნელობაზე ორ შემთხვევაში შეიძლება საუბარი.

პირველ ყოვლისა, ეს არის „ხელშეკრულების თავისუფლების“ პრინციპის ნორმატიული შინაარსი (სამოქალაქო კოდექსის მე-2 მუხლის 1-ელი პარაგრაფი, 380-ე მუხლი). ამ პრინციპის ზოგიერთ ასპექტს ქვემოთ, ცალკე, განვიხილავთ სახელშეკრულებო თავისუფლების შეზღუდვის კონტექსტში.

მეორე მხარეების მიერ სახელშეკრულებო ურთიერთობების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევანა. ტრადიციულად, ამ საკითხებს საერთაშორისო კერძო სამართალი არეგულირებს (სამოქალაქო კოდექსის 1112-ე მუხლი). ყაზახეთში ყველაზე ცნობილი ნაშრომები ამ თემაზე ეკუთვნის მ.კ. სულეიმანოვს³³.

თუმცა, ჩვენი აზრით, ნების ავტონომიის ამგვარი გაგება ფრაგმენტული იქნება და არ გვაძლევს სრულ წარმოდგენას ამ მოვლენის ყველა ასპექტზე ყაზახეთის სამოქალაქო კანონმდებლობაში. სტატიის პირველი ნაწილი ეძღვნება ნების ავტონომიის, როგორც სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი პრინციპის, განხილვას, ძირითად თეორიულ დოგმებს და კოდექსის შესაბამისი წესების გამოყენების ცალკეულ ასპექტს.

შემდეგ ჩვენ ვისაუბრებთ ნების ავტონომიის შემზღუდველ ძირითად დებულებებზე, რომლებიც ყაზახეთის სამოქალაქო კანონმდებლობის ნორმებშია დაფიქსირებული. შევეხებით ასევე ნების ავტონომიის კიდევ ერთ ასპექტს, რომელიც ვლინდება საზოგადოებრივ წესრიგთან წინააღმდეგობის საფუძველზე არბიტრაჟის გადანყვეტილებების გაუქმებაში. ამგვარ პრაქტიკას განვიხილავთ კერძო პირების დისკრეციის ბოროტად გამოყენების პრიზმაში.

ნების ავტონომიის, როგორც ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი პრინციპის, განხილვა

პირველ ყოვლისა, ყურადღება გავამახვილოთ ნების ავტონომიის წესებზე ევროპის კერძო სამართლის პრინციპების, განსაზღვრებების და სამოძღვლო წესების საერთო საცნობარო სისტე-

* ს. ვ. სკრიაბინი – იურიდულ მეცნიერებათა კანდიდატი, კასპიის საზოგადოებრივი უნივერსიტეტის კერძო სამართლის წამყვანი მეცნიერ-თანამშრომელი, ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობის ინსტიტუტის მთავარი მეცნიერ-თანამშრომელი

³¹ წინამდებარე სტატია მომზადდა ავტორის გამოსვლის საფუძველზე საერთაშორისო კონფერენციაზე „ნების ავტონომია, როგორც სამოქალაქო სამართლის ფუნდამენტური პრინციპი“, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, მაქს პლანკის სახელობის საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტი (ჰამბურგი, გერმანია), 2018 წლის 1-2 ნოემბერი, თბილისი, საქართველო.

³² თუ ტექსტში სხვაგვარად არ არის მითითებული, აქ და ქვემოთ ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობა ციტირებულია *Параграф-ის* საინფორმაციო სისტემის შესაბამისად, 15.11.2018-ის მდგომარეობით.

³³ იხ., მაგ., Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях / М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. – 496 с. С. 212.

მის პროექტში-DCFR³⁴, (შემდგომში „სამოდელო წესები“), რომელშიც ამის შესახებ სპეციალური მუხლი არსებობს.

„II.-1:102: მხარეთა ნების ავტონომია

გამოსაყენებელი იმპერატიული ნორმების გათვალისწინებით, მხარეები თავისუფალი არიან ხელშეკრულების დადებასა ან სხვა იურიდიული აქტის განხორციელებასა და მისი შინაარსის განსაზღვრაში.

მხარეებს აქვთ უფლება, მთლიანად ან ნაწილობრივ გამორიცხონ ნებისმიერი ქვემოთ ჩამოთვლილი წესის გამოყენება, რომელიც ეხება ხელშეკრულებებს ან სხვა იურიდიულ აქტებს ან მათგან გამომდინარე უფლებებს და ვალდებულებებს, ასევე გამორიცხონ ან შეცვალონ მათი მოქმედება, თუკი სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული.

ის დებულება, რომ მხარეებს არ შეუძლიათ წესების მოქმედების გამორიცხვა ან შეცვლა, არ ართმევს მხარეებს უფლებას, უარი თქვან უფლებაზე, რომელიც უკვე წარმოიქმნა და რომლის შესახებაც მხარეებისთვის ცნობილია“.

სამოდელო წესების სხვა ნაწილში არის სპეციალური დებულება მხარეთა ნების ავტონომიის სხვა ნორმებთან მიმართების თაობაზე (იხ.მაგ.VIII.-5:101).

ნების ავტონომიის შესახებ ზემოთ მოყვანილ წესებთან დაკავშირებით ოთხი მნიშვნელოვანი მომენტი უნდა აღვნიშნოთ: (ა) იმპერატიული ნორმების გათვალისწინების აუცილებლობა; (ბ) მხარეების თავისუფლება ხელშეკრულების დადებისას ან (გ) სხვა იურიდიული აქტის განხორციელებისას და (დ) მისი შინაარსის განსაზღვრისას.

ჩვენი აზრით, ყველაზე მნიშვნელოვანია ნების ავტონომიის გავრცელება არა მარტო სახელშეკრულებო ურთიერთობებზე, არამედ სხვა იურიდიულ აქტებზედაც. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ნების ავტონომია მხოლოდ გარიგებებით და ხელშეკრულებებით არ შემოიფარგლება. ის უფრო ფართოდ უნდა იქნეს გაგებული და მოიცავს სამოქალაქო სამართალურთიერთობების მონაწილეთა ნებისმიერ ქმედებას, რომელსაც იურიდიული შედეგები მოჰყვება.³⁵

პ. ვარული, სამოდელო წესების ერთ-ერთი ავტორი, ნების ავტონომიას განიხილავს დისპოზიციურობის პრინციპის პრიზმაში: „მისი მიხედვით, მხარეებმა კონკრეტულ სიტუაციაში შეიძლება განსხვავებულად მოილაპარაკონ, ვიდრე კანონშია დადგენილი. ამ პრინციპით გამოიხატება ხელშეკრულების თავისუფლება, რომელიც საბაზრო ეკონომიკის მოქმედების ერთ-ერთ არსებით წინაპირობას წარმოადგენს. მხარეების შესაძლებლობა, რომ ხელშეკრულებაში კანონით დადგენილ წესს გადაუხვიონ, იმ შემთხვევაშია შეზღუდული, თუ შესაბამისი აკრძალვა კანონშია გათვალისწინებული ან გამოყენებული ნორმის არსიდან გამომდინარეობს“.³⁶

ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსში ნების ავტონომია პირდაპირ მოხსენიებული არ არის³⁷, მაგრამ მასში შეტანილია რამდენიმე ნორმა, რომლებიც თავის შინაარსით თითქმის არ განსხვავდება ზემოთ მოყვანილისგან.

სამოქალაქო კოდექსის ზოგად დებულებებში არის ორი სპეციალური წესი, რომლებიც შეიცავს ნებისმიერი სამოქალაქო სამართალურთიერთობებისთვის უმნიშვნელოვანეს დებულებებს:

ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-2 მუხლის მე-2 პარაგრაფი (ძირითადი საწყისები (პრინციპები)):

„2. მოქალაქეები და იურიდიული პირები იძენენ და ახორციელებენ თავიანთ სამოქალაქო უფლებებს და, თუ საკანონმდებლო აქტებით სხვა რამე არ არის დადგენილი, უარს ამბო-

³⁴ აქ და შემდგომში ამ დოკუმენტზე მითითება ეფუძნება გამოცემას: *Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. – М.: Статут, 2013. – 989 с.*

³⁵ *ო.ა. კრასავჩიკოვის* აზრით, იურიდიული აქტი არის პირის მართლზომიერი ქმედება, რომელიც მიმართულია კონკრეტული სამართალურთიერთობების მოძრაობისკენ. იხ. *Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. В кн.: Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т 2. – М.: Статут, 2005. С. 169.*

³⁶ *Варул П. Принципы и модельные правила современного частного права // Закон. 2014. № 6. С. 59.*

³⁷ რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსისგან (მე-2 მუხლის 1-ელი პარაგრაფი) და დსთ-ის მოდელო სამოქალაქო კოდექსისგან (1-ელი მუხლის 1-ელი პარაგრაფი) განსხვავებით. ზოგიერთი ცივილისტი რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსში მოხსენიებულ ნების ავტონომიას განიხილავს სამოქალაქო სამართლის მეთოდის შემადგენელ ნაწილად და არა მის პრინციპად. იხ., მაგ., *Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М.: Статут, 2006. – 269 с. С. 76.*

ბენ უფლებებზე საკუთარი ნებით და საკუთარ ინტერესებში. ისინი თავისუფალი არიან თავისი უფლებებისა და მოვალეობების დადგენაში ხელშეკრულების საფუძველზე და ხელშეკრულების ნებისმიერი პირობების განსაზღვრაში, თუ ისინი არ ეწინააღმდეგება კანონმდებლობას“ (გამოყოფილია ჩემ მიერ).

ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლის 1-ელი პარაგრაფი:

„1. მოქალაქეები და იურიდიული პირები საკუთარი შეხედულებისამებრ განკარგავენ თავიანთ სამოქალაქო უფლებებს, მათ შორის მათი დაცვის უფლებას“ (გამოყოფილია ჩემ მიერ).

ამ ნორმებს ჩვენ განვიხილავთ, როგორც სამოქალაქო კოდექსის კონცეპტუალურ საწყისს—სამოქალაქო სამართალური თვითობების მონაწილეთა დისკრეცია, რომელიც საფუძველად ედება სამოქალაქო უფლებების შექმნას, განხორციელებას და დაცვას, და მათ მიეკუთვნება ასევე უფლებაზე უარის თქმა ან მისი განუხორციელებლობა. ამ დებულებების კონცეპტუალურობა შესაძლოა, ჯერ არ არის სავსებით გააზრებული და ასახული ყაზახეთის იურიდიულ მეცნიერებასა და პრაქტიკაში. მეტიც, შეიძლება ვისაუბროთ მდგრად ტენდენციაზე ყაზახეთში. ეს არის საჯარო სამართლის მეთოდების გამოყენება კერძო სამართალური თვითობების რეგულირებისთვის, რაც იწვევს კერძო სამართლის პოტენციალის მნიშვნელოვნად შემცირებას. ეს ეხება მხარეთა დისკრეციის შეზღუდვას სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა მიერ ქონებრივი ურთიერთობების დამყარების დარეგულირების დროს. ამგვარი შეზღუდვების ზოგიერთ ასპექტს ქვემოთ უფრო დანვრისებით განვიხილავთ.

პირის დისკრეციას (მოქმედების თავისუფლება) ადგილი აქვს (ა) სამოქალაქო უფლებების განხორციელებისას და (ბ) გარიგებების დადებისას (განკარგვის ქმედებები).

ნაწილობრივ ის ეხება სამოქალაქო მოვალეობების (ვალდებულებების) განხორციელებას (შესრულებას), მაგალითად, ალტერნატიული ვალდებულებების შესრულებისას (სამოქალაქო კოდექსის 285-ე მუხლი), ვალდებულებათა ნოვაციით შეწყვეტისას (სამოქალაქო კოდექსის 372-ე მუხლი). ეს უკანასკნელი და მათი მსგავსი შემთხვევები, რა თქმა უნდა, გამონაკლისს წარმოადგენს, მაგრამ ისინი შესაძლებელია და არ უნდა დარჩეს მკვლევრების და სამართალდამცველების ყურადღების მიღმა.¹

გარდა ამისა, პირის დისკრეცია გვხვდება მთელი რიგი იმ მოქმედებების (ნებლობითი აქტების) განხორციელებისას, რომლებსაც კოდექსში უკავშირდება სამოქალაქო უფლებების და მოვალეობების წარმოქმნა, ცვლილება და შეწყვეტა. ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის მე-2 მუხლის (4), (5) და (7) ქვეპუნქტების შესაბამისად, ამ აქტების რიცხვს მიეკუთვნება: 1) ქონების შექმნა, განადგურება, შექმნა ან გასხვისება იმ საფუძველზე, რომელიც არ იკრძალება ყაზახეთის რესპუბლიკის საკანონმდებლო აქტებით, ასევე საკუთრების უფლებაზე უარის თქმა; 2) გამოგონებების, სამრეწველო ნიმუშების, სამეცნიერო ნაშრომების, ლიტერატურული ნაწარმოებების, ხელოვნების ნიმუშების და ინტელექტუალური საქმიანობის სხვა შედეგების შექმნა; 3) მოქალაქეების და იურიდიული პირების სხვა ტიპის მოქმედებების შედეგები.

აშკარაა, რომ ამ შემთხვევებში საუბარია იურიდიულ აქტებზე, რომლებიც ზემოთ აღვნიშნეთ ნების ავტონომიის მოდელური წესების კონტექსტში.

ამის დასტურად საკმარისია, მოვიყვანოთ გავრცელებული ტერმინი—„იურიდიული აქტები“, რომელიც სამართლის თეორიაში გამოიყენება. „იურიდიულ აქტებში იგულისხმება სამართლის სუბიექტების მოქმედების იურიდიულად განსაზღვრული ფორმები..., რომლებიც გარკვეული სამართლებრივი შედეგების მიღწევისკენ არის მიმართული“².

აქედან გამომდინარე, ყველანაირი საფუძველი გვაქვს, რომ დისკრეციის შესახებ კოდექსის დებულებები გავრცელდეს არა მარტო ხელშეკრულებებსა და გარიგებებზე, არამედ სამოქალაქო სამართალური თვითობების მონაწილეთა სხვა მართლზომიერ ქმედებებზედაც.

¹ ერთ-ერთი ასეთი ასპექტის შესახებ იხილეთ: Орешин Е.И., Суспицына И.И. Принцип содействия сторон в исполнении обязательства: советский анахронизм или эффективный правовой инструмент? / Закон. 2012. № 10. С. 129-136.

² Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов. — М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА•М, 1999. — 552 с. С. 506.

დისკრეციის კიდევ ერთ ასპექტს წარმოადგენს ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში დისპოზიციური და იმპერატიული ნორმების შეფარდება. ითვლება, რომ კოდექსში დისპოზიციური ნორმების არსებობა მეტ დისკრეციას (მოქმედების თავისუფლებას) ანიჭებს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეებს. სპეციალურ კვლევას საჭიროებს იმპერატიული და დისპოზიციური ნესების რაოდენობრივი შეფარდება ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში.³ ჩვენთვის მთავარი კითხვა სხვა რამეშია, კერძოდ, რა გავლენას ახდენს იმპერატიული და დისპოზიციური ნორმები ნების ავტონომიის (თავისუფალი დისკრეციის) პრინციპზე ?

მ.ი. ბრაგინსკის აზრით, „...ნების ავტონომიის შეზღუდვა ხელშეკრულების დადებისას სამ მიზნამდე შეიძლება დავიყვანოთ. საჯარო სანქსის შეტანის საჭიროება სახელშეკრულებო რეგულირებაში იმპერატიული ნორმების მიღების საშუალებით ჩნდება ხელშეკრულების სუსტი მხარის, მესამე მხარის (პირველ ყოვლისა, რეალური და პოტენციური კრედიტორების) დაცვის აუცილებლობისას, ასევე ქვეყანაში მოქმედი მართლწესრიგის და სხვა საზოგადოებრივი ღირებულების მქონე ფასეულობების დასაცავად.“⁴

ჩვენ ვეთანხმებით ამ თეზისს და აღვნიშნავთ კიდევ ერთ მომენტს: დისპოზიციური ნორმები სამართალური ერთობების მონაწილეებს თავიანთი ნების გამოხატვის და ქცევის საკუთარი ვარიანტის შეთავაზების საშუალებას აძლევს.

აღსანიშნავია, რომ ყაზახეთში ამგვარი სახელშეკრულებო პრაქტიკა თითქმის არ არსებობს. ჩვენი გამოცდილება გვიჩვენებს, რომ მხარეები უმეტესად აყალიბებენ ყველაზე ზოგად სახელშეკრულებო პირობებს და ყველაფერ დანარჩენში „ეთანხმებიან“ კანონმდებლის მიერ შეთავაზებულ ვარიანტებს.

იმპერატიული რეგულირება თავის მხრივ (ა) უალტერნატივო ვარიანტია სამოქალაქო სამართალური ერთობების მონაწილეებისთვის, მაგრამ (ბ) უფრო მკაფიოდ განსაზღვრავს დისკრეციის საზღვრებს (ლიმიტს), რომლის ფარგლებში მოქმედებისას პირი თავისუფალი რჩება.

ამგვარად, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში და მოდელურ ნესებში ნების ავტონომიის გამოხატვა თითქმის იდენტურია ფორმის (არსის) თვალსაზრისით. საკითხი მდგომარეობს შემდეგში: (1) შესაბამისი დანაწესის გამოყენება (პირველ ყოვლისა, სასამართლოების მიერ) და (2) სხვა კანონმდებლობა, რომელიც შემზღუდველ რეგულირებას ავითარებს. ქვემოთ სწორედ ამ მაგალითებს მოვიყვანოთ.

ნების ავტონომიის ძირითადი დებულებები ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კანონმდებლობის ნორმებში:

საკუთრებითი ურთიერთობები

ზემოაღნიშნული თემის კონტექსტში მოვიყვანოთ ორ თეზისს ნების ავტონომიის პრინციპის ზემოქმედების შესახებ საკუთრებითი ურთიერთობების რეგულირებაზე ყაზახეთის კანონმდებლობაში.

პირველ ყოვლისა, საკუთრების უფლების ლეგალური დეფინიცია. მას ორმაგი ხასიათი აქვს: (ა) ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 188-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფში საკუთრების სუბიექტური უფლების შინაარსი განსაზღვრულია უფლებათა ტრიადის საშუალებით: ქონების ფლობა, სარგებლობა და განკარგვა; (ბ) იმავე მუხლის მე-3 პარაგრაფში მესაკუთრეს ეძლევა

³ ს.ი. კლიმკინი თვლის, რომ ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსში იმპერატიული ნორმა მეტია, ვიდრე დისპოზიციური. ავტორი ასკვნის, რომ „... სახელშეკრულებო სამართალი, რომელშიც სრული მოცულობით უნდა „იმუშაოს“ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპმა, 90%-ით იმპერატიული ნორმებისგან შედგება. რაღა უნდა ვთქვათ ვადების რეგულირებაზე სამოქალაქო სამართალში, წარმომადგენლობაზე, არასახელშეკრულებო ვალდებულებებზე, საპატენტო და მემკვიდრეობით სამართალზე!“. იხ. Климкин С.И. Гражданское право и цифры-2 // URL: <https://www.zakon.kz/4943638-grazhdanskoe-pravo-i-tsifry-2-klimkin-s.html> (дата обращения: 29.10.2018).

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. — М.: Статут, 2011. — 847 с. С. 92.

უფლება, თავისი ქონების მიმართ *ნებისმიერი* ქმედება განახორციელოს, მაგრამ დადგენილია მესაკუთრის მიერ მისი ამ უფლების გამოყენების საზღვრები სამართლის სხვა სუბიექტების კანონით დაცული უფლებებისა და ინტერესების სახით (სამოქალაქო კოდექსის 188-ე მუხლის მე-4 მუხლი). მნიშვნელოვანია, რომ კანონმდებლები საკუთრების უფლების განსაზღვრისას იყენებენ ტერმინს – „უფლება“ და არა – „უფლებამოსილება“. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საკუთრების უფლება განიხილება, როგორც უფლებათა ერთგვარი კონა.

საკუთრების უფლების ლეგალური დეფინიციის მიხედვით, შეგვიძლია, დავასკვნათ, რომ ფორმალურად მესაკუთრემ საკუთრების უფლების განხორციელებასთან დაკავშირებული ყველა ქმედება უნდა შეუფარდოს ან ფლობას, ან სარგებლობას ან განკარგვას. ფაქტობრივად, ეს არის არასაჭირო შემზღუდველი გაგება, რომელიც საბჭოთა წარსულში არსებულ ტრადიციულ წარმოდგენებს ეფუძნება. დასკვნის სახით, შეგვიძლია შემდეგი თეზისი ჩამოვყალიბოთ: თუ საკუთრების სუბიექტური უფლების განხორციელება არ არღვევს სხვა პირების კანონით დაცულ უფლებებს და არ ეწინააღმდეგება კანონის იმპერატიულ ნორმებს, მესაკუთრეს აქვს ამ ქმედებების უფლება. ამგვარი დარღვევების ფაქტი საგანგებო წესით უნდა იქნეს დადგენილი. ყველა სხვა შემთხვევაში, მესაკუთრის ქმედებები მართლზომიერად ჩაითვლება და მას აქვს ამის უფლება.

მეორე, საკუთრების შემზღუდველი რეგულირება. ამგვარი სიტუაციებისთვის აქტუალურია რ. იერინგის თეზისი, რომ „ამგვარი შემზღუდველების დანესება... ხშირად მოიცავს ამა თუ იმ არსებითად მუდმივ დატვირთვას საკუთრების უფლებაზე, მის შეზღუდვას. კერძო ავტონომიის შეუზღუდაობა ამ მიმართულებით მოიცავს უმნიშვნელოვანეს საშიშროებას საკუთრებისთვის და მისი ჭეშმარიტი თავისუფლების განადგურების შესაძლებლობას.“⁵

აქედან გამომდინარე, საკუთრების უფლების შეზღუდვის საკითხებში გარკვეული ზომიერებაა საჭირო. მსგავსი შეზღუდვები დამოკიდებულია ნივთის სამართლებრივ რეჟიმზე; (ბ) პოზიტიური სამართლის აკრძალვებზე საკუთრების უფლების რეალიზაციის ამა თუ იმ მეთოდებზე, რომლებიც განპირობებულია საზოგადოებრივი ინტერესებით და/ან საერთო კეთილდღეობით, ასევე (გ) ერთსა და იმავე ნივთზე სხვა პირების უფლებით⁶, მაგრამ საკუთრების უფლების ამგვარი გაგების შემთხვევაშიც კი, ეს არის კანონმდებლობით დაშვებული ყველაზე სრული უფლება ნივთზე. კანონმდებლებს, ისევე, როგორც სამართალდამცველებს, ეს ყოველთვის უნდა ახსოვდეთ.

სახელშეკრულებო ურთერთობები

ნების ავტონომიის პრინციპის რეალიზაცია სახელშეკრულებო ურთერთობებში ასევე ორი თეზისის მაგალითზე შეგვიძლია განვიხილოთ:

პირველ ყოვლისა, „ხელშეკრულების თავისუფლების“ პრინციპის ლეგალური შინაარსი.

ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის 380-ე მუხლში იმავე სახელწოდებით ეს ორი ასპექტითაა წარმოდგენილი: (1) ხელშეკრულების დადების თავისუფლება. ხელშეკრულების დადების ძალდატანება დაუშვებელია. გამონაკლისს წარმოადგენს მხოლოდ ის შემთხვევები, როდესაც ხელშეკრულების დადების მოვალეობა გათვალისწინებულია კოდექსში, საკანონმდებლო აქტებში ან ნებაყოფლობით აღებული ვალდებულებით; (2) მხარეებს შეუძლიათ, დადონ როგორც კანონმდებლობით გათვალისწინებული, ისე მასში გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულება.

ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის შინაარსი არასრული იქნება, თუ, იმავდროულად, არ გავითვალისწინებთ კოდექსის დებულებებს შერეული ხელშეკრულებების შესახებ (სამოქალაქო კოდექსის 381-ე მუხლი), მის პირობებს, განსაკუთრებით დისპოზიციურ ნორმებსა და მხარეების დისკრეციაზე მათი განსაზღვრისას (სამოქალაქო კოდექსის 382-ე მუხლი), სამოქალაქო კანონმდებლობის იმპერატიულ ნორმებს (სამოქალაქო კოდექსის 383-ე მუხლი).

შედეგად შეიძლება დავასკვნათ, რომ კოდექსში არის აუცილებელი ნორმატიული წინაპირობები სახელშეკრულებო თავისუფლების სწორი გაგებისა და რეალიზაციისთვის. ეს განხილუ-

⁵ Geist des römischen Rechts. Bd. II. Th. I. (1894). S. 227 და შემდგ., ციტირებულია: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. 5-е изд., стереот. – М.: Статут, 2009. – 351 с. С. 209.

⁶ საკუთრების უფლების შეზღუდვების შესახებ უფრო დეტალურად იხ.: *Скрябин С.В.* Вещное право: Учебное пособие. – Алматы: Научно-издательский центр КГУ, 2009. – 292 с. С. 160-190.

ლი მოვლენის დადებითი მხარეა, რადგან ზემოთ ციტირებული დებულებები გვიჩვენებს იმ შესაძლებლობებს, რომლებსაც უზრუნველყოფს კოდექსის ნორმები სამოქალაქო ბრუნვის სუბიექტების სახელშეკრულებო თავისუფლების შესახებ. სახელშეკრულებო სამართალურთიერთობების მონაწილეებს და სამართალდამცველებს ყოველთვის უნდა ახსოვდეთ ეს.

მეორე, სახელშეკრულებო თავისუფლების შეზღუდვის საშუალებები.

ამგვარი მეთოდები უაღრესად საჭიროა იმ შემთხვევაში, როდესაც ადგილი აქვს სახელშეკრულებო ურთიერთობების მონაწილეთა ფაქტობრივ უთანასწორობას, მაგალითად, მსხვილი კომპანია და მცირე ბიზნესი, გამყიდველი და მომხმარებელი, ბანკი და მოვალე (მენაბრე), მონოპოლისტი და მისი საქონლის, სამუშაოების ან მომსახურების მომხმარებელი. ამგვარ სიტუაციებში, ერთ მხარეს შეუძლია შეზღუდოს ან გაანულოს თავისი უფრო „სუსტი“ კონტრაქტის თავისუფლება.

სახელშეკრულებო თავისუფლების შეზღუდვის სამი ძირითადი მეთოდი ფაქტობრივი უთანასწორობის გამოსწორებას ემსახურება. ეს მეთოდებია:

ა) კოდექსში ე.წ. ზოგადი დათქმების არსებობა. მათ რიცხვს მიეკუთვნება სამოქალაქო უფლებების კეთილსინდისიერად, გონივრულად და სამართლიანად განხორციელების აუცილებლობის შესახებ წესები, კანონმდებლობის მოთხოვნათა შესრულების, საზოგადოების ზნეობრივი პრინციპების, ხოლო მენარმეებისთვის -საქმიანი ეთიკის წესების დაცვის აუცილებლობა (ყაზახეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლის მე-4 პარაგრაფი).

ამ შემთხვევაში, სახელშეკრულებო თავისუფლების შეზღუდვა ხდება სასამართლოს მიერ, რომელიც საქმის ვითარებიდან გამომდინარე, თავისი გადაწყვეტილებით უარს ამბობს სუბიექტური უფლების დაცვაზე იმ შემთხვევაში, თუ ერთ-ერთი მხარე მეორეს მიმართ მოქმედებდა უსამართლოდ, ამორალურად ან სხვა ანალოგიური სახით. ყაზახეთის სასამართლო პრაქტიკაში გვხვდება მსგავსი კაზუსები. ისინი მცირე რიცხოვანია და ყოველთვის არ არის სათანადოდ დასაბუთებული.

ქონების ყიდვა საშუალო საბაზრო ფასზე ბევრად დაბალ ფასად შეიძლება მცდარად იქნეს გაგებული. ზოგიერთ შემთხვევაში, ეს შეიძლება გაგებულ იქნეს, როგორც სამოქალაქო უფლების უსამართლო და ამორალური განხორციელება, სხვა შემთხვევაში კი - როგორც ჩვეულებრივი მენარმეობა. ყაზახეთის პირობებში, სასამართლოს მოქმედების ამგვარ თავისუფლებას შეიძლება უაღრესად არასასურველი შედეგები მოჰყვეს სასამართლო სისტემის არასრულყოფილების, გამოუცდელიობის და სასამართლოს მკაფიოდ ჩამოყალიბებული პოზიციის ფორმირების ტრადიციის არარსებობის გამო. შესაბამისად, ამ ვარიანტის შესაძლო რეალიზაცია მხოლოდ შორეულ პერსპექტივაში გვესახება.

ბ) კანონმდებლობაში იმპერატიული წესების დაფიქსირება ხელშეკრულებების გარკვეული ტიპის პირობებთან დაკავშირებით

ყაზახეთში ეს ხდება გარკვეული ტიპის ხელშეკრულებებისთვის არსებითი ხასიათის პირობების დადგენის საშუალებით, მაგალითად, სპეციალური სუბიექტების მონაწილეობით. ხელშეკრულებების ამგვარი პირობების ფორმულირება ხდება უფლებამოსილი ორგანოების სამართლებრივი პოლიტიკის და მიმდინარე სიტუაციაზე მათი ხედვის ფარგლებში.

მაგალითისთვის მოვიყვანთ სამოქალაქო კოდექსის ერთ-ერთ ბოლო ცვლილებას, კერძოდ, მის დამატებას 725-1 მუხლის სახით: „მოვალე ფიზიკურ პირთან დადებული სასესხო ხელშეკრულების თავისებურებები“⁷.

ამ მუხლის 1-ლი პარაგრაფის შესაბამისად, სასესხო ხელშეკრულების ამ ტიპს ცხრა არსებითი პირობა აქვს.⁸ კანონის სახელიდან გამომდინარე, შეიძლება ვიფიქროთ, რომ საუბარია

⁷ იხ. ყაზახეთის რესპუბლიკის 2018 წლის 2 ივლისის № 168-VI კანონის „ცვლილებების და დამატებების შეტანის შესახებ ყაზახეთის რესპუბლიკის ზოგიერთ საკანონმდებლო აქტში სავალუტო რეგულირების და სავალუტო კონტროლის, საფინანსო ორგანიზაციების საქმიანობის რისკ-ორიენტირებული ზედამხედველობის, საფინანსო მომსახურების, მომხმარებელთა დაცვის და ყაზახეთის რესპუბლიკის ეროვნული ბანკის საქმიანობის სრულყოფის შესახებ“ 1-ელი მუხლის მე-2 პარაგრაფის მე-3 ქვეპარაგრაფი.

⁸ ამ პირობების 725-1 მუხლის ტექსტში „თავისებურებები“ ეწოდება. ამგვარ მეთოდს შეიძლება ვუწოდოთ კანონის იურიდიული ტექნიკის ნაკლოვანება. ამ მუხლის მე-2 პარაგრაფის წესები იმ სასესხო ხელშეკრულების ბათილობის შესახებ, რომელიც არ შეესაბამება ამ მუხლის 1-ელი პარაგრაფის პირობებს, ყოველგვარ ეჭვს ფანტავს გამოტანილი დასკვნის მიმართ (იხ. სამოქალაქო კოდექსის 393-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი, 382-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი, 383-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი).

სუსტი მხარის, ანუ მოვალე ფიზიკური პირის, დაცვაზე, მაგრამ გაურკვეველია ვის წინააღმდეგ არის ეს დაცვა. სამოქალაქო კოდექსის 725-1 მუხლის მე-5 პარაგრაფი შეიცავს მითითებას სამოქალაქო კოდექსის 718-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფზე, სადაც აღნიშნულია კრედიტორები სასესხო ხელშეკრულებების ფარგლებში, რომლებზედაც არ ვრცელდება ახალი მუხლი. ესენია ბანკები, ზოგიერთი საბანკო ოპერაციის განმახორციელებელი ორგანიზაციები, მიკროსაფინანსო ორგანიზაციები და საკრედიტო ამხანაგობები. შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ დაცვა მიმართულია სხვა პირების წინააღმდეგ, მათ შორის, ჩვეულებრივი მოქალაქე კრედიტორების წინააღმდეგ. ამგვარი დაცვის მიზანშეწონილობის შესახებ კითხვა რიტორიკული იქნება და ჩვენ მას ყურადღების და შეფასების გარეშე დავტოვებთ.

პარადოქსი ისაა, რომ სწორედ 718-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფში მითითებული პირები ხშირად ბოროტად იყენებენ თავიანთ მდგომარეობას. ჩვენთან ჯერ კიდევ შეუძლებელია ბანკთან სასესხო ხელშეკრულების გაფორმება რაიმე სხვა ფორმით, ბანკის მიერ შემოთავაზებული ფორმის გარდა. ან ხელი უნდა მოაწერო, რასაც გთავაზობენ, ან სესხს ვერ მიიღებ. ამასთან, მიერთების ხელშეკრულების შეწყვეტის უფლება, რომელიც სამოქალაქო კოდექსის 389-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფშია გათვალისწინებული, სათანადო ინტერესს არ იწვევს. სასესხო სახსრების საჭიროება არ გაქრება. მსესხებლის ინტერესი კი, ჩვენი აზრით, სხვა რამაა: *სასამართლოს მიერ იმ ხელშეკრულებების პირობების გამოუყენებლობა*, რომლებიც (ა) არ შეესაბამება საერთო მოთხოვნებს სამოქალაქო უფლებების განხორციელების მიმართ (იხ. ზემოთ) და (ბ) არღვევს (არ შეესაბამება) სესხის სტანდარტულ პირობებს, რომელიც დამტკიცებულია უფლებამოსილი სახელმწიფო ორგანოს მიერ.⁹ ფაქტობრივად, ჩვენ ვუბრუნდებით ხელშეკრულების ერთი მხარის მოქმედების თავისუფლების შეზღუდვის პირველ ვარიანტს, რომელიც ზემოთ იქნა განხილული.

საეჭვოა, რომ შემოთავაზებული საკანონმდებლო გადაწყვეტილებები ხელს უწყობდეს სახელშეკრულებო თავისუფლებას. ამას ემატება კანონმდებლობის არასტაბილურობა, ნორმატიული დანაწესების ხშირი ცვლილება, რომელთა პრაქტიკაში გამოყენება „ვერ ესწრება“¹⁰. ამიტომ სახელშეკრულებო ურთიერთობებში ნების ავტონომიის შეზღუდვის ეს ვარიანტიც არამიზანშეწონილად მიგვაჩნია.

გ) ცალკე კანონის (ან სამოქალაქო კოდექსის გარკვეული ნაწილების დამატებების) შემუშავება ხელშეკრულებების (გარიგებების) ზოგადი დებულებების შესახებ

ამ მიზნით, შეგვიძლია გერმანიის მაგალითის გამოყენება.¹¹

ამ კანონის კომენტარებისას რ. იკარიმულინმა აღნიშნა, რომ მისი მიღების აუცილებლობა განპირობებულია იმით, რომ „...ის წარმოადგენს არსებული სასამართლო პრაქტიკის განზოგადების შედეგს... გერმანიის გამოცდილება ლოკალური კანონშემოქმედების რეგულირებაში გვიჩვენებს, რომ სამოქალაქო სამართლის ზოგადი პრინციპები, როგორცაა მხარეების თანასწორობა და ხელშეკრულების თავისუფლება, ყოველთვის ვერ უზრუნველყოფს მატერიალური სიკეთის სამართლიან განაწილებას საბაზრო პირობებში დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე.“¹²

⁹ ანალოგიური სიტუაცია იქმნება სახელშეკრულებო ურთიერთობების ზოგიერთ სხვა სფეროში, მაგ., დაზღვევა, ლიზინგი, სახელმწიფოს და კერძო სექტორის პარტნიორობა, სახელმწიფო შესყიდვები და სხვა. იქაც არსებობს იმპერატიული ხასიათის არსებითი პირობების საკმაოდ გრძელი ჩამონათვალი.

¹⁰ მაგალითად, ს.ი. კლიმკინი ამბობს, რომ „2018 წლის 28 ოქტომბრის მდგომარეობით, ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში (ზოგად და სპეციალურ ნაწილში) შეტანილ იქნა ცვლილებები 171 საკანონმდებლო აქტით (კონსტიტუციური კანონი, პრეზიდენტის კანონები და დადგენილებები, რომელსაც კანონის ძალა აქვს). იხ. Климкин С.И. Гражданское право и цифры-2 // URL: <https://www.zakon.kz/4943638-grazhdanskoe-pravo-i-tsifry-2-klimkin-s.html> (дата обращения: 29.10.2018).

¹¹ იხ. 1976 წლის 9 დეკემბრის გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის კანონი 1997 წლის 17 დეკემბრის მდგომარეობით, ნიგნში: Германское право. Часть III. Закон об общих условиях сделок. Закон об ответственности за недоброкачественную продукцию. Закон о праве собственности на жилье. Закон о чеках. Закон о векселях. Положение о несостоятельности: Пер. с нем / Исследовательский центр частного права. Германский фонд международного правового сотрудничества; Научн. ред. Р.И. Каримуллин. - М.: «Статут», 1999. С. 41-52.

¹² Каримуллин Р.И. Закон об общих условиях сделок в практике его применения // Германское право. Часть III. Закон об общих условиях сделок. Закон об ответственности за недоброкачественную продукцию. Закон о праве собственности на жилье. Закон о чеках. Закон о векселях. Положение о несостоятельности: Пер. с нем / Исследовательский центр частного права. Германский фонд международного правового сотрудничества; Научн. ред. Р.И. Каримуллин. - М.: «Статут», 1999. С. 33.

ყაზახეთის კანონმდებლობის არასტაბილურობის გათვალისწინებით, ეს ვარიანტი ყველაზე მისაღებად მიგვაჩნია. კანონმდებლები ჩამოაყალიბებენ ხელშეკრულებების დადება-განხორციელების დროს კეთილსინდისიერი ქცევის საერთო სტანდარტებს, რაც თავიდან აგვაცილებს (ან მნიშვნელოვნად შეამცირებს) ხელშეკრულების თავისუფლებისა და სამეწარმეო საქმიანობის ნეგატიურ შეზღუდვას, რომელიც დაკავშირებულია ერთი მონაწილისთვის გაუმართლებელი უპირატესობების მინიჭებასთან სხვებთან შედარებით.

სახელშეკრულებო თავისუფლების ბოროტად გამოყენება ყაზახეთის რესპუბლიკის სამართლებრივი მიერ არბიტრაჟის გადაწყვეტილებების გაუქმებისას საზოგადოებრივი წესრიგის შესახებ წესების გამოყენების მაგალითზე

საბოლოოდ გვინდა, სხვა ტიპის მაგალითებიც მოვიყვანოთ. ისინი შეიძლება მივაკუთვნოთ სამართალგამოყენებითი განმარტების შემთხვევებს სახელშეკრულებო სამართალურ თითქმის მონაწილეთა დისკრეციის კიდევ ერთი ასპექტის ფარგლებში - *ნების გამოხატვის შედეგებით შებოჭილობა*.

საუბარია არბიტრაჟის, საარბიტრაჟო შეთანხმებების და მათი განხორციელების შესახებ.

არბიტრაჟის არსებობა და ფუნქციონირება ეფუძნება სახელშეკრულებო ურთიერთობების მონაწილეთა ნების ავტონომიას და ხელშეკრულების თავისუფლებას.

საარბიტრაჟო პროცესისთვის ნების ავტონომიას გარკვეულწილად განსხვავებული ინტერპრეტაცია აქვს: (1) მხარეები თავისუფალი არიან საარბიტრაჟო შეთანხმების (დათქმების) გაფორმებაში; (2) მხარეები თავისუფალი არიან საარბიტრაჟო ინსტიტუტის და არბიტრების არჩევაში; (3) მხარეები შებოჭილი არიან თავიანთი არჩევანით და არბიტრაჟის შედეგად მიღებული გადაწყვეტილებით.

თავის დროზე ხელშეკრულების თავისუფლების ამ ასპექტზე ჩინებულად თქვა ყაზახეთის ცნობილმა ცივილისტმა, იუ. გ. ბასინმა: „ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპებში არ უნდა აგვერიოს ის შეზღუდვები, რომლებიც ხელშეკრულების მონაწილეებმა თვითონ დააკისრეს თავიანთ თავს ხელშეკრულებაში შესვლით. ამგვარი თვითშეზღუდვა სავალდებულო ხდება და მასზე ცალმხრივად უარის თქმა დაუშვებელია. ხელშეკრულების თავისუფლება, მაგრამ არა *ხელშეკრულების განთავისუფლება*“ (გამოყოფილია ჩემ მიერ).¹³

აღსანიშნავია, რომ ყაზახეთის რესპუბლიკის 2016 წლის 8 აპრილის №488-V „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის 52-ე მუხლი შეიცავს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების გაუქმების მიზეზების ამომწურავ ჩამონათვალს. ისინი შეიძლება ორ ჯგუფად დავყოთ: (1) არბიტრაჟის მიერ პროცესუალური (პროცედურული) ნორმების დარღვევა. მაგალითად, დავა არ ექვემდებარება არბიტრაჟს ან სცილდება არბიტრაჟის შეთანხმების ფარგლებს, რომელიმე მხარე არ იყო ინფორმირებული არბიტრის დანიშვნის ან საარბიტრაჟო განხილვის შესახებ, არბიტრაჟის შემადგენლობა ან პროცედურები არ შეესაბამებოდა მხარეთა შეთანხმებას (არბიტრაჟის კანონის 52-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფის 1-ელი პუნქტის (1)-(6) ქვეპუნქტები) და (2) არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ეწინააღმდეგება ყაზახეთის რესპუბლიკის საზოგადოებრივ წესრიგს (არბიტრაჟის კანონის 52-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფის 1-ელი პუნქტი). ეს უკანასკნელი, ფაქტობრივად, არის *გაუქმების ერთადერთი მატერიალური საფუძველი*.

ყაზახეთის კანონმდებლები მხოლოდ ორ შემთხვევაში საუბრობენ საზოგადოებრივი წესრიგის შესახებ: 1) არბიტრაჟის შესახებ კანონის ტექსტში (მე-2 მუხლის 1-ელი ქვეპუნქტი). ყაზახეთის რესპუბლიკის საზოგადოებრივი წესრიგი განისაზღვრება, როგორც ყაზახეთის რესპუბლიკის საკანონმდებლო აქტებში დაფიქსირებული მართლწესრიგის საფუძვლები და 2) სამოქალაქო კოდექსის 1090-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი შეიცავს წესს, რომ „უცხოეთის სამართალი არ გამოიყენება იმ შემთხვევებში, როდესაც მისი გამოყენება ეწინააღმდეგება ყაზახეთის რესპუბლიკის მართლწესრიგს საფუძვლებს (საზოგადოებრივ წესრიგს). ამ შემთხვევებში გამოიყენება ყაზახეთის რესპუბლიკის სამართალი“.

¹³ *Басин Ю.Г. Принципы гражданского законодательства Республики Казахстан // Гражданский Кодекс Республики Казахстан – толкование и комментирование. Общая часть. Выпуск 1. Алматы, 1996. С. 6.*

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, გაუქმების საფუძველად გამოიყენება ყველაზე განუსაზღვრელი, მაგრამ ერთადერთი შესაძლებელი ვარიანტი-არბიტრაჟის გადანყვეტილებით, ყაზახეთის რესპუბლიკის საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევა.¹⁴

მოვიყვანოთ არბიტრაჟის გადანყვეტილების გაუქმების ორ შემთხვევას.

პირველ შემთხვევაში, რომელმაც ფართო საზოგადოებრივი რეზონანსი გამოიწვია¹⁵, არბიტრაჟის გადანყვეტილება პირველი ინსტანციის სასამართლომ გააუქმა. შემდეგ ეს გადანყვეტილება ყაზახეთის უზენაესმა სასამართლომ შეცვალა. მეორე შემთხვევაში პირველი ინსტანციის სასამართლომ უარი თქვა არბიტრაჟის გადანყვეტილების გაუქმებაზე, ხოლო სასამართლოს მეორე ინსტანციამ კი გააუქმა.¹⁶ მეორე შემთხვევაში საბოლოო გადანყვეტილება ჯერ არ არის მიღებული.

ჩვენ აქ არ განვიხილავთ არც საზოგადოებრივ წესრიგს, როგორც არბიტრაჟის გადანყვეტილებების გაუქმების საფუძველს, და არც სასამართლო ინსტანციების მოტივებს და არგუმენტაციას. ამას შეგიძლიათ, ციტირებულ წყაროებში გაეცნოთ.

შემოვიფარგლებით მხოლოდ ძირითადი დასკვნებით, რომლებიც ყაზახეთის რესპუბლიკის სასამართლოების მიერ არბიტრაჟის გადანყვეტილებების გაუქმებას აძლევს *ხელშეკრულების (სა-არბიტრაჟო შეთანხმების) ერთ-ერთი მხარის მიერ სახელშეკრულებო თავისუფლების ბოროტად გამოყენების* კვალიფიკაციას.

სასამართლოს აქტები, რომლებიც აუქმებს არბიტრაჟის გადანყვეტილებებს, წარმოადგენს დავის არსებითად გადანყვეტის მაგალითს, რომელიც „საზოგადოებრივ წესრიგს“ არის ამოფარებული;

სასამართლოს მსგავსი აქტები აძლევს არაკეთილსინდისიერ პირებს საშუალებას, რომ თავიდან აიცილონ ის მოვალეობები, რომლებიც მათ ნებაყოფლობით იკისრეს დადებული ხელშეკრულების და საარბიტრაჟო განხილვის უფლების რეალიზაციის ფარგლებში;

საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების გასაჩივრების (გაუქმების) მცდელობა განხილულ უნდა იქნეს, როგორც *არაკეთილსინდისიერი ქცევა, რომლის მიზანია არბიტრაჟის გადანყვეტილებით მონაწილეზე დაკისრებული ვალდებულების შესრულებისთვის თავის არიდება*.

იმედი ვიქონიოთ, რომ საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების გაუქმების პრაქტიკას სათანადო სამართლებრივი შეფასება მიეცემა და ამ პოზიციას მკაფიოდ გამოხატავს ყაზახეთის უზენაესი სასამართლო, რადგან ყაზახეთის კანონმდებლობაში წარმოდგენილია ამგვარი დასკვნისთვის საჭირო ყველა ნორმატიული წინაპირობა.

დასკვნა

ერთი მხრივ, პირის ნების ავტონომია კერძო სამართლის ქვაკუთხედს წარმოადგენს. მისმა დაკარგვამ შეიძლება, სერიოზული დანაკარგები გამოიწვიოს და სერიოზულად შეზღუდოს კერძო პირების უფლებებისა და თავისუფლების განვითარება, რითაც სწორედ სამოქალაქო სამართალია ცნობილი.

¹⁴ საინტერესოა, ამ მხრივ, საერთაშორისო კერძო სამართლის სფეროში რუსეთის წამყვანი სპეციალისტის, ა.ვ. ასოსკოვის, ერთ-ერთი ბოლო პუბლიკაცია. მასში ავტორმა წარმოადგინა საინტერესო ალგორითმი, რომლის მიხედვით უნდა შეფასდეს, არსებობს თუ არა საფუძველი საზოგადოებრივი წესრიგის შესახებ შენიშვნის გამოყენებისთვის. ჩატარებული ანალიზის შედეგად მთელი რიგი მნიშვნელოვანი დასკვნები იქნა გამოტანილი. იხ. Асосков А.В. Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации // Журнал «Закон». № 9. 2018. С. 134-142.

¹⁵ იხ. 1) *Сулейменов М.К.* Как судья по своему разумению законы трактовала // URL: <http://www.zakon.kz/4804098-kak-sudja-po-svoemu-razumeniju-zakony.html> (дата обращения: 07.07.2016); 2) Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан // URL: <http://www.zakon.kz/4810408-otkrytoe-pismo-arbitrazhejj-v.html> (дата обращения: 20.08.2016); და 3) *Сулейменов М.К.* Судейский беспредел продолжается // URL: <http://www.zakon.kz/4814246-sudejskijj-bespredel-prodolzhaetsja.html> (дата обращения: 30.08.2016).

¹⁶ სიტუაციის განხილვა და სამართლებრივი ანალიზი იხ.: *Скрябин С.В.* Применение судами Республики Казахстан законодательства об отмене решений арбитражей. Или еще раз о публичном порядке... // URL: <https://www.zakon.kz/4943694-primenenie-sudami-respubliki-kazahstan.html> (дата обращения: 29.10.2018).

მეორე მხრივ, თავისუფლების უფრო ზუსტი განსაზღვრისთვის აუცილებელია შემზღუდველი რეგულირება. მნიშვნელოვანია, რომ ის საკმარისი იყოს და არ გამოიწვიოს ნების ავტონომიის დაკარგვა. ამ მიზნით, აუცილებელია არა მარტო სათანადო საკანონმდებლო რეგულირება, არამედ სამართლის მაღალ დონეზე განხორციელება, სამოქალაქო კანონმდებლობის იმ ძირითადი კონცეპტუალური დებულებების დოქტრინული გაშლა, რომლებიც ეხება უფლებამოსილ, ხოლო გარკვეულ სიტუაციებში ასევე ვალდებულ პირთა დისკრეციას. კანონმდებლობა შეიცავს მნიშვნელოვან წინაპირობებს კერძო ავტონომიის განვითარებისთვის. მნიშვნელოვანია მათი შენარჩუნება, განვითარება და მათი რაოდენობის გაზრდა.

Ограничения автономии воли в гражданском праве Казахстана: некоторые теоретические и практические вопросы¹⁷

Вводные положения.

Как известно, автономию воли в частном праве можно рассматривать в узком и широком значении. В Гражданском кодексе Республики Казахстан¹⁸ (далее – ГК РК, Кодекс) об узком значении автономии воли можно говорить в двух случаях.

Во-первых, нормативное содержание принципа «свобода договора» (п. 1 ст. 2, ст. 380 ГК РК). Некоторые аспекты этого принципа мы далее рассмотрим особо в контексте ограничения договорной свободы.

Во-вторых, выбор сторонами договорного правоотношения применимого права. Традиционно эти вопросы регулирует международное частное право (ст. 1112 ГК РК). В Казахстане наиболее известные работы по этим проблемам принадлежат М.К. Сулейменову¹⁹.

Однако, как мы полагаем, подобное понимание автономии воли будет фрагментарным, не дающим полного представления обо всех аспектах этого явления в гражданском законодательстве Казахстана. Поэтому первая часть статьи будет посвящена рассмотрению автономии воли как общего принципа гражданского права, основным теоретическим догмам и отдельным аспектам применения соответствующих правил Кодекса.

Далее мы изложим основные ограничительные положения автономии воли, закрепленных в нормах гражданского законодательства Республики Казахстан, затронем еще один аспект автономии воли, который проявляется в результате отмены решений арбитражей по мотивам противоречия публичному порядку. Подобную практику полагаем возможным именовать и рассматривать через призму злоупотреблений усмотрением частных лиц.

Общий обзор автономии воли как общего принципа гражданского права в законодательстве Республики Казахстан.

Первоначально обратим внимание на правила об автономии воли Модельных правил европейского частного права (DCFR²⁰, далее – Модельные правила), в которых имеет специальная статья об этом.

«II.-1:102: Автономия воли сторон

(1) С учетом применимых императивных норм стороны свободны в заключении договора или совершении другого юридического акта и в определении его содержания.

* к.ю.н. С. В. Скрябин является доцентом, ведущим научным сотрудником Института частного права Каспийского общественного университета, главным научным сотрудником Института законодательства Республики Казахстан

¹⁷ Статья подготовлена на основе выступления автора на международной конференции «Автономия воли как основополагающий принцип гражданского права», Тбилисский Государственный университет им. Иванэ Джавахишвили, Институт зарубежного и международного частного права им. Макса Планка (Гамбург, Германия), 1-2 ноября 2018 года. Тбилиси, Грузия.

² Здесь и далее законодательство Республики Казахстан, если в тексте не сказано иное, цитируется по ИС Параграф по состоянию на 15.11.2018 года.

¹⁹ См., например, Сулейменов М.К. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебник в двух частях / М.К. Сулейменов. – Алматы: ТОО «Юридическая фирма «Зангер», 2018. – 496 с. С. 212.

²⁰ Здесь и далее ссылки на этот документ будут выполнены по изданию: Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. – М.: Статут, 2013. – 989 с.

(2) Стороны вправе исключить полностью или частично применение любого из последующих правил, касающихся договоров или иных юридических актов либо возникающих из них прав и обязанностей, а также, если иное не предусмотрено, исключить или изменить их действие.

(3) Положение о том, что стороны не могут исключить или изменить действие правил, не лишает стороны возможности отказаться от права, которое уже возникло и о котором стороне известно».

В другом разделе Модельных правил есть специальные положения о соотношении автономии воли сторон с иными нормами (см., например, ст. VIII-5:101).

В приведенных Модельных правилах об автономии воли отметим четыре важных момента: (а) необходимость учета императивных норм, (б) свободу сторон в заключении договора или (в) совершении другого юридического акта и (г) в определении его содержания.

На наш взгляд, особенно значимым является распространение автономии воли не только на договорные отношения, но и *иные юридические акты*. Иначе говоря, автономию волю нельзя сводить только к сделкам или договорам. Она понимается шире, включая в себя любые действия участников гражданских правоотношений, влекущие юридические последствия²¹.

Один из разработчиков Модельных правил П. Варул рассматривает автономию воли через призму принципа диспозитивности: «В соответствии с ним стороны в конкретной ситуации могут договориться иначе, нежели установлено в законе. Посредством этого принципа выражается свобода договора, которая является одним из существенных предварительных условий действия рыночной экономики. Возможность сторон отклониться в договоре от установленного законом порядка ограничена в том случае, если в законе предусмотрен или вытекает из сути применяемой нормы соответствующий запрет»²².

В ГК РК прямого упоминания принципа автономии воли нет²³, но есть несколько норм, которые содержательно мало чем отличаются от приведенных выше.

Так, в общих положениях Кодекса есть два специальных правила, в которых содержатся важнейшие положения для любого гражданского правоотношения.

п. 2 ст. 2 ГК РК (основные начала (принципы)):

«2. Граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права, а также отказываются, если иное не установлено законодательными актами, от прав своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых его условий, не противоречащих законодательству» (выделено мною – С.С.);

п. 1 ст. 8 ГК РК:

«1. Граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту» (выделено мною – С.С.).

Эти нормы мы рассматриваем в качестве концептуального начала Кодекса – *усмотрение участников гражданских правоотношений*, которое лежит в основе приобретения, осуществления и защиты гражданских прав, относя сюда и случаи возможного отказа от права или его неосуществления. Возможно, что концептуальность этого положения еще в неполной мере получила осмысление и применение в казахстанской юридической науке и практике. Более того, можно говорить о довольно устойчивой тенденции в Казахстане: *использование публичных правовых методов регулирования частных правоотношений*. Все это приводит к существенному снижению потенциала частного права в целом, включая *ограничение усмотрения сторон* при выстраивании и регулировании имущественных отношений самими участниками гражданского оборота. На некоторых аспектах подобных ограничений далее мы остановимся подробнее.

²¹ О.А. Красавчиков под юридическим актом понимал правомерное действие лица, направленное на движение конкретного правоотношения. См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. В кн.: Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. – М.: Статут, 2005. С. 169.

²² Варул П. Принципы и модельные правила современного частного права // Закон. 2014. № 6. С. 59.

²³ В отличие, например, от ГК РФ (п. 1 ст. 2) и Модельного ГК СНГ (п. 1 ст.1). Однако ряд цивилистов склонны рассматривать автономию воли, упомянутую в ГК РФ, в качестве составной части (чертой) метода гражданского права, чем его принципом. См., например, Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М.: Статут, 2006. – 269 с. С. 76.

Объективно усмотрение лица имеет место при (а) осуществлении гражданских прав и (б) совершении сделок (распорядительных действий).

В определенной степени оно относится и к осуществлению (исполнению) гражданских обязанностей (обязательств). Например, при исполнении альтернативных обязательств (ст. 285 ГК РК), прекращении обязательства новацией (ст. 372 ГК РК). Последние, и иные подобные случаи, конечно, есть исключения. Но они также возможны и подобные положения не должны быть оставлены без внимания исследователей и правоприменителей¹.

Кроме того, усмотрение лица возможно при совершении ряда действий (волевых актов), с которыми Кодекс связывает возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей. Согласно подп. 4), 5) и 7) части 2 ст. 7 ГК РК к таковым относятся: (1) создание, уничтожение, приобретение или отчуждение имущества по основаниям, не запрещенным законодательными актами Республики Казахстан, а также отказа от прав на имущество; (2) создание изобретений, промышленных образцов, произведений науки, литературы и искусства и иных результатов интеллектуальной деятельности; и (3) вследствие иных действий граждан и юридических лиц.

Вполне очевидно, что в указанных случаях речь идет о юридических актах, которые упоминались нами выше в контексте анализа положений Модельных правил об автономии воли.

В подтверждении этого можно привести достаточно распространенное понятие «юридические акты», используемое в теории права. «Под юридическими актами имеются в виду различные юридически определенные формы действия субъектов права..., направленные на достижение определенных правовых последствий и результатов»².

Поэтому есть все основания для распространения правил Кодекса об усмотрении не только на договоры, сделки, но и *иные правомерные действия* участников гражданских правоотношений.

Еще одним аспектом свободного усмотрения является вопрос о соотношении диспозитивных и императивных норм ГК РК. Считается, что само наличие диспозитивных положений Кодекса предоставляет большую свободу усмотрения участников оборота. Вопрос о количественном соотношении императивных и диспозитивных правил ГК РК требует специального исследования³. Для нас главный вопрос другой: Каково влияние императивных и диспозитивных норм на принцип автономии воли (свободного усмотрения) стороны?

По мнению М.И. Брагинского «...ограничение автономии воли при заключении договора может быть сведено к троякого рода целям. Потребность во внесении публичного начала в договорное регулирование путем принятия императивных норм возникает при необходимости защитить интересы слабой (слабейшей) стороны в договоре, интересы третьих лиц (прежде всего реальных или потенциальных кредиторов), а также защитить действующий в стране правопорядок и иные имеющие особую общественную значимость ценности»⁴.

Соглашаясь с данным тезисом, отметим еще один момент: диспозитивные нормы позволяют выразить участникам правоотношений свое волеизъявление, предложить свой вариант поведения.

Отметим почти полное отсутствие подобной договорной практики в Казахстане. Наш опыт свидетельствует о том, что в большинстве случаев стороны предпочитают формулировать самые общие договорные условия, во всем остальном «соглашаясь» с вариантами, предложенными законодателем.

¹ Об одном таком аспекте см.: Орешин Е.И., Суспицына И.И. Принцип содействия сторон в исполнении обязательства: советский анахронизм или эффективный правовой инструмент? / Закон. 2012. № 10. С. 129-136.

² Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА•М, 1999. – 552 с. С. 506.

³ С.И. Климкин полагает, что императивных правил в ГК РК больше, чем диспозитивных. Автор делает вывод о том, что «...договорное право, где в полной мере должен «работать» принцип свободы договора, почти на 90% состоит из императивных норм. Что же говорить о регулировании сроков в гражданском праве, представительства, внедоговорных обязательств, патентного и наследственного права!». См.: Климкин С.И. Гражданское право и цифры-2 // URL: <https://www.zakon.kz/4943638-grazhdanskoe-pravo-i-tsifry-2-klimkin-s.html> (дата обращения: 29.10.2018).

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2011. – 847 с. С. 92.

В свою очередь императивное регулирование (а) является безальтернативным вариантом для участников гражданских правоотношений, но (б) позволяет четче обозначить границы (пределы) усмотрения, действуя внутри которых лицо остается свободным.

Таким образом, можно заключить, что положения ГК РК и Модельных правил с точки зрения формы (сути) выражения автономии воли практически идентичны. Вопрос заключается в (1) применении соответствующих предписаний (прежде всего, судами) и (2) ином законодательстве, которое развивает ограничительное регулирование. Именно подобные примеры будут приведены далее.

Основные ограничительные положения автономии воли, закрепленных в нормах гражданского законодательства Республики Казахстан:

Отношения собственности.

В контексте заявленной темы мы приведем только два тезиса о влиянии принципа автономии воли (усмотрение лица) на регулирование отношений собственности в гражданском законодательстве Казахстана.

Во-первых, легальное определение права собственности. Оно имеет двойственный характер: (а) п. 2 ст. 188 ГК РК определяет содержание субъективного права собственности посредством триады прав: владения, пользования и распоряжения своим имуществом; (б) п. 3 этой же статьи собственнику предоставлена возможность совершать в отношении своего имущества *любые действия*, но установлены пределы использования собственником принадлежащего ему права в виде охраняемых законом прав и интересов других субъектов права (п. 4 ст. 188 ГК РК). Важно то, что законодатель при определении права собственности использует термин «право», но не «правомочие». Иначе говоря, право собственности рассматривается в качестве некоего пучка прав.

Сообразно легальному определению права собственности мы можем заключить, что формально собственник каждое действие, связанное с осуществлением права собственности, должен соотносить либо с владением, либо с пользованием, либо с распоряжением. По сути – это ненужное ограничительное понимание, основанное на неких традиционных представлениях советского прошлого. Поэтому, в качестве вывода можно предложить следующий тезис: если осуществление субъективного права собственности не наносит ущерба охраняемым правам и интересам других лиц, либо противоречит императивным нормам законов, то собственник *имеет право на эти действия*. Факт подобного нарушения должен быть установлен в особом порядке. Во всех остальных случаях действия собственника следует предполагать правомерными, он имеет на это право.

Во-вторых, *ограничительное регулирование собственности*. Для подобных ситуаций все также актуален тезис Р. Йеринга о том, что «Установление подобных ограничений... содержит часто такое или иное, по идее вечное, обременение права собственности, связанность ее. Неограниченность частной автономии в этом направлении несет в себе поэтому и важнейшие опасности для самой собственности, возможность разрушения ее истинной свободы»⁵.

Поэтому в вопросах ограничений права собственности нужна определенная мера. По существу подобные ограничения могут зависеть (а) от правового режима вещи, (б) запретов позитивного права на те или иные способы реализации права собственности, которые обусловлены публичным интересом и/или общим благом, а также (в) от прав других лиц на ту же вещь⁶. Но и при подобном понимании права собственности оно не перестает быть *самым полным правом на вещь*, допускаемым правопорядком. Законодателю, как и правоприменителю, надлежит всегда об этом помнить.

⁵ Geist des römischen Rechts. Bd. II. Th. I. (1894). S. 227 и сл. Цитируется по: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 5-е изд., стереот. – М.: Статут, 2009. – 351 с. С. 209.

⁶ Подробнее об ограничениях права собственности см.: Скрыбин С.В. Вещное право: Учебное пособие. – Алматы: Научно-издательский центр КООУ, 2009. – 292 с. С. 160-190.

Договорные отношения.

Реализацию принципа автономии воли (усмотрение лица) в договорных отношениях также можно рассмотреть на примере двух тезисов.

Во-первых, легальное содержание принципа «свобода договора».

В ст. 380 ГК РК с одноименным названием оно заключено в двух аспектах: (1) свободу заключения договора. По общему правилу понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключать договор предусмотрена Кодексом, законодательными актами или добровольно принятым обязательством; (2) стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством.

Однако содержание принципа свободы договора будет неполным без одновременного учета положений Кодекса о смешанном договоре (ст. 381 ГК), его условиях, особенно о диспозитивных нормах и усмотрении сторон при определении таковых (ст. 382 ГК), императивных нормах гражданского законодательства (ст. 383 ГК).

В итоге можно сделать вывод о наличии в Кодексе необходимых нормативных предпосылок для правильного понимания и реализации принципа договорной свободы. Это положительная сторона рассматриваемого явления, т.к. процитированные выше положения свидетельствуют о возможностях, предоставленных нормами Кодекса о свободе договора субъектам гражданского оборота. Их всегда нужно иметь в виду как участникам договорных правоотношений, так и правоприменителям.

Во-вторых, способы ограничения договорной свободы.

Подобные способы весьма востребованы в тех случаях, когда существует фактическое неравенство участников договорных отношений. Например, крупная компания и субъект малого бизнеса, продавец и потребитель, банк и заемщик (вкладчик), монополист и потребитель его товаров, работ или услуг. В подобных ситуациях одна сторона всегда может ограничить или свести на нет свободу усмотрения своего более «слабого» контрагента.

Исправлению фактического неравенства служит три основных способа ограничений договорной свободы:

наличие в Кодексе т.н. *общих оговорок*. К их числу, например, можно отнести правила о необходимости осуществления гражданских прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдение содержащихся в законодательстве требований, нравственных принципов общества, а для предпринимателей – правил деловой этики (п. 4 ст. 8 ГК РК).

Ограничение договорной свободы в этом случае происходит судом, который основываясь на обстоятельствах дела, в своем решении отказывает от защиты субъективного права в случаях, если одна из сторон действовала по отношению к другой несправедливо, безнравственно или другим подобным образом. Аналогичные казусы есть в казахстанской судебной практике. Они немногочисленны и не всегда должным образом обоснованы.

Например, покупка какого-либо имущества по цене значительно меньшей, чем среднерыночная цена, может истолкована весьма превратно. В одних случаях, как несправедливое и безнравственное осуществление гражданских прав, в других – как обычное предпринимательство. Подобное свободное судебное усмотрение в условиях Казахстана может иметь самые неблагоприятные последствия в силу несовершенства судебной системы, отсутствия опыта и традиций формирования четких правовых позиций судов по разрешению определенных споров, других причин. Поэтому возможная реализация этого варианта нам видится только в отдаленной перспективе.

Закрепление в законодательстве императивных правил относительно условий отдельных видов договоров:

В Казахстане это происходит посредством установления существенных условий для некоторых видов договоров. Например, с участием специальных субъектов. Формулирование подобных договорных условий происходит в рамках правовой политики уполномоченных органов, их видения текущей ситуации.

В качестве примера приведем одно из последних изменений Кодекса, его дополнение ст. 725-1 «Особенности договора займа, заключаемого с заемщиком – физическим лицом»⁷.

Согласно п. 1 этой статьи подобная разновидность договора займа имеет девять существенных условий⁸. Казалось бы, как следует из названия закона, речь идет о защите слабой стороны – заемщика физического лица. Однако не совсем ясно от кого предоставляется подобная защита. П. 5 ст. 725-1 ГК РК лишь содержит отсылку к п. 2 ст. 718 Кодекса, в котором указаны займодатели, на договоры займа с которыми требования новой статьи не распространяются. К ним отнесены банки, организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, микрофинансовые организации и кредитные товарищества. Можно предположить, что защита предоставлена против всех прочих лиц, включая и простого обывателя займодателя. Вопрос о целесообразности подобной защиты полагаем риторическим и оставим без внимания и оценки.

Парадокс же заключается в том, что именно лица, указанные в п. 2 ст. 718 ГК РК, часто злоупотребляют своим положением. У нас до сих пор нельзя заключить договор банковского займа на иных условиях, чем предлагается самим банком в разработанном формуляре. Или подписывай то, что предлагают, или займа не будет. При этом право на расторжения договора присоединения, предусмотренное п. 2 ст. 389 ГК РК, не вызывает должного интереса. Ибо потребность в заемных средствах никуда не исчезает. Интерес же заемщика нам видится в другом: *неприменении судами условий договора*, которые (а) не соответствуют общим требованиям к осуществлению гражданских прав (см. выше), или (б) нарушают (не соответствуют) стандартным условиям займа, утвержденным уполномоченным государственным органом⁹. Т.е. фактически мы возвращаемся к первому варианту ограничения свободы усмотрения для одной стороны договора, который был рассмотрен выше.

Едва ли предлагаемые законодательные решения способствуют договорной свободе. На все это накладывается нестабильность законодательства, частая смена нормативных предписаний, которая даже не может «обрасти» практикой применения¹⁰. Поэтому и этот вариант ограничения автономии воли в договорных отношениях нам не кажется предпочтительным;

Разработка отдельного закона (или дополнение определенным разделом Кодекса) об общих условиях договора (сделок):

Для этих целей полагаем возможным использовать опыт Германии¹¹.

Р.И. Каримуллин, комментируя данный закон, указывает, что необходимость его принятия обусловлена тем, «...что он представляет собой результат обобщения сложившейся судебной практики... Германский опыт регулирования локального нормотворчества прямо свидетельствует о том, что общие

⁷ См. подп. 3) п. 2 ст. 1 Закона Республики Казахстан от 2 июля 2018 года № 168-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам валютного регулирования и валютного контроля, риск-ориентированного надзора за деятельностью финансовых организаций, защиты прав потребителей финансовых услуг и совершенствования деятельности Национального Банка Республики Казахстан»

⁸ Эти условия в тексте ст. 725-1 названы «особенностями». Подобный прием можно назвать недостатком юридической техники закона. Но правила п. 2 этой статьи о ничтожности договора займа, не соответствующего условиям п. 1 анализируемой статьи, не оставляют сомнений в сделанном выводе (см. п. 1 ст. 393, п. 1 ст. 382, п. 1 ст. 383 ГК РК).

⁹ Примерное аналогичная ситуация складывается в некоторых других сферах договорных правоотношений. Например, страхования, лизинга, государственно-частного партнерства, государственных закупок и других. Так также имеют значение достаточно большой перечень существенный условий, имеющих императивный характер.

¹⁰ Например, С.И. Климкин говорит о том, что «По состоянию на 28 октября 2018 г. в ГК РК (Общую и Особенную части) поправки были внесены 171 законодательным актом (Конституционным Законом, законами и указами Президента, имеющими силу законов). При этом в Общую часть ГК - 125, Особенную часть - 96». См.: Климкин С.И. Гражданское право и цифры-2 // URL: <https://www.zakon.kz/4943638-grazhdanskoe-pravo-i-tsifry-2-klimkin-s.html> (дата обращения: 29.10.2018).

¹¹ См.: Закон ФРГ «Об общих условиях сделок» от 9 декабря 1976 года по состоянию на 17 декабря 1997 года. В кн.: Германское право. Часть III. Закон об общих условиях сделок. Закон об ответственности за недоброкачественную продукцию. Закон о праве собственности на жилье. Закон о чеках. Закон о векселях. Положение о несостоятельности: Пер. с нем / Исследовательский центр частного права. Германский фонд международного правового сотрудничества; Научн. ред. Р.И. Каримуллин. - М.: «Статут», 1999. С. 41-52.

принципы гражданского права, такие, как равенство сторон и свобода договора, не всегда в состоянии обеспечить справедливое распределение благ по договору, заключаемому в условиях рынка»¹².

При всей нестабильности законодательства Казахстана, этот вариант нам кажется наиболее предпочтительным. Законодатель сформирует некий общий стандарт добросовестного поведения заключения и исполнения договоров, что позволит исключить (или существенно ограничить) случаи негативного ограничения свободы договора и предпринимательской деятельности, связанных с предоставлением неоправданных преимуществ одних участников, перед другими.

Злоупотребление договорной свободой на примере применения правил о публичном порядке при отмене решений арбитражей судами Республики Казахстан.

В заключении хотелось бы сказать о примерах иного рода. Их можно отнести к случаям правоприменительного толкования в контексте еще одного аспекта свободы усмотрения участников договорных правоотношений – *связанность результатами их волеизъявления*.

Речь идет об арбитраже, арбитражных соглашениях (оговорках), их исполнении.

Само существование и функционирование арбитражей основывается на автономии воли участников договорных отношений, свободе договора.

Но для арбитражного разбирательства автономия воли будет иметь несколько иную интерпретацию: (1) стороны свободны в заключении арбитражных соглашений (оговорок), (2) стороны свободны в определении арбитражного института и арбитров, способных рассмотреть их спор, но (3) стороны связаны своим выбором и обязаны следовать решению, вынесенному арбитражем.

В свое время об этом аспекте принципа свободы договора прекрасно сказал известный казахстанский цивилист Ю.Г. Басин: «С принципом свободы договора нельзя смешивать ограничения, которые возложили на себя сами участники договора, вступая в него. Подобные самоограничения становятся обязательными, и односторонний отказ от них недопустим. Свобода договора, но *не свобода от договора*»¹³ (выделено мною – С.С.).

Нужно отметить, что ст. 52 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) содержит исчерпывающий перечень оснований отмены арбитражного решения. Их можно разделить на две группы: (1) нарушение арбитражем процессуальных (процедурных) норм. Например, спор неподведомственен арбитражу или выходит за рамки арбитражного соглашения, сторона не была уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, состав арбитража или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон и др. (подп. 1) – б) п. 1, подп. 2) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже); и (2) противоречие арбитражного решения публичному порядку Республики Казахстан (подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже). Последнее, по сути, является *единственным материальным основанием отмены*.

О публичном порядке законодатель Казахстана говорит только в двух случаях: 1) в тексте Закона об арбитраже (подп. 1) ст. 2). Публичный порядок Республики Казахстан определяется – как основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан; и 2) в п. 1 ст. 1090 ГК РК содержится правило о том, что «Иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан».

¹² Каримуллин Р.И. Закон об общих условиях сделок в практике его применения // Германское право. Часть III. Закон об общих условиях сделок. Закон об ответственности за недоброкачественную продукцию. Закон о праве собственности на жилье. Закон о чеках. Закон о векселях. Положение о несостоятельности: Пер. с нем / Исследовательский центр частного права. Германский фонд международного правового сотрудничества; Научн. ред. Р.И. Каримуллин. - М.: «Статут», 1999. С. 33.

¹³ Басин Ю.Г. Принципы гражданского законодательства Республики Казахстан // Гражданский Кодекс Республики Казахстан – толкование и комментирование. Общая часть. Выпуск 1. Алматы, 1996. С. 6.

Иначе говоря, в качестве оснований отмены избирается наиболее неопределенное, но единственное возможное – нарушение решением арбитража публичного порядка¹⁴ Республики Казахстан.

Приведем только два случая отмены решений арбитража.

В первом, вызвавшем широкий общественный резонанс¹⁵, решение арбитража было отменено определением суда первой инстанции. Только в порядке надзора оно было изменено Верховным судом Казахстана. В другом случае – наоборот, суд первой инстанции отказал в отмене, но суд второй инстанции отменил решение арбитража¹⁶. Но окончательного разрешения второй ситуации еще нет.

Мы не будем анализировать ни публичный порядок, как основание отмены решений арбитража, ни мотивы и аргументацию судебных инстанций. Со всем этим можно ознакомиться в цитированных источниках.

Ограничимся лишь основными выводами, которые важны для квалификации отмены решений арбитражей судами Республики Казахстан в качестве *злоупотребления договорной свободой одной из сторон договора* (арбитражного соглашения).

судебные акты, отменяющие решения арбитражей, являют собой пример разрешения спора по существу, которое прячется под тенью «публичного порядка»;

подобные судебные акты позволяют недобросовестному лицу избежать исполнения обязательств, добровольно принятых им в рамках заключенного договора и реализации права на арбитражное разбирательство;

попытки обжалования (отмены) арбитражных решений следует рассматривать в качестве *недобросовестного поведения, имеющего целью уклониться от исполнения обязательств, возложенных на участника решением арбитража*.

Остается лишь надеяться, что существующей практике отмены арбитражных решений будет дана надлежащая правовая оценка и подобная позиция будет достаточно четко выражена Верховным судом Казахстана. Ибо все нормативные предпосылки для подобного вывода в законодательстве Казахстана имеются.

Заключение

С одной стороны – усмотрение лица (автономия его воли) – это краеугольный постулат частного права. Его утрата может повлечь серьезные издержки и существенно ограничить поступательное развитие прав и свобод частных лиц, которыми так знаменито именно гражданское право.

С другой стороны, для более точного определения свободы (усмотрения) необходимо ограничительное регулирование. Важно, чтобы оно было достаточным и не привело к утрате значения автономии воли как такового. Для этого важно не только надлежащее законодательное регулирование, но и качественное правоприменение, доктринальное раскрытие основных концептуальных положений гражданского законодательства об усмотрении управомоченных, а в определенных ситуациях и обязанных, лиц. Основные нормативные предпосылки для надлежащей реализации частной автономии законодательство содержит. Важно их сохранить, развить и преумножить.

¹⁴ Представляет несомненный интерес одна из последних публикаций известного специалиста России в сфере международного частного права А.В. Асоскова. В ней автором представлен интересный алгоритм, в соответствии с которым следует оценивать наличие оснований для применения оговорки о публичном порядке, а проведенный анализ позволил сформулировать ряд важных выводов. См.: Асосков А.В. Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации // Журнал «Закон». № 9. 2018. С. 134-142.

¹⁵ См.: 1) Сулейменов М.К. Как судья по своему разумению законы трактовала // URL: <http://www.zakon.kz/4804098-kak-sudja-po-svoemu-razumeniju-zakony.html> (дата обращения: 07.07.2016); 2) Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан // URL: <http://www.zakon.kz/4810408-otkrytoe-pismo-arbitrazhejj-v.html> (дата обращения: 20.08.2016); и 3) Сулейменов М.К. Судейский беспредел продолжается // URL: <http://www.zakon.kz/4814246-sudejskijj-bespredel-prodolzhaetsja.html> (дата обращения: 30.08.2016).

¹⁶ Разбор ситуации и правовой анализ см.: Скрябин С.В. Применение судами Республики Казахстан законодательства об отмене решений арбитражей. Или еще раз о публичном порядке... // URL: <https://www.zakon.kz/4943694-primenenie-sudami-respubliki-kazahstan.html> (дата обращения: 29.10.2018).

ნების ავტონომია და მატერიალური უფლება სარჩელზე

დისპოზიციურობა არის სამოქალაქო სამართლის ძირითადი პარადიგმა. სამოქალაქო ბრუნვის ყოველი მონაწილე თავისუფალია გააკეთოს ის, რაც არ არის კანონით აკრძალული. თუმცა, ამასთან ერთად, სამოქალაქო სამართალი მკაფიოდ უნდა პასუხობდეს კითხვას-სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეს როგორი მოთხოვნის შეტანა შეუძლია კონკრეტულ სიტუაციაში. რა თქმა უნდა, იურისტ-კონსულტანტის ძირითადი მოვალეობაა, არ დაუშვას სასამართლო განხილვა, მაგრამ, ამასთან ერთად, საჭიროა, ვიყოთ გარკვეული - სად და როგორი მოთხოვნით წარვდგეთ.

სარჩელზე მატერიალური უფლება მე მესმის, როგორც მონაწილის უფლება მისი სასარჩელო განცხადების დაკმაყოფილებაზე. უფრო სწორად, თუ მოსარჩელეს აქვს მატერიალური უფლება სარჩელზე, ეს ნიშნავს რომ მას შეუძლია, მოელოდეს სარჩელის დაკმაყოფილებას.

სამოქალაქო სამართალი ზოგჯერ იმპერატიულად მიუთითებს, თუ რა უნდა გააკეთოს სამოქალაქო ბრუნვის ამა თუ იმ მონაწილემ და რა შეზღუდვებია გამოყენებადი. თავიდანვე მინდა აღვნიშნო, რომ მე არა ვარ სამოქალაქო სამართლისადმი შემზღუდავი მიდგომის მომხრე. ძალიან ხშირად შეიძლება, შეხვდეთ სამეცნიერო ნაშრომებს, რომლებშიც მოყვანილია საქმიან ურთიერთობებში გამოყენებული ამა თუ იმ კონსტრუქციის შეზღუდვის ზედმინევენიტი მცდელობა. მაგალითად, გვხვდება მოსაზრებები, რომლებიც გავლენას ახდენს პრაქტიკაზე, რომ წინარე ხელშეკრულებით არ დაიშვება თანხის წინასწარი გადახდა¹ ან რომ ვადა თავდებობის ხელშეკრულებაში შეიძლება მითითებულ იქნეს მხოლოდ კალენდარულ თარიღებში და არ შეიძლება მითითება გარემოებაზე, რომელიც არ არის დაკავშირებული თარიღთან². ასეთი მიდგომები ჩემთვის ნაკლებად გასაგებია. ვფიქრობ, სამოქალაქო სამართალი არის შესაძლებლობების სამართალი და რომ შეზღუდვები მკაფიოდ უნდა იყოს განერილი. ნებისმიერ შემთხვევაში, თუ არის ეჭვი გარკვეული შეზღუდვების გამოყენებადობის ან არგამოყენებადობის შესახებ, კანონი უნდა განიმარტებოდეს ნებადართულობისაკენ გადახრით.

განსხვავებული სიტუაციაა უფლებების აღსრულებასა და დაცვასთან მიმართებით. არის უფლებების დაცვის გარკვეული მექანიზმი. თუმცა სამოქალაქო სამართალმა გარკვევით უნდა უპასუხოს-რა გზით, რა მოთხოვნებით უნდა იქნეს დაცული უფლება კონკრეტულ პირობებში. ეს მოთხოვნა მომდინარეობს თვით მეცნიერების პრინციპიდან. მეცნიერული ცოდნა უნდა იყოს იმდენად მკაფიო/გარკვეული, რამდენადაც ეს შესაძლებელია.

აქ წარმოიშობა სარჩელების კონკურენციის საკითხი. სარჩელების კონკურენცია-ეს არის სიტუაცია, როდესაც მოსარჩელეს შეუძლია აირჩიოს, თუ რომელი სარჩელი შეიტანოს. ყველაზე მეტად ცნობილი მაგალითი – სარჩელი ქონების ვინდიკაციის შესახებ და სარჩელი ბათილი ხელშეკრულების შეწყვეტისა და რესტიტუციის შესახებ. ძალიან ხშირად გვხვდება საქმეები, როდესაც ერთი მოსარჩელე, ცდილობს რა ქონების დაბრუნებას, წარადგენს ვინდიკაციურ სარჩელს, ხოლო მეორე – სარჩელს ბათილობის შესახებ. სასამართლოს მიერ ორივე სარჩელი მიიღება წარმოებაში და კმაყოფილდება. ამ თემას მე დავუბრუნდები ცოტა მოგვიანებით.

თავდაპირველად საჭიროა, გავიგოთ-დასაშვებია თუ არა ასეთი სიტუაცია. აქვს თუ არა მოსარჩელეს სარჩელების ამორჩევის უფლება, თუ განსაზღვრულ სიტუაციაში შეიძლება მხოლოდ ერთი სახის სარჩელის შეტანა. ამ კითხვას რომ ვუპასუხოთ, უნდა მივუბრუნდეთ სამოქალაქო სამართლის სათავეებს და მის თვისებას, იყოს სამართლის სისტემა და მეცნიერების დარგი.

* არსენ თავადაიანი – ერენის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრის ასისტენტი

¹ რუსეთის ფედერაციის უმაღლესი სასამართლოს განჩინება, 08.12.2015, № 5-КГ15-165, http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1400094.

² რუსეთის ფედერაციის უმაღლესი სასამართლოს განჩინება, 29.05.2018 წ., № 41-КГ18-16, http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1661794.

ცნობილია, რომ სამოქალაქო სამართლის საფუძვლები არის რომაულ სამართალში. მისი პირველწყაროების ანალიზისას ვლინდება ერთი თავისებურება. წყაროები აღწერენ უფრო არა იმას, როგორ უნდა მოიქცეს ადამიანი გარკვეულ სიტუაციაში, არამედ იმას, თუ როგორი სარჩელი უნდა წარადგინოს მან. პროფესორი დანიელ ტუზოვი აღნიშნავს, რომ მსგავსი პრობლემატიკა ჯერ კიდევ რომაელი იურისტებისათვის იყო კარგად ცნობილი, რომელთაც მოახდინეს პრინციპის – *bis de eadem re ne sit actio* (“დაე არ იყოს სარჩელი ორჯერ ერთსა და იმავეზე”) ფორმულირება, რომლის შინაარსიც არ ამოიწურებოდა ნესით, რომ დაუშვებელია იგივე სარჩელი, მისი დღევანდელი გაგებით. მომდევნო სარჩელის წარდგენისას, თუნდაც ადრე წარდგენილისაგან განსხვავებული, რომაული იურისპრუდენცია ხშირად აღიარებდა, რომ საუბარი იყო მაინც „ერთსა და იმავეზე“ (*eadem res*), თუ ორივე სარჩელი ეფუძნებოდა ერთსა და იმავე ფაქტობრივ წინაპირობებს და მიმართული იყო მსგავსი პრაქტიკული შედეგისკენ³.

ამასთან ერთად, სამოქალაქო სამართალი, ისევე როგორც მეცნიერების ნებისმიერი დარგი, წარმოადგენს სისტემას და როგორც ყოველ სისტემას, მასაც აქვს განსაზღვრული მახასიათებლები. სისტემა არის ელემენტების სიმრავლე, რომელთაც გააჩნიათ მთლიანობა და არა წინააღმდეგობრივი არიან. ყოველი მეცნიერება, განსაკუთრებით სამართლის მეცნიერება, რამდენადაც შესაძლებელია, უნდა იყოს არაწინააღმდეგობრივი. თუ განსაზღვრულ სიტუაციაში პირს აქვს უფლება, წარადგინოს რამდენიმე სარჩელი, ეს ნიშნავს, რომ ადგილი აქვს განუსაზღვრელობას.

ჩემი აზრით, ამ პრინციპიდან გამომდინარე, შეიძლება, მკაფიოდ დავადგინოთ, რომ მოპასუხის წინააღმდეგ გარკვეული მოთხოვნით მიმართვა შესაძლებელია მხოლოდ განსაზღვრულ საფუძველზე. მაგალითად, არ შეიძლება ორი განსხვავებული საფუძველით ერთი და იმავე მოპასუხისგან ქონების მოთხოვნა.

საჭიროა, რამდენადაც ეს გამოვა, გამოირიცხოს სისტემის შიდა განუსაზღვრელობის შესაძლებლობა. რა თქმა უნდა, შეიძლება წარმოიქმნას სიტუაციები, როდესაც მოსარჩელეს კანონიერად შეუძლია, ამოირჩიოს, თუ როგორი მოთხოვნა შეიტანოს – უარი თქვას საქონელზე და მოითხოვოს გადახდილი თანხა ან მოითხოვოს საქონლის შეკეთება. თუმცა, ამასთან ერთად, სარჩელების კონკურენცია, როგორც ეს აღინიშნა, გარკვეულწილად განუსაზღვრელ სიტუაციას წარმოადგენს. რამდენადაც შესაძლებელია, საჭიროა, გამოირიცხოს ეს განუსაზღვრელობა, რა თქმა უნდა, სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა უფლებების შელახვის გარეშე.

ამიტომ უნდა დადგინდეს რამდენიმე პრინციპი, რომელთა გათვალისწინებითაც საჭიროა კონკრეტული სარჩელის განხილვა.

1. პირველი პრინციპი – საქმის ქვემდებარეობის არჩევა

კერძოდ, ესეხება იმ სახელმწიფოებს, სადაც არსებობს ადმინისტრაციული სასამართლოების განცალკევებული სისტემა. სომხეთში მოქმედებენ საერთო იურისდიქციისა და ადმინისტრაციული სასამართლოები. ამდენად, რა თქმა უნდა, სამოქალაქო სარჩელები, განსაკუთრებით საკუთრებასთან დაკავშირებული, ძირითადად შეიცავენ ასევე ნაწარმოებ ადმინისტრაციულ მოთხოვნებს – მაგალითად, საკუთრების უფლების რეგისტრაციის გაუქმება გარიგების ბათილად მიჩნევის საფუძველზე. სომხეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო საპროცესო⁴ და ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსები⁵ იძლევიან ამ საკითხის ერთმნიშვნელოვან გადაწყვეტას. საქმე ქვემდებარე ადმინისტრაციული ან სამოქალაქო სასამართლოსი, თუ სამოქალაქო ან ადმინისტრაციული მოთხოვნა არის ძირითადი. ძირითადად ითვლება ის სარჩელი, რომლის დაკმაყოფილებასაც თან სდევს მეორე სარჩელის დაკმაყოფილება. ამდენად, საკუთრების შესახებ ნებისმიერ საქმეში ძირითადად ითვლება მოთხოვნა საკუთრების აღიარების შესახებ ან ბათილი გარიგების შედეგების განხორციელების შესახებ. თუ მოსარჩელე მიმართავს მხოლოდ ადმინისტრაციულ სა-

³ *Тузов Д. О. О конкуренции исков собственника при последующем отчуждении вещи её приобретателем по недействительной сделке // Вестник экономического правосудия Российской Федерации № 6/2018, ст. 33.*

⁴ სომხეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, 09.02.2018 წელი, № A3-110-Н.

⁵ სომხეთის რესპუბლიკის ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, 05.12.2013 წელი, № A3-139-Н.

სამართლოს საკუთრების უფლების რეგისტრაციის ბათილად ცნობის მოთხოვნით, სასამართლოს აიცდენს/არ მიიღებს ასეთ მოთხოვნას.

აქ ძალიან მოკლედ მინდა შევჩერდე კანონსაწინააღმდეგო გარიგებების ბათილობის პრობლემაზე. სომხეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის⁶ თანახმად, ასეთი გარიგებები ითვლება არა არარადა, არამედ საცილოდ. ამასთან ერთად, არსებობს მრავალრიცხოვანი ადმინისტრაციული ჯარიმა, რომლებიც შეიძლება გამოყენებულ იქნეს, თუ კონკრეტული გარიგება ეწინააღმდეგება კანონს. ვთქვათ, არსებობს ჯარიმა გარიგებაში ფასის უცხოურ ვალუტაში მითითების გამო. ასეთი ქმედებებისთვის სახელმწიფო ორგანოები აკისრებენ ჯარიმას, ამასთან, გარიგებას ბათილად არ ცნობენ. ეს მაშინ, როდესაც სომხეთის რესპუბლიკის ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა შესახებ კოდექსში⁷ გარკვევით არის მითითებული, რომ პასუხისმგებლობის საფუძვლად ასევე ითვლება ქმედების არაკანონიერება. თუ გარიგება, რომელიც ეწინააღმდეგება კანონს, ითვლება სადავოდ, მაშინ სასამართლოს გადაწყვეტილებამდე, რომელიც ამ გარიგებას ბათილად ჩათვლიდა, ამ გარიგების მიხედვით, მოქმედებები უნდა ჩაითვალოს კანონიერად და არ იარსებებს ადმინისტრაციული პასუხისმგებლობის დადების საფუძველი. ამ ლოგიკიდან გამომდინარე, სისტემის მთლიანობისა და არა წინააღმდეგობრიობის შესანარჩუნებლად, ვფიქრობ, საჭიროა, სომხეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსში გარკვევით მიეთითოს, რომ კანონსაწინააღმდეგო გარიგებები ითვლებოდეს ბათილად.

2. სამართლებრივი ინტერესის კრიტერიუმი

ძალიან ხშირად, სარჩელთა კონკურენციის სიტუაცია ან მოჩვენებითი კონკურენცია წარმოიქმნება იმის გამო, რომ სასამართლოები სათანადოდ ვერ საზღვრავენ მოსარჩელის ჭეშმარიტ სამართლებრივ ინტერესს. საკასაციო სასამართლოს⁸, რამდენიმე გადაწყვეტილება, რომელთაც სომხეთის კანონმდებლობის მიხედვით აქვთ პრეცედენტული მნიშვნელობა, იძლევა სამართლებრივი ინტერესის განსაზღვრას. საკასაციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ სასამართლომ ნებისმიერ შემთხვევაში უნდა განსაზღვროს, აქვს თუ არა მოსარჩელეს სამართლებრივი ინტერესი. თუ ვეცდებით საკასაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების განმარტებას, შეიძლება ითქვას, რომ მოსარჩელის მიერ წარმოდგენილმა სარჩელმა და მისმა დაკმაყოფილებამ რეალურად უნდა მიგვიყვანოს შედეგებთან, რომლებიც უშუალოდ დაკავშირებულნი არიან მის უფლებებსა და მოვალეობებთან. თუ ეს კავშირი ირიბია, ანუ მოსარჩელის უფლებებისა და მოვალეობების შეცვლის, დადგენის ან შეწყვეტისათვის მოითხოვება კიდევ ერთი პირობა, ფაქტობრივი შემადგენლობა არ არის სრული, ამიტომაც სამართლებრივი ინტერესი აქ არ არის. სამართლებრივი ინტერესის პრინციპის გამოყენებით შეიძლება გადავწყვიტოთ სარჩელების მოჩვენებითი კონკურენციის მრავალი სიტუაცია.

გავანალიზოთ რესტიტუციისა და ვინდიკაციის სარჩელების კონკურენციის სიტუაცია იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც მოსარჩელეს სურს ქონების დაბრუნება ვინდიკაციის გზით. სომხეთის საკასაციო სასამართლო ფაქტობრივად ტოლობის ნიშანს სვამს ასეთი საფუძვლებისთვის⁹. კერძოდ, სასამართლო აღნიშნავს, რომ ის ფაქტი, რომ მოპასუხე არის კეთილსინდისიერი შემძენი, თავისთავად არ წარმოადგენს საფუძველს კანონსაწინააღმდეგო გარიგების ბათილად აღიარების შესახებ სარჩელის ასაცილებლად, რამდენადაც კეთილსინდისიერი შემძენი კანონით დაუცველია ქონების დაბრუნების მოთხოვნისაგან, თუ ქონება მესაკუთრის მფლობელობიდან გავიდა მისი ნების საწინააღმდეგოდ.

უფრო სწორად, სომხეთის საკასაციო სასამართლო თვლის გარიგებას ბათილად მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მესაკუთრეს აქვს უფლება, მოითხოვოს ქონება არა კანონიერი მფლობელისაგან. უფრო სწორად, სასამართლო ერთმანეთში ურევს ვინდიკაციისა და რესტიტუციის სარჩელის საფუძვლებს. ასეთი მიდგომა მიუღებელია, რადგან გარიგება ან ბათილია ან – არა, ვინდიკაციის

⁶ სომხეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსი, 05.05.1998 წელი, № A3-239.

⁷ სომხეთის რესპუბლიკის კოდექსი ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა შესახებ, 06.12.1985 წელი.

⁸ სომხეთის რესპუბლიკის საკასაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 14.10.2011 წელი, № EAKD/1949/02/10.

⁹ სომხეთის რესპუბლიკის საკასაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 05.09.2007 წელი, № 3-1311.

შესაძლებლობისგან დამოუკიდებლად. ვფიქრობ, იმის შესწავლაც ზედმეტია, რომ ამ სარჩელებს აქვთ განსხვავებული ფაქტობრივი შემადგენლობა, სასარჩელო ხანდაზმულობა. უფრო სწორად, არ შეიძლება მათი ერთმანეთში არევა და საჭიროა მკაფიოდ განცალკევება.

სამართლებრივი ინტერესის პრინციპიდან გამომდინარე, გთავაზობთ შემდეგ გადანყვეტას:

იმ შემთხვევაში, როდესაც მოსარჩელე არის იმ გარიგების მხარე, რომლითაც მოხდა ქონების გადაცემა, მას აქვს უფლება, ბათილობის სარჩელის გზით მოითხოვოს ქონების დაბრუნება, როგორც ბათილი გარიგების შედეგი;

თუკი მესაკუთრე არ არის გარიგების მხარე, შეიძლება შეტანილ იქნეს ვინდიკაციური სარჩელი, სადაც გამოყენებული იქნება ყველა გარანტია კეთილსინდისიერი შემძენისათვის.

თუ სარჩელი გარიგების ბათილობაზე ქონების დაბრუნების მოთხოვნით წარადგინა მესაკუთრემ, რომელიც არ მონაწილეობს გარიგებაში, ის არ წარმოადგენს დაინტერესებულ მხარეს, რადგან სარჩელის დაკმაყოფილებით მისთვის არ დადგება რაიმე სამართლებრივი შედეგი-ქონება დაუბრუნდება განმსხვავებულს და არა მესაკუთრეს.

არსებობს სიტუაციები, როდესაც სამართლებრივი ინტერესის პრინციპის გამოყენებით, შეუძლებელია სარჩელების კონკურენციის დაძლევა. მაგალითად, როდესაც მოსარჩელე განმსხვავებლისგან ითხოვს ზარალის ანაზღაურებას გარიგების ბათილად ცნობის საფუძველზე ან ზარალის ანაზღაურებას დელიქტის საფუძველზე და, ამასთან ერთად, შეაქვს სარჩელი ვინდიკაციის შესახებ მყიდველის წინააღმდეგ. მინდა, ამ მაგალითით ვისაუბრო სარჩელების კონკურენციის დაშვებადობის შესახებ.

3. იმის გავებისთვის, თუ როგორ გადაიჭრას ეს სიტუაცია, უნდა გაანალიზდეს უსაფუძვლო გამდიდრების დაუშვებლობისა და ნების ავტონომიის პრინციპები.

პირს არ შეუძლია, მიიღოს იმაზე მეტი, რაც გათვალისწინებულია კანონით. თუ აღწერილ სიტუაციაში მოსარჩელე არის როგორც განმსხვავებლის, ისე შემძენის წინააღმდეგ, თეორიულად შესაძლებელია ორივე სარჩელის დაკმაყოფილება, ანუ მესაკუთრე მიიღებს იმაზე მეტს, რაც უნდა მიიღოს. როგორ უნდა გადაიჭრას ეს სიტუაცია? ვფიქრობ, არსებობს სამი პოტენციური გადანყვეტა:

გაიწეროს კანონმდებლობაში, რომ მოსარჩელეს აქვს უფლება, შეიტანოს თავდაპირველად, მაგალითად, სარჩელი ვინდიკაციის შესახებ და მხოლოდ ამის შემდეგ – სარჩელი ზიანის ანაზღაურებაზე ან პირიქით. ვფიქრობ, ეს არ არის ყველაზე ოპტიმალური გზა, რადგან უსაფუძვლოდ გააჭიანურებს მოსარჩელის მოთხოვნის დაკმაყოფილებას, ამიტომ ეს უკანასკნელი ხშირად იძულებული იქნება წარადგინოს ორი სარჩელი.

სასამართლო ვალდებული იყოს ასეთ სიტუაციებში, შეამონმოს, არის თუ არა, ვთქვათ, ვინდიკაციის სარჩელის გარდა, განმსხვავებლის წინააღმდეგ მიმართული სხვა სარჩელი ზიანის ანაზღაურებაზე. ასეთი სარჩელის არსებობის შემთხვევაში რომელიმე პრინციპით გააგრძელოს წარმოება ან დატოვოს საქმე წარმოების გარეშე. ასეთი გადანყვეტა ისევეა ნაკლებად მისაღები, როგორც პირველი: სასამართლოს ეკისრება მოვალეობა, რომელიც მისთვის, როგორც დამოუკიდებელი არბიტრისთვის, ჩვეული არ უნდა იყოს; მეორე: სარჩელი შეიძლება შეტანილი იქნეს ნებისმიერ მომენტში, უფრო სწორად, საჭირო იქნება სხვა წარმოებების არსებობის მუდმივი შემონმება; მესამე: მეორე წარმოებაზე უარის თქმა შეიძლება შეფასებულ იქნეს, როგორც უარი მართლმსაჯულების აღსრულებაზე.

დარჩეს მოცემული პრობლემის გადანყვეტის საკითხი სასამართლო გადანყვეტილების აღსრულების პროცესში. ვფიქრობ, არც ეს არის ძალიან კარგი გადანყვეტა. სასამართლო აღმასრულებელს არ უნდა ჰქონდეს უფლება, შეაფასოს – საჭიროა თუ არა სასამართლოს გადანყვეტილების აღსრულება.

ვფიქრობ, ამ საკითხის გადანყვეტაში საჭიროა, მივმართოთ სწორედ ნების ავტონომიის პრინციპს, რაც ნიშნავს არა მარტო იმას, რომ ადამიანი თავისუფალია, თვითონ შევიდეს სამოქა-

ლაქო ბრუნვაში, არამედ იმასაც, რომ ის თავისუფალია გადაწყვიტოს – დაიცვას თუ არა თავისი უფლებები და თვითონ უნდა იყოს თანამიმდევრული თავისსავე უფლებების დაცვაში.

აღწერილ სიტუაციებში, ვფიქრობ, მოპასუხე ვალდებულია, სასამართლოში შეიტანოს შუამდგომლობა განმსხვისებლის ან შემძენის მესამე პირად ჩართვის შესახებ. თუ ამას არ გააკეთებს, პასუხი უნდა აგოს შედეგებზე. ასევე თვითონ ბრუნვის მონაწილემ უნდა შეიტანოს სარჩელი მესაკუთრის უსაფუძვლო გამდიდრებაზე, თუ ორივე სარჩელი იქნა დაკმაყოფილებული. მესაკუთრის უსაფუძვლო გამდიდრებისაგან ყველაზე მეტად დაზარალებულად უნდა ჩაითვალოს განმსხვისებელი. სახელმწიფომ ასეთ შემთხვევებში თავის თავზე არ უნდა აიღოს ცალკეული პირის სამოქალაქო უფლებების დამცველის როლი.

სარჩელების კონკურენციის გამორიცხვის მცდელობით, ასეთ შემთხვევებში სამართლის სისტემისათვის დადგება უფრო მეტად არასასურველი შედეგები – სახელმწიფოს განსაკუთრებულად გაზრდილი როლი და, შესაბამისად, ნების ავტონომიის შეზღუდვა.

ვფიქრობ, ნების ავტონომიის საფასური უნდა იყოს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა მიერ გაგება იმისა, რომ სწორედ მათზეა დამოკიდებული მათი უფლებების დაცვა და აღსრულება და ისინი უნდა იყვნენ თანამიმდევრულნი ამ საკითხში.

Автономия воли и материальное право на иск

Основной парадигмой гражданского права является диспозитивность. Каждый участник гражданского оборота волен делать то, что не запрещено законом. Но при этом, гражданское право должно чётко отвечать на вопрос - какое требование участник гражданского оборота может в конкретной ситуации реализовать. Конечно, основная обязанность юриста консультанта не допустить судебного разбирательства, но вместе с тем нужно чётко понимать - куда и с каким требованием обратиться.

Под материальным правом на иск я понимаю право участника получить удовлетворение своего искового заявления. То есть, если истец имеет материальное право на иск, значит, он может ожидать удовлетворения иска.

Гражданское право иногда императивно указывает, что должен делать тот или иной участник гражданского оборота и какие ограничения применимы. Хочу сразу сказать, что я не сторонник ограничительного подхода к гражданскому праву. Очень часто можно встретить научные работы, в которых скрупулёзно приводится попытка ограничить те или иные конструкции, которые достаточно широко применяются в деловом обороте. Например, встречаются мнения, которые влияют на практику, что по предварительному договору не допускается предоплата¹, или, что срок в договоре поручительства может быть указан только в календарных датах и не может быть дана отсылка к обстоятельству, которое не связано с датой². Такие подходы мне не слишком понятны. Думаю, гражданское право является правом возможностей, и ограничения должны быть чётко прописаны. В любом случае, если есть сомнения, применимы ли определённые ограничения или нет, то закон должен толковаться в разрешительном ключе.

Но, иная ситуация с исполнением и защитой прав. Есть определённый механизм защиты прав. И гражданское право должно чётко отвечать – каким путём, каким требованием должно быть защищено право в конкретной ситуации. Это требование исходит из самого принципа науки. Наука должна быть настолько чёткой, насколько это возможно.

Тут возникает вопрос конкуренции исков. Конкуренция исков – это ситуация, когда истец может выбрать какой иск подать. Самый известный пример – иск о vindикации имущества и иск о расторжении недействительного договора и реституции. Очень часто встречаются дела, когда один истец, пытаясь возвратить имущество, подаёт vindикационный иск, а другой - иск о недействительности. Оба иска судом принимаются на производство и удовлетворяются. К этой теме я вернусь немножко позже.

Для начала нужно понять – допустима ли такая ситуация. Имеет ли право истец выбирать иски или в определённой ситуации можно подать только один вид иска. Чтобы ответить на этот вопрос нужно обратиться к истокам гражданского права и к его свойству как системе права и отрасли науки.

Истоки гражданского права, как известно, в римском праве. При анализе первоисточников римского права очень ярко выявляется одна характеристика. Источники скорее не описывают, как должен поступать человек в определённой ситуации, а какой иск он должен подать. Профессор Даниил Тузов отмечает, что подобная проблематика была хорошо известна уже римским юристам, сформулировавшим принцип *bis de eadem re ne sit actio* («да не будет дважды иска об одном и том же»), содержание которого далеко не исчерпывалось правилом о недопустимости тождественного иска в его современном понимании. При последующем предъявлении иска, хотя бы и отличного от ранее заявленного, римская юриспруденция часто признавала, что речь идёт все же об «одном и том же» (*eadem res*), если оба иска основывались на тех же фактических предпосылках и были направлены на сходный практический результат³.

* Арсен Тавадян является ассистентом кафедры гражданского права Ереванского государственного университета.

¹ Определение Верховного Суда РФ от 29.05.2018 г. N 41-КГ18-16 http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1661794

² Тузов Д. О. О конкуренции исков собственника при последующем отчуждении вещи её приобретателем по недействительной сделке // Вестник экономического правосудия Российской Федерации № 6/2018, ст. 33

³ Тузов Д. О. О конкуренции исков собственника при последующем отчуждении вещи её приобретателем по недействительной сделке // Вестник экономического правосудия Российской Федерации № 6/2018, ст. 33.

Вместе с этим гражданское право, как и любая отрасль науки, является системой, и как каждой системе ей присущи определённые характеристики. Система — это множество элементов, которые обладают целостностью и непротиворечивы. Каждая наука, особенно наука права должна быть непротиворечива, насколько это возможно. Если в определённой ситуации лицо имеет право подать несколько исков, значит - есть доля неопределённости.

Думаю, исходя из этого принципа, можно чётко установить, что с определённым требованием можно обратиться против определённого ответчика только на определённом основании. Нельзя требовать от одного и того же ответчика, например, возврата имущества, по двум разным основаниям.

Нужно, насколько это получится, исключить возможность внутренней неопределённости системы. Конечно, возникают ситуации, когда истец по закону может выбрать какое требование подать – отказаться от товара и потребовать возврата уплаченной суммы или потребовать ремонта товара. Но вместе с этим конкуренция исков, как отмечалось, это в какой-то мере ситуация неопределённости. И нужно насколько возможно исключить эту неопределённость, конечно, не во вред правам участников гражданского оборота.

Поэтому нужно установить несколько принципов, через призму которых нужно рассматривать конкретный иск.

1. Первый принцип – выбор подведомственности дела

В частности, это касается тех государств, где существует раздельная система административных судов. В Армении действуют суды общей юрисдикции и административные суды. И, конечно, гражданско-правовые иски, особенно, связанные с собственностью, в основном содержат также производное административное требование – например, аннулировать регистрацию права собственности на основании признания сделки недействительной. Гражданско-процессуальный⁴ и Административно-процессуальные кодексы⁵ Республики Армения дают однозначное решение этого вопроса. Дело подведомственно административному или гражданскому суду, если соответственно, гражданское или административное требование является основным. Основным считается тот иск, удовлетворение которого влечёт к удовлетворению второго иска. То есть в любых делах о собственности основным считается требование о признании собственности или о применении последствий недействительной сделки. Если истец обратиться только в административный суд с требованием признать регистрацию права собственности недействительной, суд отклонит это требование.

Здесь хочу очень кратко остановиться на проблеме недействительности сделок, противоречащих закону. Согласно Гражданскому кодексу Республики Армения⁶ такие сделки считаются не ничтожными, а оспоримыми. Вместе с тем, есть множество административных штрафов, которые могут быть наложены, если конкретная сделка будет противоречить закону. Скажем, есть штраф за указание цены в сделке в иностранной валюте. Государственные органы налагают штрафы за эти действия, не признавая сделки недействительными. Это в ситуации, когда в кодексе об административных правонарушениях Республики Армения⁷ чётко указано, что основанием для ответственности считается также противоправность действия. Если сделка, которая противоречит закону, считается оспоримой, то до решения суда, которое бы признало сделку недействительной, действия по этой сделке должны считаться законными и не будут основания для наложения административной ответственности. Исходя из этой логики, для сохранения целостности и непротиворечивости системы, думаю, нужно чётко указать в гражданском кодексе Респблик Армения, что сделки, противоречащие закону, должны считаться ничтожными.

⁴ Гражданско-процессуальный кодекс Республики Армения от 09.02.2018 года N АЗ-110-Н.

⁵ Административно-процессуальный кодекс Республики Армения от 05.12.2013 года N АЗ-139-Н.

⁶ Гражданский кодекс Республики Армения от 05.05.1998 года N АЗ-239.

⁷ Кодекс об административных правонарушениях Республики Армения от 06.12.1985 года.

2. Критерий правового интереса

Очень часто ситуация конкуренции исков, или мнимой конкуренции возникает из-за того, что суды не слишком хорошо определяют истинный правовой интерес истца. Несколько решений кассационного суда⁸, которые по законодательству Армении имеют прецедентное значение, дают определение правового интереса. Кассационный суд отмечает, что суд должен в любом случае определить, имеет ли истец правовой интерес. Если попытаться толковать решение кассационного суда, можно сказать, что поданный истцом иск и его удовлетворение должны реально приводить к последствиям, которые непосредственно связаны с его правами и обязанностями. Если эта связь косвенная, то есть для изменения, установления или прекращения прав и обязанностей истца, требуется ещё одно условие, фактический состав не полон, то правового интереса как такового нет. С применением принципа правового интереса можно преодолеть многие ситуации мнимой конкуренции исков.

Проанализируем ситуацию конкуренции исков реституции и виндикации, в тех случаях, когда истец хочет добиться возврата имущества путём виндикации. Армянский Кассационный суд фактически ставит знак равенства для этих оснований⁹. В частности, суд отмечает, что факт того, что ответчик является добросовестным приобретателем сам по себе не является основанием для отклонения иска о признании сделки, противоречащей закону, недействительной, так как добросовестный приобретатель не защищён по закону от требования возврата имущества, если имущество было из владения собственника не по его воле.

То есть Кассационный суд Армении считает сделку недействительной только в том случае, если собственник имеет право истребовать имущество от незаконного владельца. То есть суд путает основания иска виндикации и реституции. Такой подход не слишком приемлем, так как сделка либо действительна, либо нет, независимо от возможности виндикации. Думаю даже не нужно напоминать, что эти иски имеют разный фактический состав, исковую давность. То есть их нельзя путать и нужно чётко отделать.

Исходя из принципа правового интереса, предлагаю следующее решение:

В тех случаях, когда истец является стороной сделки, по которой было передано имущество, тот имеет право путём иска о недействительности потребовать возврата имущества, как следствия недействительности сделки,

Если же собственник не является стороной сделки, можно подать только виндикационный иск, где будут применяться все гарантии для добросовестного приобретателя.

Если иск о недействительности сделки с требованием возврата имущества подал собственник, не участвующий в сделке, он не является заинтересованной стороной, так как удовлетворение иска не приведёт для него к какому-либо правовому результату – имущество будет возвращено в отчуждателю а не к собственнику.

Есть ситуации, когда, применив принцип правового интереса, не возможно преодолеть конкуренцию исков. Например, когда истец требует от отчуждателя возмещения вреда на основании признания сделки недействительной или о возмещении вреда на основании деликта, вместе с тем подаёт иск о виндикации против приобретателя. Хочу на этом примере описать ситуацию допустимости конкуренции исков.

3. Чтобы понять, как разрешить эту ситуацию, нужно проанализировать принципы недопустимости необоснованного обогащения и автономии воли

Лицо не может получить больше того, что предусмотрено законом. Если в описанной ситуации истец обратиться как против отчуждателя, так и против приобретателя, теоретически возможно удовлетворение обоих исков. То есть собственник получит больше того, что он должен получить. Как решить эту ситуацию. Думаю, есть три потенциальных решения:

⁸ Решение Кассационного суда Республики Армения от 14.10.2011 года N ЕАКД/1949/02/10.

⁹ Решение Кассационного суда Республики Армения от 05.09.2007 года N 3-1311.

Прописать в законодательстве, что истец имеет право подать сначала, скажем, иск о виндикации и только после этого иск о возмещении вреда, или наоборот. Думаю, это не самый оптимальный путь, так как необоснованно затянет удовлетворение требования истца, так как последний очень часто будет вынужден подавать два иска,

Обязать суд, в таких ситуациях проверять, есть ли кроме иска скажем о виндикации, иной иск о возмещении вреда, направленный против отчуждателя. И в случае наличия такого иска, по какому-то принципу продолжать производство или оставить дело без производства. Такое решение тоже не вполне приемлемо, так как, во-первых, облагает суд обязанностью, которая не должна быть ей свойственна, как независимому арбитру, во-вторых, иск может быть подан в любой момент, то есть нужно будет постоянно проверять наличие иных производств, в-третьих, отказ от второго производства может быть расценён как отказ от исполнения правосудия.

Оставить вопрос о решении данного вопроса в процессе исполнения судебного решения. Думаю, это тоже не слишком хорошее решение. Судебный исполнитель не должен иметь право расценивать – нужно ли выполнять решение суда или нет.

Думаю, в решении этого вопроса нужно обратиться как раз к принципу автономии воли, который значит не только то, что человек волен сам вступать в гражданский оборот, но и то, что тот волен решать – защищать свои права или нет, и должен сам быть последовательным в защите своих прав.

В описанных ситуациях, думаю, ответчик, должен в суде подать ходатайство о привлечении отчуждателя или приобретателя соответственно, как третье лицо. Если он этого не сделал, то должен нести последствия. Также, сам участник оборота должен подать иск о необоснованном обогащении против собственника, если оба иска будут удовлетворены. Пострадавшим от необоснованного обогащения собственника, скорее всего, должен считаться отчуждатель. Государство в таких случаях не должно брать на себя роль защитника гражданских прав для отдельных лиц.

Попытка исключить конкуренцию исков в таких случаях приведёт к более нежелательным последствиям для системы права – чрезмерное увеличение роли государства и, соответственно, ограничение автономии воли.

Думаю, платой за автономию воли должно быть понимание участников гражданского оборота, что именно от них зависит защита и исполнение их прав и они должны быть последовательны в этом вопросе.

მხარეების ნების ავტონომიის რეალიზაცია აზერბაიჯანის რესპუბლიკის კანონმდებლობაში

ცნობილია, რომ მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპი ფართოდ გავრცელდა საერთაშორისო პრაქტიკაში, რადგან ხელშეკრულებაში შეუძლებელია ყველა იმ სიტუაციის გათვალისწინება, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას მისი შესრულების პროცესში. დიდი ქვეყნების კანონმდებლობაში მხარეების ნების ავტონომია ჩვეულებრივ აღიარებულია. თუმცა მხარეების ნების ავტონომიის საზღვრების ხვადასხვა სახელმწიფოს კანონმდებლობაში გაგებულია სხვადასხვანაირად. ზოგიერთ ქვეყანაში ის არაფრითაა შეზღუდული, უფრო სწორად, მხარეებს შეუძლიათ, მათ მიერ დადებული გარიგებები დაუქვემდებარონ ნებისმიერ სამართლებრივ სისტემას. სხვა ქვეყნებში მოქმედებს შეზღუდვის პრინციპი: მხარეებს შეუძლიათ, თავისუფლად აირჩიონ მხოლოდ ის სამართალი, რომელიც დაკავშირებული იქნება მოცემულ გარიგებასთან.

მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპი აგრეთვე გათვალისწინებულია რიგ სხვა უნივერსალურ და რეგიონულ საერთაშორისო შეთანხმებაში. ესენია: ჰააგის კონვენცია საქონლის საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვისათვის გამოყენებადი სამართლის შესახებ, 1955 წ., ჰააგის კონვენცია სააგენტო მომსახურების შესახებ შეთანხმებისთვის გამოყენებადი სამართლის შესახებ, 1978 წ., ჰააგის კონვენცია საქონლის საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვისათვის გამოყენებადი სამართლის შესახებ, 1986 წ., ვენის კონვენცია საერთაშორისო ხელშეკრულებებისათვის გამოყენებადი სამართლის შესახებ, 1980 წ., ბუსტამანტეს კოდექსი 1928 წ., ამერიკათშორისი კონვენცია საერთაშორისო ხელშეკრულებებისათვის გამოყენებადი სამართლის შესახებ, 1994 წ. და სხვ. ეს პრინციპი აგრეთვე გათვალისწინებულია დსთ-ის ქვეყნებს შორის დადებულ შეთანხმებებში: მინსკის კონვენციაში 1993 წ. (მ.41), კიშინიოვის კონვენციაში 2002 წ. (მ.44), კიევის შეთანხმებაში 1992 წ. (მ.11), ასევე სამართლებრივი დახმარების ორმხრივ შეთანხმებებში. ასევე საჭიროა აღინიშნოს, რომ საერთაშორისო პრაქტიკაში გაძლიერდა ტენდენცია ნების ავტონომიის პრინციპის გამოყენების საფუძველზე მხარეების მიერ არა რომელიმე კონკრეტული სამართლებრივი სისტემის (ეროვნული სამართლის ნორმები, რომლებიც ხშირად არ ითვალისწინებს საერთაშორისო სავაჭრო გარიგებების სპეციფიკას) არჩევს, არამედ მითითება „სამართლის საყოველთაოდ მიღებულ ნორმებსა და პრინციპებსზე“ ან „საერთაშორისო ვაჭრობის სამართალზე“. საკმაოდ ხშირად პრაქტიკაში გამოიყენება აგრეთვე მითითება ე.წ. *lex mercatoria*-ზე.

აზერბაიჯანის რესპუბლიკის კანონმდებლობაში ნების ავტონომიის პრინციპის შინაარსი განიხილება მატერიალურსამართლებრივი, კოლიზიურსამართლებრივი და პროცესუალურსამართლებრივი ასპექტების თვალსაზრისით. მატერიალურსამართლებრივი ასპექტი ნიშნავს იმას, რომ კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის მხარეები დამოუკიდებლად განსაზღვრავენ მათი ურთიერთობების კონკრეტულ პირობებს. ეს ასპექტი დაკავშირებულია სამართლებრივი ურთიერთობების სხვადასხვა სფეროსთან - ხელშეკრულებების დადება, საქორწინო ურთიერთობების განსაზღვრა, მემკვიდრეობის მიღებადა ა.შ.

კოლიზიურსამართლებრივი ასპექტი და მახასიათებელია საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ურთიერთობებისათვის. ამ ასპექტში მხარეები უფლებამოსილნი არიან, განსაზღვრონ თავიანთი ურთიერთობების სამართლებრივი ჩარჩოები.

პროცესუალურსამართლებრივი ასპექტი გამოსახავს მხარეების ნების ავტონომიას მათ შორის დავების გადაჭრაში.

საჭიროა აღინიშნოს, რომ ამჟამადაც ცალკეული სახელმწიფოს კანონი ნების ავტონომიას ითვალისწინებს, როგორც უცხოური სამართლის გამოყენების ცალკე საფუძველს. მაგალითის სახით შეიძლება მოვიყვანოთ საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ აზერბაიჯანის რესპუბლიკის კანონის (6 ივნისი, 2000 წ.) მუხლი 1.2. ამ მუხლის თანახმად, უცხოურ ელემენტებ-

* ტურგაი ჰუსეინოვი არის ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის საერთაშორისო, კერძო და ევროპული სამართლის კათედრის დოცენტი.

თან გამოყენებადი სამართალი განისაზღვრება ასევე მხარეების ნებით. ამასთან, კანონმდებელია მტკიცებს, რომ მხარეების ნების გამოვლენა მკაფიოდ უნდა იყოს გამოხატული ან ასეთი თანხმობა უნდა გამომდინარეობდეს უშუალოდ თავად ხელშეკრულების პირობებიდან. უცხო სახელმწიფოს სამართლის გამოყენების შეზღუდვა შეუძლებელია მხოლოდ მათი ზოგადსამართლებრივი ხასიათიდან გამომდინარე.

მოცემული კანონის 24-ე მუხლი უშუალოდ ეხება მხარეების მიერ გამოყენებადი სამართლის არჩევის უფლებას. ასე რომ, ხელშეკრულების მხარეებს აქვთ უფლება, აირჩიონ სამართალი, რომელიც გავრცელდება უშუალოდ ხელშეკრულების პირობებზე.

მხარეებს შეუძლიათ, აირჩიონ სამართალი, რომელიც გავრცელდება როგორც მთლიან ხელშეკრულებაზე, ისე მის ცალკეულ ნაწილებზე.

მითითებული ნორმის თანახმად, მხარეებს შეუძლიათ, ამოირჩიონ გამოყენებადი სამართალი როგორც ხელშეკრულების დადებისას, ისე მას შემდეგ; ასევე, შეცვალონ გამოყენებადი სამართალი.

ამას გარდა, კანონმდებელი კრძალავს ისეთი სამართლის არჩევას, რომელსაც შეუძლია სახელმწიფოს იმპერატიული ნორმის გამოყენებლობამდე მიყვანა.

აქ უნდა აღვნიშნოთ, რომ აზერბაიჯანის რესპუბლიკის კანონმდებლობაში ეს მუხლი თითქოს ავიწროებს საერთო დებულებებს ნების ავტონომიის პრინციპთან დაკავშირებით, რომელიც განიხილება, როგორც გამოყენებადი სამართლის არჩევის საფუძველი. თუმცა მსგავსი დებულება ეწინააღმდეგება დამკვიდრებულ სახელშეკრულებო პრაქტიკას, კერძოდ, აზერბაიჯანის რესპუბლიკის მიერ დადებულ სანავთობო ხელშეკრულებების შინაარსს. ამ ხელშეკრულებებში, როგორც წესი, მიეთითება სახელმწიფოების სამართლებრივი სისტემებისთვის დამახასიათებელ ზოგად პრინციპებზე, მათ შორის, სახელშეკრულებო მოვალეობების კეთილსინდისიერი შესრულების პრინციპზე.

მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპი ასევე წარმოადგენს საარბიტრაჟო განხილვის ფუნქციონირების საფუძვლებს.

მართლაც, საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ აზერბაიჯანის რესპუბლიკის კანონის 28-ე მუხლში განმტკიცებულია, რომ საარბიტრაჟო სასამართლო დავას გადაჭრის სამართლის იმ ნორმებით, რომლებიც არჩეულ იქნა მხარეების მიერ, როგორც დავის შინაარსის მიმართ გამოყენებადი სამართალი.

ვეხებით რა მითითებული პრინციპის პროცესუალურ რეალიზაციას, გვსურს, ასევე ყურადღება მივაქციოთ აზერბაიჯანის რესპუბლიკის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 28-ე და 29-ე მუხლებს. მართლაც, მოცემული მუხლები უშვებენ მხარეების შეთანხმების შესაძლებლობას საქმის განსჯადობის განსაზღვრასა და ნაფიცმსაჯულთა სასამართლოსთვის გადაცემაზე.

უმეტესი ქვეყნების კანონმდებლობაში გათვალისწინებულია შეუზღუდავი ნების ავტონომია საქორწინო ხელშეკრულების შინაარსთან დაკავშირებით. ერთადერთი შეზღუდვაა-საქორწინო ხელშეკრულების დებულებების შესაბამისობა სახელმწიფოს საზოგადოებრივ წესრიგთან. ასეთი დებულება დამკვიდრებულია აზერბაიჯანის რესპუბლიკის საოჯახო კოდექსის 157-ე მუხლში. ამავე დროს, აზერბაიჯანის რესპუბლიკის საოჯახო კოდექსის 151.2 მუხლის თანახმად, თუ მეუღლეებს არ გააჩნიათ საერთო მოქალაქეობა ან საერთო საცხოვრებელი ადგილი, ისინი თვითონ ირჩევენ ალიმენტების დაკავების შეთანხმებებზე ან საქორწინო ხელშეკრულებაზე გამოყენებად კანონმდებლობას.

ხელმძღვანელობენ რა მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპით, რიგ ქვეყნებში (პოლონეთი, იტალია, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკა და სხვ.) მხარეებს შეუძლიათ, შრომითსამართლებრივი ურთიერთობანი დაუქვემდებარონ მათ მიერ არჩეულ კანონს. თუმცა აზერბაიჯანის რესპუბლიკის შრომითი კანონმდებლობის თანახმად, თუ ადგილი აქვს უცხოური ელემენტით გართულებულ შრომით ურთიერთობებს, მათი რეგულირებისთვის უნდა გამოვიყენოთ აზერბაიჯანული სამართალი. მოცემული პრინციპი დამკვიდრებულია აზერბაიჯანის რესპუბლიკის შრომის კოდექსის მე-13 მუხლში. მნიშვნელოვანია შევნიშნოთ, რომ მე-6 მუხლის თანახმად, შრომის კოდექსის დებულება არ ვრცელდება უცხოელებზე, რომლებიც მუშაობენ აზერბაიჯანში შრომითი ხელშეკრულებების საფუძველზე, თუ ხელშეკრულებები დადებულია საზღვარგარეთ და მათი

სამართლის შესაბამისად. უფროს წორად, კოლიზიურ დანაწესად მოქმედებს სამუშაო ადგილის პრინციპი (lex loci laboris).

მხარეების შეთანხმების თანახმად, უცხოური სამართლის გამოყენების შესაძლებლობა ასევე დაიშვება აზერბაიჯანის რესპუბლიკის სავაჭრო ზღვოსნობის კოდექსით. მართლაც, 324-ე მუხლის თანახმად, ამ კოდექსში მითითებული ხელშეკრულებების მხარეებს შეუძლიათ, განსაზღვრონ მათი უფლებებისა და მოვალობებისადმი გამოყენებადი სამართალი.

Реализация автономии воли сторон в законодательстве Азербайджанской Республики

Как известно, принцип автономии воли сторон получил широкое распространение в международной практике, поскольку ни в одном договоре невозможно предусмотреть все ситуации, которые могут возникнуть в ходе его исполнения. Так в законодательстве большинства государств автономия воли сторон обычно признается. Хотя допустимые пределы автономии воли сторон понимаются в законодательствах государств по-разному. В одних странах она ничем не ограничивается, то есть стороны, заключив сделку, могут подчинить ее любой правовой системе. В других странах действует принцип ограничения: стороны могут свободно избрать право, но только такое, какое связано с данной сделкой.

Принцип автономии воли сторон предусмотрен и в ряде других универсальных и региональных международных соглашений. К ним относятся Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров 1955 года, Гагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям 1978 года, Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 года, Венская конвенция о праве, применимом к международным контрактам 1980 года, Кодекс Бустаманте 1928 года, Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам 1994 года и другие. Этот принцип предусмотрен и в соглашениях, заключенных между странами СНГ: в Минской конвенции 1993 г. (ст. 41), в Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 44), в Киевском соглашении 1992 г. (ст. И), а также в двусторонних соглашениях о правовой помощи. Следует также отметить, что в международной практике усилилась тенденция выбора сторонами на основе применения принципа автономии воли не какой-то конкретной правовой системы (норм национального права, которые часто не учитывают специфику международных торговых сделок), а отсылки к «общепринятым принципам и нормам права», либо «к праву международной торговли». Довольно часто на практике используется и отсылка к так называемому *lex mercatoria*.

Содержание принципа автономии воли в законодательстве Азербайджанской Республики рассматривается с материально-правовой, коллизионно-правовой и процессуально-правовой точки зрения. Материально-правовой аспект заключается в том, что стороны частного-правового отношения самостоятельно определяют конкретные условия их отношений. Этот аспект связан с различными сферами правоотношений - заключением контрактов, определением брачных отношений, наследованием и т. д.

Коллизионно-правовой аспект характерен для регулирования международных частных правоотношений. В этом аспекте стороны вправе определить правовые рамки, которые будут применяться к их отношениям.

Процессуально-правовой аспект выражает автономию воли сторон в разрешении споров между ними.

Следует отметить, что и в настоящее время законы некоторых государств предусматривают автономию воли отдельным основанием применения иностранного права. В качестве примера можно привести статью 1.2 Закона о международном частном праве Азербайджана от 6 июня 2000 г. Так, согласно данной статье, право, применяемое к отношениям с иностранным элементом определяется также и по воле сторон. Законодатель при этом закрепляет, что волеизъявление сторон должно быть четко выражено или такое согласие должно вытекать непосредственно из условий самого договора. Ограничение применения права иностранного государства не возможно только исходя из их общеправового характера.

* Тургай Гусейнов является доцентом кафедры международного частного и европейского права Бакинского государственного университета.

А статья 24 данного закона посвящена непосредственно праву выбора сторонами применимого права. Так, стороны договора вправе выбрать право, которое будет непосредственно распространяться на условия договора.

Стороны могут выбирать право, распространяемое как в целом на договор, также и на отдельные его части.

Согласно указанной норме стороны могут выбирать применяемое право как при заключении договора, так и после этого, а также поменять применимое право.

Кроме того, законодатель запрещает выбор права, которое может привести к неприменению императивной нормы государства.

Здесь следовало бы заметить, что данная статья как бы сужает общие положения в законодательстве Азербайджанской Республики относительно принципа автономии воли, рассматриваемой как основание для выбора применимого права. Хотя подобное положение идет в разрез с устоявшейся договорной практикой, в частности касательно содержания нефтяных контрактов, заключенных Азербайджанской Республикой. В данных контрактах как правило идет ссылка на общие принципы, характерные для правовых систем государств, в том числе на принцип добросовестного выполнения договорных обязательств.

Принцип автономии воли сторон является также одним из основополагающих начал арбитражного разбирательства.

Так в статье 28 Закона АР «О международном коммерческом арбитраже» закреплено, что арбитражный суд решает спор по тем нормам права, который был выбран сторонами как применимое права к содержанию спора.

Касаясь реализации указанного принципа в процессуальном порядке хотелось бы обратить внимание также на статьи 28 и 29 ГПК АР. Данные статьи допускают возможность соглашения сторон при определении подсудности и и передачи дела суду присяжных.

В законодательстве большинства стран предусмотрена неограниченная автономия воли относительно содержания брачного контракта. Единственное ограничение – соответствие положений брачного контракта публичному порядку государства. Такое положение закреплено и в статье 157 Семейного Кодекса АР. В тоже время согласно статье 151.2 Семейного кодекса АР, если супруги не имеют общего гражданства или совместного места проживания, они сами выбирают применимое законодательство в соглашениях об удержании алиментов или брачном контракте.

Руководствуясь принципом автономии воли сторон в ряде стран (Польша, Италия, ФРГ и др.) стороны могут подчинить трудовые правоотношения выбранному им закону. Однако согласно трудовому законодательству АР, если имеют место трудовые отношения, осложненные иностранным элементом, к их регулированию должно применяться азербайджанское право. Данный принцип закрепляется в статье 13 Трудового Кодекса АР. Важно заметить, что согласно статье 6 положения ТК не распространяются на иностранцев, осуществляющих трудовую деятельность в Азербайджане на основании трудовых контрактов, заключенных за границей и согласно их праву. То есть, коллизионным предписанием служит принцип закона места работы (*lex loci laboris*).

Возможность применения иностранного права согласно соглашению сторон допускается также в Кодексе Торгового мореплавания АР. Так, согласно статье 324, стороны указанных в данном кодексе договоров могут определить право, применяемое к их правам и обязанностям.

ხელშეკრულებისთვის გამოყენებადი სამართლის არჩევა უკრაინისა და ევროკავშირის კანონმდებლობის შესაბამისად

I. ხელშეკრულებისთვის გამოყენებადი სამართლის არჩევა უკრაინის კანონმდებლობის შესაბამისად

ა) სამართლისა და ნების ავტონომიის არჩევა

უცხოური ელემენტით კერძოსამართლებრივი დავების უმრავლესობისთვის აუცილებელი საკითხია სამართლებრივი ურთიერთობების შინაარსისადმი გამოყენებადი სამართლის არჩევა, რაც საშუალებას იძლევა, გადაიჭრას კონფლიქტი საერთაშორისო კერძო ურთიერთობების რეგულირებაზე პრეტენზიის მქონე რამდენიმე კონკურირებად მართლწესრიგს შორის.

სახელშეკრულებო მოვალეობებთან დაკავშირებით სამართლის განსაზღვრის უფლებამოსილება წარმოადგენს მხარეების სუბიექტური უფლების აღიარებას, ხოლო, დადებითი სამართლებრივი წესრიგის თვალსაზრისით, ნების ავტონომია წარმოადგენს პრიორიტეტულ საბამსს, უცხოური ელემენტით სახელშეკრულებო ურთიერთობების რეგულირებისას გამოყენებადი სამართლის განსაზღვრისათვის¹.

ხელშეკრულების შინაარსის მიმართ სამართლის განსაზღვრისათვის უკრაინის სამართალში ამოქმედებულია კოლიზიური სამართლის ძირითადი სანქსიები-ნების ავტონომია და უფრო მეტად მჭიდრო კავშირი („საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ უკრაინის კანონის მუხლები 4, 5, 32, 43, 44. (შემდგომში – უკრაინის კანონის კს-ის შესახებ))².

უნდა აღინიშნოს, რომ ქვეყნის სამართლით, რომელიც ამ პრინციპების საფუძველზე გამოიყენება, მოცულია არა მხოლოდ ხელშეკრულების მხარეების უფლებები და მოვალეობები, არამედ ნამდვილობაც და განმარტების საკითხებიც, ხელშეკრულების ბათილობის სამართლებრივი შედეგებიც.

ხელშეკრულების სტატუტი ზემოთ ჩამოთვლილ საკითხებთან ერთად მოიცავს ასევე ხელშეკრულების შესრულებისა და ხელშეკრულების შეუსრულებლობის ან არასათანადოდ შესრულების შედეგების (შესრულების მეთოდებისა და პროცედურების, ასევე იმ ღონისძიებების შესახებ, რომლებიც უნდა გატარდეს ხელშეკრულების არასათანადოდ შესრულებისას, ცალკეულ სადავო სიტუაციაში შესაძლოა იმ ქვეყნის სამართლის გამოყენება, რომელშიც ხორციელდება შესრულება); ხელშეკრულების შეწყვეტის; ხელშეკრულების მიხედვით მოთხოვნის უფლების დათმობასა და ვალის გადაკისრების საკითხებს³.

გამოყენებადი სამართლის არჩევანი დაფუძნებულია ნების ავტონომიის პრინციპზე, რომელიც ითვლება საყოველთაოდ აღიარებულ ფუძემდებლურ პრინციპად სახელშეკრულებო მოვალეობებისათვის და ერთ-ერთ ქვაკუთხედად კოლიზიური ნორმების სისტემისათვის საერთაშორისო კერძო სამართლის სფეროში.

ნების ავტონომია საერთაშორისო კერძო სამართალში საყოველთაოდ არის აღიარებული

* რომან მაიდანიკი – იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი, ტარას შევჩენკოს სახელობის კიევის ნაციონალური უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრის გამგე

¹ იხ.: *Бендєвский Т.* Международное частное право: учебник / *Т. Бендєвский*; пер. с македон.. – М.: Статут, 2005 – (446 с.). – С.312; *Діковська І. А.* Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія / *І. А. Діковська*. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 177–179.

² Закон України «О международном частном праве» от 23 июня 2005 г. №2709-IV (Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР), 2005, № 32, ст. 422).

³ Міжнародне приватне право: підручник / за ред. *А. С. Довгєрта і В. І. Кисіля*. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С.430.

ვალდებულებით სამართალთან მიმართებით: მხარეებს თვითონ შეუძლიათ, აირჩიონ გამოყენებადი სამართალი და, ასე ვთქვათ, ეს არჩევანი მოიცავს არჩეული სისტემის იმპერატიულ გამოყენებას და გამორიცხავს „არარჩეული“ სამართლის სისტემის გამოყენებას⁴.

ნების ავტონომიის პრინციპი აგრძელებს ახალი სფეროების ათვისებას, რაც აისახება სახელშეკრულებო მოვალეობების საზღვრებს გარეთ მის გავრცელებაში

ნათელია, რომ მითითებული ტენდენცია ასახავს ინდივიდუალური თავისუფლების დასავლურ კონცეფციას და პრინციპს – «in dubio pro libertate» (ეჭვის შემთხვევაში—მოქალაქის მოქმედების თავისუფლების სასარგებლოდ). მერე, პირიქით, შეინიშნება გაზრდილი ინტერესი პეციალური შეზღუდვებისადმი და „სამართლის არჩევის“ გამოვლინებებისადმი⁵.

საერთაშორისო კერძო სამართალს ნების ავტონომიის პრინციპი ორნაირად ესმის⁶. პირველი, ნების ავტონომია განიხილება, როგორც ინდივიდების ბუნებრივი უნარი, თავად აირჩიონ გამოყენებადი სამართალი, ნებისმიერი სამართლებრივი სისტემისაგან დამოუკიდებლად. მეორე, მასში შეიძლება დავინახოთ ინდივიდების უნარი, შექმნან ვალდებულებები თავიანთთვის და (ან) სხვებისთვის, შესაბამისი საერთაშორისო კერძო სამართლის სისტემის პარამეტრების გათვალისწინებით. თუ მოცემული მართლწესრიგი საშუალებას აძლევს ინდივიდებს, სამართლის არჩევის გზით დაუქვემდებარონ თავიანთი თავი სხვა სამართლებრივ სისტემას, მაშინ შეიძლება საუბარი ნების ავტონომიაზე. ლიტერატურაში პირველი აპრიორული გაგება დახასიათებულია, როგორც „პირველადი“ (primary connection), ხოლო მეორე-როგორც მეორეული თვისებების მატარებელი⁷.

ძირითადი განსხვავება ორ მიდგომას შორის არის ის, რომ ნების ავტონომიის დერივაციული გაგება გულისხმობს პოზიტიური სამართლის რეჟიმის არსებობას, რომელიც წესდება ცალკე და, შესაბამისად, არ შეუძლია ასახოს ინდივიდის სუბიექტური განზრახვები.

გამოყენებადი სამართლის განმსაზღვრელი ნორმები ეხება მხოლოდ ამ ქვეყნის სასამართლოებსა და სააგენტოებს. რამდენადაც მოსარჩელე უფლებამოსილია, აირჩიოს სხვადასხვა ქვეყანაში მისთვის ხელმისაწვდომი სხვადასხვა იურისდიქციის მქონე სასამართლოები, საბოლოოდ, მხოლოდ მისი სურვილი იქნება განმსაზღვრელი, გამოიყენება თუ არა საერთაშორისო კერძო სამართლის რეჟიმი, რომელიც ცნობს ნების ავტონომიას.

მხარეების ნების ავტონომიის აპრიორული კონცეფცია გამოდის ბუნებრივი თავისუფლების „მეტასამართლებრივი“ მოსაზრებებიდან, რომლებიც ახასიათებს ზოგად პრინციპს; ეს უკანასკნელი ასრულებს ორიენტირის ფუნქციას როგორც კანონმდებლისთვის, ისე სასამართლოებისათვის⁸.

სამართლის არჩევასთან დაკავშირებით ორი მომლაპარაკებელი მხარის ნებას კონკრეტული სამართლებრივი რეჟიმისაგან დამოუკიდებლად უნდა ჰქონდეს სავალდებულო ძალა, როგორც შედეგს ინდივიდის ბუნებრივი ნებისა, მისივე უფლებასთან შეთავსებით მოახდინოს ამ ძალის რეალიზაცია, მისთვის ჩვეული შინაგანი თავისუფლებით. ჯ. ლოკის თანახმად, ეს უკანასკნელი ასახავს ბუნებრივ მდგომარეობას, რომელშიც იმყოფებიან ადამიანები – სრული თავისუფლება მათ მოქმედებასა და საკუთარი ქონების განკარგვასთან დაკავშირებით... ბუნების კანონების საზღვრებში სხვისგან ნებართვის გამოთხოვის გარეშე და დამოუკიდებლად ვისიმე ნებისაგან. ეს ასევე თანასწორობის მდგომარეობა⁹.

⁴ Flessner A. Interessenjurisprudenz im IPR. Tuebingen, 1990. – S. 97.

⁵ იხ.: Leible St. Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknuepfungsprinzip oder Verlegenheitsloesung? // Festschrift fuer Erik Jayme. Vol. 1. Muenchen, 2004. – S. 485–503; Базедов Юрген, Право открытых обществ – частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права = The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law / Юрген Базедов; пер. с англ. Ю. М. Юмашева. – М.: Норма, 2016. – (384 с.). – С. 116.

⁶ Базедов Юрген, იქვე, С. 124.

⁷ იხ.: Frankenstein E. Internationales Privatrecht. Vol. 2. Berlin, 1929. S. 159, 162; Batiffol H., Aspect philosophiques du droit international prive. P., 2002. P. 65, 70.

⁸ Базедов Юрген, Право открытых обществ – частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права = The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law / Юрген Базедов; пер. с англ. Ю. М. Юмашева. – М.: Норма, 2016. – (384 с.). – С. 125, 126.

⁹ Локк Дж. Соч.: в 3 т. М., 1988. – Т. 3. – С. 152.

ნების ავტონომიის ინსტიტუტი უკრაინის საერთაშორისო კერძო სამართალში მოწოდებულია გადანაცვით კანონების კოლიზია მხარეების მიერ განსაზღვრულ სამართლებრივ ურთიერთობებში გამოყენებადი სამართლის არჩევის გზით და ასეთი არჩევანის განხორციელების შემთხვევებისა და პირობების დადგენით, საზოგადოებრივი წესრიგის შესახებ ეროვნული კანონმდებლობის ნორმების გათვალისწინებით და ა.შ.¹

დებულებები ნების ავტონომიის შესახებ იყოფა კოლიზიურ და მატერიალურ დებულებებად.

ნების ავტონომია, როგორც კოლიზიური საბამის ფორმულა, ითვალისწინებს, რომ კანონით დადგენილ შემთხვევებში, უცხოური ელემენტით კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეებს (მონაწილეს) შეუძლიათ, დამოუკიდებლად განახორციელონ სამართლის არჩევანი, რომელიც ქვემდებარე იქნება ასეთი ურთიერთობების შინაარსის მიმართ გამოსაყენებლად (*lex voluntatis*).

თანამედროვე სამართალში მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპი ცნობილია უმრავლესი ქვეყნის სამართლისათვის და ასახულია ბევრ საერთაშორისო დოკუმენტში.

მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპი აისახა რომის კონვენციის მე-3 მუხლში, ხოლო ცოტა მოგვიანებით „რომი I“-ის რეგლამენტის მე-3 სტატიამ და სხვა საერთაშორისო დოკუმენტებში. მაგალითად, კონვენცია საქონლის საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვის (მუხლი 7) ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებადი სამართლის შესახებ, ამერიკათშორისი კონვენცია და სხვა.

2012 წლის ნოემბერში, საერთაშორისო კერძო სამართლის ჰააგის კონფერენციის, საერთაშორისო ხელშეკრულებებში სამართლის არჩევის სპეციალურმა კომისიამ მიიღო ჰააგის პრინციპების პროექტი საერთაშორისო ხელშეკრულებებში სამართლის არჩევის შესახებ.

ამ დოკუმენტის პრეამბულის თანახმად, ის ადგენს საერთო პრინციპებს, რომლებიც ეხება სამართლის არჩევას საერთაშორისო კომერციულ ხელშეკრულებებში.

პრინციპები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს, როგორც მოდელები ნაციონალური, რეგიონული ან საერთაშორისო ზენაციონალური დოკუმენტებისთვის; ასევე საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმების ინტერპრეტაციის, დამატების ან განვითარებისთვის.

მათი გამოყენება შეუძლიათ როგორც სახელმწიფო სასამართლოებს, ისე არბიტრაჟებს.

ნების ავტონომიისა და სამართლის არჩევის საერთო წესები და გამოყენების კრიტერიუმები გათვალისწინებულია სკს-ის შესახებ კანონის მე-4 და მე-5 მუხლებით.

სკს-ის შესახებ კანონის მე-4 მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, უცხოური ელემენტით კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში გამოყენებისათვის ქვემდებარე სამართალი განისაზღვრება ამ კანონის კოლიზიური ნორმებისა და კოლიზიური სამართლის დებულებების, სხვა კანონების, უკრაინის მიერ დადებული საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესაბამისად.

ნების ავტონომიის პრინციპის თანამედროვე ნორმატიული დამტკიცება მოცემულია სკს-ის შესახებ კანონის მე-5 მუხლში. კანონის მითითებული ნორმის პირველი ნაწილი ითვალისწინებს, რომ კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში, სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილეებს (მონაწილეს) შეუძლიათ დამოუკიდებლად განახორციელონ სამართლის არჩევა, რომელიც გამოყენებადი იქნება სამართლებრივი ურთიერთობების შინაარსის მიმართ².

გამოყენებადი სამართლის არჩევის სამართლებრივ რეგულირებას, გათვალისწინებულს სკს-ის შესახებ უკრაინის კანონით, შეთვისებული აქვს საერთაშორისო სახელშეკრულებო ვალდებულებებთან მიმართებით გამოყენებადი სამართლის შესახებ 1980 წლის რომის კონვენციის ძირითადი დებულებები, საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებებთან მიმართებით გამოყენებისათვის ქვემდებარე 1986 წლის ჰააგის კონვენციის ძირითადი დებულებები, საერთაშორისო სამართლებრივი ხასიათის სხვა აქტების ძირითადი დებულებები და კოდიფიკაციის გამოცდილება სკს-ის სფეროში.

ბ) სამართლის არჩევის ფორმა

სკს-ის შესახებ კანონის მე-5 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, სამართლის არჩევანი, რომელიც დამოუკიდებლად ხორციელდება მონაწილეების მიერ, უნდა იყოს ნათლად ჩამოყალიბებული

¹ Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. — 2-ге видання. — К.: Алерта, 2014. — (656 с.). — С.148.

² Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 № 2709-IV, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 32, ст. 422 — стаття 5.

ან პირდაპირ გამომდინარეობდეს გარიგების მხარეების ქმედებებიდან, გარიგების პირობებიდან ან საქმის გარემოებებიდან, რომლებიც განიხილება ერთობლიობაში, თუ სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული კანონით.

თუ სამართლის არჩევანი შეეხება მხოლოდ გარიგების ნაწილს, სკს-ის შესახებ კანონის მე-5 მუხლის მე-4 ნაწილის შესაბამისად, ის ნათლად უნდა იყოს გამოთქმული.

სამართლის შესახებ მხარეების ნების „ნათლად გამოთქმის“ თაობაზე მიუთითებენ განსაზღვრული ფორმულირებები ხელშეკრულებაში ან სხვა დოკუმენტში, რომელზეც ახდენს გადამისამართებას ხელშეკრულება; ისინი ხასიათდებიან იმით, რომ პირდაპირ მიუთითებენ გარკვეული ქვეყნის სამართალზე, როგორც გამოყენებადზე მთლიანად ხელშეკრულების ან მის ცალკეული ნაწილის მიმართ.

ხშირად მხარეები, რომელთაც სურთ, გამოირიცხონ გარკვეული ქვეყნის სამართლის კოლიზიური ნორმების მოქმედება, აკონკრეტებენ, რომ ხელშეკრულება რეგულირდება მატერიალური სამართლით...³.

ასეთი პირობების მაგალითებად შეიძლება მოვიყვანოთ: „ხელშეკრულება დაქვემდებარებულია მატერიალურ სამართალს...“, „ყველა საკითხი, რომლებიც არ რეგულირდება წარმოდგენილი ხელშეკრულებით, წარმოქმნილი მისგან ან მასთან დაკავშირებით, რეგულირდება მატერიალური სამართლით...“.

ევროპული დოქტრინა და სასამართლო პრაქტიკა ამოდის იქიდან, რომ სამართლის არჩევა არის ნათლად გამოთქმული იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც მხარეები ხელშეკრულებაში არ მიუთითებენ კონკრეტული მხარის სამართალს, არამედ აღნიშნავენ ასეთი სამართლის დადგენის საერთო პრინციპს⁴.

აღნიშნული მიდგომა მხარდაჭერილ იქნა ლორდთა პალატის მიერ საქმესთან – „Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Maritime S. A.“ დაკავშირებით, რომლის ხელშეკრულებაშიც გადამისამართება მისთვის გამოყენებადი სამართლის არჩევის სტანდარტულ პირობებზე, როგორც „იმ სახელმწიფოს სამართალზე, რომლის დროშითაც ცურავს გემი“, შეფასდა, როგორც ფრანგულ სამართალზე ნათლად გამოხატული არჩევანი⁵.

უფრო რთულია იმ სამართლის არჩევის საკითხი, რომელიც ნათლად არ არის გამოხატული, მაგრამ გამომდინარეობს გარკვეული ფაქტორებიდან, როგორც ეს მითითებულია სკს-ის შესახებ კანონის მე-5 მუხლის მე-2 ნაწილში.

ამ შემთხვევაში, სამართლის არჩევის არსებობის შესახებ შეიძლება ვამტკიცოთ მხოლოდ მაშინ, როდესაც ნათელია, რომ ეს არის მხარეების მიერ გაკეთებული ნამდვილი არჩევანი⁶.

სკს-ის შესახებ კანონის მე-5 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, ასეთ ფაქტორებს წარმოადგენენ: 1) ხელშეკრულების მხარეების მოქმედება; 2) ხელშეკრულების პირობები; 3) საქმის გარემოებები.

მნიშვნელოვანია ასევე ის, რომ სამართლის ირიბი არჩევანის შესახებ დასკვნის გასაკეთებლად, მითითებული ფაქტორები უნდა განიხილებოდეს ერთობლიობაში.

საჭიროა იმის გათვალისწინებაც, რომ სხვა ქვეყნების კანონმდებლობა რამდენადმე სხვაგვარად განსაზღვრავს იმ ფაქტორებს, რომლებიც გამოყენებადი სამართლის ირიბი არჩევანის დადგენის საშუალებას იძლევიან. ასე მაგალითად, თავის დროზე, რომის კონვენციის⁷ მე-3 მუხლის 1-ლი ნაწილი მათ მიაკუთვნებდა: 1) ხელშეკრულების პირობებს; 2) საქმის გარემოებებს. ასეთი მიდგომა ასახულია „რომი 1“⁸-ის რეგლამენტის მე-3 მუხლის 1-ლ ნაწილში.

³ Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія / І. А. Діковська. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 181.

⁴ იხ. : Merret L. Conflict of Laws Lectures / L. Merret. – Trinity College. – 2012. – (24 p.). – С. 3; Диковская И. А. დასახ. ნაშრომი – С. 181.

⁵ Companie Tunisienne de Navigation, S Av. Companie d'Armement Maritime S. A. [Електронний ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступу: http://www.i-law.com/browse_lawreports.htm?volume=2&year=970&name=Lloyd'sLawReports.

⁶ Carlquist H. Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration / H. Carlquist; School of Business, Economics and Law. – Master Thesis GOETEBORG UNIVERSITY, 2006. – (45 p.). – P. 14.

⁷ Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, подписанная в Риме 19 июня 1980 г.

⁸ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I») от 17 июня 2008 г.

მოხსენება (რომის კონვენციამდე) ასეთ ფაქტორებს მიაკუთვნებს ხელშეკრულების დადებისას სტანდარტული ფორმის გამოყენებას, რომლის შესახებაც ცნობილია, რომ ის ექვემდებარება განსაზღვრულ სამართალს, თუმცა მასში არ არის ამაზე პირდაპირი მითითება. მაგალითად მოყვანილია საზღვაო დაზღვევაზე ლოიდის პოლისური ფორმა.

სხვა შემთხვევებში, ასეთი ფაქტორი შეიძლება იყოს ხელშეკრულების მხარეებს შორის წინა საქმიანი ურთიერთობების მიმდინარეობა. მაგალითად, მხარეებს შორის ადრე დადებულ ხელშეკრულებებში შეიძლება ყოფილიყო სამართლის არჩევანი, თუმცა, რაღაც მიზეზების გამო, მომდევნო ხელშეკრულება არ შეიცავს ასეთ პირობას.

თუ დადგინდება, რომ მხარეებს წინასწარ განზრახვით არ გამოუტოვებიათ ეს პირობა და ისინი არ აპირებდნენ ამ საკითხის გადაწყვეტის შეცვლას, გვაქვს ყველა საფუძველი, დავასკვნათ, რომ მათ აირჩიეს წინა ხელშეკრულებებში მითითებული სამართალი.

ამა თუ იმ ფორუმის არჩევა ასევე შეიძლება იყოს ფაქტორი სამართლის განხორციელებული არჩევნის სასარგებლოდ.

ამასთან ერთად, მოხსენება გვაფრთხილებს, რომ ის ყოველთვის უნდა შეფასდეს ხელშეკრულების სხვა პირობებსა და საქმის გარემოებებთან ერთობლიობაში.

ხელშეკრულებაში ამა თუ იმ სახელმწიფოს ნორმებზე მითითება ასევე შეიძლება აჩვენებდეს სამართლის ირიბ არჩევანს (მოხსენებაში მაგალითად მოყვანილია მითითებები საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსზე, რომელსაც მივყავართ დასკვნამდე ფრანგული სამართლის არჩევის შესახებ).

სხვა გარემოებებს, რომელთაც შეუძლიათ, გვიხიბონ სამართლის ირიბად არჩევის შესახებ დასკვნისაკენ, მოხსენება მიაკუთვნებს სიმავე მხარეების მიერ ერთმანეთთან დადებულ ხელშეკრულებებს, რომლებიც დაკავშირებულნი არიან ამ ხელშეკრულებასთან; არბიტრაჟის ჩატარების ადგილის არჩევანს, იმ პირობით, რომ არბიტრმა უნდა გამოიყენოს არბიტრაჟის ჩატარების ადგილის სამართალი.⁹

უნდა გავითვალისწინოთ ისიც, რომ ხელშეკრულების მხარეებს შეუძლიათ, წინასწარი განზრახვით არ განახორციელონ სამართლის არჩევანი. მაგალითად, ისეთ სიტუაციაში, როდესაც მათ ვერ შეძლეს მოლაპარაკება სამართლის არჩევის შესახებ, მაგრამ შეთანხმდნენ ხელშეკრულების სხვა პირობებზე.

ამასთან დაკავშირებით, მოხსენება ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ რომის კონვენცია უფლებას არ იძლევა „სამართლის არჩევის გამოყვანაზე“ ისე, როგორც ამას გააკეთებდნენ მხარეები მათ რომ ასეთი არჩევანის განხორციელების განზრახვა ჰქონოდათ. თუ დადგინდა რომ მხარეებს არ განუხორციელებიათ სამართლის არჩევანი, გამოყენებულ უნდა იქნეს კოლიზიური ნორმები, რომლებიც გამოყენებას ექვემდებარება მხარეების მიერ არჩევანის არგაკეთების პირობებში.

საკითხი გამოყენებადი სამართლის არჩევის ფორმის შესახებ რეგულირდება ასევე ცალკე საერთაშორისო ხელშეკრულებებით. ასე მაგალითად, საქონლის საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებადი სამართლის შესახებ კონვენციის მე-7 მუხლის 1-ლი ნაწილი ითვალისწინებს, რომ ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებებთან დაკავშირებული შეთანხმება სამართლის არჩევის შესახებ შეიძლება იყოს: 1) ნათლად გამოთქმული; 2) უშუალოდ გამომდინარეობდეს ერთიანობაში განხილული ხელშეკრულების პირობებიდან და მხარეების ქცევიდან.

სააგენტო შეთანხმებების მიმართ გამოყენებადი სამართლის შესახებ კონვენციის მე-5 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, სამართლის არჩევა უნდა იყოს ნათლად გამოთქმული ან ნათლად გამომდინარეობდეს მხარეებს შორის შეთანხმებიდან ან საქმის გარემოებებიდან.

რაც შეეხება მხარეებს შორის წინა საქმიანი ურთიერთობებს (ისინი შეიძლება მოიცავდნენ წინასწარი ხელშეკრულებების დადების პრაქტიკას, ასევე მოლაპარაკებების წარმართვის პრაქტიკას), განსაზღვრულ შემთხვევებში არ შეიძლება, გამოირიცხოს სამართლის არჩევის უწყვეტობა მომავალი ხელშეკრულებების მიმართ, თუმცა, ამასთან, აუცილებელია არსებობდეს ნათელი მტკიცებულება „სამართლის არჩევის უწყვეტობაზე წინასწარი ხელშეკრულებისთვის გამოყენე-

⁹ *Giuliano M. Report on the Convention on the Law applicable to contractual obligations [Электронный ресурс] / M. Giuliano, P. Lagarde. – Режим доступа :[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\); EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01); EN:HTML).*

ბადი სამართლის შესახებ შეთანხმების მიღწევის მომენტიდან, რომელსაც პირდაპირ მივყავართ მომავალი ხელშეკრულების შინაარსის შესახებ მხარეების მიერ მიღწეულ კონსენსუსთან¹⁰.

ამასთან ერთად, თუ მოლაპარაკებების მსვლელობა ნათლად მიუთითებს გამოყენებადი სამართლის არჩევაზე, ან პირიქით, იმაზე, რომ მხარეებს არა აქვთ სურვილი, გამოიყენონ განსაზღვრული სამართალი, ეს ფაქტორი გადაფარავს ყველა სხვებს (მაგალითად, სამართლის არჩევანი დაკავშირებულ ხელშეკრულებაში), რამდენადაც საშუალებას იძლევა, დადგინდეს მხარეების ნამდვილი ნება.

ეს ნათლად გამოვლინდა „Land Rover Exports Ltd v. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE“-ს საქმეში, რომელიც განიხილებოდა ინგლისური სასამართლოების მიერ.

საქმის არსი შემდეგია. სადისტრიბუციო ხელშეკრულებების მოვალეობების შესრულების უზრუნველყოფის მიზნით, დაიდო თავდებობის ხელშეკრულება, რომელიც არ შეიცავდა სამართლის არჩევას. თუმცა სადისტრიბუციო ხელშეკრულება შეიცავდა მის მიმართ ინგლისური სამართლის გამოყენების პირობას. ამასთან, სასამართლომ ყურადღება მიაქცია იმას, რომ მოლაპარაკებების დროს ეგვიპტურმა კომპანიამ თავდებობის ხელშეკრულებიდან ამოშალა ინგლისური სამართლის გამოყენების და დავების ინგლისის სასამართლოს მიერ გადანყვეტის პირობები. ეს გარემოება სასამართლოს მიერ შეფასდა, როგორც თავდებობის ხელშეკრულების მხარეების მიერ გამოყენებადი სამართლის არარჩევა¹¹.

სამართლის არანათლად არჩევის ერთ-ერთ შესაძლო ინდიკატორს წარმოადგენს ფორუმის არჩევა დავის გადასაწყვეტად. აღნიშნული მიდგომა ნათლად გამოვლინდა „Tzortis v. Monark Line A/B“ საქმის გადანყვეტისას, როდესაც ინგლისურმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ „სასამართლოს ნათლად არჩევა წარმოადგენს გამოყენებადი სამართლის არანათლად არჩევას“¹².

სამართლის არჩევის ასეთი არანათელი წესის უპირატესობად მოიაზრებენ სიმარტივესა და განსაზღვრულობას. მიუხედავად იმისა, რომ ამ გადანყვეტილებას მიიჩნევენ ინგლისური სამართლის ტენდენციების ასახვად, „Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A.“-ის საქმის გადანყვეტაში სასამართლომ გაატარა მკვეთრი საზღვარი არბიტრაჟულ შესწორებასა და სამართლის არჩევის შესახებ შეთანხმებას შორის და უარი თქვა დავის არსის მიმართ ინგლისური სამართლის გამოყენებაზე, იმის საფუძველზე, რომ არბიტრაჟული შესწორებით მხარეები ითვალისწინებდნენ დავების გადაჭრას ლონდონის არბიტრაჟში.¹³

გ) მართლწესრიგების ერთობლიობა, რომელთაგანაც შეიძლება განხორციელდეს გამოყენებადი სამართლის არჩევა

უკრაინის კანონმდებლობა ითვალისწინებს გამოყენებადი სამართლის არჩევის შესაძლებლობას შეუზღუდავი რაოდენობის მართლწესრიგების ერთობლიობიდან, თუ კანონით არ არის განსაზღვრული მართლწესრიგების განსაზღვრული ერთობლიობა, რომელთაგანაც შეიძლება განხორციელდეს გამოყენებადი სამართლის არჩევა.

უცხოური ელემენტით კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, როგორც წესი, იარსებებს რამდენიმე მართლწესრიგი, რომელთაგანაც აღნიშნულ ურთიერთობებს აქვთ გარკვეული კავშირი.

იბადება კითხვა: შეუძლიათ თუ არა მხარეებს (მხარეს) განახორციელონ სამართლის არჩევა მართლმსაჯულებების გარკვეული ერთობლიობიდან, რომლებიც ამა თუ იმ ფორმით დაკავშირებულნი არიან ამ ურთიერთობებთან, თუ არჩევანი უნდა განხორციელდეს შეუზღუდავი რაოდენობის მართლწესრიგების ერთობლიობიდან?

¹⁰ Белоглазек А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства : [в 2 т.] / А. И. Белоглазек. – Т.1. – К. : Таксон, 2010. – (1576 с.). – С. 690.

¹¹ Land Rover Exports Ltd v. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE. COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) 21 DECEMBER 2001 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ectil.org/etil/getdoc/b53439a6-65b3-4ed5-8764-8f2c52f96ee/Land-Rover-Exports-email.aspx>.

¹² Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A. [Электронный ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступа: http://www.i-law.com/browse_lawreports.htm?volume=2&year=970&name=Lloyd'sLawReports.

¹³ Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A. [Электронный ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступа: http://www.i-law.com/browse_lawreports.htm?volume=2&year=970&name=Lloyd'sLawReports.

მთლიანობაში, სამართლის არჩევანი შეიძლება განხორციელდეს შეუზღუდავი რაოდენობის მართლწესრიგების ერთობლიობიდან. ეს აგრეთვე შეიძლება იყოს მართლწესრიგი, რომელსაც ფორმალურად არა აქვს მჭიდრო კავშირი ამ ურთიერთობებთან. ეს არ ენიშნააღმდეგება მჭიდრო კავშირის პრინციპს, იმდენად, რამდენადაც გათვალისწინებულია, რომ გარკვეული სამართლის არჩევანი თავად არის პიროვნებების ნების გამოხატვა და წარმოადგენს მჭიდრო კავშირის გამოვლენას.

ამასთან ერთად, კანონით შეიძლება განისაზღვროს მართლწესრიგების გარკვეული ერთობლიობა, რომელთაგანაც განხორციელდება გამოყენებადი სამართლის არჩევა.

მაგალითად, სკს-ის შესახებ უკრაინის კანონის 49-ე მუხლის მე-4 ნაწილი, რომელიც მოიცავს კოლიზიურ წესებს სამართალზე, რომელიც გამოიყენება ზიანის ანაზღაურების მოვალეობების მიმართ, ითვალისწინებს, რომ მიყენებული ზიანის შედეგად წარმოშობილი მოვალეობების მხარეებს მისი წარმოშობიდან ნებისმიერ დროს შეუძლიათ, აირჩიონ სასამართლოს ქვეყნის სამართალი¹⁴.

დ) სამართლის არასახელმწიფო ნორმების არჩევის შესაძლებლობა საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებად სამართლად

i) უკრაინის კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა სამართლის არასახელმწიფო ნორმების არჩევის შესაძლებლობის შესახებ საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებად სამართლად

კომერციული ხელშეკრულებების შემთხვევაში მხარეებს შეიძლება, ჰქონდეთ განზრახვა, რომ მათი ურთიერთობები რეგულირდებოდეს არა რომელიმე ქვეყნის სამართლით, არამედ არასახელმწიფო სისტემას მიკუთვნებული სამართლის ნორმებით; მაგალითად, უნიდროას პრინციპებით, Trans-Lex-ის პრინციპებითა და სხვა.

უკრაინის კოლიზიური კანონმდებლობა, მთლიანობაში, ითვალისწინებს კონკრეტული ქვეყნის ან ქვეყნების სამართლის არჩევის შესაძლებლობას საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებად სამართლად.

სკს-ის შესახებ კანონის 1-ლი მუხლის 1-ლი ნაწილის მე-4 პუნქტით გათვალისწინებულია: „4) სამართლის არჩევა-სამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეთა უფლებაა, განსაზღვრონ, რომელი სახელმწიფოს სამართალი ექვემდებარება გამოყენებას უცხოურ ელემენტებთან სამართლებრივი ურთიერთობების პირობებში“.

სკს-ის შესახებ კანონის 1-ლი ნაწილის შესაბამისად, მხარეების მიერ „სამართლის არჩევის“ განსაზღვრა მიუთითებს სახელმწიფო სამართლის არჩევაზე. არასახელმწიფო სამართლის ნორმების ჩართვა ასეთ არჩევანში მითითებული კანონით არ არის გათვალისწინებული.

თუმცა არასახელმწიფო სამართლის ნორმების არჩევა გათვალისწინებულია საერთაშორისო აქტებით და ნაციონალური კანონმდებლობით საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ.

ამ შემთხვევაში ძირითადი იდეა არის ის, რომ სიტუაციაში, როდესაც მხარეები შეთანხმდნენ, ხელშეკრულების გამო წარმოქმნილი დავები გადაჭრან საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოში, არბიტრებისთვის არ არის სავალდებულო, იხელმძღვანელონ კონკრეტული შიდა სამართლით. ეს ნათელია, როდის არიან ისინი მხარეების მიერ უფლებამოსილნი, იმოქმედონ, როგორც მეგობარმა შუამავლებმა ან *ex aequo et bono*.

თუნდაც მხარეების მიერ ასეთი უფლებამოსილება არ იყოს გაცემული, არბიტრებს, ზოგადად, უფლება აქვთ, დავების გადაწყვეტის დროს გამოიყენონ არა ნაციონალური, არამედ სხვა სამართალი (იხ. საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ იუნსიტრალის ტიპური კანონის (1985) მუხლი 28 (1); ასევე იხ. სახელმწიფოს შორის საინვესტიციო დავების გადაჭრის წესის შესახებ ვაშინგტონის კონვენციის (1965 წ.) მუხლი 42 (1).

¹⁴ *Калакура В. Я.* Основні засади міжнародного приватного права // Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 128.

არასახელმწიფო სამართლის ნორმები, როგორც გამოყენებადი სამართლის, არჩევის შესაძლებლობა, აისახა „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“ უკრაინის კანონის დებულებებში, რომელთა პრეამბულაშიც გაცხადებულია, რომ ეს კანონი „...თვალისწინებს იმ დებულებებს ასეთი არბიტრაჟის შესახებ, რომლებიც შესულია უკრაინის საერთაშორისო ხელშეკრულებებში, ასევე ტიპურ კანონში, რომელიც 1985 წელს მიიღო გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კომისიამ საერთაშორისო ვაჭრობის სამართალზე და დაადასტურა გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის გენერალურმა ასამბლეამ სახელმწიფოების მიერ თავიანთ კანონმდებლობაში გამოსაყენებლად“.

„საერთაშორისო კომერციული საარბიტრაჟო სასამართლოს შესახებ“ უკრაინის კანონის 28-ე მუხლის დებულებებით გათვალისწინებულია: „1. სამედიატორო სასამართლო დავას გადაჭრის სამართლის იმ ნორმების შესაბამისად, რომლებიც მხარეებმა აირჩიეს გამოყენებად დავის არსის მიმართ... 2. მხარეების მხრიდან ნებისმიერი მითითების არარსებობის შემთხვევაში, სამედიატორო სასამართლო გამოიყენებს სამართალს, განსაზღვრულს იმ კოლიზიური ნორმების შესაბამისად, რომელთაც ის ჩათვლის გამოყენებად. 3. სამედიატორო სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას *ex aequo et bono* ან, როგორც „მეგობარი შუამავალი“, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეები პირდაპირ მიანიჭებენ ასეთ უფლებამოსილებას. 4. ყველა შემთხვევაში, სამედიატორო სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას შეთანხმების პირობებისა და შეთანხმებასთან დაკავშირებული სავაჭრო ჩვეულებების შესაბამისად“.

ასეთი მიდგომის ფარგლებში, მხარეები თავისუფალი იქნებიან ზენაციონალური და ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმების არჩევანში, როგორც იმ ნორმების, რომელთა საფუძველზეც, არბიტრები გადაწყვეტენ დავებს და ზენაციონალური და ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმების გამოყენება მოხდება ნებისმიერი ნაციონალური სამართლისაგან დამოუკიდებლად, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც შიდა სამართლის ნორმებს აქვს იმპერატიული ხასიათი, იმისდა მიუხედავად, თუ რომელი სამართალი გამოიყენება ხელშეკრულების მიმართ (იხ. კომენტარები საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების შესახებ უნიდროას-სპრინციპების 1.4 მუხლზე).

დავებში, რომლებიც ხვდებიან ვაშინგტონის კონვენციის მოქმედების ქვეშ, მითითებული პრინციპები, ზენაციონალური და ტრანსნაციონალური ხასიათის სხვა ნორმები შეიძლება, გამოყენებულ იქნეს შიდა სამართლის ნებისმიერი ნორმებისაგან დამოუკიდებლად¹⁵.

ამრიგად, საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟში წარმართულ დავაში სადავო სამართლებრივი ურთიერთობების მიმართ გამოყენებადი სამართალი შეიძლება იყოს გარკვეული სახელმწიფოს ან სახელმწიფოების ნაციონალური სამართალი ან ზენაციონალური და ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმები.

ამასთან ერთად, საერთაშორისო კომერციული ურთიერთობის მონაწილეებს აქვთ საშუალება, აირჩიონ ზენაციონალური და ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმები საერთაშორისო კომერციულ ურთიერთობებში გამოყენებად სამართლად, იმ შემთხვევაში, როდესაც ისინი: ა) შედარებით მთლიანად არეგულირებენ მხარეების მოვალეობებს; ბ) აღიარებული არიან საერთაშორისო დონეზე, რის დადასტურებასაც წარმოადგენს მისი გამოყენება საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟებისა და სხვადასხვა ქვეყნის სახელმწიფო სასამართლოების მიერ; გ) მოიცავენ იმპერატიულ ნორმებს¹⁶.

საერთაშორისო კომერციულმა არბიტრაჟმა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა განიხილოს ზემოთ მითითებულ მოთხოვნებთან მხარეების მიერ არჩეული არასახელმწიფო სამართლის ნორმების შესაბამისობის საკითხი.

კერძოდ, საარბიტრაჟო პრაქტიკაში ცნობილია ხელშეკრულებისთვის გამოყენებად სამართლად საერთაშორისო მატერიალური სამართლის არჩევის შემთხვევები.

ამასთან დაკავშირებით ისმის კითხვა საერთაშორისო კომერციული ხასიათის ხელშეკრულებაზე გამოყენებადი სამართლის ამ ხერხით არჩევის დაშვებადობის შესახებ.

საერთაშორისო მატერიალური სამართალი, მისი არჩევის გაურკვევლობის, სხვადასხვა

¹⁵ Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 / Пер. с англ. О. С. Білоус. – К.: Юстініан, 2013 р. – (576 с.). – С.3–4.

¹⁶ Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних комерційних договірних зобов'язань // І. А. Діковська. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 112.

ქვეყანაში მისი განსხვავებული შინაარსის და განმარტებების და საერთაშორისო დონეზე სამართლის ამ ტიპის ნორმების არაღიარების გათვალისწინებით, არ შეიძლება განიხილებოდეს სათანადო არჩევნად დავის არსისთვის გამოყენებადი სამართლისათვის, რასაც, როგორც შედეგი, მოსდევს სამართლის არჩევის შესახებ ხელშეკრულების მხარეებს შორის თანხმობის არარსებობა.

ii) უკრაინის სამართლის დოქტრინა საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებად სამართლად არასახელმწიფო სამართლის ნორმების არჩევის შესაძლებლობის შესახებ

უკრაინის სამართლის დოქტრინაში ფორმულირებულია ორი ძირითადი მიდგომა-კონსერვატიული და ლიბერალური-საერთაშორისო კომერციული მოვალეობების მიმართ არასახელმწიფო სამართლის ნორმების გამოყენების შესაძლებლობის შესახებ.

კონსერვატიული მიდგომა გამოყენებადი სამართლის გაგებაში, რასაც მისდევნენ სახელმწიფო სასამართლოები უკრაინაში, შემოიზღუდება განსაზღვრული ქვეყნის ან ქვეყნების სამართლით, აგრეთვე საერთაშორისო ჩვეულებებით, იმ შემთხვევაში, როდესაც შესაბამის ქვეყნებში ისინი აღიარებული არიან სამართლის წყაროებად.

ასეთი მიდგომა დაფუძნებულია თეზისზე, რომლის თანახმადაც, კანონი საუბრობს გამოყენებადი სამართლის არჩევის შესაძლებლობის შესახებ, მაგრამ საშუალებას არ აძლევს მხარეებს, განსაზღვრონ, თუ როგორ უნდა დანესდეს გამოყენებადი სამართალი.

სხვა სიტყვებით, მხარეებს შეუძლიათ მიუთითონ განსაზღვრული ქვეყნის მართლწესრიგის გამოყენებაზე, სამართლისა და სამართლიანობის საერთო პრინციპებზე, საქმიანი ბრუნვის ჩვეულებებზე და სხვა ამის მსგავსზე. მხარეების ასეთი არჩევანი სასამართლომ უნდა მიიღოს იმ შემთხვევებში, როდესაც არჩევანის უფლებანება დართულია კანონმდებლობით.

თუმცა პრაქტიკაში გვხვდება გამოყენებადი სამართლის არჩევისათვის მხარეების მიერ „ბლანკეტური“ წესის დადგენის შემთხვევები (გადამისამართება „გამყიდველი ქვეყნის ან მყიდველი ქვეყნის“ სამართალზე), გამოყენება „მოსარჩელე ქვეყნის სამართლისა, იმისდა მიხედვით, თუ რომელ მხარეს შეაქვს სარჩელი“ და ა.შ.).

კონსერვატიული მიდგომის თანახმად, ითვლება, რომ ასეთი გარიგებები არ არიან აღიარებული სამართლის არჩევად და სასამართლო არ არის დაბრკოლებული ასეთი გარიგებებით. ასეთ შემთხვევებში, გამოყენებადი სამართალი უნდა განისაზღვროს იმ კოლიზიური ნორმების საფუძველზე, რომელთაც სასამართლო ჩათვლის სათანადოდ.

ამასთან ერთად, ყურადღება ექცევა იმ გარემოებას, რომ სკს-ის სფეროში სასამართლო და საარბიტრაჟო პრაქტიკის განვითარების თანამედროვე ტენდენციები მიუთითებენ ნების ავტონომიის პრინციპის გამოყენების საზღვრების განუხრელ გაფართოებაზე.

მხარეების მიერ გამოყენებადი სამართლის არჩევის ნორმები ხდება უფრო მოქნილი და დეტალური. დებულებები სამართლის არჩევის შესახებ აისახება საერთაშორისო ხელშეკრულებებში კოლიზიათა გადაჭრის შესახებ.

პრაქტიკაში, განსაკუთრებით საერთაშორისო საარბიტრაჟო (მედიატორულ) სასამართლოებში, სულ უფრო ხშირად გამოიყენება სავაჭრო ჩვეულებების (მაგალითად, უნიდროას პრინციპები) კერძოსამართლებრივი კოდიფიკაციის დებულებები, რომლებიც არ არიან ოფიციალური სამართლებრივი ხასიათის, მაგრამ ad hoc ძალაში შედიან კონკრეტული საქმის მხარეების მიერ მათი არჩევის გამო.

სულ უფრო ხშირად გამოითქმის მოსაზრებები ნების ავტონომიის ფუძემდებლურ ხასიათზე, დამხმარე. „სუბსიდიურ“ კოლიზიურ საბამებთან შედარებით. მიუხედავად ამ საკითხის სადისკუსიო ხასიათისა, სახეზეა „კონკურენცია“ ნების ავტონომიის საფუძველსა და საბამის „კლასიკურ“ ფორმულებს შორის¹⁷.

ლიბერალური მიდგომის ოპონენტები ვერ ხედავენ სკს-ში lex mercatoria-ს გამოყენების კონცეფციის განვითარების მიზანშეწონილობას¹⁸.

¹⁷ *Kucilь V. I.* Колізійні норми // Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 150.

¹⁸ *Kucilь V. I.* Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання/ В. І. Кисіля // Правовий журнал. – 2004. – № 2. – Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://justinian.com.ua/article.php?id=1020> .

რიგი ავტორებისა, აღნიშნავენ რა *lex mercatoria*-ს გამოყენების დადებით მომენტებს, არ ცნობენ მხარეების მიერ არასახელმწიფო სამართლის გამოყენებას.

ამასთან, გამოყოფენ ორ სიტუაციას, როდესაც შესაძლებელია ასეთი ნორმების ჩართვა, კონკრეტულად, „როდესაც ხელშეკრულების მხარეებმა მკაფიოდ განსაზღვრეს, *lex mercatoria*-ს კონკრეტულად რომელი წყაროები არეგულირებენ მათ ურთიერთობას “და” თუ მხარეების მიერ არჩეული ან კანონის საფუძველზე დანიშნული შესაბამისი ნაციონალური კანონმდებლობა ითვალისწინებს ჩვეულებების გამოყენებას სახელშეკრულებო ურთიერთობების რეგულირებისთვის“¹⁹.

სამოქალაქო და სისხლის სამართლის საქმეების განხილვაზე უკრაინის უმაღლესი სპეციალიზებული სასამართლოს განმარტებაში (16.05.2013) აღნიშნულია: „სასამართლოს შეუძლია, გამოიყენოს არა მარტო უცხოური კანონები, არამედ ჩვეულებები და სასამართლო პრაქტიკა იმ საზღვრებში, რომლებშიც ეს უკანასკნელნი შესაბამის ქვეყნებში აღიარებულნი არიან სამართლის წყაროდ“²⁰.

ლიბერალური მიდგომა, რომელსაც მისდევენ საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოები, ითვალისწინებს, რომ გამოყენებადი სამართალი შეიძლება იყოს გარკვეული ქვეყნის სამართალი, საერთაშორისო ხელშეკრულება, საერთაშორისო ჩვეულება, ცალკეული მათი დებულება, ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმები.

ამ მიდგომის თანახმად, მხარეებს აქვთ შესაძლებლობა, არჩევანი განახორციელონ არა მხოლოდ განსაზღვრული ქვეყნის (ქვეყნების) მიმართ, არამედ დაუქვემდებარონ თავიანთი ურთიერთობა საერთაშორისო ხელშეკრულებებს, ჩვეულებებს, ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმებს, რაშიც გამოვლინდება კონცეფცია – *lex mercatoria*²¹.

ამასთან დაკავშირებით დოქტრინაში დასაბუთებულია წინადადებები ხელშეკრულების მხარეების შესაძლებლობათა გაფართოების შესახებ, აირჩიონ გამოყენებად სამართლად არასახელმწიფო სამართლის ნორმები.

ასეთი მიდგომის მომხრეები აღნიშნავენ, რომ სამართლის არჩევანი „არ შემოიფარგლება კონკრეტული ქვეყნის სამართლის არჩევით და შეიძლება მოიცავდეს ტრანსნაციონალური ხასიათის ნორმის არჩევანს, მაგალითად, ისეთის, როგორიც არის „სამართლის საერთო პრინციპები“, „*lex mercatoria*“, ანანალოგიური დებულებები“²².

ამასთან დაკავშირებით, რიგი ავტორები ასაბუთებენ იდეას იმის შესახებ, რომ ნაციონალური კანონმდებლობა საშუალებას აძლევს მხარეებს, გამოიყენონ არასახელმწიფო სამართალი „იმ საკითხების რეგულირებისათვის, რომლებიც კანონმდებლის მიერ მიკუთვნებულია მხარეთა დისკრეტიაზე და არ შეიძლება, წინააღმდეგობაში მოვიდნენ გამოყენებადი სახელმწიფო სამართლის იმპერატიულ ნორმებთან“²³.

ამასთან ერთად, აღინიშნება, რომ არასახელმწიფო სამართლებრივი რეგულატორების არჩევის შესახებ მხარეების შეთანხმება თავისი შინაარსით შეიძლება იყოს ორი სახის: 1) იმ დოკუმენტის მკაფიო მინიშნებით, რომლის ნორმების გამოყენებაც სურთ მხარეებს დავის შინაარსობრივი გადაწყვეტისათვის; 2) მოიცავდეს საერთო ფორმულირებებს იმის შესახებ, რომ ხელშეკრულებით გამოიყენება *lex mercatoria*, სამართლის საერთო პრინციპები და ამის მსგავსი.

თუ პირველი სახის შეთანხმებით არჩეული არასახელმწიფო რეგულატორები არ იძლევიან ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული სადავო საკითხების სრულად დარეგულირების საშუალებას.

¹⁹ *Філіп'єв А. О.* Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / *А. О. Філіп'єв* // Наука і практика. – 2012. – № 9(144). – С. 24.

²⁰ Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16 травня 2013 р. № 24-754/0/4-13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13>.

²¹ *ი.б.: Калакура В. Я.* Основні засади міжнародного приватного права // Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгєрта і В. І. Кісіля. – 2-ге видання. – К.: Алєрта, 2014. – (656 с.). – С. 127; *Мєрежко А. А.* Lexmercatoria: теорія и принципи транснаціонального торгового права. – К.: Таксон, 1999. – 416 с.

²² *ი.б.: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгєрта.* – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293; *Довгєрт А. С.* Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та в Україні / *А. С. Довгєрт* // Приватне право і підприємництво. – 2012. – № 11. – С. 34.

²³ *Діковська І. А.* Застосування недержавних норм державними судами до вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних договорів / *І. А. Діковська* // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – № 14. – С. 8.

ბას, ისინი უნდა გადაიჭრას სახელმწიფო სამართლის საფუძველზე, რომელიც განისაზღვრება სასამართლოს მიერ კოლიზიური ნორმების გამოყენებით.

სამართლის არჩევის შესახებ მეორე სახის შეთანხმების დადების შემთხვევაში, გამოყენებას ექვემდებარება რეგულაციორები, რომლებიც: ა) შედარებით მთლიანობაში არეგულირებენ სახელშეკრულებო მოვალეობებს; ბ) აქვთ საერთაშორისო აღიარება (რის დადასტურებასაც წარმოადგენს მათი გამოყენება საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟების და სხვადასხვა ქვეყნის სასამართლოების მიერ); გ) მოიცავენ იმპერატიულ ნორმებს (მაგალითად, უნიდროას სპრინციპები, PECL, PEL, DCFR, Trans-Lex)²⁴.

ე) საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების უნიდროას პრინციპები და ევროპის სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები, რომლებითაც რეგულირდება ხელშეკრულება

i) მხარეების პირდაპირი არჩევანი

საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების უნიდროას პრინციპები და ევროპის სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები შეიძლება გამოყენებულ იქნენ, როგორც ხელშეკრულების მარეგულირებელი სამართლის ნორმები, მხარეების მიერ სამართლის პირდაპირი არჩევის ან პირდაპირი არჩევის არარსებობის შემთხვევაში.

იმდენად, რამდენადაც მითითებული პრინციპები მოიცავს სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპებსა და წესებს, რომლებიც საერთოა არსებული სამართლებრივი სისტემებისთვის, ანუ უკეთესად ადაპტირებულია საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების განსაკუთრებულ მოთხოვნებთან, მხარეებს უნდა გააჩნდეთ საკმარისი საფუძველები მათი პირდაპირი გამოყენებისთვის ერთმანეთთან დადებული ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის ნორმების სახით.

ასეთ შემთხვევაში მხარეებს შეუძლიათ, გამოიყენონ ექსკლუზიურად მითითებული პრინციპები ან შეაჯერონ ისინი შიდა სამართალთან, რომელიც მოახდენს პრინციპებით მოუცველი ურთიერთობების რეგულირებას (იხ. ტიპური შესწორება უნიდროას პრინციპების პრეამბულის მეორე ნაწილის შენიშვნებისთვის).

საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების უნიდროას პრინციპების 2010 წლის რედაქციის პრეამბულის თანახმად (შემდგომში – Principles UNIDROIT, უნიდროას პრინციპები), უნიდროას პრინციპები გამოყენებად სამართლად გამოყენებულ უნდა იქნეს იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეები მიაღწევენ შეთანხმებას იმაზე, რომ მათი ხელშეკრულება რეგულირდებოდა ამ პრინციპებით.

უნიდროას პრინციპები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს: როდესაც მხარეები შეთანხმდებიან, რომ მათი ხელშეკრულების რეგულირება მოხდება სამართლის ზოგადი პრინციპებით, *lex mercatoria*-ს ან ანალოგიური დებულებებით; როდესაც მხარეები არ აირჩევენ სამართალს, რომლითაც მოხდება მათი ხელშეკრულების რეგულირება; საერთაშორისო უნიფიცირებული სამართლებრივი აქტების, სახელმწიფოს შიდა სამართლის განმარტებისა ან გამოყენებისთვის.

მხარეებს, რომელთაც სურთ მათი ხელშეკრულების რეგულირებისთვის აირჩიონ მითითებული პრინციპები, ეძლევათ წინადადება, სამართლის არჩევის შესახებ დებულებები შეაჯერონ საარბიტრაჟო დათქმასთან.

ამის მიზეზი არის ის, რომ იმ სამართლის არჩევის თავისუფლება, რომელმაც უნდა დაარეგულიროს ხელშეკრულება, ჩვეულებრივ, შეზღუდულია ნაციონალური კანონმდებლობით. ასე მაგალითად, სკს-ის შესახებ კანონი ფაქტობრივად ზღუდავს სამართლის არჩევის თავისუფლებას ქვეყნის ან ქვეყნების ნაციონალური სამართლით.

ამიტომ მხარეების მითითება პრინციპებზე განიხილება, როგორც უბრალო შეთანხმება მათ გამოყენებაზე ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით, ანუ როგორც ხელშეკრულებაში ინკორპორირებული ტრანსნაციონალური ხასიათის ზენაციონალური წყარო, ხოლო სამართალი, რომელიც

²⁴ იხ.: *Діковська І. А.* Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань // *І. А. Діковська*. – Київ: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 112; *Діковська І. А.* Застосування недержавних норм державними судами до вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних договорів / *І. А. Діковська* // *Журнал східноєвропейського права*. – 2015. – № 14. – С. 8–13.

მოახდენს ხელშეკრულების რეგულირებას, მაინც განისაზღვრება სასამართლოს ქვეყნის საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმების საფუძველზე.

შედეგად, მხარეების მოქმედების მითითებული პრინციპებით რეგულირება მოხდება მხოლოდ იმ დოზით, რა დოზითაც ისინი წინააღმდეგობაში არ მოვლენ გამოყენებას დაქვემდებარებული სამართლის ნორმებთან, რომელთა არიდებასაც მხარეები ვერ შეძლებენ.

ასე რომ, უნიდროას პრინციპების მუხლი 1.4-ის შესაბამისად, პრინციპებმა არ უნდა შეზღუდოს ნაციონალური, საერთაშორისო ან ზენაციონალური წარმომავლობის იმპერატიული ნორმები; გამოყენებულ უნდა იქნენ საერთაშორისო კერძო სამართლის შესაბამისი ნორმების მიხედვით.

სიტუაცია იქნება სხვაგვარი, თუ მხარეები შეთანხმდებიან, ხელშეკრულებიდან წარმოქმნილი დავები გადაწყვიტონ საარბიტრაჟო სასამართლოში. არბიტრები სავალდებულოდ არ ხელმძღვანელობენ კონკრეტული შიდა სამართლით. ეს ნათელია, თუ ისინი მხარეების მიერ უფლებამოსილი არიან, იმოქმედონ, როგორც მეგობარმა შუამავლებმა ან *ex aequo et bono*.

მაშინაც კი, თუ ასეთი უფლებამოსილება მხარეების მიერ არ არის რეალიზებული, არბიტრებს საერთოდ აქვთ უფლება, დავის გადაწყვეტის დროს გამოიყენონ არა ნაციონალური, არამედ სხვა სამართალი.²⁵

ასეთი მიდგომის ფარგლებში, მხარეები თავისუფალი იქნებიან პრინციპების არჩევანში, როგორც სამართლის ნორმებისა, რომელთა საფუძველზედაც არბიტრები გადაწყვეტენ დავებს და პრინციპები გამოყენებულ იქნება ნებისმიერი ნაციონალური სამართლისაგან დამოუკიდებლად იმ შემთხვევების გამოკლებით, როდესაც შიდა სამართლის ნორმებს აქვთ იმპერატიული ხასიათი, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი სამართალი გამოიყენება ხელშეკრულების მიმართ.

დავებში, რომლებიც ექვემდებარება ვაშინგტონის კონვენციას, პრინციპები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს სამართლის ნებისმიერი შიდა ნორმებისაგან დამოუკიდებლად.

ii) მხარეების ირიბი არჩევანი

უნიდროას პრინციპები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს მაშინ, როდესაც, გარემოებებიდან გამომდინარე, მხარეების განზრახვა იყო, თავიანთი ხელშეკრულების მიმართ გამოერიცხათ ნებისმიერი შიდა სამართლის მოქმედება (მაგალითად, იმ შემთხვევაში, როდესაც ერთ მხარეს წარმოადგენს სახელმწიფო ან სახელისუფლებო ორგანო და ორივე მხარემ აღიარა, რომ ისინი არ გამოიყენებენ არც ამ სახელმწიფოს სამართალს, არც მესამე ქვეყნის სამართალს) ან როდესაც ხელშეკრულება მოიცავს კოლიზიურ საბამებს, რომლებიც ახდენენ გადამისამართებას მრავალი ქვეყნის სამართალთან, რომელთაგან არც ერთი არ ხასათდება საკმარისი უპირატესობით, რომ დადასტურებულად ჩაითვალოს სწორედ მისი გამოყენება²⁶.

ამიტომ, იმ სიტუაციაში, როდესაც ხელშეკრულების მხარეებმა ვერ მიაღწიეს შეთანხმებას ხელშეკრულების უნიდროას და სამართლის საერთო პრინციპებით, *lex mercatoria*-ს ან მსგავსი დებულებებით რეგულირების შესახებ, სახეზე არ არის ხელშეკრულების მხარეების მიერ სამართლის არჩევანის გაკეთება და არ მოიცავს მრავალი ქვეყნის სამართალთან გადამისამართებელ კოლიზიურ საბამებს, ხოლო დავისას პროცესუალურ დოკუმენტებში ერთი მხარე იყენებს, მაგალითად, უკრაინის სამართალს, მეორე კი-უკრაინის სამართალს, უნიდროას და PECL-ის პრინციპებს; ეს უნდა გავიგოთ ისე, რომ მხარეებს არ ჰქონდათ განზრახვა, გამოერიცხათ ხელშეკრულებაზე ნებისმიერი შიდა სამართლის მოქმედება, ხელშეკრულება არ მოიცავს კოლიზიურ საბამებს, რომლებიც ახდენენ გადამისამართებას მრავალი ქვეყნის სამართალთან, რომელთაგან არც ერთი არ ხასათდება საკმარისი უპირატესობით, რომ დადასტურებულად ჩაითვალოს სწორედ მისი გამოყენება; უნიდროას და PECL-ის პრინციპები არ უნდა გამოიყენებოდეს, მაგრამ შესაძლოა, მათი გამოყენება, თუ იქნება ამის აუცილებლობა, რათა განიმარტოს ან შეივსოს საერთაშორისო უნიფიცირებული სამართლებრივი აქტები და უკრაინის, როგორც სახელმწიფოს, შიდა სამართალი,

²⁵ იხ.: *სტ. 28(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года*; ასევე იხ. *სტ. 42(1) Конвенции о порядке решения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. (Вашингтонская конвенция)*, *სტ. 5 Закона Украины «О международном коммерческом суде»*, *პ. 16 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины*.

²⁶ *Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 / Пер. з англ. О. С. Білоус. – К.: Юстініан, 2013 р. – (576 с.). – С. 5.*

რაც გამოიყენება სამართლებრივი ურთიერთობის შინაარსის მიმართ, რომელიც შეადგენს დავის საგანს.

ვ) ხელშეკრულების ცალკეულ ნაწილთა მიმართ გამოყენებადი სამართალი

სკს-ის შესახებ კანონის მე-5 მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად, სამართლის არჩევანი შეიძლება განხორციელდეს მთლიანად გარიგების ან მისი ცალკეული ნაწილის მიმართ.

ამ შემთხვევაში, იყოფა ხელშეკრულების სტატუტი, რომელიც მთლიანობაში შეიძლება ითვალისწინებდეს შემდეგ სამ ვარიანტს:

ა) ნაწილობრივი არჩევანი—მხარეების მიერ სამართლის ნაწილობრივი არჩევა. მოცემულ სიტუაციაში, გარიგების ნაწილი ექვემდებარება არჩეულ სამართლებრივ სისტემას, მაგრამ გარიგების დანარჩენი ნაწილებისთვის გამოყენებული იქნება ობიექტური საბამებით დადგენილი სამართალი;

ბ) რთული არჩევანი – *depechage* მხარეების ნების მიხედვით. რამდენადაც მხარეებს უფლება აქვთ, აირჩიონ სამართალი, რომელიც გამოყენებული იქნება მთლიანი შეთანხმების ან მხოლოდ მისი გარკვეული ნაწილის მიმართ, შეიძლება მითითებულ იქნეს ამ უკანასკნელის მარეგულირებელი სამართლებრივი სისტემა. ეს შეიძლება იყოს ერთდროული არჩევანი ან არჩევანი თანამიმდევრობით;

გ) ობიექტური *depechage* – მხარეების მიერ არჩევანის არარსებობის პირობებში სასამართლო გამონაკლისის სახით დამოუკიდებლად გამოიყენებს ვალდებულების სტატუტის დაყოფას. ეს ხდება მაშინ, როდესაც შეთანხმებას, რომელიც რეგულირების საგანია, ექნება მკაფიოდ განსაზღვრული ცალკე ნაწილები, რომელთაგან თითოეული მისწრაფებული იქნება განსხვავებული მართლწესრიგებისაკენ. ამ შემთხვევაში, ერთ კონკრეტულ სამართლებრივ სისტემასთან მთელი გარიგების კავშირის გარკვევის ნაცვლად, აუცილებელია, ავტონომიურად განვიხილოთ გარიგების ცალკეული ნაწილი და დამოუკიდებლად მათთვის, როგორც დამოუკიდებელი ვალდებულებითი ურთიერთობებისათვის, დავადგინოთ მახასიათებელი სამართალი²⁷.

ზ) სამართლის არჩევის (ნების ავტონომიის) შეზღუდვა უკრაინის კანონმდებლობის მიხედვით

გამოყენებადი სამართლის არჩევის უფლება შეიძლება შეზღუდულ იქნეს კანონით დადგენილი საფუძვლებით.

არსებობს მხოლოდ ორი დათქმა მხარეების მიერ ხელშეკრულების სამართლის არჩევასთან დაკავშირებით. სკს-ის შესახებ კანონის მე-10 მუხლის დებულებები ითვალისწინებს, რომ გარიგებები ან სამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეების სხვა ქმედებები, მიმართული სამართლის არჩევაზე კანონის გვერდის ავლით, არის არარა გარიგებები. რამდენადმე განსხვავებული ხასიათის წესს წარმოადგენს დათქმა საჯარო წესრიგის შესახებ (კანონის კს-ის შესახებ, მუხლი 12).

ორივე მითითებული დათქმა წარმოადგენს მხარეების ნების ავტონომიის შეზღუდვის ფაქტორებს, თუმცა ნორმა კანონის გვერდის ავლის შესახებ აფრთხილებს მხარეებს სამართლის არაკეთილსინდისიერი არჩევისაგან, ხოლო დათქმა საჯარო წესრიგის შესახებ მიმართულია უშუალოდ სასამართლოსადმი და გულისხმობს, რომ არაკეთილსინდისიერი არჩევის პირობებშიც კი (ან იმ შემთხვევაში, როდესაც უცხოური სამართლის გამოყენებაზე მიუთითებს კოლიზიური ნორმა), უცხოური კანონი არ გამოიყენება, თუ მის გამოყენებას მივყავართ ადგილობრივ საჯარო წესრიგთან შეუთავსებელ შედეგებთან²⁸.

კანონის გვერდის ავლის, როგორც გამოყენებადი სამართლის არჩევაზე უფლების შეზღუდვის, ძირითად ნაკლოვანებად მიიჩნევენ: „გაურკვევლობას, გამოყენების სირთულეს, ასევე იმ სასამართლო გადაწყვეტილებების აღსრულების შეუძლებლობას, რომლებიც ადგენენ კანონის გვერდის ავლას“²⁹.

²⁷ *Борт О. П.* Институт договорного статута у міжнародному приватному праві: автореф. дис. канд. юрид. наук. – Одеса, 2016. – 24 с.

²⁸ *Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля.* – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С.149.

²⁹ *Толстых В. Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ / В. Л. Толстых. – М.: Спарк, 2002. – 244 с.

საჯარო წესრიგის მიზანია ნაციონალური მართლმსაჯულების სწორედ უცხოური სამართლის გამოყენების ნეგატიური შედეგებისგან.

არსებობს ორი ძირითადი მიდგომა ისეთი დათქმის გამოყენებაზე, როგორც არის „საჯარო წესრიგი“ – პოზიტიური და ნეგატიური.

პოზიტიური კონცეფცია საჯარო წესრიგს განსაზღვრავს, როგორც მატერიალურსამართლებრივი იმპერატიული ნორმების ერთობლიობას, რომლებიც ექვემდებარებიან გამოყენებას, დამოუკიდებლად იმისა, კოლიზიური ნორმა ახდენს გადამისამართებას უცხოურ კანონზე თუ – არა.

ნეგატიური კონცეფციის თანახმად, საჯარო წესრიგი განისაზღვრება უცხოური კანონის სწორედ ნეგატიური, მიუღებელი თვისებებით. ამასთან, ყველა ევროპულ წყაროში დამკვიდრებულია საზოგადოებრივი წესრიგის ნეგატიური კონცეფცია.

სამართლის არჩევაზე შეზღუდვებს კანონმდებელი ადგენს იმპერატიული ნორმების სახით.

სკს-ის შესახებ კანონის მე-14 მუხლის შესაბამისად, ამ კანონის წესები არ ზღუდავენ უკრაინის სამართლის იმ იმპერატიული ნორმების მოქმედებას, რომლებიც არეგულირებენ შესაბამის ურთიერთობებს, გამოყენებას დაქვემდებარებული სამართლისაგან დამოუკიდებლად.

რიგი მეცნიერები ამ ნორმას ადარებენ ძირითად იმპერატიულ ნორმებს, რომლებიც განსაზღვრულია რომი I-ის რეგლამენტში.

არსებით განსხვავებას წარმოადგენს სწორედ ასეთი იმპერატიული ნორმების რეგლამენტში მოცემული განმარტება, როგორც ნორმებისა, რომლებიც საჯარო ინტერესების, ისეთების, როგორებიცაა საზოგადოების პოლიტიკური, სოციალური ან ეკონომიკური ორგანიზაცია, დაცვისათვის მათი უაღრესად დიდი მნიშვნელობის გამო, გამოყენებულ უნდა იქნენ იმ სამართლისაგან დამოუკიდებლად, რომელიც არეგულირებს სახელშეკრულებო ურთიერთობებს, კერძოდ, რაც არჩეულია ასეთი ურთიერთობების მონაწილეების მიერ. ამასთან, იმპერატიული ნორმების მსგავსი ან სხვა განმარტება უკრაინულ კანონმდებლობაში არ არსებობს, რაც ართულებს სასამართლოების მიერ მათ ერთგვაროვან გამოყენებას³⁰.

თ) სამართლის განსაზღვრა გამოყენებადი სამართლის არჩევის შესახებ მხარეებს შორის შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში, უკრაინის კანონმდებლობის შესაბამისად

სკს-ის შესახებ კანონით გათვალისწინებულია გამოყენებადი სამართლის არჩევა მხარეებს შორის გამოყენებადი სამართლის არჩევის შესახებ შეთანხმების არარსებობის პირობებში.

მითითებულ კანონში გამოიყენება მექანიზმი, რომელიც ითვალისწინებს ფიქსირებული და მოქნილი კოლიზიური ნორმების გათვალისწინებას. ამასთან, თვითფიქსირებული კოლიზიური ნორმები წარმოადგენს მჭიდრო კავშირის განსაზღვრის დეტალიზებულ წესებს.

უკრაინის კანონმდებლობა მჭიდრო კავშირს განსაზღვრავს ხელშეკრულების განმახორციელებელი მხარის განმარტების დახმარებით, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულებისთვის.

სკს-ის შესახებ კანონის 32-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, სამართლის არჩევის არარსებობის პირობებში გარიგების შინაარსის მიმართ გამოიყენება სამართალი, რომელსაც ყველაზე მჭიდრო კავშირი აქვს გარიგებასთან.

თუ სხვა რამ გათვალისწინებული არ არის ან არ გამომდინარეობს პირობებიდან, გარიგების არსიდან ან საქმის გარემოებათა ერთობლიობიდან, მაშინ გარიგება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებულია სახელმწიფოს სამართალთან, რომელშიც მხარეს, რომელმაც უნდა განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის, აქვს თავისი საცხოვრებელი ადგილი ან ადგილსამყოფელი (სკს-ის შესახებ კანონის 32-ე მუხლის მე-3 ნაწილი).

სკს-ის შესახებ კანონის მუხლი 32 (3) მიუთითებს, რომ ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდრო კავშირის მქონე სამართლის განსაზღვრისას, სამართალდამცავმა ორგანომ, უპირველეს ყოვლისა, უნდა გააანალიზოს პირობები, ხელშეკრულების არსი და საქმის გარემოებები.

³⁰ *Philip'ev A. O.* Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / *A. O. Philip'ev* // Наука і практика. – 2012. – № 9 (144). – С. 23–28.

თუ ეს ქმედებები არ იძლევა ყველაზე მჭიდრო კავშირის მქონე სამართლის განსაზღვრის საშუალებას, მაშინ ითვლება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებულია სახელმწიფოს სამართალთან, რომელშიც მხარეს, რომელმაც უნდა განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის, აქვს თავისი საცხოვრებელი ადგილი ან ადგილსამყოფელი³¹.

„განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის“ – ნიშნავს ერთიმ ხარის მიერ მოვალეობების შესრულებას, რომელიც განასხვავებს განსაზღვრულ ხელშეკრულებას სხვა სახის ხელშეკრულებებისაგან, მაგალითად, მოვალეობის შესრულება ნივთის იჯარით გაცემაზე-დამახასიათებელია ქირავნობის ხელშეკრულებებისათვის; გადაზიდვის შესრულება-დამახასიათებელია გადაზიდვის ხელშეკრულებებისთვის და ა.შ..

ამასთან ერთად, გადახდის განხორციელების მოვალეობა დამახასიათებელია გადახდის ვალდებულების მქონე ყველა ხელშეკრულებისთვის. მართლაც, გადახდის განხორციელებაზე არასოდეს შეიძლება ითქვას, რომ მას „განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის“...

ამრიგად, გადახდის ვალდებულების მქონე ხელშეკრულებებში მხარე, რომელმაც უნდა „განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის“, როგორც წესი, იქნება მხარე, რომელიც, ფართო გაგებით, წარმოადგენს გამყიდველს (ქონების, სამუშაოს, მომსახურების)³².

სამართალი, რომელიც ექვემდებარება ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებას, განისაზღვრება სხვადასხვა კატეგორიის ხელშეკრულებებისთვის გათვალისწინებული წესით (სკს-ის შესახებ კანონის 44-ე მუხლი).

სკს-ის შესახებ კანონის 44-ე მუხლი, რომელშიც საუბარია მხარეების მიერ არჩევანის არგაკეთების პირობებში ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებად სამართალზე, ყველა გარიგებისთვის იმეორებს ზემოთ მოყვანილ დებულებებს; ამასთან, მხარეს, რომელმაც უნდა განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის, წარმოადგენს: გამყიდველი-ნასყიდობის ხელშეკრულების მიხედვით; მრუქებელი-ჩუქების ხელშეკრულების მიხედვით (შემდეგ მოცემულია კოლიზიური ნორმების ჩამონათვალი 23 სახის ხელშეკრულების მიხედვით, უკრაინის სამოქალაქო კოდექსის „ვალდებულებითი სამართლის“ მეხუთე ნიგნის სტრუქტურის შესაბამისად).

ცალკეული სახის ხელშეკრულებებისთვის ყველაზე მჭიდრო კავშირი დგინდება სხვა კრიტერიუმების საფუძველზე (სკს-ის შესახებ კანონის მუხლი 44 (2)).

მართლაც, უძრავი ქონების შესახებ ხელშეკრულებისთვის ასეთი კავშირი აქვს სახელმწიფოს სამართალს, ხოლო თუ ეს ქონება ექვემდებარება რეგისტრაციას-სახელმწიფოს სამართალს, სადაც განხორციელდა რეგისტრაცია; ერთობლივი საქმიანობის ან სამუშაოთა შესრულების ხელშეკრულებებზე-სახელმწიფოს სამართალს, რომელშიც ხორციელდება ასეთი საქმიანობა ან იქმნება ხელშეკრულებით გათვალისწინებული შედეგები; აუქციონზე კონკურსის შედეგად ან ბირჟაზე დადებულ ხელშეკრულებებზე-სახელმწიფოს სამართალს, რომელშიც ტარდება აუქციონი, კონკურსი ან მდებარეობს ბირჟა.

უკრაინის კანონმდებლობა არ უთმობს ყურადღებას სამართლის განსაზღვრას შერეული და არასახელმწიფო ხელშეკრულებებისთვის.

მისგან განსხვავებით, „რომი I“-ის პრეამბულის პუნქტი 19 სპეციალურად აღნიშნავს, რომ: „იმ შემთხვევაში, თუ ხელშეკრულება არ შეიძლება მიკუთვნებულ იყოს განსაზღვრული სახეობებიდან ერთ-ერთს, ან თუ თავისი მახასიათებლებით ის არ მიეკუთვნება რამდენიმე განსაზღვრულ სახეს, ან თუ თავისი მახასიათებლებით ის მიეკუთვნება რამდენიმე განსაზღვრულ სახეს, მაშინ ხელშეკრულება ექვემდებარება იმ ქვეყნის სამართლით რეგულირებას, სადაც არის იმ მხარის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი, რომელმაც უნდა განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის.

³¹ Діковська І. А. Міжнародні комерційні контракти: колізійне та матеріально-правове регулювання: Навч. посібн. / І. А. Діковська. – К.: Алерта, 2016. – (322 с.). – С. 73.

³² Диковская И. А. დასახ. ნაშრომი – С. 74.

იმ შემთხვევაში, თუ ხელშეკრულება შედგება უფლებებისა და მოვალეობების ერთობლიობისაგან, რომლებიც შეიძლება მიკუთვნებულ იყვნენ ხელშეკრულების რამდენიმე განსაზღვრულ სახეობას, შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის, უნდა განისაზღვროს მისი წონის ცენტრის მიმართ“.

Trans-Lex პრინციპების მუხლი XIV.2-ის კომენტარების მე-4 პუნქტი ითვალისწინებს, რომ შერეული ხელშეკრულება, რომელიც თავის თავში აერთიანებს რამდენიმე სახის ხელშეკრულების ელემენტებს, რეგულირდება იმ ქვეყნის სამართლით, რომელშიც მხარე არ იხდის, აქვს თავისი ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი, ბიზნესის წარმართვის ადგილი³³.

II. ხელშეკრულებაზე გამოყენებადი სამართლის არჩევა ევროკავშირის კანონმდებლობის მიხედვით

ა) „რომი I“-ის რეგლამენტის მოქმედების სფერო

კოლიზიური სამართლის შესახებ ევროკავშირის (შემდგომში–EC) სავალდებულო ხასიათის აქტების მიღება შესაძლებელი გახდა 1997 წლის ამსტერდამის ხელშეკრულებით, რამდენადაც EC-ის მესამე საყრდენის კომპეტენცია ნაწილობრივ გადატანილ იქნა პირველ წინააღმდეგობაში (მუხლები 61,65).

ამრიგად, EC-ის მოღვაწეობის სფერო გაფართოვდა, კერძოდ, საერთაშორისო კერძო სამართლის სფეროში ერთგვაროვანი კოლიზიური ნორმების შექმნის კომპეტენციით.

დღევანდელ დღეს შესაბამისი კომპეტენცია ასახულია ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების (შემდგომში – TFEU) 71-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფის c პუნქტში.

თავდაპირველად კოლიზიურ ნორმებს უცხოური ელემენტებით სახელშეკრულებო მოვალეობების სფეროში ეხებოდა კონვენცია „სახელშეკრულებო მოვალეობების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“, 19 ივნისი, 1980 წ. (შემდგომში-რომის კონვენცია).

2009 წლის 17 დეკემბრიდან რომის კონვენცია ევროკავშირის წევრ ქვეყნებში პრაქტიკულად მთლიანად შეცვლილია რეგლამენტით ECN^o593/2008 სახელშეკრულებო მოვალეობების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ (შემდგომში-რეგლამენტი „რომი I“)³⁴.

რეგლამენტი „რომი I“ წევრ სახელმწიფოთა ტერიტორიაზე ამკვიდრებს ერთნაირ კოლიზიურ ნორმებს, რომლებიც განსაზღვრავენ სახელმწიფოს სამართალს (რომელიც არ არის აუცილებელი, იყოს ევროკავშირის წევრი სახელმწიფო), რომელიც უნდა გამოიყენებოდეს იმ შემთხვევაში, თუ სამართლებრივი ურთიერთობები მოიცავს უცხოურ ელემენტს. რეგლამენტი გამოიყენება ყველა ხელშეკრულებაზე, რომელიც ხელმოწერილია 2009 წლის 17 დეკემბრის შემდეგ.

ეს რეგლამენტი გამოიყენება სახელშეკრულებო მოვალეობებზე სამოქალაქო და სავაჭრო საქმეებში (მუხლი1).

„რომი I“-ის რეგლამენტის გამოყენების სფეროში შედის ასევე ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულებები (სტატია 8).

„რომი I“-ის რეგლამენტი ასევე გამოიყენება მომხმარებლების მიმართ. ამასთან, მომხმარებლის განმარტება მოცემულია სპეციალიზებულ დირექტივაში 2011/83/EU მომხმარებელთა უფლებების შესახებ (Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October on consumer rights)³⁵.

ევროპარლამენტი თავის არქივებში (Library of the European Parliament. The notion of “consumer” in the EU) იძლევა მომხმარებლის განმარტებას. სწორედ ეს დოკუმენტი განსაზღვრავს, რომ მომხმარებელი არის სწორედ ფიზიკური პირი, ხაზს უსვამს რა, რომ EC-ის ზოგიერთ წევრ ქვეყანას თავის ნაციონალურ კანონმდებლობაში აქვს განსხვავებული მიდგომა ასეთ განმარტებასთან.

³³ Диковская И. А. დასახ. ნაშრომი—С. 76.

³⁴ Regulation (EC) N 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) OJ L 177, 4.7.2008.

³⁵ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 303, 22.11.2011, p.64–68.

ამის გარდა, ევროპარლამენტმა განსაზღვრა კანონმდებლობის განვითარების პრეროგატივა ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით (European Parliament. Factsheets on the European Union. Free movement of works), იმდენად, რამდენადაც ეს შეადგენს EC-ის ოთხი ფუნქციონალური სამართლიდან ერთ-ერთს.

„რომი I“-ის რეგლამენტი მოიცავს ცალკეულ გამონაკლისს. რეგლამენტი არ გამოიყენება საჯარო შემოსავლების საკითხების მიმართ, საგადასახადო და ადმინისტრაციულ სფეროებში.

რეგლამენტის გამოყენების სფეროდან ასევე გამოირიცხება (მუხლი 20): საოჯახო ურთიერთობებიდან გამომდინარე მოვალეობები, საარბიტრაჟო გარიგებები და გარიგებები სასამართლოს არჩევის შესახებ, ტრასტების დაფუძნების საფუძვლები და ურთიერთობები, რომლებსაც ისინი ქმნიან დამფუძნებლებს, ნდობით აღჭურვილ მესაკუთრებსა და ბენეფიციარებს შორის, ხელშეკრულების გაფორმების წინარე საქმიანი მოლაპარაკებების შედეგად წარმოქმნილი მოვალეობები, დაზღვევის ხელშეკრულებები, რომლებიც ხვდებიან ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს დირექტივის 2002/83/EC, 5 ნოემბერი 2002 წ. „სიცოცხლის დაზღვევის შესახებ“ ევროპარლამენტისა და ევროსაბჭოს 2002 წ. 5 ნოემბრის 2002/83/EC დირექტივის მე-2 მუხლის მოქმედების ქვეშ. ამ საკითხებიდან ცალკეულის შესახებ არსებობს სპეციალური სამართლებრივი აქტები³⁶.

ღირს, აღინიშნოს, რომ „რომი I“-ის რეგლამენტის მიზნებისათვის დანია არ არის ჩათვლილი EC-ის წევრების მიერ, მაშინ, როდესაც დიდმა ბრიტანეთმა და ირლანდიამ არ გამოირიცხეს თავიანთი მონაწილეობა რეგლამენტში.

ბ) „რომი I“-ის რეგლამენტის გამოყენების უნივერსალობა

„რომი I“-ის რეგლამენტის მნიშვნელოვანი შემადგენელია მისი „უნივერსალური გამოყენება“, რაც გულისხმობს რეგლამენტის გამოყენებას მაშინაც კი, როდესაც ნაციონალური სამართალი, რომელიც გამოყენებულ უნდა იქნეს კონფლიქტური სიტუაციის გადასაჭრელად, იქნება ევროკავშირის არანაწევრი ქვეყნის სამართალი.

ეს ნიშნავს, რომ ევროკავშირის წევრ ქვეყანასთან ნებისმიერი შეხების წერტილის არარსებობის პირობებშიც კი, თუ ევროკავშირი განიხილავს სიტუაციას, სამართლის განსაზღვრის საკითხი წარმართება იმ წესებით, რომლებიც მითითებულია „რომი I“-ის რეგლამენტში.

რეგლამენტის „გამოყენების უნივერსალობის“ ნიმუში შეიძლება იყოს საქმე – „Iran Continental Shelf Oil Co v. IRI International Corp“, რომელშიც ინგლისურმა სასამართლომ გამოიყენა რომის კონვენცია ამერიკული კორპორაციისა და ირანული კომპანიის კონფლიქტში³⁷.

„რომი I“-ის რეგლამენტმა, რომელიც ხასიათდება გამოყენების უნივერსალობით, სრულყო სახელშეკრულებო ურთიერთობის მონაწილეების მიერ სამართლის არჩევის წესი. ამ სამართლებრივი აქტით დადგინდა ხელშეკრულების ცალკეული ნაწილის მიმართ სამართლის არჩევის შესაძლებლობა, ასეთი სამართლის არჩევა ამავე მონაწილეებს შორის დადებულ სხვა ხელშეკრულებებზე მითითებით, არასახელმწიფო სამართლის ჩართვა მხარეების მიერ არჩეულ სამართალთან.

გ) სამართლის თავისუფალი არჩევის პრინციპი და სამართლის არჩევის ფორმა „რომი I“-ის რეგლამენტის შესაბამისად

ზოგადი წესის შესაბამისად, „რომი I“-ის რეგლამენტის მე-3 მუხლი საშუალებას აძლევს მხარეებს, ხელშეკრულების სამართალი აირჩიონ დამოუკიდებლად. მხარეების „ნების ავტონომიის“ პრინციპი არის საკვანძო ფაქტორი, ძირითადი კოლიზიური საბამი ხელშეკრულებისთვის სამართლის განსაზღვრისას. სახელშეკრულებო ურთიერთობების მონაწილეების მიერ სამართლის არჩევის თავისუფლებას რეგლამენტი განიხილავს, როგორც სახელშეკრულებო მოვალეობების საკითხებში კოლიზიური სამართლის სისტემის ერთ-ერთ ქვაკუთხედს.

³⁶ Council Regulation (EU) N 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29.12.2010; Regulation (EU) N 650/2012 of the decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27.7.2012.

³⁷ Case Iran Continental Shelf Oil Co vs. IRI International Corp, [2004] 2 CLC 696.

„რომი I“-ის რეგლამენტის მე-3 მუხლი მიუთითებს ასეთი არჩევანის მხოლოდ ერთ პირობაზე: „ის უშუალოდ უნდა იყოს მითითებული ან ნათლად განსაზღვრული ხელშეკრულების პირობებით ან საქმის გარემოებებით“.

პირობა – „უშუალოდ მითითებული“ – ნიშნავს, რომ ნორმა სამართლის არჩევის შესახებ ნათლად უნდა განსაზღვრავდეს, რომელი სამართალი უნდა გამოიყენებოდეს მხარეების მიერ ხელშეკრულების შესრულებისას. რიგი ავტორებისა თვლიან, რომ „უშუალოდ მითითებული“ ნიშნავს სამართლებრივი სისტემის პირდაპირი დასახელების საჭიროებას³⁸.

მაგალითად, „მოცემული ხელშეკრულება ექვემდებარება შესრულებას ფრანგული კანონმდებლობის ნორმების შესაბამისად“ და სხვა.

ამასთან, რადგან მხარეები სამართალს ხშირად უშუალოდ ირჩევენ, ის შეიძლება იყოს „ნათლად განსაზღვრული“. მხარე, რომელიც დაჟინებით მოითხოვს გარკვეული სამართლის არჩევას, ვალდებულია, ეს დაადასტუროს სასამართლოში კონფლიქტის შემთხვევაში. ითვლება, რომ მითითებულმა პრაქტიკამ ხელი უნდა შეუწყოს ხელშეკრულებისთვის კონკრეტული სამართლებრივი სისტემის განსაზღვრის შესაძლებლობის გაუმჯობესებას.

თუმცა პრაქტიკაში სამართლის არჩევის ნორმის ასეთმა არამკაცრმა განმარტებამ „რომი I“-ის რეგლამენტში ცალკეულ შემთხვევაში შეიძლება მიგვიყვანოს მისი განსაზღვრის შეუძლებლობასთან: რა შემთხვევაში მიიღეს მხარეებმა ირიბი გადაწყვეტილება ხელშეკრულების სამართლის განსაზღვრაზე და რა შემთხვევაში არ იყო ასეთი გადაწყვეტილება.

ზემოთ მოხსენიებული ფორმულირება განსხვავებულია იმისაგან, რაც შემოთავაზებულია რომის კონვენციაში, რომლის თანახმადაც, სამართალი, რომელიც გამოყენებულ უნდა იქნეს ხელშეკრულების მიმართ, მითითებული უნდა იყოს „დამაჯერებლობის საკმარისი დონით“ (კონვენციის 1-ლი მუხლი).

მხარეების მიერ სამართლის არჩევის თავისუფლების პრინციპი უსაზღვრო არ არის (რეგლამენტის მუხლები 3,5-9). მაგალითად, „რომი I“-ის რეგლამენტის მე-3 მუხლის მე-4 პუნქტის შესაბამისად, იმ შემთხვევაში, როდესაც მითითებული არჩევანის მომენტში სიტუაციის ყველა სხვა ელემენტი იყო ერთ ან რამდენიმე წევრ სახელმწიფოში, მაშინ მხარეების მიერ გამოყენებას დაქვემდებარებული სხვა, ვიდრე წევრი სახელმწიფოს, სამართლის არჩევა არ უნდა აყენებდეს ზიანს თანამეგობრობის იმ სამართლის (როდესაც მართებულია, სასამართლოს წევრი ქვეყნის კანონმდებლობაში ტრანსფორმირებული) დებულებების გამოყენებას, რომელთაგანაც გადახვევა ხელშეკრულებით ნებადართული არ არის.

დ) არასახელმწიფო სამართლის ნორმების გამოყენება ევროკავშირის კანონმდებლობაში

რეგლამენტის 1-ლი მუხლის დებულებებით გათვალისწინებულია, რომ „ამ კონვენციის წესები გამოიყენება სახელშეკრულებო მოვალეობების მიმართ ნებისმიერ სიტუაციაში, სხვადასხვა ქვეყნის სამართლის გათვალისწინებით“. თვით სიტყვათშეთანხმება – „სხვადასხვა ქვეყნის“ ნათლად მიუთითებს სამართლის აუცილებელ მიკუთვნებაზე ქვეყნისთვის. ასეთი მიდგომა დადასტურებულია ევროპული სასამართლოების გადაწყვეტილებების მნიშვნელოვანი რაოდენობით და მეცნიერთა გამოკვლევებით.

ასეთი მიდგომა შეესაბამება „რომი I“-ის რეგლამენტის მე-4 მუხლის განმარტებას, რომლის მიხედვითაც, მხარეების მიერ არჩეული სამართალი უნდა იყოს „უშუალოდ მითითებული“.

ევროპული კერძო სამართლის დოქტრინაში დასტურდება, რომ „უშუალოდ მითითებული“ ავალდებულებს იმ სამართლის სისტემის პირდაპირ დასახელებას, რომელიც გამოყენებული იქნება ხელშეკრულების მიმართ³⁹. რიგი ავტორები თვლიან, რომ ასეთი სამართალი მითითებულ უნდა იქნეს „განსაზღვრულობის საკმარისი ხარისხით“⁴⁰.

უნდა აღინიშნოს, რომ ევროკომისიაში აქტიური დისკუსიები, რომლებიც გაიმართა რეგლამენტის მიღებამდე, აისახა კომისიის წინადადებაში, „რომი I“-ის რეგლამენტის პროექტის 4.2

³⁸ Geert van Calster. *Europa Private International Law*. – Oxford : Hart Publishing Second edition. – 2016, p.224.

³⁹ Geert van Calster, *European Private International Law* (Cambridge, CUP, 2009), p. 186.

⁴⁰ იხ.: H. Heiss „Party Autonomy“ in F. Ferrari and S. Leible (eds), *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* Munich, Sellier, 2009).

პუნქტში, მხარეებისთვის არასახელმწიფო სამართლის არჩევის შესაძლებლობის მინიჭებაზე. ამასთან, კომისრებმა ყურადღების მიღმა დატოვეს *lex mercatoria*, რადგან ჩათვალეს ის არასაკმარისად გამჭვირვალედ⁴¹.

ასეთმა არჩევანმა უნდა ნებადართული გახადოს ევროპის სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპებისა და უნიდროას ნორმების არჩევა.

მეტიც, ევროპარლამენტის სამართლებრივი საკითხების აღმასრულებელი კომიტეტის მოხსენების თანახმად, სახელშეკრულებო ურთიერთობების მონაწილეებს უფლება აქვთ, შეიტანონ არასახელმწიფო ნორმები სახელშეკრულებო ურთიერთობებში მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც ისინი აღიარებული არიან საერთაშორისო დონეზე⁴².

საბოლოოდ, ევროპარლამენტმა და ევროპის საბჭომ მიიღეს გადაწყვეტილება, არ შეეტანათ ნორმა, რომელიც ნებას მისცემდა მხარეებს, სრულფასოვნად აერჩიათ არასახელმწიფო სამართალი ხელშეკრულებით, რამეთუ „ნორმების საერთაშორისო აღიარების ხასიათი, რომლის მიხედვითაც მხარეებს შეეძლებოდათ, აერჩიათ გამოყენებადი სამართალი, მნიშვნელოვანწილად არაზუსტია“⁴³.

ამასთან, „რომი I“-ის რეგლამენტის პრეამბულის მე-13 და მე-14 აბზაცები შეიცავს შემდეგ დებულებებს:

„(13) წარმოდგენილი რეგლამენტი არ ზღუდავს მხარეებს, მოახდინონ ხელშეკრულებაში სამართლის ზენაციონალური ნორმების ან საერთაშორისო ხელშეკრულების დებულებების ინკორპორირება (ჩართვა).

(14) თუ თანამეგობრობა შესაბამის სამართლებრივ დოკუმენტში დაამტკიცებს სახელშეკრულებო სამართლის წესებს, სამაგალითო პირობების ჩათვლით, მაშინ ასეთი დოკუმენტი შეიძლება ითვალისწინებდეს, რომ მხარეებს შეუძლიათ, გააკეთონ არჩევანი ამ წესების გამოყენების სასარგებლოდ“.

„რომი I“-ის რეგლამენტი არ ხსნის, როგორ უნდა იქნეს გაგებული თავსართი-„ჩართვის გზით“. ასეთმა სიტუაციამ წარმოშვა დისკუსია სხვადასხვა ქვეყნის მეცნიერებს შორის.

ყურადღებას იმსახურებს ავტორების პოზიცია იმის თაობაზე, რომ ასეთი ფორმულირება არასახელმწიფო სამართლის ცალკეული ნორმის მხოლოდ უბრალო ჩართვის შესაძლებლობას იძლევა⁴⁴.

„რომი I“-ის რეგლამენტის ამ დებულებების ყველაზე მეტად გავრცელებული განმარტების თანახმად, კოლიზიური არჩევანი შესაძლებელი იქნება მხოლოდ სპეციალური დოკუმენტის საფუძველზე, რომელიც შეეხება ევროპული ვალდებულებითი სამართლის (სწორედ ეს იგულისხმება მე-14 აბზაცში) უნიფიკაციას.

მითითებულ დოკუმენტს აქვს სამუშაო დასახელება-Common Frame of Reference. დღევანდელი დღისთვის აკადემიური პროექტი მომზადებული და გამოქვეყნებულია განსახილველად; ამის საფუძველზე იგეგმება პოლიტიკური დოკუმენტის შექმნა [აკადემიური პროექტის სახელწოდებაა – Draft Common Frame of Reference]⁴⁵.

ჩატარებული ანალიზი აჩვენებს, რომ ხელშეკრულებისთვის არასახელმწიფო სამართლის არჩევა „რომი I“-ის რეგლამენტის შესაბამისად დაუშვებელია; ნებადართულია მხოლოდ სახელშეკრულებო ურთიერთობის გარკვეული ნაწილის არასახელმწიფო სამართლით რეგულირება.

⁴¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligation (Rome I) / COM/2005/0650 final – COD 2005/0261 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=EN&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=650.

⁴² Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (COM) (2005) 0650 – C6-0441/2005-2005/0261(CJD)) Committee on Legal Affairs [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE374.427>.

⁴³ *Beloglavek A. I. European International Law – Contractual Connections and Obligations : [in 2 vols.] / A. I. Beloglavek. – V. 1. – K.: Tacson, 2010. – 1576 p.*

⁴⁴ *S. Symeonides* “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective” in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law. – Liber Amicorum Kurt Siehr*.

⁴⁵ *Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств / А. В. Асосков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – (640 с.). – С. 33–331.*

სახელშეკრულებო ურთიერთობებისთვის გამოყენებად სამართლად არასახელმწიფო სამართლის არჩევის დაუშვებლობა „რომი I“-ის რეგლამენტის შესაბამისად განპირობებულია იმით, რომ მხარეების მიერ გამოყენებად სამართლად არჩეული საერთაშორისო მატერიალური სამართლის ნორმების საერთაშორისო აღიარების ხასიათი მნიშვნელოვანწილად არაზუსტია, რაც საეჭვოს ხდის აღნიშნული ნორმების შესაძლებლობას, წარმოადგენდნენ სამართლის წყაროს.

ამასთან ერთად, რეგლამენტის მე-3 მუხლი მოიცავს დებულებას იმის შესახებ, რომ მხარეებს შეუძლიათ „ნებისმიერი სამართლის“ არჩევა. ამის გათვალისწინებით, არ შეიძლება გამოირიცხოს სამართალგამოყენებით პრაქტიკაში უფრო ლიბერალური მიდგომის ფორმირება, რაც გულისხმობს გამოყენებად სამართლად არასახელმწიფო სამართლის არჩევის შესაძლებლობას, თუ საქმის კონკრეტული გარემოებების გათვალისწინებით, მხარეების მიერ არჩეული „არასახელმწიფო სამართალი“ პასუხობს გამოყენებადი სამართლის მიმართ მოთხოვნებს და არ გამოდის მხოლოდ, როგორც არასახელმწიფო სამართლის ინკორპორირებული ნორმა, რომელიც მოწოდებულია მხოლოდ და მხოლოდ სახელშეკრულებო ურთიერთობების ნაწილის დასარეგულირებლად.

ე) იურისდიქციის არჩევა ევროკავშირის სამართლის მიხედვით. წესი □ *lis alibi pendens*

მხარეების ნების ავტონომიის პრინციპზე დაფუძნებული სამართლის არჩევა, მდგომარეობს შესაბამისი იურისდიქციის არჩევის შესაძლებლობაში მხარეების მოლაპარაკებების შედეგად. აღნიშნული პრინციპი გარკვეულწილად შეზღუდულია წესით – *lis alibi pendens* (სარჩელი, რომელიც ექვემდებარება სხვა ადგილას განხილვას).

ამ წესის თანახმად, როდესაც სხვადასხვა ქვეყნის სასამართლო ორგანოები აღიარებენ თავიანთ განსჯადობას ერთსა და იმავე საკითხზე იმავე მხარეებს შორის, მაშინ იმ იურისდიქციამ, რომელმაც საქმის განხილვა უფრო გვიან დაიწყო, უნდა შეაჩეროს წარმოება ამ საქმეზე.

მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ „Gasserv. MISAT“-ზე გადანყვეტილებაში არ აღიარა მხარეების უფლება, აერჩიათ შესაბამისი იურისდიქცია *lis alibi pendens* პრინციპთან კონფლიქტის შემთხვევაში⁴⁶.

ამ საქმეში მხარეებმა მიიღეს გადანყვეტილება იურისდიქციის აღიარების შესახებ იტალიური სასამართლოების სასარგებლოდ. ამასთან, ერთმა მხარემ მიმართა სასამართლოს ავსტრიაში. ავსტრიულმა სასამართლომ აღიარა მისი განსჯადობა ამ საქმეზე. როდესაც მეორე მხარემ მიმართა იტალიის სასამართლოს, მან ასევე აღიარა მისი განსჯადობა. როგორც შედეგი, ორმა ქვეყანამ დაადგინა განსჯადობა ერთი სიტუაციის გადანყვეტაზე.

მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ პრინციპი – *lis alibi pendens*, რომელიც გამოყენებული უნდა იყოს ამ შემთხვევაში, არ ითვალისწინებს ამ საქმეზე იტალიური სასამართლოების იურისდიქციის გავრცელებას, თუნდაც ამაზე მხარეები წინასწარ იყვნენ შეთანხმებული.

ასეთი დასკვნა დამყარებულია მხოლოდ იმაზე, რომ ავსტრიულმა სასამართლომ პირველმა მიიღო გადანყვეტილება საქმის განსჯადობის განსზღვრის შესახებ⁴⁷.

ვ) სამართლის არჩევა ხელშეკრულების ძალაში შესვლის შემდეგ

„რომი I“-ის რეგლამენტი ითვალისწინებს მხარეების შესაძლებლობას, აირჩიონ სამართალი ხელშეკრულების ძალაში შესვლის შემდეგ, ასევე აირჩიონ სხვადასხვა სამართალი ხელშეკრულების სხვადასხვა ნაწილის მიმართ (რეგლამენტის მე-3 მუხლი).

რეგლამენტის მითითებული ნორმა მხარეებს საშუალებას აძლევს, მოხერხებულად შეცვალონ უკვე არჩეული სამართალი. თუმცა პრაქტიკაში ასეთი შეცვლის არამიზანშეწონილობა აფერხებს მისი ფართოდ გამოყენების შესაძლებლობას.

ამასთან ერთად, გასათვალისწინებელია, რომ ხელშეკრულების სხვადასხვა ნაწილისთვის სხვადასხვა სამართლის არჩევის შესაძლებლობას არ უნდა მოჰყვეს სამართლებრივი წინააღმდეგობები⁴⁸.

⁴⁶ Case C-116/02 Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl. [2003] ECLI:EU:C:2003:657.

⁴⁷ *Світовий В. О.* Колізійне регулювання договірних відносин за правом ЄС та України: магістерська робота / *В. О. Світовий*. – К.: Юридичний факультет КНУ імені Тараса Шевченка., 2017. – (107 с.). – С. 39–40.

⁴⁸ იხ.: *Giuliano M.* Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / *M. Giuliano, P. Lagarde* // *Journal official*. – 1980. – P. 282 – P. 0001-0050, para 4; *Світовий В. О.* Колізійне регулювання договірних

მართლაც, მაგალითად, მოვალეობათა პირობების შეუსრულებლობის საკითხი და პასუხისმგებლობა ასეთ შეუსრულებლობაზე არ შეიძლება ექვემდებარებოდეს სხვადასხვა სამართლით რეგულირებას, იმდენად, რამდენადაც ასეთ შემთხვევაში არ არის გარკვეულობა მხარეებს შორის.

რომის კონვენციასთან შედარებით, „რომი I“-ის რეგლამენტი სხვანაირად მიუდგა ხელშეკრულების სხვადასხვა ნაწილისთვის სხვადასხვა სამართლის დადგენის საკითხს მხარეების მიერ სამართლის არჩევის შემთხვევისათვის. რომის კონვენცია ითვალისწინებს ასეთ შესაძლებლობას.

მეცნიერების მხრიდან ეს კონცეფცია მოექცა მძაფრი კრიტიკის ქვეშ⁴⁹. ასეთი შესაძლებლობა მოსამართლეებს ხელშეკრულებისთვის სამართლის დადგენის დროს საშუალებას აძლევს, ბოროტად გამოიყენონ მინიჭებული უფლება და ყოველგვარი არგუმენტაციის გარეშე გადანაცვლონ ხელშეკრულების ბედი. მეცნიერების ასეთმა მიდგომამ მხარდაჭერა პოვა ევროპულ თანამეგობრობაში. ამასთან კავშირში, რომის კონვენციის მითითებული დებულება არ იქნა შეტანილი „რომი I“-ის რეგლამენტში. ამიტომ რეგლამენტის მოქმედი რედაქციის თანახმად, სხვადასხვა სამართალი არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ხელშეკრულებისთვის არჩეული სამართლის არარსებობის პირობებში.

ზ) სამართლის არჩევა მხარეების მიერ მათ შორისვე დადებულ სხვა ხელშეკრულებაზე მითითებით

„რომი I“-ის რეგლამენტი მხარეებს საშუალებას აძლევს, აირჩიონ სამართალი ამავე მხარეებს შორის დადებულ სხვა ხელშეკრულებაზე მითითებით, რომელიც მიუთითებს მხარეების მიერ არჩეულ სამართალზე.

ასეთი პოზიცია გადმოღებულია რომის კონვენციიდან, სასამართლო პრეცედენტების განმარტებების გათვალისწინებით.

ასევე ითვლება, რომ ასეთი არჩევანი მხარეების მიერ შეიძლება, მითითებულ იქნეს წინასწარ შეთანხმებებში, ჯერ კიდევ შესაბამისი ხელშეკრულების ხელმოწერამდე. ასეთი შეთანხმება მოსამართლის მიერ მხედველობაში იქნება მიღებული, თუმცა ეს ავტომატურად არ ნიშნავს, რომ მხარეების მიერ ეს სამართალი იქნა არჩეული კონკრეტული ხელშეკრულებისთვის⁵⁰.

თ) სამართლის არჩევა მხარეებს შორის მასზე შეთანხმების არარსებობისას

იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეები (წინასწარი განზრახვით ან შემთხვევით) არ მიუთითებენ არჩეულ სამართალს, მოსამართლემ უნდა განსაზღვროს ასეთი სამართალი მისი შეხედულებით. მხარეებს შორის მე-4 მუხლით სამართლის არჩევის შესახებ შეთანხმების არარსებობისას, „რომი I“-ის რეგლამენტი ამარტივებს გამოყენებადი სამართლის განსაზღვრის პროცედურას.

რეგლამენტის მითითებული ნორმა წარმოშობს რეგლამენტის განსაკუთრებულ განსხვავებას რომის კონვენციისაგან, რომელიც, მეცნიერების უმეტესობის აზრით, არ იძლეოდა სამართლის მკაფიოდ განსაზღვრის საშუალებას და ანიჭებდა მოსამართლეებს ისეთ უფლებამოსილებებს, რასაც შეეძლო ბოროტად გამოყენებასთან მიყვანა⁵¹.

რომის კონვენციამ გამოიყენა საბამი — „ყველაზე მჭიდრო კავშირი“. ესე იგი, იმ სამართლის გამოყენება, რომელსაც აქვს ყველაზე უფრო მჭიდრო კავშირი ხელშეკრულებასთან. თავის მხრივ, ამან მოიცვა პრეზუმფციის განმარტება „დამახასიათებელი შესრულების“ დოქტრინაზე დაფუძნებით.

ამ დოქტრინის თანახმად, რომელიც გაჩნდა შვეიცარიაში 30-ზე მეტი წლის წინ, მოსამართლეებმა, პირველ ყოვლისა, ყურადღება უნდა მიაქციონ ხელშეკრულების არსს, მის სტრუქტურ-

відносин за правом ЄС та України: магістерська робота / В. О. Світовий. — К., 2017. — Юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка. — (107 с.). — С. 45.

⁴⁹ U. Mangus, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice” in Ferrari and Leible — P. 27, 29, 31.

⁵⁰ Giuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / M. Giuliano, P. Lagarde // Journal official. — 1980. — P. 282. — P. 0001-0050.

⁵¹ Geert van Galster. European Private International Law. — Oxford : Tart Publishing Second edition. — 2016, p.229.

რასა და მხარეების ძირითად მოვალეობებს⁵². მითითებული ნორმები არის იმდენად ფართო, რომ ისინი აძლევენ მოსამართლეს მათი სხვადასხვაგვარი განმარტების საშუალებას.

მხარეების მიერ გამოყენებადი სამართლის არარჩევისას, „რომი I“-ის რეგლამენტით გათვალისწინებულია გამოყენებადი სამართლის განსაზღვრის შემდეგი მექანიზმი.

ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებას დაქვემდებარებული სამართალი განისაზღვრება ნესით, რომელიც გათვალისწინებულია სხვადასხვა კატეგორიის ხელშეკრულებებისათვის (მე-4 მუხლის 1-ლი პუნქტი).

თუ ვერ ხერხდება ხელშეკრულების მიკუთვნება ერთი განსაზღვრული კატეგორიისადმი ან თუ მოიცავს ელემენტებს, რომლებიც დამახასიათებელია რეგლამენტის 4(2) მუხლში მითითებული რამდენიმე ხელშეკრულებისათვის, მაშინ ხელშეკრულება ექვემდებარება რეგულირებას იმ სახელმწიფოს სამართლით, „სადაც არის იმ მხარის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი, რომელმაც უნდა განახორციელოს შესრულება, რომელსაც განმსაზღვრელი მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულების შინაარსისთვის“ („რომი I“-ის რეგლამენტის 4(2) მუხლი). ეს უკანასკნელი განისაზღვრება „ხელშეკრულების ძირითადი საგნის, მისი არსის გათვალისწინებით, ანუ იმის, რაც განსაზღვრავს ხელშეკრულების შინაარსს და სახელშეკრულებო ვალდებულებით ურთიერთობებს“⁵³.

თუ ხელშეკრულებას აქვს აშკარად უფრო მჭიდრო კავშირები სხვა ქვეყანასთან, ვიდრე ის, რომელიც მითითებულია მე-4 მუხლის 1-ლ ან მე-2 პარაგრაფში, მაშინ პირობა გამონაკლისის შესახებ უნდა ითვალისწინებდეს, რომ გამოყენებას ექვემდებარება ამ სხვა ქვეყნის სამართალი. ამ ქვეყნის განსაზღვრისათვის საჭიროა, კერძოდ, ხელშეკრულების ძალიან მჭიდრო კავშირების გათვალისწინება ერთ ან რამდენიმე სხვა ხელშეკრულებასთან.

თუ საქმის ყველა გარემოებიდან გამომდინარეობს, რომ ხელშეკრულებას აქვს აშკარად უფრო მჭიდრო კავშირები სხვა ქვეყანასთან, ვიდრე ის, რომელიც მითითებულია მე-4 მუხლის 1-ელ ან მე-2 პარაგრაფში, მაშინ გამოიყენება ამ სხვა ქვეყნის სამართალი.

იმ შემთხვევაში, თუ გამოყენებას დაქვემდებარებული სამართლის განსაზღვრა არ შეიძლება მე-4 მუხლის 1-ლი ან მე-2 პარაგრაფის საფუძველზე, მაშინ ხელშეკრულება რეგულირდება იმ ქვეყნის სამართლით, რომელთანაც მას აქვს ყველაზე მჭიდრო კავშირი.

„რომი I“-ის რეგლამენტი მოიცავს სპეციალურ ნორმებს, რომლებიც საშუალებას იძლევა, განისაზღვროს ევროკავშირში სახელშეკრულებო მოვალეობებისთვის გამოყენებას დაქვემდებარებული სამართალი.

კერძოდ, მითითებული რეგლამენტის პრეამბულის 23-ე პარაგრაფი ითვალისწინებს, რომ ხელშეკრულებების მიმართ, რომლებიც დადებულია უფრო სუსტად მიჩნეულ მხარეებთან, ეს მხარეები უნდა იყვნენ დაცული კოლიზიური ნორმებით, რომლებიც მათი ინტერესებისათვის არიან უფრო ხელსაყრელი ხასიათის, ზოგად წესებთან შედარებით.

მაგალითად შეიძლება, გამოგვადგეს ხელშეკრულებები მომხმარებლებთან (რეგლამენტის მე-6 მუხლი). ზოგადი წესების მიხედვით, ასეთი ხელშეკრულებები რეგულირდება იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც არის მომხმარებლის მუდმივი საცხოვრებელი ადგილი⁵⁴.

ი) სამართლის არჩევის შეზღუდვები ევროკავშირში

„რომი I“-ის რეგლამენტი განსაზღვრავს მხარეების მიერ სამართლის არჩევის სამ ძირითად შეზღუდვას, კონკრეტულად: იმპერატიული ნორმები (mandatory rules), ძირითადი იმპერატიული ნორმები (overriding mandatory rules) და სახელმწიფო პოლიტიკა (public policy).

თავისი მოქმედების ხასიათით ხელშეკრულებისთვის სამართლის არჩევის შეზღუდვა მდგომარეობს იმაში, რომ სახელშეკრულებოსამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეების მიერ სამართლის არჩევის შემთხვევაშიც კი, ის შეიძლება, შეზღუდულ იქნეს ევროკავშირის სამართლით.

⁵² იხ.: *D'Oliviera*, „Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention“ (1977) 25 Am J Comp L 303 188; *Ciuliano M.* Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / *M. Giuliano, P. Lagarde* // *Journal official*. – 1980. – P.282. – P. 0001-0050.

⁵³ *Белоглазев А. И.* Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства: [в 2т.]. Т. 1. – К.: Таксон, 2010. – С. 805–806.

⁵⁴ *Ландо, Д. Д.* Европейское частное право : учеб. пособие / Д. Д. Ландо, Е. Б. Леанович; под ред. Х. Херрманна, С. А. Балашенко, Т. Борича. – Минск : Зорны Верасок, 2010. – (146 с.). – С. 56–57.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებაში – საქმეზე C-381/98 *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* 2000, მითითებულია, რომ მხარეებს მხოლოდ განსხვავებული სამართლის არჩევით არ შეუძლიათ მხარეების დაცვის იმ სტანდარტების ნიველირება, რომლებიც განსაზღვრულია ევროკავშირის საკანონმდებლო აქტებში⁵⁵.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა მხარეების მიერ სამართლის დამოუკიდებლად არჩევასთან მიმართებით გამოყოფს სამი სახის შეზღუდვას: იმპერატიული ნორმები (*mandatory rules*), ძირითადი იმპერატიული ნორმები (*overriding mandatory rules*) და სახელმწიფო პოლიტიკა (*public policy*).

მთლიანობაში, იმპერატიული ნორმები განსაზღვრავს, რომ მხარეებს სრულიად სხვა ქვეყნის სამართლის არჩევით არ შეუძლიათ, გვერდი აუარონ იმ ქვეყნის გარკვეულ საკანონმდებლო ნორმებს, სადაც მდებარეობს ხელშეკრულების ყველა ელემენტი.

იმპერატიული ნორმები მითითებულია „რომი I“-ის რეგლამენტის მე-3 მუხლში: „იმ შემთხვევაში, როდესაც ხელშეკრულების ყველა ელემენტი სამართლის არჩევისას იმყოფება არჩეული სამართლისგან განსხვავებულ ქვეყანაში, მაშინ მხარეების მიერ სამართლის არჩევანმა არ უნდა მიაყენოს ზარალი ამ სხვა ქვეყნის კანონის დებულებების გამოყენებას, რომელთაგანაც არ შეიძლება გადახვევა ხელშეკრულებით“.

ძირითადი იმპერატიული ნორმები (*overriding mandatory rules*) უფრო ვიწრო კატეგორიით უფრო იშვიათად გამოიყენება.

„რომი I“-ის რეგლამენტის მე-9 სტატიის შესაბამისად, ძირითადი იმპერატიული ნორმები შეადგენენ „ნორმებს, რომლებიც ითვლება ქვეყნისთვის განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონედ საჯარო ინტერესების, მათ შორის, მისი პოლიტიკური, სოციალური და ეკონომიური სფეროების დასაცავად. ისინი გამოყენებული უნდა იყოს ნებისმიერ სიტუაციაში, მხარეების მიერ არჩეული სამართლისაგან დამოუკიდებლად“.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო ძირითად იმპერატიულ ნორმებად თვლის დებულებებს, რომელთა დაცვასაც ქვეყანა აღიარებს, როგორც არსებითი მნიშვნელობის მქონეს მისი საჯარო ინტერესების დასაცავად, ისეთის, როგორც არის მისი პოლიტიკური, სოციალური ან ეკონომიკური წყობა, იმ დონეზე, რომ ისინი გამოყენებული უნდა იყვნენ მათ მოქმედებას დაქვემდებარებულ ნებისმიერ სიტუაციაში, იმისგან დამოუკიდებლად, თუ რომელი სამართალი უნდა გამოყენებულიყო არსებული რეგლამენტის შესაბამისად (საქმე – *Lean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leoupand Sofrage SARL*)⁵⁶.

ამასთან, ყველა ქვეყანა თავისუფალია ძირითადი იმპერატიული ნორმების განსაზღვრაში (საქმე – *Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare*)⁵⁷.

სამართლის არჩევის შეზღუდვის სხვა სახეს წარმოადგენს საჯარო წესრიგი. „რომი I“-ის რეგლამენტის 21-ე მუხლი განსაზღვრავს ამ კატეგორიას შემდეგი სახით: მხარეების მიერ განსაზღვრული სამართლის ზოგიერთი ნორმა ვერ შესრულდება, თუ ის „აშკარად“ შეუთავსებელია საჯარო წესრიგთან (*ordre public*). ეს უკანასკნელი გამოიყენება მხოლოდ იმ ნორმების მიმართ, რომელთა შესრულებაც აშკარად ეწინააღმდეგება სახელმწიფო პოლიტიკას.

⁵⁵ Case C-381/98 *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* ECLI:EU:C:2000:605.

⁵⁶ Joined cases C-369/96 and C-376/96 *Lean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leoupand Sofrage SARL*, ECLI:EU:C:1999:575.

⁵⁷ Case C-184/12 *Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare* ECLI:EU:C:2013:663.

Выбор применимого права к договору по законодательству Украины и Европейского Союза

I. Выбор применимого права к договору по законодательству Украины

а) Выбор права и автономия воли

Обязательным вопросом права большинства частно-правовых споров с иностранным элементом является выбор применимого права к содержанию правоотношений, что дает возможность решить конфликт между несколькими конкурирующими правопорядками, претендующих на регулирование международных частных отношений.

Полномочие определять право, применимое к договорным обязательствам, представляет собой признание субъективного права сторон, а с точки зрения положительного правового порядка автономия воли является приоритетной привязкой для определения применимого права при регулировании договорных отношений с иностранным элементом¹.

Для определения права относительно содержания договора в праве Украины задействованы основные начала коллизионного права – автономия воли и более тесная связь (статьи 4, 5, 32, 43, 44 Закона Украины «О международном частном праве» (далее – Закон Украины о МЧП))².

Следует отметить, что правом страны, которое применяется на основе этих принципов, охватываются не только права и обязанности сторон договора, но также вопросы его действительности и толкования, правовые последствия недействительности договора.

Статут договора, кроме перечисленных выше вопросов, содержит также вопросы исполнения договора и последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора (относительно способов и процедур исполнения, а также мер, которые должны быть предприняты в случае ненадлежащего исполнения договора, в некоторых спорных ситуациях возможно применение права страны, в которой осуществляется исполнение); прекращения договора; уступки права требования и перевода долга по договору³.

Выбор применимого права основывается на принципе автономии воли, который считается общепризнанным основополагающим принципом договорных обязательств и одним из краеугольных камней системы коллизионных норм в сфере международного частного права.

Автономия воли в международном частном праве повсеместно признана в отношении обязательственного права: стороны могут сами выбирать применимое право, и этот выбор включает в принципе императивное применение выбранной системы права и исключает применение «невыбранной» системы права⁴.

Принцип автономии воли продолжает завоевывать новые сферы, что находит отражение в его распространении за пределы договорных обязательств.

Указанная тенденция очевидно отражает западную концепцию индивидуальной свободы и принцип «in dubio pro libertate» (в случае сомнения – в пользу свободы действий граждан). И наоборот, на-

* Доктор юридических наук, профессор Роман Майданик является заведующим кафедры гражданского права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

¹ См.: Бендевский Т. Международное частное право: учебник / Т. Бендевский; пер. с македон.. – М.: Статут, 2005 – (446 с.). – С.312; Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань : монографія / І. А. Діковська. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 177–179.

² Закон Украины «О международном частном праве» от 23 июня 2005 г. № 2709-IV (Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР), 2005, № 32, ст. 422)

³ Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгертта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С.430.

⁴ Flessner A. Interessenjurisprudenz im IPR. Tuebingen, 1990. – S. 97.

блюдается повышенный интерес к специальным ограничениям и проявлениям «выбора права»⁵.

Принцип автономии воли в теории международного частного права понимается двояко⁶. Во-первых, автономия воли рассматривается как отражающая природную способность индивидов самостоятельно определять применимое право независимо от какой-либо правовой системы. Во-вторых, в ней можно видеть способность индивидов создавать обязательства для себя и (или) других с учетом параметров соответствующей системы международного частного права. Если данный правопорядок позволяет индивидам подчинить себя другой правовой системе посредством выбора права, то можно говорить об автономии воли. Первое априорное понятие охарактеризовано в литературе как «первородное» (primary connection), а второе – как обладающее вторичными свойствами⁷.

Основная разница между двумя подходами заключается в том, что деривативное понимание автономии воли предполагает существование режима позитивного права, который устанавливается отдельно и, соответственно, не может отражать субъективные намерения индивида.

Нормы, определяющие применимое право, имеют отношение только к судам и агентствам этой страны. Поскольку истец вправе выбрать между судами различных юрисдикций, которые могут быть ему доступны в различных странах, именно его субъективные желания будут в конечном счете определять, применяется режим международного частного права, признающий автономию воли, или нет.

Априорная концепция автономии воли сторон исходит из «метаправовых» соображений естественной свободы, которые характеризуют общий принцип, служащий ориентиром как для законодателя, так и для судов⁸.

Воля двух договаривающихся сторон, касающаяся выбора права, должна иметь обязательную силу, независимо от конкретного правового режима, как следствие естественной воли индивида в сочетании с его правом реализовывать ее посредством присущей ему внутренней свободы. Согласно Дж. Локку, последняя отражает естественное состояние, в котором находятся все люди – состояние полной свободы в отношении их действий и в отношении распоряжения своим имуществом... в границах закона природы, не испрашивая разрешения у какого-либо другого лица и не завися от чьей-либо воли. Это также состояние равенства⁹.

Институт автономии воли в международном частном праве Украины призван решать коллизию законов путем выбора применимого права сторонами определенных правоотношений и устанавливать случаи и условия осуществления такого выбора, с учетом норм национального законодательства о публичном порядке и т. п.¹⁰.

Положения об автономии воли делятся на коллизионные и материальные.

Автономия воли как коллизионная формула прикрепления предусматривает, что в случаях, установленных законом, участники (участник) частноправовых отношений с иностранным элементом могут самостоятельно осуществлять выбор права, подлежащего применению к содержанию таких отношений (lex voluntatis).

В современном праве принцип автономии воли сторон известен праву большинства стран и закреплен во многих международных документах.

⁵ См.: *Leible St.* Perteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknuepfungsprinzip oder Verlegenheitsloesung? // Festschrift fuer Erik Jayme. Vol. 1. Muenchen, 2004. – S. 485–503; *Базедов Юрген*, Право открытых обществ – частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права = The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law / *Юрген Базедов*; пер. сангл. Ю. М. Юмашева. – М.: Норма, 2016. – (384 с.). – С. 116.

⁶ *Базедов Юрген*. Указ. соч. – С. 124.

⁷ См.: *Frankenstein E.* Internationales Privatrecht. Vol. 2. Berlin, 1929. S. 159, 162; *Batiffol H.* Aspect philosophiques du droit international prive. P., 2002. P. 65, 70.

⁸ *Базедов Юрген*, Право открытых обществ – частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права = The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law / *Юрген Базедов*; пер. сангл. Ю. М. Юмашева. – М.: Норма, 2016. – (384 с.). – С. 125, 126.

⁹ *Локк Дж.* Соч.: в 3 т. М., 1988. – Т. 3. – С. 152.

¹⁰ Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгертта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С.148.

Принцип автономии воли сторон нашел отражение в ст. 3 Римской конвенции, а позже – в ст. 3 Регламента «Рим I» и других международных документах (например, в Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (ст. 7), Межамериканской конвенции и др.

В ноябре 2012 г. Специальная комиссия по выбору права в международных договорах Гаагской конференции международного частного права приняла проект Гаагских принципов о выборе права в международных договорах.

Согласно преамбуле этого документа он устанавливает общие принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах.

Принципы могут быть использованы как модели национальных, региональных или международных наднациональных документов, а также для интерпретации, дополнения и развития норм международного частного права.

Их могут применять как государственные суды, так и арбитражи.

Общие правила и критерии применения выбора права и автономии воли предусмотрены статьями 4 и 5 Закона о МЧП.

Согласно ч. 1 ст. 4 Закона о МЧП право, подлежащее применению к частноправовых отношений с иностранным элементом, определяется в соответствии с коллизионными нормами и положениями коллизионного права этого Закона, других законов, международных договоров Украины.

Современное нормативное закрепление принципа автономии воли содержится в ст. 5 Закона о МЧП. Часть первая указанной нормы Закона предусматривает, что в случаях, предусмотренных законом, участники (участник) правоотношений могут самостоятельно осуществлять выбор права, подлежащего применению к содержанию правовых отношений¹¹.

Правовое регулирование выбора применимого права, предусмотренное Законом Украины о МЧП, восприняло основные положения Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, Гаагской конвенции 1986 г. о праве, подлежащем применению к договорам международной купли-продажи, других актов международно-правового характера и опыт кодификаций в области МЧП.

б) Форма выбора права

Согласно ч. 2 ст. 5 Закона о МЧП выбор права, который самостоятельно осуществляется участниками, должен быть явно выраженным или прямо следовать из действий сторон сделки, условий сделки или обстоятельств дела, которые рассматриваются в их совокупности, если иное не предусмотрено законом.

Если выбор права касается только части сделки, то согласно ч. 4 ст. 5 Закона о МЧП он должен быть явно выраженным.

О «явной выраженности» воли сторон относительно выбора права свидетельствуют определенные формулировки в договоре или ином документе, к которому может отсылать договор, которые характеризуются тем, что прямо указывают на право определенного государства как применимое право к договору в целом или отдельной его части.

Часто стороны, желающие исключить действие коллизионных норм права определенного государства, конкретизируют, что договор регулируется материальным правом...»¹².

Примерами таких условий могут быть: «Договор подчиняется материальному праву ...», «Все вопросы, не урегулированные настоящим договором, возникающие из него или в связи с ним, регулируются материальным правом ...».

Европейская доктрина и судебная практика исходят из того, что выбор права является явно выраженным и в тех случаях, когда стороны в договоре не указывают право конкретной страны, а отмечают общий принцип определения такого права¹³.

¹¹ Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 № 2709-IV, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 32, ст. 422 – стаття 5.

¹² Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія / І. А. Діковська. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 181.

¹³ См. : *Merret L. Conflict of Laws Lectures / L. Merret.* – Trinity College. – 2012. – (24 p.). – С. 3; *Диковская И. А.* Указ. соч. – С. 181.

Указанный подход был поддержан Палатой Лордов по делу «Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A.», в котором отсылка в договоре на стандартные условия, содержащие выбор права применимого договора права как «право государства, под флагом которого плавает судно», была расценена как явно выраженный выбор французского права¹⁴.

Более сложным является вопрос о выборе права, который явно не осуществлен, но который, как указывает ч. 2 ст. 5 Закона о МЧП, следует из определенных факторов.

В этом случае о наличии выбора права можно утверждать только тогда, когда очевидно, что это действительный выбор, сделанный сторонами¹⁵.

Согласно ч. 2 ст. 5 Закона о МЧП такими факторами являются: 1) действия сторон договора; 2) условия договора; 3) обстоятельства дела.

Важным также является то, что для вывода о косвенном выборе права указанные факторы должны рассматриваться в совокупности.

Следует учитывать, что законодательство других стран несколько иначе определяет факторы, позволяющие установить косвенный выбор применимого права. Так, в свое время ч. 1 ст. 3 Римской конвенции¹⁶ к ним относил: 1) условия договора; 2) обстоятельства дела. Данный подход отражен в ч. 1 ст. 3 Регламента «Рим I»¹⁷.

Доклад (до Римской конвенции) к таким факторам относит использование при заключении договора стандартной формы, о которой известно, что она подчиняется определенному праву, хотя в ней нет прямого указания на это. В качестве примера приводится полисная форма Ллойда по морскому страхованию.

В других случаях таким фактором может быть предыдущий ход деловых отношений между сторонами договора. Например, в договорах, ранее заключенных между сторонами, мог содержаться выбор права, однако по каким-то причинам следующий договор не содержит такого условия.

Если будет установлено, что стороны не умышленно упустили данное условие и что они не имели намерения изменить решение этого вопроса, есть все основания полагать, что они выбрали право, указанное в предыдущих договорах.

Выбор того или иного форума также может быть фактором в пользу осуществленного выбора права.

Однако Доклад предупреждает, что он всегда должен оцениваться в совокупности с другими условиями договора и обстоятельствами дела.

Ссылка в договоре на нормы права того или иного государства также может свидетельствовать о косвенном выборе права (в Докладе качестве примера приводятся ссылки на нормы Гражданского кодекса Франции, которое приводит к выводу о выбранном французском праве).

К иным обстоятельствам, которые могут побудить к выводу о косвенном выборе права, Доклад относит выбор права в договорах, заключенных между теми же сторонами, связанными с данным договором; выбор места проведения арбитража, при условии, что арбитр должен применить право места проведения арбитража¹⁸.

Следует иметь в виду, что стороны договора могут умышленно не осуществлять выбора права. Например, в ситуации, когда они не смогли договориться о выборе права, но пришли к согласию относительно других условий договора.

В связи с этим Доклад подчеркивает, что Римская конвенция не разрешает «выводить выбор права» так, как это бы сделали стороны, если бы они намеревались осуществить такой выбор. Если было

¹⁴ *Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Maritime S. A.* [Электронный ресурс]. – [1970] Vol. 2 *Lloyd's Law Reports* 99. – Режим доступа: http://www.i-law.com/browse_lawreports.htm?volume=2&year=970&name=Lloyd'sLawReports.

¹⁵ *Carlquist H.* Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration / *H. Carlquist*; School of Business, Economics and Law. – Master Thesis GOETEBORG UNIVERSITY, 2006. – (45 p.). – P. 14.

¹⁶ Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, подписанная в Риме 19 июня 1980 г.

¹⁷ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I») от 17 июня 2008 г.

¹⁸ *Giuliano M.* Report on the Convention on the Law applicable to contractual obligations [Электронный ресурс] / *M. Giuliano, P. Lagarde.* – Режим доступа: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\);EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01);EN:HTML).

установлено, что стороны не осуществили выбора права, должны применяться коллизионные нормы, которые подлежат применению при отсутствии выбора сторон.

Вопрос о форме выбора применимого права регулируется также отдельными международными договорами. Так, например, ч. 1 ст. 7 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, предусматривает, что соглашение о выборе права к договору купли-продажи может быть: 1) явно выраженным; 2) прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в их совокупности.

Согласно ч. 2 ст. 5 Конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, выбор права должен быть явно выраженным или явно следовать из условий соглашения сторон или обстоятельств дела.

Что касается предыдущего хода деловых отношений между сторонами (они могут включать в себя практику заключения предварительных договоров, а также ведения переговоров), в определенных случаях непрерывность выбора права относительно будущих договоров нельзя исключить, однако при этом необходимым является наличие явного доказательства «непрерывности выбора права с момента достижения договоренности о праве, применимом к предварительному договору, которая прямо ведет к консенсусу, достигнутому сторонами относительно содержания будущего договора»¹⁹.

При этом, если ход ведения переговоров явно свидетельствует о выборе применимого права или, наоборот, о нежелании сторон применять определенное право, этот фактор, преобладает все другие (например, выбор права в связанном договоре), поскольку он дает возможность установить действительную волю сторон.

Это ярко проявилось в деле «Land Rover Exports Ltd v. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE», которое рассматривалось английскими судами.

Суть дела заключалась в следующем. С целью обеспечения выполнения обязательств по дистрибьюторским договором был заключен договор поручительства, который не содержал выбора права. Однако дистрибьюторский договор содержал условие о применении к нему английского права. При этом суд обратил внимание на то, что во время переговоров египетская компания вычеркнула из договора поручительства условия о применении английского права и разрешения споров английским судом. Эти обстоятельства были расценены судом как указывающие на отсутствие выбора права сторонами договора поручительства применимого права²⁰.

Одним из возможных индикаторов неявного выбора права является выбор форума, который решает спор. Данный подход ярко проявился в решении по делу «Tzortis v. Monark Line A/B», в котором английский суд отметил, в частности, что «явный выбор суда является неявным выбором применимого права»²¹.

К преимуществам такого способа определения неявного выбора права относят простоту и определенность. Несмотря на то, что это решение называют отражающим тенденции английского права, в решении по делу «Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A.» суд провел четкую границу между арбитражной оговоркой и соглашением о выборе права и отказался применять английское право к существу спора только на том основании, что арбитражной оговоркой стороны предусматривали разрешение споров в арбитраже в Лондоне²².

¹⁹ Белоглавок А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства : [в 2 т.] / А. И. Белоглавок. – Т.1. – К. : Таксон, 2010. – (1576 с.). – С. 690.

²⁰ Land Rover Exports Ltd v. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE. COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) 21 DECEMBER 2001 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ectil.org/etl/getdoc/b53439a6-65b3-4ed5-8764-8f2c52f96ee/Land-Rover-Exports-email.aspx>.

²¹ Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Maritime S. A. [Электронный ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступа: http://www.i-law.com/browse_lawreports.htm?volume=2&year=970&name=Lloyd'sLawReports.

²² Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Maritime S. A. [Электронный ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступа: http://www.i-law.com/browse_lawreports.htm?volume=2&year=970&name=Lloyd'sLawReports

в) Круг правопорядков, среди которых может осуществляться выбор применимого права

Законодательство Украины предусматривает возможность выбора применимого права из неограниченного круга правопорядков, если в законе не определен определенный круг правопорядков, среди которых может осуществляться выбор применимого права.

В каждом конкретном случае частноправовых отношений с иностранным элементом, как правило, будет существовать несколько правопорядков, с которыми эти отношения имеют определенную связь.

Возникает вопрос: могут ли стороны (сторона) осуществлять выбор права с определенного круга правопорядков, в той или иной степени связанных с этими отношениями, или выбор может быть осуществлен с неограниченного круга правопорядков?

В целом выбор права может быть осуществлен из неограниченного круга правопорядков. Это может быть и правопорядок, формально не имеющий тесной связи с этими отношениями. Это не противоречит принципу тесной связи, поскольку имеется в виду, что сам выбор определенного права, волеизъявление лиц и является проявлением тесной связи.

При этом в законе может определяться определенный круг правопорядков, среди которых может осуществляться выбор применимого права.

Например, ч. 4 ст. 49 Закона Украины о МЧП, которая содержит коллизионные правила о праве, которое применяется к обязательствам о возмещении вреда, предусматривает, что стороны обязательства, которое возникло вследствие причинения вреда, в любое время после его возникновения могут выбрать право страны суда¹.

г) Возможность избрания негосударственных норм права в качестве права, применимого к международным коммерческим договорам

і) Законодательство и судебная практика Украины относительно возможности избрания негосударственных норм права в качестве права, применимого к международным коммерческим договорам

В случае заключения коммерческих договоров стороны могут иметь намерение, чтобы их отношения регулировались не правом какого-либо государства, а нормами права, относящихся к внесударственной системе, например, Принципами УНИДРУА, Принципами Trans-Lex и др.

Коллизионное законодательство Украины в целом предусматривает возможность избрания права определенного государства или определенных государств как права, подлежащего применению к международным коммерческим договорам.

Пунктом 4 части 1 статьи 1 Закона о МЧП предусмотрено: «4) выбор права – право участников правоотношений определить право какого государства подлежит применению к правоотношениям с иностранным элементом».

Определение «выбор права» сторонами в соответствии с положениями ст.1 Закона о МЧП указывает на выбор государственного права. Возможность включения норм негосударственного права к такому выбору указанным законом не предусмотрена.

Однако возможность выбора внесударственных норм права предусмотрена международными актами и национальным законодательством о международном коммерческом арбитраже.

В этом случае основная идея состоит в том, что в ситуации, когда стороны согласились решать споры, возникающие из договора, в международном арбитражном суде, арбитры не обязательно руководствуются конкретным внутренним правом. Это очевидно, когда они уполномочены сторонами действовать как дружественные посредники либо *ex aequo et bono*.

Но даже если такое полномочие не совершено сторонами, арбитрам вообще разрешено использовать при решении спора право, иное, чем национальное (см. Статью 28 (1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985; также см. Статью 42 (1) Конвенции о порядке разре-

¹ Калакура В. Я. Основні засади міжнародного приватного права // Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгєрґа і В. І. Кісіля. – 2-ге видання. – К.: Лєрта, 2014. – (656 с.). – С. 128.

шения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. (Вашингтонская конвенция).

Возможность выбора внесударственных норм права как применимого права нашла отражение в положениях Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», в преамбуле которого провозглашено, что этот Закон «... учитывает положения о таком арбитраже, содержащиеся в международных договорах Украины, а также в типовом законе, принятом в 1985 году Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем законодательстве».

Положениями ст. 28 Закона Украины «О международном коммерческом арбитражном суде» предусмотрено: «1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. ... 2. В случае отсутствия любого указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. 3. Третейский суд принимает решение *ex aequo et bono*, или как “дружеский посредник”, лишь в том случае, когда стороны прямо уполномочили его на это. 4. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями соглашения и с учетом торговых обычаев, касающихся данного соглашения».

В рамках такого подхода стороны будут свободны в выборе норм наднационального и транснационального характера как норм, на основании которых арбитры будут решать споры, и нормы наднационального и транснационального характера будут применяться независимо от любого национального права, за исключением случаев, когда нормы внутреннего права имеют императивный характер, независимо от того, какое право применяется к договору (см. комментарий к ст. 1.4 Принципов УНИДРУА о международных коммерческих договорах).

В спорах, которые подпадают под действие Вашингтонской конвенции, указанные Принципы, другие нормы наднационального и транснационального характера могут вообще применяться независимо от любых норм внутреннего права².

Таким образом, применимым правом к правоотношениям, которые являются предметом спора, рассматриваемого международным коммерческим арбитражем, может быть национальное право определенного государства или определенных государств либо нормы наднационального и транснационального характера.

При этом участники международных коммерческих отношений имеют возможность выбора норм наднационального и транснационального характера в качестве применимого права к международным коммерческим отношениям в том случае, когда они: а) относительно целостно регулируют обязательства сторон; б) имеют международное признание, признаются на международном уровне, подтверждением которого является его применение международными коммерческими арбитражами и государственными судами разных стран; в) включают в себя императивные нормы³.

Международный коммерческий арбитраж в каждом конкретном случае должен рассматривать вопрос о соответствии избранных сторонами негосударственных норм права указанным выше требованиям.

В частности, арбитражной практике известны случаи избрания международного материального права в качестве применимого права по договору.

В этой связи возникает вопрос о допустимости такого способа избрания применимого права по договору международного коммерческого характера.

Международное материальное право, с учетом неопределенности такого выбора права, различий в его содержании и толковании в разных странах, непризнания такого рода норм права на международном уровне, не может рассматриваться как надлежащий выбор применимого права по существу спора, что, как следствие, влечет за собой последствия отсутствия согласия сторон договора о выборе права.

² Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 / Пер. с англ. О. С. Білоус. – К.: Юстініан, 2013 р. – (576 с.). – С.3–4.

³ Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних комерційних договірних зобов'язань // І. А. Діковська. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 112.

- ii) Доктрина права Украины относительно возможности избрания негосударственных норм права в качестве права, применимого к международным коммерческим договорам

В доктрине права Украины сформулировано два основных подхода – консервативный и либеральный – относительно возможности применения внегосударственных норм права к международным коммерческим обязательствам.

Консервативный подход в понимании применимого права, которого придерживаются государственные суды в Украине, ограничивается правом определенной страны или стран, а также международными обычаями в том случае, когда они признаются источниками права в соответствующих государствах.

Такой подход основывается на тезисе, согласно которому закон говорит о возможности выбрать применимое право, но не позволяет сторонам определять то, как применимое право должно быть установлено.

Иными словами, стороны могут указать на применение правопорядка определенного государства, общих принципов права и справедливости, обычаев делового оборота и тому подобное. Суд должен принять такой выбор сторон в тех случаях, когда право выбора разрешается законодательством.

Однако на практике встречаются случаи установления сторонами «бланковых» правил определения применимого права (отсылка к праву «страны продавца или страны покупателя»), применение «права страны истца в зависимости от того, какая из сторон подает иск» и т. п.).

Согласно консервативного подхода считается, что такие сделки не признаются выбором права, и суд не связан такими сделками. В этих случаях применимое право должно определяться на основании тех коллизионных норм, которые суд сочтет надлежащими.

При этом обращается внимание на то, что современные тенденции развития законодательства, судебной и арбитражной практики в сфере МЧП свидетельствуют о неуклонном расширении границ применения принципа автономии воли.

Нормы по выбору применимого права сторонами становятся более гибкими и более подробными. Положение о возможности выбора права находят отражение в международных договорах по вопросам разрешения коллизий.

В практике, особенно международных арбитражных (третейских) судов, все чаще применяются положения частноправовых кодификаций торговых обычаев (например, Принципов УНИДРУА), которые не имеют характера официальных правовых норм, но вступают в силу *ad hoc* в силу выбора их сторонами конкретного дела.

Все чаще высказываются мнения об основополагающем характере начал автономии воли по сравнению с вспомогательными, «субсидиарными» коллизионными привязками. Несмотря на дискуссионный характер последнего вопроса, «конкуренция» между началом автономии воли и «классическими» формулами прикрепления является очевидной⁴.

Оппоненты либерального подхода не усматривают целесообразности развития концепции применения *lex mercatoria* в МЧП⁵.

Ряд авторов, отмечая положительные моменты применения *lex mercatoria*, не признают применение негосударственного права сторонами.

При этом выделяют две ситуации, когда включение таких норм возможно, а именно «когда стороны договора четко определили, какие именно источники *lex mercatoria* регулируют их отношения», и «если соответствующее национальное законодательство, выбранное сторонами или назначенное на основании закона, предусматривает применение обычаев для регулирования договорных отношений»⁶.

В разъяснении Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел от 16.05.2013 г. говорится: «Суд может применять не только иностранные законы, но и

⁴ Кисіль В. І. Колізійні норми // Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 150.

⁵ Кисіль В. І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання/ В. І. Кисіль // Правовий журнал. – 2004. – № 2. – Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://justinian.com.ua/article.php?id=1020>

⁶ ́ев А. О. Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / А. О. Філіп'єв // Наука і практика. – 2012. – №. 9(144). – С. 24.

обычаи и судебную практику в тех пределах, в которых последние признаются источниками права в соответствующих государствах»⁷.

Либеральный подход, которого придерживаются международные арбитражные суды, предусматривает, что применимым правом может быть право определенной страны, международный договор, международный обычай, отдельные их положения, нормы транснационального характера.

Согласно этого подхода стороны имеют возможность осуществлять выбор не только относительно права определенной страны (или стран), но и подчинять свои отношения и международным договорам, обычаям, нормам транснационального характера, в чем проявляется концепция *lex mercatoria*⁸.

В связи с этим в доктрине обосновываются предложения по расширению возможности сторон договора выбрать в качестве применимого права внесударственные нормы права.

Сторонники такого подхода отмечают, что выбор права «не ограничивается выбором права конкретной страны и может включать выбор норм транснационального характера, например, таких, как «общие принципы права», «*lex mercatoria*», или аналогичные положения»⁹.

В этой связи ряд авторов обосновывает идею о том, что национальное законодательство позволяет сторонам применять негосударственные нормы права «к регулированию тех вопросов, которые отнесены законодателем на усмотрение сторон, и не могут противоречить императивным нормам применяемого государственного права»¹⁰.

При этом отмечается, что по своему содержанию соглашение сторон о выборе негосударственных правовых регуляторов может быть двух видов: 1) с четким указанием документа, нормы которого стороны желают применять к решению спора по сути; 2) содержать общие формулировки относительно того, что договором применяются нормы *lex mercatoria*, общие принципы права и тому подобное.

Если негосударственные регуляторы, избранные с помощью соглашения первого вида, не позволяют в полной мере урегулировать спорные вопросы, возникающие в связи с договором, они должны решаться на основании права государства, определяемого судом на основании применимых коллизионных норм.

В случае заключения соглашения о выборе права второго вида применению подлежат регуляторы, которые: а) относительно целостно регулируют договорные обязательства; б) имеют международное признание (подтверждением которого является их применение международными коммерческими арбитражами и государственными судами различных стран); в) включают в себя императивные нормы (например, Принципы УНИДРУА, PECL PEL, DCFR Trans-Lex)¹¹.

д) Принципы УНИДРУА международных коммерческих договоров и принципы европейского контрактного права как нормы права, которыми регулируется договор

і) Прямой выбор сторон

Принципы УНИДРУА международных коммерческих договоров и принципы европейского контрактного права могут применяться как нормы права, регулирующие договор, в случае прямого выбора сторон или в случае отсутствия выбора права сторонами.

⁷ Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16 травня 2013 р. № 24-754/0/4-13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13>.

⁸ См.: Калакура В. Я. Основні засади міжнародного приватного права // Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгєрта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 127; Мережко А. А. *Lex mercatoria*: теорія і принципи транснаціонального торгового права. – К.: Таксон, 1999. – 416 с.

⁹ См.: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгєрта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293; Довгєрт А. С. Колізієне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та в Україні / А. С. Довгєрт // Приватне право і підприємництво. – 2012. – № 11. – С. 34.

¹⁰ Діковська І. А. Застосування недержавних норм державними судами до вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних договорів / І. А. Діковська // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – № 14. – С. 8.

¹¹ См.: Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань // І. А. Діковська. – Київ: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 112; Діковська І. А. Застосування недержавних норм державними судами до вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних договорів / І. А. Діковська // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – № 14. – С. 8–13.

Поскольку указанные Принципы содержат систему принципов и правил договорного права, которые являются общими для существующих правовых систем, то есть лучше адаптированы к особым требованиям международных коммерческих договоров, сторонам нужно иметь достаточные основания для их прямого применения в качестве норм права, регулирующих договор между ними.

В таком случае стороны могут использовать исключительно указанные Принципы или сочетать их с внутренним правом, которое будет регулировать отношения, не охватываемые Принципами (см. Типовую оговорку в примечании ко второй части преамбулы Принципов УНИДРУА).

Согласно преамбулы Принципов УНИДРУА международных коммерческих договоров, в редакции 2010 г. (далее – Principles UNIDROIT, Принципы УНИДРУА), Принципы УНИДРУА должны применяться в качестве применимого права в случае, когда стороны достигли согласия о том, что их договор будет регулироваться этими Принципами.

Принципы УНИДРУА могут применяться: когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, *lex mercatoria* или аналогичными положениями; когда стороны не выбрали право, которым будет регулироваться их договор; для толкования или применения международных унифицированных правовых актов, внутреннего права государства.

Сторонам, которые хотят выбрать указанные Принципы для регулирования их договора, предлагается сочетать положения о выборе права с арбитражной оговоркой.

Причиной этого является то, что свобода выбора права, которое будет регулировать договор, обычно ограничивается национальным законодательством. Так, Закон о МЧП фактически ограничивает свободу выбора права ограничивает национальным правом определенной страны или ряда стран.

Поэтому, ссылки сторон на Принципы и будет рассматриваться как простая договоренность об их применении к договору, то есть как инкорпорированный в договор наднациональный источник и транснационального характера, но право, которое будет регулировать договор, все же будет определяться на основе норм международного частного права страны суда.

Как результат, действия сторон будут регулироваться указанными Принципами только в той мере, в какой они не будут противоречить нормам права, подлежащего применению, от которого стороны не смогут отступить.

Так, в соответствии со ст. 1.4 Принципов УНИДРУА, Принципы не должны ограничивать применение императивных норм национального, международного или наднационального происхождения, должны применяться согласно соответствующим нормам международного частного права.

Ситуация будет иной, если стороны согласятся решать споры, возникающие из договора, в арбитражном суде. Арбитры не обязательно руководствуются конкретным внутренним правом. Это очевидно, если они уполномочены сторонами действовать как дружественные посредники или *ex aequo et bono*.

Но даже если такое полномочие не реализовано сторонами, арбитрам вообще разрешено использовать при решении спора право, иное, чем национальное.¹²

В рамках такого подхода стороны будут свободны в выборе Принципов как норм права, на основе которых арбитры будут решать споры, и Принципы будут применяться независимо от любого национального права, за исключением случаев, когда нормы внутреннего права имеют императивный характер, независимо от того, какое право применяется к договору.

В спорах, подпадающих под действие Вашингтонской конвенции, Принципы могут вообще применяться независимо от любых норм внутреннего права.

ii) Косвенный выбор сторон

Принципы УНИДРУА могут применяться, когда из обстоятельств будет следовать, что стороны намеревались исключить действие любого внутреннего права в отношении своего договора (например, в случае, когда одной из сторон является государство или государственный орган и обе стороны признали, что они не будут применять ни право этого государства, ни право третьей страны), или когда в договоре

¹² См. статью 28(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года; также см. статью 42(1) Конвенции о порядке решения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. (Вашингтонская конвенция), ст.5 Закона Украины «О международном коммерческом суде», п. 16 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины.

содержатся коллизионные привязки, отсылающие к праву многих государств, ни одно из которых не имеет достаточных преимуществ, чтобы подтвердить именно его применение¹³.

Поэтому в ситуации, когда стороны договора не достигли согласия о том, что договор будет регулироваться Принципами УНИДРУА, и общими принципами права, *lex mercatoria* или аналогичными положениями, отсутствует выбор права сторонами договора и не содержатся коллизионные привязки, отсылающие к праву многих стран, а в процессуальных документах в споре одна сторона применяет, например, право Украины, а другая – право Украины, Принципы УНИДРУА и PECL, это следует рассматривать таким образом, что стороны не намеревались исключить действие любого внутреннего права по договору, в договоре не содержатся коллизионные привязки, отсылающие к праву многих стран, любое из которых не имеет достаточно преимуществ, чтобы подтвердить именно его применение, Принципы УНИДРУА и PECL не должны, но могут применяться, если для этого будет необходимость, для толкования или дополнения международных унифицированных правовых актов и права Украины как внутреннего права государства, применимого к содержанию правоотношений, составляющих предмет спора.

э) Выбор применимого права к отдельным частям договора

Согласно ч. 3 ст. 5 Закона о МЧП, выбор права может быть осуществлен относительно сделки в целом либо ее отдельной части.

В этом случае происходит разделение договорного статута, который в целом может предусматривать следующие три варианта:

а) частичный выбор – частичный выбор права сторонами. В данной ситуации часть сделки подчиняется избранной правовой системе, но для остальных частей сделки применяться будет право, установленное на основании объективных привязок;

б) сложный выбор – *deresage* по воле сторон. Поскольку стороны вправе выбрать право, которое будет применяться ко всему соглашению или только к определенной его части, может быть указана правовая система, которая будет регулировать эту иную часть. Это может быть выбор одновременный либо последовательный;

в) объективный *deresage* – при отсутствии выбора сторонами, суд исключительно самостоятельно применит расщепление статута обязательства. Это происходит, когда соглашение, являющееся предметом регулирования, будет иметь четко определенные отдельные части, каждая из которых тяготеет к различным правопорядкам. В этом случае, вместо выяснения связи всей сделки с одной конкретной правовой системой, необходимо рассматривать автономно отдельные части сделки и самостоятельно устанавливать по ним характерное право как для независимых обязательственных отношений¹⁴.

е) Ограничения выбора права (автономии воли) по законодательству Украины

Право на выбор применимого права может быть ограничено по основаниям, установленным законом.

Существует всего две оговорки относительно избрания сторонами права договора. Так, положения ст. 10 Закона о МЧП предусматривают, что сделки или иные действия участников правоотношений, направленные на выбор права в обход правил Закона, являются ничтожными. Правилom несколько иного характера является оговорка о публичном порядке (ст. 12 Закона о МЧП).

Обе указанные оговорки являются факторами ограничения автономии воли сторон, однако норма об обходе закона предостерегает стороны от недобросовестного выбора права, а оговорка о публичном порядке адресована непосредственно суду и предполагает, что даже в случае добросовестного выбора (или в случае, когда на применение иностранного права указывает коллизионная норма) иностранный закон не применяется, если его применение приводит к последствиям, несовместимым с местным публичным порядком¹⁵.

¹³ Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 / Пер. з англ. О. С. Білоус. – К.: Юстініан, 2013 р. – (576 с.). – С.5.

¹⁴ Борт О. П. Інститут договірної статуту у міжнародному приватному праві: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – Одеса, 2016. – 24 с.

¹⁵ Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С.149.

К основным недостаткам обхода закона как ограничения права на выбор применимого права относят «неясность, сложность применения, а также невозможность исполнения судебных решений, которые устанавливают обход закона»¹⁶.

Публичный порядок имеет целью защиту национального правопорядка именно от негативных последствий применения иностранного права.

Существует два основных подхода по применению такой оговорки как «публичный порядок» – положительный и отрицательный.

Положительная концепция определяет публичный порядок как совокупность материально-правовых императивных норм, подлежащих применению независимо от того, отсылает коллизионная норма к иностранному закону или нет.

Согласно негативной концепции, публичный порядок определяется именно из-за негативных, неприемлемых свойств иностранного закона. При этом все европейские источники закрепили негативную концепцию общественного порядка.

Законодатель устанавливает ограничения по выбору права в виде императивных норм.

В соответствии со статьей 14 Закона о МЧП, правила этого Закона не ограничивают действия императивных норм права Украины, регулирующие соответствующие отношения, независимо от права, подлежащего применению.

Ряд ученых сравнивает эту норму с основными императивными нормами, определенными в Регламенте Рим I.

Существенным отличием является именно наличие определения таких императивных норм в Регламенте, как норм, которые в силу их решающей важности для защиты публичных интересов, таких как политическая, социальная или экономическая организация общества, должны применяться независимо от права, которое регулирует договорные отношения, в частности избранное участниками таких отношений. При этом подобного или иного определения императивных норм в украинском законодательстве не существует, что усложняет его единообразное применение судами¹⁷.

ж) Определение права в случае отсутствия соглашения сторон о выборе применимого права по законодательству Украины

Определение применимого права при отсутствии соглашения сторон о выборе применимого права предусмотрено Законом о МЧП.

В указанном Законе используется механизм, предусматривающий использование фиксированных и гибких коллизионных норм. При этом фиксированные коллизионные нормы представляют собой детализированные правила определения наиболее тесной связи.

Законодательство Украины определяет тесную связь с помощью определения стороны договора, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для договора.

Согласно ч. 2 ст. 32 Закона о МЧП, при отсутствии выбора права к содержанию сделки применяется право, имеющее наиболее тесную связь со сделкой.

Если иное не предусмотрено или не вытекает из условий, сути сделки или совокупности обстоятельств дела, то сделка более тесно связана с правом государства, в котором сторона, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания сделки, имеет свое местожительство или местонахождение (ч. 3 ст. 32 Закона о МЧП).

Положения ст. 32 (3) Закона о МЧП свидетельствует о том, что определяя право, имеющее наиболее тесную связь с договором, правоприменительный орган должен прежде всего проанализировать условия, суть договора и совокупность обстоятельств дела.

Если эти действия не дают возможности определить право наиболее тесной связи, то считается, что договор более тесно связан с правом государства, в котором сторона, которая должна осуществить

¹⁶ Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ / В. Л. Толстых. – М.: Спарк, 2002. – 244 с.

¹⁷ Філіп'єв А. О. Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / А. О. Філіп'єв // Наука і практика. – 2012. – № 9 (144). – С. 23–28.

исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, имеет свое место жительства или местонахождения¹⁸.

«Исполнение, которое имеет решающее значение для содержания договора», означает исполнение одной из сторон обязанностей, отличающее определенный договор от других видов договоров. Так, например, исполнение обязанностей по передаче вещи в аренду – характерно для договоров найма; исполнение перевозки – для договоров перевозки и тому подобное.

Вместе с тем обязанность осуществить платеж характерна всем оплатным договорам. Так, исполнение платежа никогда не может быть названо таким, что «имеет решающее значение для содержания договора».

Таким образом, в оплатных договорах стороной, осуществляющей «исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора», как правило, будет сторона, в широком смысле являющаяся продавцом (имущества, работ, услуг)¹⁹.

Право, подлежащее применению к договору, определяется согласно правилу, предусмотренному для различных категорий договоров (ст. 44 Закона о МЧП).

Статья 44 Закона о МЧП, в которой говорится о праве, применимом к договору при отсутствии выбора сторон, повторяет положения приведенные выше для всех сделок; при этом стороной, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, являются: продавец – по договору купли-продажи; даритель – по договору дарения (далее дается перечень коллизионных норм по 23 видам договоров в соответствии со структурой Книги пятой «Обязательственное право» Гражданского кодекса Украины.

Для отдельных видов договоров более тесная связь устанавливается на основании других критериев (ст. 44 (2) Закона о МЧП).

Так, для договора о недвижимом имуществе такую связь имеет право государства, в котором это имущество находится, а если такое имущество подлежит регистрации, – право государства, где осуществлена регистрация; по договорам о совместной деятельности или исполнения работ – право государства, в котором производится такая деятельность или создаются предусмотренные договором результаты; по договору, заключенному на аукционе, по конкурсу или на бирже, – право государства, в котором проводятся аукцион, конкурс или находится биржа.

Законодательство Украины не уделяет внимания определению права в смешанных и непоименованных договорах.

В отличие от него, п. 19 преамбулы к Регламенту «Рим I» специально отмечает, что: «В случае если договор не может быть отнесен к одному из определенных видов или если по своим признакам он не принадлежит к нескольким определенным видам или если по своим признакам он принадлежит к нескольким определенным видам, то договор подлежит регулированию правом страны, где находится обычное местожительство стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

В случае если договор состоит из совокупности прав и обязанностей, которые могут быть отнесены к нескольким определенным видам договоров, исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, должно определяться относительно центра его веса».

Пункт 4 комментария к ст. XIV.2 принципов Trans-Lex предусматривает, что смешанный договор, который сочетает в себе элементы нескольких видов договоров, регулируется правом страны, в которой сторона, не платит, имеет свое обычное место жительства, место ведения бизнеса²⁰.

¹⁸ Діковська І. А. Міжнародні комерційні контракти: колізійне та матеріально-правове регулювання: Навч. посібн. / І. А. Діковська. – К.: Алерта, 2016. – (322 с.). – С. 73.

¹⁹ Диковская И. А. Указ. соч. – С. 74.

²⁰ Диковская И. А. Указ. соч. – С. 76.

II. Выбор применимого права к договору по законодательству Европейского Союза

а) Сфера действия Регламента «Рим I»

Принятие актов Европейского Союза (далее – ЕС) по вопросам коллизионного права, имеющие обязательный характер, стало возможным благодаря Амстердамскому договору 1997, поскольку компетенция ЕС в третьей опоре частично была перенесена в первую сопоставления (статьи 61, 65).

Таким образом, сфера деятельности ЕС была дополнена, в частности, компетенцией в области международного частного права в сфере создания единообразных коллизионных норм.

На сегодня соответствующая компетенция отражена в п. с параграфа 2 ст.71 Договора о функционировании Европейского Союза (далее – ДФЕС).

Сначала коллизионным нормам в сфере договорных обязательств с иностранным элементом была посвящена Конвенция «О праве, применимом к договорным обязательствам» от 19 июня 1980 г. (далее – Римская конвенция).

Римская конвенция с 17 декабря 2009 г. практически полностью заменена в государствах-членах Европейского Союза Регламентом ЕС № 593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам (далее – регламент «Рим I»)²¹.

Регламент «Рим I» устанавливает на территории государств-членов одинаковые коллизионные нормы, которые определяют, право государства (которое не обязательно является государством-членом Европейского Союза) должно применяться в том случае, если правоотношение содержит иностранный элемент. Регламент применяется ко всем договорам, подписанным после 17 декабря 2009 г.

Этот Регламент применяется к договорным обязательствам по гражданским и торговым делам (ст. 1).

В сферу применения Регламента «Рим I» входят и индивидуальные трудовые договоры (ст. 8).

Регламент «Рим I» применяется также в отношении потребителей. При этом общее определение потребителя присутствует в специализированной Директиве 2011/83/EU о правах потребителей (Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October on consumer rights)²².

Европейский Парламент в своих архивах (Library of the European Parliament. The notion of «consumer» in the EU) дает определение потребителя. Именно этот документ определяет, что потребителем является именно физическое лицо, подчеркивая, что некоторые страны-члены ЕС в своем национальном законодательстве содержат другой подход к такому определению.

Кроме того, Европейский Парламент определил прерогативу развития законодательства в отношении индивидуальных трудовых договоров (European Parliament. Fact sheets on the European Union. Free movement of works), так как это составляет один из четырех основополагающих прав ЕС.

Регламент «Рим I» содержит некоторые исключения. Регламент не применяется к вопросам публичных доходов, налоговой и административной сферам.

Из сферы применения Регламента также исключаются (ст. 2): обязательства, вытекающие из семейных отношений, арбитражные сделки и сделки о выборе суда, основания учреждения трастов и отношения, которые они создают между учредителями, доверительными собственниками и бенефициариями, обязательства, возникающие вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, договора страхования, попадающих под действие ст. 2 Директивы Европарламента и Совета 2002/83/ЕС от 5 ноября 2002 г. «О страховании жизни». По отдельным из этих вопросов существуют специальные правовые акты²³.

²¹ Regulation (EC) N 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) OJ L 177, 4.7.2008.

²² Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 303, 22.11.2011, p.64–68.

²³ Council Regulation (EU) N 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29.12.2010; Regulation (EU) N 650/2012 of the decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27.7.2012

Стоит отметить, что для целей Регламента «Рим I», Дания не считается членами ЕС, тогда как Великобритания и Ирландия не исключили своего участия в Регламенте.

б) Универсальность применения Регламента «Рим I»

Важной составляющей Регламента «Рим I» является его «универсальное применение», предусматривающей применение Регламента даже если национальное право, которое должно применяться к решению конфликтной ситуации, будет правом страны, не являющейся членом ЕС.

Это означает, что даже в случае отсутствия каких-либо точек соприкосновения ситуации со страной ЕС, если юрисдикция страны ЕС рассматривает ситуацию, вопрос определения права будет происходить в соответствии с правилами, указанными в Регламенте «Рим I».

Примером «универсального применения» Регламента может быть дело «Iran Continental Shelf Oil Co v. IRI International Corp», где английский суд применил Римскую конвенцию к конфликту американской корпорации и иранской компании²⁴.

Регламент «Рим I», характеризующийся универсальным применением, усовершенствовал порядок избрания права участниками договорных отношений. Этим правовым актом была установлена возможность избрания права к различным частям договора, избрание такого права в соответствии с ссылкой на иные договоры между теми же участниками, включение негосударственного права к избранному сторонами праву.

в) Принцип свободы выбору права и форма выбора права в соответствии Регламентом «Рим I»

По общему правилу, ст. 3 Регламента «Рим I» дает возможность сторонам выбрать право договора самостоятельно. Принцип «автономии воли» сторон является ключевым фактором, основной коллизийной привязкой при определении права к договору. Регламент рассматривает свободу выбора права участниками договорных отношений одним из краеугольных камней системы коллизионного права в вопросах договорных обязательств.

Статья 3 Регламента «Рим I» указывает лишь на одно условие такого выбора: «он должен быть указан непосредственно или четко определенным условиями договора или обстоятельствами дела».

Условие «указанный непосредственно» означает, что норма о выборе права должна четко определять, какое право должно использоваться сторонами при исполнении договора. Ряд авторов считает, что «указанный непосредственно» означает необходимость прямо называть правовую систему²⁵.

Например, «данный договор подлежит исполнению в соответствии с нормами французского законодательства» и другие.

При этом, поскольку стороны часто выбирают права непосредственно, оно может быть «четко определенным». Сторона, которая настаивает на избрании определенного права, обязана доказать это в суде в случае конфликта. Считается, что указанная практика должна способствовать улучшению возможности определения конкретной правовой системы для договора.

Однако, на практике, такое нечеткое определение нормы об избрании права в Регламенте «Рим I» может приводить, в отдельных случаях, к невозможности его определения: в каком случае стороны приняли косвенное решение по определению права по договору, а в каком – такого решения не было.

Вышеупомянутая формулировка отличается от предложенного в Римской Конвенции, согласно которой право, которое должно применяться к договору, должно быть указано «с достаточным уровнем уверенности» (ст. 1 Конвенции).

Действие принципа свободы выбора права сторонами не безгранична (статьи 3, 5–9 Регламента). Например, в соответствии с п. 4 ст. 3 Регламента «Рим I» в случае, если на момент указанного выбора все иные элементы ситуации находились в одном или нескольких государствах-членах, то выбор сторонами иного права, подлежащего применению, чем право государства-члена, не должен причинять вред применению положений права Сообщества (когда уместно, трансформированных в законодательство государства-члена суда), от которых не разрешается отступать посредством соглашения.

²⁴ Case Iran Continenta lShelf Oil Covs. IRI International Corp, [2004] 2 CLC 696.

²⁵ Geert van Calster. Europa Private International Law. – Oxford : Hart Publishing Second edition. – 2016, p.224.

г) Применение негосударственных норм права в законодательстве ЕС

Положениями ст. 1 Регламента предусмотрено, что «правила этой конвенции применяются к договорным обязательствам в любой ситуации, принимая во внимание право различных стран». Само словосочетание «различных стран» очевидно указывает на обязательную принадлежность права к стране. Такой подход подтверждается значительным количеством решений европейских судов и исследованиями ученых.

Такой подход соответствует толкованию ст. 4 Регламента «Рим I», в соответствии с которой право, избранное сторонами, должно быть «указано непосредственно».

В доктрине европейского частного права обосновывается, что «указанный непосредственно» обязывает прямо называть правовую систему, которая будет применяться к договору²⁶. Ряд авторов считает, что такое право должно быть указано «с достаточной степенью определенности»²⁷.

Следует отметить, что активные дискуссии в Европейской Комиссии, которые имели место до принятия Регламента, воплотились в предложении Комиссии в п. 4.2 проекта Регламента «Рим I» предоставить возможность сторонам выбирать негосударственное право. При этом комиссары обошли своим вниманием *lex mercatoria*, считая его недостаточно прозрачным²⁸.

Такой выбор должен был разрешить выбирать нормы Принципов Европейского договорного права и УНИДРУА.

Более того, согласно проекту Доклада исполнительного комитета по правовым вопросам Европейского Парламента, участники договорных отношений имеют возможность включать негосударственные нормы к договорным отношениям только в том случае, когда они признаются на международном уровне²⁹.

В конечном итоге, Европейский Парламент и Совет ЕС приняли решение не включать норму, которая бы разрешала сторонам полноценно выбирать негосударственное право по договору, ведь «характер международного признания норм, согласно которым стороны могли бы выбрать в качестве применимого права, в значительной мере является неточным»³⁰.

При этом, абз. 13 и 14 преамбулы Регламента «Рим I» содержат следующие положения:

«(13) Настоящий Регламент не препятствует сторонам инкорпорировать (включать) в контракт наднациональные нормы права или положения международного договора.

(14) Если Сообщество в соответствующем правовом документе утвердит правила договорного права, включая примерные условия, то такой документ может предусматривать, что стороны могут сделать выбор в пользу применения этих правил».

Регламент «Рим I» не объясняет как следует понимать приставку «путем включения». Такая ситуация породила дискуссии среди ученых различных стран.

Заслуживает внимания позиция авторов о том, что такая формулировка предоставляет только возможность простого включения отдельных норм негосударственного права³¹.

Согласно наиболее распространенному толкованию этих положений Регламента «Рим I» коллизионный выбор будет возможным только на основании специального документа, посвященного унификации европейского обязательственного права (именно он подразумевается в абз. 14).

²⁶ Geert van Calster, *European Private International Law* (Cambridge, CUP, 2009), p. 186.

²⁷ См.: Н. Heiss' Party Autonomy" in F. Ferrari and S. Leible (eds), *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* Munich, Sellier, 2009)

²⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligation (Rome I) / COM/2005/0650 final – COD 2005/0261 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=EN&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=650.

²⁹ Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (COM) (2005) 0650 – C6-0441/2005-2005/0261(CJD)) Committee on Legal Affairs [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARTL&mode=XML&language=EN&reference=PE374.427>

³⁰ *Beloglavek A. I. European International Law – Contractual Connections and Obligations* : [in 2 vols.] / A. I. Beloglavek. – V. 1. – К.: Tacson, 2010. – 1576 p.

³¹ S. Symeonides "Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective" in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law. – Liber Amicorum Kurt Siehr*

Указанный документ имеет рабочее название Common Frame of Reference. На сегодня уже подготовлен и опубликован для обсуждения академический проект, на базе которого предусматривается создание политического документа [академический проект называется Draft Common Frame of Reference]³².

Проведенный анализ свидетельствует, что выбор негосударственного права по договору в соответствии с Регламентом «Рим I» является недопустимым, разрешается только регулирования определенной части договорных отношений нормами негосударственного права.

Недопустимость выбора негосударственного права в качестве применимого права к договорным обязательствам в соответствии с Регламентом «Рим I» обусловлена тем, что характер международного признания норм международного материального права, которые стороны избрали в качестве применимого права, в значительной мере является неточным, что ставит под сомнение способность указанных норм выступать источником права.

Вместе с тем, ст. 3 Регламента содержит положение о том, что стороны могут выбрать «любое право». С учетом этого, нельзя исключить формирование в правоприменительной практике более либерального подхода, предусматривающего допустимость выбора негосударственного права в качестве применимого права, если с учетом конкретных обстоятельств дела избранное сторонами «негосударственное право» будет отвечать требованиям применимого права, а не только выступать в качестве инкорпорированных норм негосударственного права, призванных урегулировать определенную часть договорных отношений.

д) Выбор юрисдикции по праву ЕС. Правило *lis alibi pendens*

Выбор права, основывающийся на принципе автономии воли сторон, заключается в возможности выбора соответствующей юрисдикции по договору сторон. Указанный принцип в определенной степени ограничивается правилом *lis alibi pendens* (иск, подлежащий рассмотрению в другом месте).

Согласно этому правилу, когда судебные органы различных стран признают свою подсудность по одному и тому же вопросу между теми же сторонами, тогда юрисдикция, которая начала рассмотрение вопроса позже, должна приостановить производство по данному делу.

Европейский суд справедливости в решении «Gasser v. MISAT» не признал права сторон выбирать соответствующую юрисдикцию в случае конфликта с принципом *lis alibi pendens*³³.

В этом деле стороны приняли решение о признании юрисдикции в пользу итальянских судов. При этом, одна из сторон обратилась в суд в Австрии. Австрийский суд признал свою подсудность по данному делу. Когда другая сторона обратилась в итальянский суд, он также признал свою подсудность. Как следствие, две страны установили подсудность по решению одной ситуации.

Европейский Суд справедливости отметил, что принцип *lis alibi pendens*, который должен применяться в этом случае, не предусматривает распротранение на это дело юрисдикции итальянских судов, даже если стороны предварительно договорились об этом.

Такой вывод основывается лишь на том, что австрийский суд первым принял решение об определении подсудности относительно дела³⁴.

э) Выбор права после вступления в силу договора

Регламент «Рим I» предусматривает возможность сторонам выбрать право после вступления в силу договора, а также выбирать различное право относительно разных частей договора (ст. 3 Регламента).

Указанная норма Регламента предоставляет сторонам возможность удобно изменить уже избранное право. Хотя, на практике, нецелесообразность такого изменения препятствует возможности ее широкого применения.

³² Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств / А. В. Асосков. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – (640 с.). – С. 33–331.

³³ Case C-116/02 ErichGasserGmbHvs. MISATsrl. [2003] ECLI:EU:C:2003:657

³⁴ Світовий В. О. Колізійне регулювання договірних відносин за правом ЄС та України: магістерська робота / В. О. Світовий. – К.: Юридичний факультет КНУ імені Тараса Шевченка., 2017. – (107 с.). – С. 39–40.

При этом следует учитывать, что возможность избрания различного права для различных частей договора не должно повлечь возникновение правовых противоречий³⁵.

Так, например, вопрос о неисполнении условий обязательства и ответственность за такое неисполнение не может подлежать регулированию различным правом, поскольку в этом случае отсутствует определенность для сторон.

По сравнению с Римской конвенцией, Регламент «Рим I» по-другому подошел к вопросу об установлении различного права к различным частям договора в случае избрания права сторонами. Римская Конвенция предусматривала такую возможность.

Эта концепция подверглась значительной критике со стороны ученых³⁶. Такая возможность предоставляет судьям, при установлении права к договору, злоупотреблять предоставленным правом и решать судьбу договора без какой-либо аргументации. Этот подход ученых получил поддержку в европейском сообществе. В этой связи указанное положение Римской конвенции не было включено в Регламент «Рим I». Поэтому согласно действующей редакции Регламента различное право не может применяться к договору при отсутствии избранного права.

е) Выбор права сторонами со ссылкой к другому договору, заключенному между этими сторонами

Регламент «Рим I» дает возможность сторонам выбрать право со ссылкой к другому договору, заключенному между этими сторонами, который указывает на избранное сторонами право.

Такая позиция заимствована из Римской конвенции с учетом толкования судебных прецедентов.

Считается также, что такой выбор может быть указан сторонами в предыдущих договоренностях еще до подписания соответствующего договора. Такая договоренность будет приниматься во внимание судьей в случае спора, однако это автоматически не означает, что это право было избрано сторонами для конкретного договора³⁷.

ж) Выбор права при отсутствии соглашения сторон о выборе права

В случае, когда стороны (умышленно или случайно) не указывают избранное право, судья должен определить такое право по собственному усмотрению. Регламент «Рим I» упрощает процедуру определения применимого права при отсутствии соглашения сторон о выборе права с помощью статьи 4.

Указанная норма Регламента порождает исключительное отличие Регламента от Римской Конвенции, которая, по мнению большинства ученых, не давала возможности четко определить право и предоставляла много полномочий судьям, что могло приводить к злоупотреблениям³⁸.

Римская Конвенция применяла привязку «наиболее тесной связи». То есть, применение права, которое имеет наиболее тесную связь с договором. Это, в свою очередь, включало определенные презумпции, основываясь на доктрине «характерного исполнения».

Согласно этой доктрине, которая зародилась более 30 лет назад в Швейцарии, судьи, в первую очередь, должны обращать внимание на сущность договора, его структуру и основные обязанности сторон³⁹. Указанные нормы являются настолько широкими, что они давали возможность судьям толковать их по-разному.

Регламентом «Рим I» предусмотрен следующий механизм определения применимого права при отсутствии его выбора сторонами.

³⁵ См.: *Giuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / M. Giuliano, P. Lagarde // Journal official. – 1980. – P. 282 – P. 0001-0050, para 4; Свитовий В. О. Колізійне регулювання договірних відносин за правом ЄС та України: магістерська робота / В. О. Свитовий. – К., 2017. – Юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – (107 с.). – С. 45.*

³⁶ *U. Mangus, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice" in Ferrari and Leible – P. 27, 29, 31.*

³⁷ *Giuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / M. Giuliano, P. Lagarde // Journal official. – 1980. – P. 282. – P. 0001-0050.*

³⁸ *Geertvan Galster. European Private International Law. – Oxford: Tart Publishing Second edition. – 2016, p.229.*

³⁹ См.: *D'Oliviera, "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention" (1977) 25 Am J Comp L 303 188; Giuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / M. Giuliano, P. Lagarde // Journal official. – 1980. – P.282. – P. 0001-0050.*

Право, подлежащее применению к договору, определяется согласно правилу, предусмотренному для различных категорий договоров (пункт 1 ст. 4).

Если договор не может быть отнесен к одной из определенных категорий, или если содержит в себе элементы, свойственные нескольким договорам, указанным в ст. 4 (1) Регламента, то договор подлежит регулированию правом государства «где находится обычное местожительство стороны, которая должна осуществить исполнение, имеет решающее значение для содержания договора» (ст. 4 (2) Регламента «Рим I»). Последнее определяется «с учетом основного предмета договора, его сути, то есть того, что определяет смысл договора и договорных обязательственных отношений»⁴⁰.

Если договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфе 1 или 2 ст. 4, условие об изъятии должно предусматривать, что подлежит применению право этой другой страны. Для определения этой страны следует учитывать, в частности, наличие очень тесных связей договора с одним или несколькими другими договорами.

Если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфе 1 или 2 ст. 4, то применяется право этой другой страны.

В случае, если подлежащее применению право не может быть определено на основании пар. 1 или 2 ст. 4, то договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи.

Регламент «Рим I» содержит специальные нормы, позволяющие определить право, подлежащее применению к договорным обязательствам в Европейском Союзе.

В частности, п. 23 преамбулы указанного Регламента предусматривает, что в отношении договоров, заключаемых со сторонами, которые считаются более слабыми, эти стороны должны быть защищены коллизионными нормами, которые имеют для их интересов более благоприятный характер по сравнению с общими правилами.

Примером могут служить договоры с потребителями (ст. 6 Регламента). По общему правилу такие договоры регулируются правом страны, где имеет свое постоянное место жительства потребителя⁴¹.

з) Ограничения выбора права в ЕС

Регламент «Рим I» определяет три основных ограничения выбора права сторонами, а именно: императивные нормы (mandatory rules), основные императивные нормы (overriding mandatory rules) и государственная политика (public policy).

По своему характеру действия ограничения выбора права по договору состоят в том, что даже в случае определения права участниками договорных правоотношений, оно может быть ограничено правом ЕС.

В решении Европейского суда справедливости по делу C-381/98 *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* 2000 указано, что стороны не могут нивелировать стандарты защиты сторон, определенные в законодательных актах ЕС, только посредством избрания иного права⁴².

Судебная практика Европейского суда справедливости выделяет три вида ограничений относительно самостоятельного выбора права сторонами: императивные нормы (mandatory rules), основные императивные нормы (overriding mandatory rules) и государственная политика (public policy).

В целом императивные нормы состоят в том, что стороны не могут обойти определенные нормы законодательства страны, где находятся все элементы договора, выбирая право совершенно другой страны.

Императивные нормы указаны в статье 3 Регламента «Рим I»: «в случае, когда все элементы договора при выборе права находятся в другой стране избранного права, тогда выбор права сторон не должен наносить ущерб применению положений закона этой другой страны, в отношении которых не может быть отступлений договорам».

⁴⁰ Белоглазев А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства: [в 2т.]. Т. 1. – К.: Таксон, 2010. – С. 805–806.

⁴¹ Ландо, Д. Д. Европейское частное право : учеб. пособие / Д. Д. Ландо, Е. Б. Леанович; под ред. Х. Херрманна, С. А. Балашенко, Т. Борича. – Минск : Зорны Верасок, 2010. – (146 с.). – С. 56–57.

⁴² Case C-381/98 *IngmarGB Ltdv. Eaton Leonard Technologies Inc.* ECLI:EU:C:2000:605.

Основные императивные нормы (overriding mandatory rules) более узкой категорией, применяется реже.

В соответствии со ст. 9 Регламента «Рим I», основные императивные нормы составляют «нормы, которые считаются чрезвычайно важными для страны для защиты публичного интереса, в том числе политической, социальной и экономической сферы. Они должны применяться к любой ситуации, независимо от выбранного сторонами права».

Европейский Суд справедливости под основными императивными нормами понимает положения, соблюдение которых признана страной как имеющие существенное значение для защиты ее публичных интересов, таких как ее политический, социальный или экономический уклад, в той мере, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое бы право подлежало применению к договору в соответствии с настоящим Регламентом (дело *Lean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leoup and Sofrage SARL*)⁴³.

При этом каждая страна свободна в определении основных императивных норм (дело *Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare*)⁴⁴.

Иным видом ограничений выбора права является публичный порядок. Регламент «Рим I» в ст. 21 определяет эту категорию следующим образом: некоторые нормы права, определенные сторонами не могут выполняться, если они «явно» несовместимы с публичным порядком (*ordre public*). Последний применяется только в отношении норм, выполнение которых явно противоречит государственной политике.

⁴³ Joined cases C-369/96 and C-376/96 *Lean-Claude Arblade and Arblade&Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leoupand Sofrage SARL*, ECLI:EU:C:1999:575.

⁴⁴ Case C-184/12 *Unamarvs. Navigation Maritime Bulgare* ECLI:EU:C:2013:663.

IV. სახელშეკრულებო თავისუფლების ცალკეული პრობლემები

IV. Einzelne Probleme der Vertragsfreiheit in der grenzüberschreitenden
Perspektive

IV. Отдельные вопросы свободы договора в межграничной
перспективе

დაფუძნების და სამართლის არჩევის თავისუფლების შესახებ უცხოელთა მონაწილეობით იურიდიული პირების შექმნისას ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობის შესაბამისად

1. უცხოელთა მონაწილეობით კომპანიების დაფუძნების სამართლებრივი რეგულირების საკითხები განსაკუთრებით აქტუალური გახდა სახელმწიფოთა შორის ურთიერთობების გაღრმავებასთან ერთად, რომელთა მიზანია ურთიერთინვესტირება ყაზახეთის და იმ მრავალი უცხოური სახელმწიფოს ეკონომიკებში, რომელთაც ყაზახეთს ეკონომიკური თანამშრომლობა აკავშირებს. ეს შეესაბამება გლობალიზაციის მსოფლიო ტენდენციას და კომპანიების საერთაშორისო სამართლის, როგორც საერთაშორისო კერძო სამართლის ცალკე ნაწილის განვითარებას.

იმ კომპანიების რეგულირებასთან დაკავშირებით, რომლებიც იქმნება ერთ სახელმწიფოში სხვა სახელმწიფოებიდან ინვესტირების მონაწილეობით, შეიქმნა ერთი პირის თეორია (“one-identity theory”), როგორც პასუხი კითხვაზე, თუ რომელ სამართალს უნდა ექვემდებარებოდეს იურიდიული პირის დაფუძნებასა და საქმიანობასთან დაკავშირებული საკითხების გადანყვება. ამ თეორიის მიხედვით, კომპანიასთან დაკავშირებული ყველა საკითხი (მათ შორის დაფუძნება, უფლებაუნარიანობა და კომპანიის მონაწილეთა პასუხისმგებლობა მის ვალდებულებებზე) უნდა დარეგულირდეს ერთი და იმავე ნაციონალური სამართლის მატერიალურსამართლებრივი ნორმებით (*lex societatis*).¹

ამავე დროს, ამ შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის განსასაზღვრად არსებობს ორი სხვადასხვა ნორმა-ან იმ ქვეყნის კანონმდებლობა, სადაც იურიდიული პირის ეფექტური მართვა მდებარეობს (“real seat”) ან იურიდიული პირის დაფუძნების ქვეყნის კანონმდებლობა (“*lex incorporationis*”). ყველა ქვეყნის სამართალში რომელიმე ამ ნორმის გამოყენება არის განსაზღვრული. განსხვავება ისაა, რომ თუ გამოვიყენებთ იმ ქვეყნის კანონმდებლობას, რომელშიც იურიდიული პირის ეფექტური მართვა მდებარეობს, ფაქტობრივად ნიშნავს, რომ ეროვნული კანონმდებლობა უცხოური კომპანიისადმი გამოიყენება. იურიდიული პირის დაფუძნების ქვეყნის კანონმდებლობის გამოყენება საშუალებას აძლევს უცხოურ სუბიექტებს, დააფუძნონ იურიდიული პირი დაფუძნების ქვეყნის სამართლის შესაბამისად, მაგრამ ამგვარი იურიდიული პირის დაფუძნებისა და საქმიანობის რეგულირება, როგორც წესი, შესაძლებელია მხოლოდ დაფუძნების ქვეყნის სამართლით.

2. კანონმდებლობის ჰარმონიზაცია უცხოელთა მონაწილეობით კომპანიების დაფუძნების და საქმიანობის რეგულირების სამართლის განსასაზღვრი ნორმის ნაწილში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, თუ საერთაშორისო ხელშეკრულების საფუძველზე ეროვნული სამართალი ამგვარი საერთაშორისო ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფოების სუბიექტებს კომპანიის დაფუძნების თავისუფლებას ანიჭებს.

ამჟამად დაფუძნების თავისუფლება, როგორც ეკონომიკური თავისუფლების უფრო ფართო კატეგორიის ელემენტი, ევროპული სამართლის კონცეფციას წარმოადგენს, რომელიც ეფუძნება ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების შესაბამის ნორმებს. ეს პრინციპი მოითხოვს, რომ ეროვნულ სამართალში არ არსებობდეს შეზღუდვები ამ ქვეყანაში უცხოური სუბიექტების მიერ კომპანიის დაფუძნებაზე ან არსებული უცხოური კომპანიების ამ

* იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი ფარჰად კარაგუსოვი, არის კასპიის უნივერსიტეტის კერძო სამართლის ინსტიტუტის მთავარი მეცნიერ-თანამშრომელი.

¹ იხ. Устав Содружества Независимых Государств (г. Минск, 22 января 1993 года), <http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180> (14 октября 2018 г.).

ქვეყნის იურისდიქციაში გადაყვანაზე, ასევე წარმომადგენლობების, ფილიალების და შვილობილი კომპანიების შექმნაზე.²

როგორც შესაბამის ლიტერატურაშია განმარტებული, „დაფუძნების თავისუფლება მოიცავს დამოუკიდებელ საქმიანობას, რომელიც შემოსავლის მიღებისკენ არის მიმართული და სხვა მონაწილე (ევროკავშირის ხელშეკრულების) სახელმწიფოს ტერიტორიაზე სანარმოების შექმნას, მათ შორის, კომპანიების, და მათ მართვას იმავე პირობებით, როგორც ამ ქვეყნის მოქალაქეებს აქვთ“.³ ამასთან, აქ დაზუსტებულია, რომ „ევროკავშირის ხელშეკრულების 43-ე მუხლში დადგენილი კომპანიების დაფუძნების თავისუფლება, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს უახლესი პრაქტიკის შესაბამისად, უცხოურ კომპანიებს აძლევს საშუალებას, მართვის ცენტრი ევროკავშირის ერთი სახელმწიფოდან მეორეში გადაიტანონ... და, ამასთან, შეინარჩუნონ თავიანთი ორგანიზაციულსამართლებრივი ფორმა“.⁴

საერთაშორისო კერძო სამართლის კონტექსტში, კომპანიის დაფუძნების თავისუფლება მნიშვნელოვანია სამ ასპექტში: (1) კომპანიის ეფექტური მართვის გადატანა ევროკავშირის ერთი ქვეყნიდან მეორეში, რომლის კანონმდებლობა არ უნდა უქმნიდეს დაბრკოლებებს ამგვარ გადატანას; (2) დაფუძნების ქვეყნის კანონმდებლობა არ უნდა უქმნიდეს ბარიერებს ამგვარ გადაადგილებას; (3) თვითონ კომპანიას უნდა ჰქონდეს თავისი მართვის ცენტრის გადატანის შესაძლებლობა (ანუ ამგვარი უნდა იყოს საკანონმდებლო რეგულირება როგორც დაფუძნების ქვეყანაში, ასევე ახალ იურისდიქციაში, სადაც გადადის კომპანიის მართვის ცენტრი) ისე, რომ არ მოუწიოს კომპანიის ლიკვიდაცია ან რეორგანიზაციის, რესტრუქტურირების ან ტრანსფორმაციის სხვა რთული პროცედურების ჩატარება.⁵

კომპანიის დაფუძნების თავისუფლების რეალიზაცია ხდება (თუმცა გარკვეულ სამართლებრივ ჩარჩოებში) კერძო სუბიექტის შეხედულებისამებრ მის მიერ დასაარსებელი ან დაარსებული კომპანიისთვის ყველაზე ხელსაყრელი სამართლის დამოუკიდებლად არჩევის საშუალებით. კომპანიის დაფუძნების თავისუფლების იურიდიული აღიარება და მისი რეალიზაციის შესაძლებლობა ქონების საერთაშორისო ბრუნვის მონაწილეთა მიერ შეიძლება შეფასდეს, როგორც ნების ავტონომიის ერთ-ერთი გამოხატულება.

3. ყაზახეთის რესპუბლიკის სამართალში გათვალისწინებულია ეროვნული რეჟიმის გამოყენება უცხოური სუბიექტების უფლებების მიმართ. სამოქალაქო კოდექსის მე-3 მუხლის მე-7 პარაგრაფის შესაბამისად, უცხოურ ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს შეუძლიათ იმავე უფლებების შეძენა და მოვალე არიან, შეასრულონ იგივე ვალდებულებები, რომლებიც სამოქალაქო სამართალში გათვალისწინებულია ყაზახეთის რესპუბლიკის მოქალაქეებისა და იურიდიული პირებისთვის. უცხოური სუბიექტების სამოქალაქო უფლებები და მოვალეობები ექვემდებარება ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობას.

ყაზახეთის რესპუბლიკის იურისდიქციის ფარგლებში მოქმედ ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს აქვთ უფლება, დააფუძნონ იურიდიული პირები, განახორციელონ იურიდიული პირების მონაწილეთა უფლებები და შეწყვიტონ იურიდიულ პირში მონაწილეობა ყაზახეთის კანონმდებლობის შესაბამისად. განსხვავებული წესები შეიძლება დადგინდეს მხოლოდ საკანონმდებლო აქტების საშუალებით და ყაზახეთის რესპუბლიკის მიერ რატიფიცირებული საერთაშორისო ხელშეკრულებებით.

4. ამ კონტექსტში აღსანიშნავია ყაზახეთის რესპუბლიკის მონაწილეობა დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობაში (დსთ) და მისი წევრობა ევრაზიის ეკონომიკურ კავშირში (ეეკ).

² Thomale and Weller. Freedom of establishment / persons (European Union) and private international law. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: EdwardElgar, 2017. Volume 1. P.p. 807 – 808.

³ *Дубовицкая*. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М.: Волтерс Клувер, 2004. 224 с. С. 4 - 5.

⁴ Шмидт-Тренц, Плате, Пашке и др. Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. 736 с. С. 90.

⁵ Thomale and Weller. Freedom of establishment / persons (European Union) and private international law. P. 809.

დსთ-ის ფარგლებში არ არის გათვალისწინებული წევრი სახელმწიფოებისთვის საერთო სამართლის ჩამოყალიბება. დსთ-ს არა აქვს ზენაციონალური უფლებამოსილებები (დსთ-ის წესდების 1-ელი მუხლი⁶). დსთ-ის დონეზე არ იქმნება სავალდებულო წესები იურიდიული პირების დაფუძნების თაობაზე რაიმე საერთო სივრცის ფარგლებში.

დსთ-ის წესდების მე-20 მუხლში ყველა შესაბამისი სახელმწიფოს ნაციონალური კანონმდებლობა უპირობოდ აღიარებულია სამართლებრივი რეგულირების წყაროდ დსთ-ის წევრების ერთობლივ საქმიანობასთან დაკავშირებულ საკითხებში და მითითებულია, რომ წევრი სახელმწიფოების საქმიანობა ნაციონალური კანონმდებლობების დაახლოებისკენაა მიმართული.

რაც შეეხება ევრაზიის ეკონომიკურ კავშირს, ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ხელშეკრულების 1-ელი მუხლის შესაბამისად, ის შეიქმნა, „როგორც ეკონომიკური კავშირი, რომლის ფარგლებშიც უზრუნველყოფილია საქონლის, მომსახურების, კაპიტალის, მუშახელის გადაადგილების თავისუფლება, კოორდინირებული, შეთანხმებული ან ერთიანი პოლიტიკის გატარება ეკონომიკის იმ დარგებში, რომელიც განსაზღვრულია ამ ხელშეკრულებით ან საერთაშორისო ხელშეკრულებებით ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ფარგლებში.“⁷ ამ პოლიტიკის ფორმები ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ფარგლებში კანონმდებლობის ჰარმონიზაცია, უნიფიკაცია ან ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ორგანოების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების უშუალოდ გატარებაა. ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ხელშეკრულების XV კარის დებულებებში დეკლარირებული მიზანი ამ კავშირის ფარგლებში დაფუძნების, საქმიანობისა და ინვესტიციების განხორციელების თავისუფლების უზრუნველყოფაა (65-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი). ამასთან ერთად, ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ხელშეკრულების 65-ე მუხლის მე-8 პარაგრაფის და 66-ე მუხლის მიხედვით, ფაქტობრივად გარანტირებულია ნაციონალური რეჟიმის დაცვა იმ იურიდიული პირების დაფუძნებისა და საქმიანობის საკითხების რეგულირებისას, რომლებიც ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის წევრი ქვეყნების პირებმა შექმნეს და დაფიქსირებულია ვალდებულება, რომ არ იქნეს დაშვებული „თვითნებური ან გაუმართლებელი დისკრიმინაცია სახელმწიფოებს შორის ან ფარული შეზღუდვები“.

ამგვარად, იმ სახელმწიფოთა შორის გაერთიანებებში, რომელთა წევრიც არის ყაზახეთი ეკონომიკური თანამშრომლობის მიზნით, უცხოელთა მონაწილეობით იურიდიული პირების დაფუძნება და საქმიანობა რეგულირდება მხოლოდ ყაზახეთის რესპუბლიკის ეროვნული კანონმდებლობით. ყაზახეთის კანონმდებლობაში არ არის განსაზღვრული დსთ-ის ხელშეკრულებაში გათვალისწინებული კომპანიის დაფუძნების თავისუფლების პრინციპის ანალოგიური პრინციპი.

5. უცხოელთა მონაწილეობით იურიდიული პირების დაფუძნების, მათი სამართლებრივი სტატუსის განსაზღვრისა და საქმიანობის რეგულირების მიმართ ყაზახეთის რესპუბლიკის მიერ ეროვნული სამართლის გამოყენება გონივრულად მიგვაჩნია. როგორც აღნიშნა ე.დუბოვიცკაიამ, დაფუძნების თავისუფლება და მის შინაარსში შემავალი კომპანიის გადაადგილების თავისუფლება განუყოფლად არის დაკავშირებული ერთიანი ბაზრის იდეასთან, მაგრამ უცხოური სამართლისადმი უნდობლობისა და საკუთარი სამართლებრივი ბრუნვის დაცვის აუცილებლობის გამო სახელმწიფო არ აძლევს მისი იურისდიქციის ფარგლებში მოქმედ კომპანიებს საერთაშორისო სამართლის გამოყენების საშუალებას, სანამ არ დარწმუნდება, რომ ეს უცხოური სამართალი კომპანიის კრედიტორების, მისი თანამშრომლებისა და მონაწილეების ინტერესებს არანაკლებ იცავს, ვიდრე ამ სახელმწიფოს შიდა კანონები.⁸

კომპანიის დაფუძნების და გადაადგილების თავისუფლების პრინციპის გამოყენება შეუძლებელია სახელმწიფოების კორპორაციული კანონმდებლობების ჰარმონიზაციის გარეშე. აუცილებელია მეტ-ნაკლებად იდენტური ნორმების დანესება, რომლებიც უზრუნველყოფს სხვადასხვა სახელმწიფოს კომპანიებისთვის საქმიანობის და კონკურენციის ერთნაირ პირო-

⁶ Устав Содружества Независимых Государств (г. Минск, 22 января 1993 года), <http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180> (14 октября 2018 г.).

⁷ Договор о Евразийском экономическом союзе, заключенный 29 мая 2014 года, вступивший в силу с 1 января 2015 года, https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0003610/itia_05062014 (14 октября 2018 г.).

⁸ Дубовицкая. დასახ. ნაშრომი, С. XXXI – XXXIII.

ბებს. ფაქტობრივად დაფუძნების თავისუფლების რეალიზაცია (მათ შორის, დეკლარირებული ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის ხელშეკრულებაში, როგორც სახელმწიფოთაშორისი თანამშრომლობის მიმართულება) წარმოადგენს კორპორაციული სამართლის ჰარმონიზაციის ნამდვილ მიზანს.

აღსანიშნავია, რომ ეს უნდა იყოს სწორედ ჰარმონიზაცია, რომელიც, ერთი მხრივ, წაშლის ნაციონალურ განსხვავებებს, „რომლებმაც შეიძლება მიგვიყვანოს კომპანიისა და მესამე პირების ინტერესების დარღვევამდე გადაადგილების შედეგად“, მეორე მხრივ კი, შენარჩუნებულ უნდა იქნეს ნაციონალური განსხვავებები, რომლებიც კომპანიებს და მათ მონაწილეებს მისცემს შესაძლებლობას, აირჩიონ არა მარტო მათთვის ყველაზე მისაღები ეკონომიკური პირობები, არამედ ყველაზე კომფორტული კორპორაციული სამართალიც.⁹

ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის სამოქალაქო სამართლის ჰარმონიზაციის მიზნების საერთო გაგების არარსებობის გამო დაუსრულებელი დარჩა 2011-2014 წლებში სამოქალაქო სამართლის ჰარმონიზაციის მიმართულებით ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის სახელმწიფოთა იუსტიციის მინისტრების კომისიის მუშაობა (ჩვენ მონაწილეობას ვიღებდით ამ პროცესში ყაზახეთის მხრიდან). კომისიის წევრები ვერ შეთანხმდნენ ევრაზიის ეკონომიკური კავშირის სახელმწიფოთა სამოქალაქო კანონმდებლობების განვითარების საფუძვლების კონცეფციისა და სტატუსის, კორპორაციული ტიპის ორგანიზაციების ცნებისა და კლასიფიკაციის და ზოგიერთი სხვა ასპექტის თაობაზე.

6. უცხოური სუბიექტის მონაწილეობით ხელშეკრულებების გაფორმებისას, ჩნდება სამოქალაქო ურთიერთობების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის საკითხი. როგორც ავტორიტეტულ წყაროებშია აღნიშნული, გამოსაყენებელი სამართლის არჩევას ორმაგი მნიშვნელობა აქვს. ეს არჩევანი შეიძლება გააკეთონ ხელშეკრულების მონაწილე მხარეებმა, რომლებიც სამოქალაქო სამართლის დამოუკიდებელ სუბიექტებს წარმოადგენენ და ეს არჩევანი ეფუძნება ინდივიდუალურ თავისუფლებას და კერძო პირების ნების ავტონომიას. სხვა შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართალი განისაზღვრება საკანონმდებლო ნორმების საფუძველზე, მიუხედავად იმისა, ის ამოქმედდება სამართლებრივ ურთიერთობაში მონაწილე კერძო პირების ან სასამართლოს მიერ თუ კანონის ძალით.¹⁰

7. ყაზახეთის კანონების შესაბამისად, უცხოური მონაწილეობით დაფუძნებული იურიდიული პირის დაფუძნების, საქმიანობისა და სამართლებრივი სტატუსის მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა ხდება სამოქალაქო კოდექსის სპეციალური დებულებების საფუძველზე. სამოქალაქო კოდექსის 1100-ე და 1101-ელი მუხლების შესაბამისად, „იურიდიული პირის კანონად ითვლება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ეს პირი დაფუძნდა“ და სწორედ იურიდიული პირის კანონით განისაზღვრება მისი სამოქალაქო უფლებათაუზარიალობა. ყაზახეთში საერთაშორისო ორგანიზაციების საქმიანობა რეგულირდება ყაზახეთის სამართლით.

სამოქალაქო კოდექსის მე-40 მუხლის მიხედვით, იურიდიული პირის დაფუძნება ხდება მისი დამფუძნებელი კერძო სამართლის სუბიექტების (ფიზიკური და/ან იურიდიული პირების) ნების გამოხატვის საფუძველზე. თუ ორგანიზაცია ფუძნდება სახელმწიფოს ან ყაზახეთის რესპუბლიკის ადმინისტრაციულ-ტერიტორიული ერთეულის მონაწილეობით, ეს ორგანიზაცია ითვლება კერძო სამართლის სუბიექტად და სამოქალაქო კოდექსის 114-ე მუხლის შესაბამისად, მის მიმართ „გამოიყენება ნორმები, რომლებიც განსაზღვრავს იურიდიული პირების მონაწილეობას სამოქალაქო კანონმდებლობით რეგულირებად ურთიერთობაში, თუ საკანონმდებლო აქტებიდან სხვა რამ არ გამომდინარეობს.“ ნებისმიერ შემთხვევაში იურიდიული პირის დაფუძნებისას, სახელმწიფო და ადმინისტრაციულ-ტერიტორიული ერთეულები შესაბამისი სამართლებრივი ურთიერთობების სხვა მონაწილეებთან თანაბარ პოზიციაში არიან (სამოქალაქო კოდექსის 111-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი და 112-ე მუხლის 1-ელი პარაგრაფი).

ყაზახეთში იურიდიული პირის დაფუძნება, როდესაც დამფუძნებელი უცხოელი პირია, რეგულირდება ყაზახეთის კანონმდებლობით. სამოქალაქო კოდექსის 1114-ე მუხლის 1-ელი პარა-

⁹ *Дубовицкая*. დასახ. ნაშრომი, С. 56 – 60.

¹⁰ *Basedow*. Choice of law. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. Volume 1. P.p. 311 – 312.

გრაფის შესაბამისად: „უცხოური მონაწილეობით იურიდიული პირის დაფუძნების ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ფუძნდება ან დაფუძნდა ეს იურიდიული პირი. “სამოქალაქო კოდექსის ეს ნორმა იმპერატიულია და არ იძლევა, დაფუძნების ქვეყნის სამართლის გარდა, სხვა სამართლის არჩევის საშუალებას. ის გამოიყენება ნაციონალური კანონმდებლობით გათვალისწინებული ყველა საორგანიზაციო-სამართლებრივი ფორმის მქონე იურიდიული პირის მიმართ.

ორი ან მეტი პირის მიერ ყაზახეთის იურიდიული პირის შექმნის ხელშეკრულება არის სადამფუძნებლო ხელშეკრულება. სადამფუძნებლო ხელშეკრულების შინაარსი და ფორმა და მისი გაფორმების წესი კანონით არის განსაზღვრული. იურიდიული პირების ორგანიზაციულ სამართლებრივი ფორმის მიხედვით, განსხვავებულია რეგულირებადი ურთიერთობების, სადამფუძნებლო ხელშეკრულების მოქმედების ვადის და შეწყვეტის შესახებ წესები. სააქციო საზოგადოების შემთხვევაში, მაგალითად, სადამფუძნებლო ხელშეკრულება წარმოადგენს სააქციო საზოგადოების დაფუძნების საფუძველს და არეგულირებს დამფუძნებლების ურთიერთობას საზოგადოების შექმნის და მისი საწესდებო კაპიტალის ფორმირების საკითხებში. შეზღუდული პასუხისმგებლობის ამხანაგობის სადამფუძნებლო ხელშეკრულება ინარჩუნებს ძალას ამ ორგანიზაციის არსებობის მთელი პერიოდის განმავლობაში. თუ შეზღუდული პასუხისმგებლობის ამხანაგობა ერთმა დამფუძნებელმა დააარსა და შემდეგ მის წევრებში კიდევ ერთი ან რამდენიმე პირი შედის, მათ სადამფუძნებლო ხელშეკრულება უნდა დადონ. ამხანაგობაში წილის გადაცემისას კი ახალი წევრი უნდა შეუერთდეს სადამფუძნებლო ხელშეკრულებას.

8. ყაზახეთის რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის 1114-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფის შესაბამისად, იურიდიული პირის დაფუძნების ქვეყნის კანონი (*lex incorporationis*) გამოიყენება ამ იურიდიული პირის მონაწილეთა შორის არსებული ყველა სამართლებრივი ურთიერთობისთვის, რომელთა ფარგლებში ისინი ახორციელებენ ორმხრივ უფლებებს და მოვალეობებს. ეს ურთიერთობებია იურიდიული პირის შექმნა და შეწყვეტა, წილის ერთი მონაწილისგან მეორესთვის გადაცემა და სხვა ურთიერთობები. ეს ნორმაც იმპერატიულია და ყაზახეთის სამართლის მიხედვით დაფუძნებული იურიდიული პირების ზემოაღნიშნული ურთიერთობების მიმართ მხოლოდ ყაზახეთის კანონმდებლობა უნდა იქნეს გამოყენებული.

ყაზახეთის კანონმდებლობა გამოიყენება ყველა კორპორაციული ხელშეკრულებისთვის, რომლებიც იდება ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობით დაფუძნებული იურიდიული პირის მიმართ ან მასთან დაკავშირებით, მათ შორის:

- -სადამფუძნებლო ხელშეკრულება;
- -იურიდიული პირის საქმიანობის შეწყვეტის აქტი;
- -იურიდიული პირის მონაწილეთა შორის ურთიერთობები, მათი ორმხრივი უფლებების და მოვალეობების შესახებ ხელშეკრულებები;
- -მონაწილეთა შორის შეთანხმებები აქციების ან წილების გადაცემის, ყიდვა-გაყიდვის ან სხვა სახის გასხვისების შესახებ;
- -ზემოაღნიშნულ ხელშეკრულებებში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის ან მათი შეწყვეტის შესახებ შეთანხმებები.

9. აღსანიშნავია, რომ სამოქალაქო კოდექსის 1114-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფის რედაქცია არასრულყოფილია. კერძოდ, ჩნდება კითხვა, რამდენად იმპერატიულია მოთხოვნა, რომ ყაზახეთის სამართალი გამოიყენებულ იქნეს შეზღუდული პასუხისმგებლობის ამხანაგობის წევრის მიერ თავისი წილის ან აქციონირების მიერ თავიანთი აქციის გადაცემისას იმ პირისთვის, რომელიც არ არის ზემოაღნიშნული ყაზახური იურიდიული პირის მონაწილე/აქციონერი. მიმდინარეობს დისკუსია ამ საკითხზე და, მაგალითად, მ.კ.სულეიმანოვი მიიჩნევს, რომ აქციების გადაცემის ხელშეკრულებების მიმართ შეიძლება გამოიყენებულ იქნეს უცხოური სამართალი, რადგან ამგვარ ხელშეკრულებებში არ არის საუბარი მოცემული სააქციო საზოგადოების მოქმედი აქცი-

ონერების ორმხრივ უფლებებსა და ვალდებულებებზე.¹¹ თავისი აზრი ამ საკითხზე გამოთქვად. ბრატუსმა.¹²

მეც გამოვხატე პოზიცია ამ საკითხზე. ჩემი აზრით, ყაზახეთის იურიდიული პირის წილების ან ყაზახეთის სააქციო საზოგადოების აქციების სასყიდლიანი ან უსასყიდლო გადაცემა უნდა რეგულირდებოდეს ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობით.¹³ ადრე გამოქვეყნებული არგუმენტების გარდა, აღსანიშნავია ასევე, რომ აქციებისა და წილების გადაცემა ნიშნავს არა უბრალოდ მესაკუთრის ცვლილებას სამოქალაქო უფლებების ობიექტის მიმართ, არამედ სამართლის იმ სუბიექტის (შესაბამისი იურიდიული პირის) ცვლილებასაც, რომლის სამართლებრივი სტატუსი განისაზღვრება და საქმიანობა რეგულირდება მისი დაფუძნების ქვეყნის სამართლით. ამ შემთხვევაში აუცილებელია იმ დებულებების გამოყენება, რომელიც ეხება უპირატესი შესყიდვის უფლებას, აქციათა დიდი პაკეტის გასხვისების ან შექმნის განზრახვის და განხორციელების შესახებ შეტყობინებას, დარჩენილი აქციონერებისთვის სავალდებულო შეთავაზებას, დივიდენდების გადახდის საკითხის რეგულირებას, საერთო კრების მოწვევას და სხვა.

როგორც აღინიშნა, საერთაშორისო კერძო სამართალში მიღებული კლასიკური მიდგომაა, რომ სამართლებრივი გაურკვევლობის თავიდან ასაცილებლად გამოყენებულ უნდა იქნეს მხოლოდ ერთი სამართალი და დაუშვებელია ორი სამართლის გაერთიანება ერთი და იმავე კომპანიის რეგულირებისთვის.¹⁴ ამასთან დაკავშირებით, როდესაც განვიხილავთ ნების ავტონომიის გამოვლენის შესაძლებლობას კერძო პირების მიერ სააქციო ხელშეკრულებების დადებისას, აქციების გასხვისების ან სხვა სახის ხელშეკრულებების გაფორმებისას, რომლებიც არეგულირებს კორპორაციულ სამართალურ თიერთობებს ან ეხება იურიდიულ პირებს, უნდა გვახსოვდეს, რომ ამ პრინციპის გამოყენებას გარკვეული გამონაკლისები შეიძლება ჰქონდეს.

ტრანსსაზღვრო ხელშეკრულებებში ნების ავტონომიის გამოყენება შეზღუდულია იმ მიზნით, რომ ხელშეკრულებაში არ იქნეს შეტანილი ნაციონალური საზოგადოებრივი წესრიგის საწინააღმდეგო პირობები. გარდა ამისა, ნების ავტონომია არ უნდა იქნეს გამოყენებული იმისთვის, რომ ხელშეკრულებაში სხვადასხვა საკანონმდებლო სისტემის დებულებები იქნეს შეტანილი ერთი სამართალურ თიერთობის დასარეგულირებლად.¹⁵

10. ასევე უნდა აღინიშნოს, რომ ჰააგის პრინციპები საერთაშორისო ხელშეკრულებებში გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის თაობაზე არ არეგულირებს სამართლის არჩევას კომპანიების შემთხვევაში (1-ელი მუხლის მე-3 პარაგრაფი).¹⁶ ამ დებულების კომენტარებში მითითებულია, რომ ამგვარი გამონაკლისი დამკვეთულია ამ საკითხზე კონსენსუსის არარსებობის გამო. ეს ეხება ამ ურთიერთობების, როგორც სახელშეკრულებო ურთიერთობების, კვალიფიკაციას ან იმას, თუ რამდენად უნდა იქნეს ნების ავტონომია გამოყენებული ამ ურთიერთობების მიმართ. ამასთან, ეს არ ნიშნავს, რომ ნების ავტონომია არ გამოიყენება ამ გამონაკლისი ასპექტების მიმართ. ჰააგის პრინციპები ნეიტრალურია ამ საკითხში. ისინი ხელს არ უშლის კანონმდებლებს ან სხვა სუბიექტებს, რომ ნების ავტონომია გამოიყენონ ნებისმიერი გამონაკლისი ასპექტის მიმართ.

რაც შეეხება საერთაშორისო ხელშეკრულებებში გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის თაობაზე ჰააგის პრინციპების სფეროდან კომპანიების გამორიცხვას, ეს ეხება ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა კომპანიებისა და სხვა კოლექტიური წარმონაქმნების და ტრესტების შექმნა-ორგანიზება, მათში მონაწილეობას/წევრობა, უფლებაუნარიანობა, შიდაორგანიზაცია, გადაწყვე-

¹¹ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): в двух книгах. Книга 2. Ответственные редакторы Сулейменов, Басин. Алматы, 2006. – 800 с.

¹² Братусь. Комментарий к статье 1114 Гражданского кодекса Республики Казахстан, http://online.zakon.kz/document/?doc_id=33033027#pos=5;-163 (26 марта 2017 г.).

¹³ Карагусов. О применимом праве в трансграничных договорах купли-продажи акций казахстанских компаний, http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37693184#pos=0;0 (24 апреля 2017 г.).

¹⁴ Weller and Thomale. Companies. P.p. 409 - 410.

¹⁵ Watt. Party autonomy. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. Volume 1. P.p. 1336 – 1338.

¹⁶ იბ. Principles On Choice of Law in International Commercial Contracts (approved on 19 March 2015), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (14 октября 2018 г.).

ტილებების მიღების პროცედურები, კომპანიებისა და სხვა ორგანიზაციების საქმიანობის შეწყვეტა და ლიკვიდაცია. ზემოაღნიშნულ კომენტარში მითითებულია, რომ ბევრ სახელმწიფოში ეს საკითხები რეგულირდება კომპანიების შესახებ საერთაშორისო კერძო სამართლის სპეციალური დებულებებით (როგორც წესი, ეს არის ან დაფუძნების ქვეყნის სამართალი ან იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც კომპანიის მართვის ორგანო მდებარეობს). ამასთან, ჰააგის პრინციპები გამოიყენება თვითონ კომპანიების მიერ მესამე პირებთან გაფორმებული ხელშეკრულებებისა და კომპანიის წევრებს შორის გაფორმებული კომერციული კონტრაქტების (სააქციო ხელშეკრულებები) მიმართ.

11. ბოლო დებულების მიხედვით, სააქციო ხელშეკრულებების მიმართ მხოლოდ ყაზახეთის სამართლის გამოყენება შეიძლება. როგორც ზემოთ აღინიშნა, სამოქალაქო კოდექსის 1114-ე მუხლის მე-2 პარაგრაფის შესაბამისად, თუ იურიდიული პირი ყაზახეთის რესპუბლიკის კანონმდებლობის შესაბამისად არის დაფუძნებული, „იურიდიული პირის მონაწილეთა შორის ურთიერთობა, რომელიც მათ ორმხრივ უფლებებსა და ვალდებულებებთან არის დაკავშირებული“, მხოლოდ ყაზახეთის რესპუბლიკის სამართლით უნდა რეგულირდებოდეს.

ყაზახეთის სამართალში ასახული ეს მიდგომა საფუძვლიანია. როგორც სამოქალაქო სამართალში ცალკეა გამოყოფილი კორპორაციული სამართალი, ისე საერთაშორისო კერძო სამართალში გამოყოფილია კომპანიების საერთაშორისო სამართალი. ხშირ შემთხვევაში, კორპორაციული ურთიერთობების შექმნის, ცვლილების ან შეწყვეტის საფუძველი არის არა ხელშეკრულება, არამედ სხვა იურიდიული ფაქტები ან მოვლენები (მათ შორის ყველაზე გავრცელებული და მნიშვნელოვანი, მაგრამ არა ერთადერთი, არის კრების გადაწყვეტილება). აქედან გამომდინარე, კორპორაციული ურთიერთობების დიდი ნაწილი რეგულირდება არა სახელშეკრულებო, არამედ იმპერატიული ნორმებით.

ეს შენიშვნა ეხება ასევე ე.წ. კორპორაციულ ხელშეკრულებებს. ამჟამად, შემოთავაზებულია ყაზახეთის კანონმდებლობაში ამ ხელშეკრულებების ცნების და კლასიფიკაციის შეტანა. კორპორაციული ხელშეკრულებების კატეგორიას მიეკუთვნება არა მარტო აქციონერთა და სადამფუძნებლო ხელშეკრულებები. მაგალითად, იურიდიული პირის წესდებაც გარკვეული ტიპის კორპორაციული ხელშეკრულებაა. თავდაპირველად წესდება ერთხმად მიიღება, მაგრამ მოგვიანებით წესდებაში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანისას მისი მოქმედება სრულად ვრცელდება იმ პირების მიმართაც, რომლებმაც ამ ცვლილებების და დამატებების წინააღმდეგ მისცეს ხმა ან რაიმე მიზეზის გამო არ ესწრებოდნენ შესაბამისი კორპორაციული გადაწყვეტილების მიღებას. საერთაშორისო სამართალშიც აღიარებულია წესდების ამგვარი ორმაგი ხასიათი.¹⁷

მსგავსი ორმაგი ხასიათი აქვს იმგვარ კორპორაციულ აქტებსაც, როგორებიცაა კორპორაციული მართვის კოდექსი, კომპანიის მიერ საკუთარი ფასიანი ქაღალდების გამოსყიდვის მეთოდიკა და სხვა. კრების გადაწყვეტილებები ასევე წარმოადგენს საფუძველს სხვა კორპორაციული ურთიერთობების წარმოქმნისთვის, როგორებიცაა დირექტორების არჩევა, კომპანიის რეორგანიზაცია და ლიკვიდაცია, ფასიანი ქაღალდების გამოშვება ან შესყიდვა და სხვა. ეს ურთიერთობები არ არის სახელშეკრულებო, არამედ კორპორაციული სამართლის იმპერატიული ნორმებით რეგლამენტირებას ექვემდებარება და მათ მიმართ არ გამოიყენება ხელშეკრულების თავისუფლების ან ნების ავტონომიურობის კატეგორიები.

ზემოაღნიშნულის შედეგად ჩნდება კითხვები, რომლებიც მიზანშეწონილია დაზუსტდეს ყაზახეთის კანონმდებლობაში. სასურველია, კორპორაციული კანონმდებლობის სრულყოფის მიმართულებით იუსტიციის სამინისტროს მუშაობა მოიცავდეს ასევე უცხოური მონაწილეობით დაფუძნებული იურიდიული პირების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის საკითხების გადასინჯვას.

¹⁷ Шмидт-Тренц, Плате, Пашке и др. даსახ. ნაშრომი, С. 318.

О свободе учреждения и выборе применимого права при создании юридических лиц с иностранным участием по законодательству Республики Казахстан

1. Вопрос о совершенствовании правового регулирования вопросов, относящихся к учреждению компаний с иностранным участием, приобретает особую актуальность в связи с усилением межгосударственных отношений, направленных на поддержку взаимных инвестиций в национальные экономики Казахстана и многих иностранных государств, с которыми поддерживается и развивается экономическое сотрудничество. Такое развитие совпадает с общемировой тенденцией глобализации и соответствующим развитием международного права компаний как особой части международного частного права.

Применительно к регулированию компаний, которые создаются в одном государстве за счет участия в них инвесторов из других государств, для ответа на вопрос о том, какому правопорядку подчиняется решение всех вопросов, возникающих в связи с учреждением и деятельностью юридического лица, создана теория одного лица (“one-entitytheory”). Согласно этой теории, все относящиеся к компании вопросы (в том числе, учреждение, правоспособность, внутренняя организация, ответственность корпоративных должностных лиц, а также ответственность участников компании по ее обязательствам) регулируются материально-правовыми нормами одного и того же национального права (*lex societatis*).¹⁸

В то же время для определения применимого в этом случае права существуют две конкурирующие привязки – законодательство нахождения места эффективного управления юридическим лицом (“realseat”) либо законодательство страны учреждения юридического лица (“*lex incorporationis*”). В каждом правопорядке определяется применение одной из этих привязок. Разница заключается в том, что при применении привязки к месту эффективного управления компанией национальное право в принципе применяется к иностранным компаниям. В свою очередь, привязка к месту учреждения юридического лица позволяет иностранным субъектам создавать юридические лица по праву страны учреждения, но, как правило, не позволяет регулировать учреждение и деятельность такого юридического лица иным правом, кроме права страны его учреждения.

2. В то же время гармонизация законодательства в части определения привязки, подлежащей применению при регулировании создания и деятельности компаний с иностранным участием, приобретает важное значение, если на основании международного договора национальный правопорядок гарантирует свободу учреждения компаний для субъектов из тех государств, которые также являются участниками такого международного договора.

В настоящее время свобода учреждения, как элемент более широкой категории экономической свободы, является концепцией европейского права, основанной на соответствующих нормах Договора о функционировании Европейского Союза. В частности, действие этого принципа требует, чтобы в национальном правопорядке были исключены ограничения, касающиеся учреждения иностранными субъектами компаний в данной стране или перевода в ее юрисдикцию существующих иностранных компаний, как и создания ими в этой стране своих представительств, филиалов и дочерних организаций.¹⁹

* Доктор юридических наук, профессор Фархад Карагузов является главным научным сотрудником Института частного права Каспийского университета

¹⁸ См. WellerandThomale. Companies. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. Volume 1. P.p. 404 – 406, 409.

¹⁹ См. Thomale and Weller. Freedom of establishment / persons (European Union) and private international law. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: EdwardElgar, 2017. Volume 1. P.p. 807 - 808.

Как поясняется в литературе, «свобода учреждения охватывает самостоятельную деятельность, направленную на получение дохода, а также создание на территории другого государства-участника [Договора о ЕС – Ф.К.] предприятий, «в том числе компаний», и управление ими на тех же условиях, что и гражданами этого государства».²⁰ Так же уточняется, что «установленная ст. 43, 48 Договора о ЕС свобода учреждения компаний в соответствии с новейшей практикой Суда Европейских сообществ позволяет иностранным компаниям переносить свой центр управления из одного государства ЕС в другое, ..., сохраняя при этом свою организационно-правовую форму».²¹

В контексте действия международного частного права действие принципа свободы учреждения компаний имеет значение в следующих трех аспектах: (1) перемещение места эффективного управления компанией из страны ее учреждения в другую страну Европейского Союза, чье законодательство не должно создавать препятствий для осуществления такого перемещения; (2) законодательством страны учреждения компании также не должно создаваться каких-либо барьеров для такого перемещения, и (3) сама компания должна иметь возможности (то есть таким должно быть соответствующее законодательное регулирование как в стране учреждения компании, так и в новой юрисдикции, куда перемещается центр управления компанией) для такого перемещения своего центра эффективного управления без необходимости ликвидации компании и осуществления иных сложных процедур реорганизации, реструктуризации или иной трансформации.²²

Свобода учреждения компании реализуется (хотя и в определенных правовых рамках) по усмотрению частного субъекта посредством его самостоятельного выбора наиболее предпочтительного для существования учреждаемой или учрежденной им компании правопорядка. Юридическое признание свободы учреждения компании и возможность ее реализации участниками международного имущественного оборота можно расценивать как одно из проявлений автономии воли.

3. В праве Республики Казахстан в качестве общего правила предусмотрено применение национального режима в отношении прав иностранных субъектов: согласно п. 7 ст. 3 Гражданского кодекса (ГК) иностранные физические и юридические лица вправе приобретать такие же права и обязаны выполнять такие же обязанности, какие предусмотрены гражданским законодательством для граждан и юридических лиц Республики Казахстан. То есть гражданские права и обязанности иностранных субъектов подчиняются законодательству Республики Казахстан.

В том числе любые физические и юридические лица, действующие в рамках юрисдикции Республики Казахстан вправе учреждать юридические лица, осуществлять права участников юридических лиц и прекращать свое участие в юридических лицах по правилам казахстанского законодательства. Иные правила могут устанавливаться только законодательными актами и ратифицированными Республикой Казахстан международными договорами.

4. В этом контексте следует отметить участие Республики Казахстан с Содружестве независимых государств (СНГ) и ее членство в Евразийском Экономическом Союзе (ЕАЭС).

В рамках функционирования СНГ не предусмотрено формирование общего права для государств-участников, само Содружество не обладает наднациональными полномочиями (ст. 1 Устава СНГ²³). На уровне СНГ не создается обязательных правил об учреждении юридических лиц в рамках какого-то общего пространства. В ст. 20 Устава СНГ закрепляется безусловное признание национально-го законодательства как источника правового регулирования в каждом соответствующем государстве по вопросам, относящимся к сферам совместной деятельности участников СНГ, а также декларируется направленность деятельности государств-членов на сближение национального законодательства.

Что касается ЕАЭС, то в соответствии со ст. 1 Договора о Евразийском Экономическом Союзе он создан как «экономический союз, в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, ус-

²⁰ См. Дубовицкая. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М.: Волтерс Клувер, 2004. 224 с. С. 4 - 5.

²¹ См. Шмидт-Тренц, Плате, Пашке и др. Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие. СПб.: Издательский Дом С.-Петербург. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. 736 с. С. 90.

²² Thomale and Weller. Freedom of establishment / persons (European Union) and private international law. P. 809

²³ См. Устав Содружества Независимых Государств (г. Минск, 22 января 1993 года). <http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180> (14 октября 2018 г.)

луг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных» этим Договором или международными договорами в рамках ЕАЭС.²⁴ В зависимости от определенного способа проведения политики в рамках ЕАЭС формами такой политики определены гармонизация законодательства, унификация законодательства, а также непосредственное применение решений органов ЕАЭС, принятых в рамках их полномочий. В соответствии с положениями Раздела XV Договора о ЕАЭС декларируется цель обеспечить свободу учреждения, деятельности и осуществление инвестиций в рамках ЕАЭС (п. 1 ст. 65). Вместе с тем, в соответствии с содержанием п. 8 ст. 65 и ст. 66 Договора о ЕАЭС фактически гарантируется соблюдение национального режима при регулировании вопросов учреждения и деятельности юридических лиц, создаваемых лицами из стран участниц Договора о ЕАЭС, закрепляется обязательство не допускать «произвольной или неоправданной дискриминации между государствами или скрытых ограничений».

Таким образом, и в рамках тех межгосударственных объединений, в которых Казахстан участвует в целях межгосударственного экономического сотрудничества, вопросы учреждения и деятельности юридических лиц с иностранным участием регулируется исключительно национальным законодательством Республики Казахстан. Принцип свободы учреждения компаний, аналогичный тому, который предусмотрен Договором о ЕС, в казахстанском праве не определяется.

5. Такая позиция Республики Казахстан по вопросу о применении национального права при учреждении юридических лиц с иностранным участием, определении их правового статуса и регулировании их деятельности представляется обоснованной. Как отмечает Е. Дубовицкая, свобода учреждения и включаемая в ее содержание свобода перемещений компаний неразрывно связаны с идеей функционирования единого рынка, однако недоверие к иностранному праву и необходимость защитить собственный правовой оборот не позволяют национальному правопорядку допустить применение к действующим в рамках его юрисдикции компаниям применение иностранного права, пока соответствующее государство не будет уверено в том, что такое иностранное право защищает интересы кредиторов компании, ее работников или ее участников не хуже, чем домашний закон этого государства.²⁵

Действительно, применение принципа свободы учреждения и свободы перемещения компаний невозможно без того, чтобы корпоративное законодательство взаимодействующих государств было гармонизировано, устанавливая более или менее идентичные нормы, обеспечивающие для компаний из разных государств одинаковые условия деятельности и конкуренции в рамках соответствующих правопорядков. Собственно, реализация свободы учреждения (в том числе декларируемая в качестве направления для межгосударственного сотрудничества в Договоре о ЕАЭС) и является настоящей целью гармонизации корпоративного права.

В данном случае целесообразно обратить внимание на то, что это должна быть именно гармонизация, в результате которой будут устранены национальные различия, «которые могут привести к нарушению интересов компаний и третьих лиц в результате перемещения компаний», с одной стороны, и будут сохранены национальные различия, позволяющие компаниям и их участникам выбирать не только наиболее приемлемые для них экономические условия, но и наиболее комфортное для них корпоративное право.²⁶

Представляется, что отсутствие именно такого общего понимания относительно целей гармонизации гражданского права в рамках ЕврАзЭС послужило одной из причин того, что проводившаяся в 2011 – 2014 годах работа Комиссии Совета министров юстиции государств-участников ЕврАзЭС по гармонизации гражданского законодательства (в составе которой мы участвовали от Казахской стороны) осталась незавершенной. Члены этой Комиссии не смогли достичь взаимопонимания относительно Концепции и статуса Основ развития гражданских законодательств государств-участников ЕврАзЭС, понятия и классификаций организаций корпоративного типа, как и по некоторым другим аспектам.

²⁴ См. Договор о Евразийском экономическом союзе, заключенный 29 мая 2014 года, вступивший в силу с 1 января 2015 года. https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0003610/itia_05062014 (14 октября 2018 г.).

²⁵ Дубовицкая. Цит. соч. С. XXXI – XXXIII.

²⁶ См. Дубовицкая. Цит. соч. С. 56 – 60.

6. Вопрос о применимом праве к гражданским правоотношениям возникает в случае заключения таких договоров с участием иностранного субъекта. Как отмечается в авторитетных источниках, выбор применимого права в качестве метода международного частного права имеет двойное значение. В одном случае, такой выбор делается по воле участвующих в договоре сторон, являющихся самостоятельными субъектами гражданского права, и в этом случае выбор права основан на индивидуальной свободе и автономии воли частных лиц. В другом случае имеет место определение применимого права на основе законодательных норм, безотносительно того, приводится ли оно к действию участвующими в правоотношении частными лицами, судом или в силу закона.²⁷
7. В соответствии с казахстанским законом выбор применимого права применительно к вопросам учреждения, деятельности и определения правового положения юридических лиц с иностранным участием определяется на основе специальных положений ГК. В частности, в соответствии со ст.ст. 1100 и 1101 ГК «законом юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено», и именно законом юридического лица определяется его гражданская правоспособность. В рамках казахстанского правопорядка деятельность иностранных организаций регулируется казахстанским правом.

Согласно ст. 40 ГК юридическое лицо учреждается на основе волеизъявления учреждающих его субъектов частного права (физических и / или юридических лиц). А если организация учреждается с участием государства или административно-территориальной единицы Республики Казахстан, то таковые также рассматриваются в качестве субъектов частного права, а в соответствии со ст. 114 ГК к ним «применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов». В любом случае, при учреждении юридических лиц, государство и административно-территориальные единицы всегда выступают на равных началах с иными участниками соответствующих правоотношений (п. 1 ст. 111 и п. 1 ст. 112 ГК).

В том числе, учреждение юридического лица в Казахстане, когда учредителем выступает иностранное лицо, регулируется казахстанским законом. Согласно п. 1 ст. 1114 ГК «к договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждается или учреждено юридическое лицо». Эта норма ГК является императивной, не допускающей выбора иного права, кроме права страны инкорпорации, и применяется к юридическим лицам любой предусмотренной национальным законодательством организационно-правовой формы.

Договором о создании казахстанского юридического лица двумя или более лицами является учредительный договор. Содержание и форма учредительного договора, а также порядок его заключения определяются законом. В зависимости от организационно-правовой формы юридического лица различаются правила, относящиеся к кругу регулируемых отношений, периоду действия и прекращению учредительного договора. В отношении акционерного общества, например, учредительный договор служит основанием для учреждения АО и регулирует взаимоотношения учредителей по вопросам создания АО и формирования его первоначального уставного капитала. Учредительный договор действует только до момента государственной регистрации выпуска объявленных акций АО. А учредительный договор товарищества с ограниченной ответственностью сохраняет свою силу в течение всего срока деятельности ТОО. Если после учреждения ТОО единственным учредителем в состав его участников входит второй или несколько участников, они должны заключить учредительный договор, а при передаче доли участия в товарищества новый участник должен присоединиться к учредительному договору.

8. В соответствии с п. 2 ст. 1114 ГК закон страны учреждения юридического лица (*lex incorporationis*) применяется к любым правоотношениям между участниками юридического лица, в рамках которых они осуществляют взаимные права и обязанности. К таким отношениям непосредственно отнесены отношения по созданию и прекращению юридического лица, передачи доли участия в нем от одного участника к другому, а также иные такие отношения. Эта норма также императивна, и

²⁷ Дубовицкая. Цит. соч. С. XXXI – XXXIII.

применительно к упомянутым отношениям между участниками юридического лица, созданного по казахстанскому праву, применимым правом может быть только казахстанское законодательство.

В частности, казахстанское право всегда является применимым правом к любым корпоративным договорам, заключаемым в отношении или по поводу юридического лица, учреждаемого или уже учрежденного по законодательству Республики Казахстан, в том числе таким, как:

- - учредительный договор;
- - о прекращении юридического лица;
- - об отношениях между участниками юридического лица, связанных с их взаимными правами и обязанностями;
- - соглашения между участниками о передаче акций или долей участия, их купле-продаже или иному отчуждению;
- - о внесении изменений и дополнений в вышеперечисленные договоры, а также их прекращении.

9. Обращает на себя внимание несовершенство редакции п. 2 ст. 1114 ГК. В частности, возникает вопрос о том, насколько императивным может быть требование о применении казахстанского права к передаче долей участия или акций от участника ТОО или акционера, соответственно, лицу, не являющемуся участником / акционером данного казахстанского юридического лица. По этому вопросу имеет место дискуссия в казахстанском праве. Например, М. К. Сулейменов считает, что в договорах о передаче акций можно определить иностранное право в качестве применимого, поскольку в таких договорах речь не идет об установлении взаимных прав и обязанностей действующих акционеров АО.²⁸ Свое мнение высказал Братусь Д.²⁹

По этому вопросу мной также высказана позиция, которая заключается в том, что, по общему правилу, любые договоры о возмездной или безвозмездной передаче долей участия в казахстанском юридическом лице или акций казахстанского АО подлежат регулированию законодательством Республики Казахстан.³⁰ В дополнение к ранее опубликованным аргументам следует добавить, что любая передача акций или долей участия означает не просто смену собственника в отношении объекта гражданских прав, но также и изменение по отношению к субъекту права (соответствующему юридическому лицу), чей правовой статус определяется, а деятельность регулируется правом страны учреждения этого юридического лица. В том числе обязательно применяются положения о праве преимущественной покупки, уведомлениях о намерении и осуществлении отчуждения либо приобретения крупного пакета акций, обязательных предложениях оставшимся акционерам, урегулированию вопросов об уплате дивидендов, созыве общих собраний и другие нормы.

Как отмечено выше, это классический подход, принятый в международном частном праве, что во избежание правовой неопределенности применению подлежат правила только одного правопорядка, а попытка объединить два права для регулирования одной и той же компании не допускается.³¹ В связи с этим, рассматривая возможности для частных лиц проявить автономию воли при заключении, например, акционерных соглашений, договоров по отчуждению акций и иных договоров, направленных на урегулирование корпоративных правоотношений или относящихся к юридическим лицам, следует помнить, что применение этого принципа может иметь определенные исключения.

В частности, применение автономии воли в трансграничных сделках ограничивается для того, чтобы не допустить оговорки в договоре условий в обход законодательных требований национально-публичного порядка. Кроме того, автономия воли не должна применяться для того, чтобы выбирать для включения в договор положения из разных законодательных систем для регулирования одного

²⁸ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): в двух книгах. Книга 2. Ответственные редакторы Сулейменов, Басин. Алматы, 2006. — 800 с.

²⁹ Братусь. Комментарий к статье 1114 Гражданского кодекса Республики Казахстан. http://online.zakon.kz/document/?doc_id=33033027#pos=5;-163 (26 марта 2017 г.)

³⁰ Карагусов. О применимом праве в трансграничных договорах купли-продажи акций казахстанских компаний. http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37693184#pos=0;0 (24 апреля 2017 г.)

³¹ Weller and Thomale. Companies. P.p. 409 - 410

правоотношения.³²

10. Также следует иметь в виду, что и Гагские принципы выбора применимого права в международных контрактах не регулируют выбор применимого права применительно к компаниям (п. 3 ст. 1).³³ В комментарии к этому положению указывается, что такое исключение сделано в связи с тем, что по данному вопросу нет консенсуса либо относительно квалификации соответствующих отношений в качестве договорных, либо относительно того, применима ли автономия воли к этим отношениям вообще. Причем, это не означает того, что в отношении этих исключенных аспектов автономия воли не применима: Гагские принципы нейтральны в этом вопросе, и они не препятствуют законодателю или иным субъектам в том, чтобы распространить применение автономии воли в отношении любого исключенного аспекта.

Что касается исключения компаний их-под сферы действия указанных Гагских принципов о применимом праве к договорам, то это исключение действует применительно к таким вопросам, как создание и организация компаний, иных коллективных образований и трастов, участие / членство в них, правоспособность, внутренняя организация, процедуры принятия решений, прекращение и ликвидация компаний и иных организаций. В упомянутом комментарии указывается, что во многих государствах эти вопросы регулируются специальными положениями международного частного права о компаниях (как правило, это – право страны учреждения или нахождения органа управления). При этом Гагские принципы применимы к договорам самих компаний с третьими лицами, а также к коммерческим контрактам между участниками компаний (акционерные соглашения).

11. Последняя оговорка, однако, не позволяет выбор иного права, кроме казахстанского, применительно к акционерным соглашениям. Как указано выше, в соответствии с п. 2 ст. 1114 ГК любые «отношения между участниками юридического лица, связанные с их взаимными правами и обязанностями», если это юридическое лицо учреждено в соответствии с законодательством Республики Казахстан, подлежат регулированию казахстанским правом.

Такой подход, отраженный в казахстанском праве, представляется обоснованным. Как в гражданском праве особо выделяется корпоративное право, так и в международном частном праве выделяется международное право компаний. Во многих случаях основаниями для возникновения, изменения или прекращения корпоративных отношений является не сделка, а иные юридические факты или события (наиболее распространенными и важными, но не единственными, из которых являются решения собраний). В связи с этим большая часть корпоративных отношений не является договорными, но регулируются нормами императивного свойства.

Это замечание касается и так называемых корпоративных договоров, понятие и классификацию которых в настоящее время предполагается включить в состав казахстанского законодательства. К категории таких корпоративных договоров относятся не только соглашения акционеров и учредительные договоры. В частности, устав юридического лица также является своеобразным корпоративным договором. Однако, если изначально он принимается единогласно, то в последующем при внесении в него изменений и дополнений его действие в полной мере распространяется даже в отношении тех, кто голосовал против этих изменений и дополнений либо по каким-то причинам не участвовал в принятии соответствующего корпоративного решения. Такая двойственная природа устава признается и в иностранном праве.³⁴

Такой же двойственной природой обладают и другие корпоративные акты, как, например, кодекс корпоративного управления, методика выкупа компанией собственных ценных бумаг и другие. Решения собраний являются основаниями для возникновения и иных видов корпоративных отношений, как избрание директоров, реорганизация и ликвидация компании, выпуск или выкуп ценных бумаг, и многое другое. Эти отношения не являются договорными по своей правовой природе, и подле-

³² Watt. Party autonomy. In: Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. Volume 1. P.p. 1336 – 1338.

³³ См. Principles On Choice of Law in International Commercial Contracts (approved on 19 March 2015). <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (14 октября 2018 г.)

³⁴ Шмидт-Тренц, Плате, Пашке и др. Цит. соч. С. 318.

жат регламентации преимущественно императивными нормами корпоративного права, в отношении которых свобода договора или автономия воли не применяется.

Вышеизложенное выявляет вопросы, уточнение которых в законодательстве Казахстана представляется целесообразным. Желательным является то, чтобы проводимая в настоящее время деятельность Министерства юстиции по вопросам совершенствования корпоративного законодательства включала и переосмысление вопросов применимого права в правоотношениях, связанных с учреждением и существованием юридических лиц с иностранным участием.

გარიგების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლება სანივთო გარიგების მეშვეობით

I. შესავალი

მოცემული სტატიის თემას წარმოადგენს გამიჯვნის პრინციპის როლი გარიგების შინაარსის თავისუფლებისას, ანუ საკითხი, შეიძლება თუ არა ჰქონდეს ამ პრინციპს რაიმე თავისთავადი მნიშვნელობა სხვა პრინციპებისაგან დამოუკიდებლად და შეიძლება თუ არა მოიტანოს რაიმე სარგებელი სამართლის სისტემაში, რომელშიც აბსტრაქციის პრინციპი ცალსახად უკუგდებულია. სწორედ ასეთ სისტემას წარმოადგენს ქართული სანივთო სამართალი. გერმანული სანივთო სამართლის რეცეფციისას ქართულმა საკანონმდებლო კომისიამ და მისმა *spiritus rector*-მა გერმანულმა პროფესორმა როლფ კნიპერმა ცალსახად უკუაგდო აბსტრაქციის პრინციპი. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 186-ე მუხლში ცალსახადაა გამყარებული ვალდებულებითი მოთხოვნის აუცილებლობა (კაუზალური გარიგება) მოძრავ ნივთზე საკუთრების გადასვლისათვის, ისევე როგორც თავად ნივთის გადაცემა (*traditio*). ამით აბსტრაქციის პრინციპის მოქმედება თავიდანვე გამორიცხულია. ასე ცალსახა არ არის გამიჯვნის პრინციპის საკითხი. იურიდიულ ლიტერატურაში ამასთან დაკავშირებით გამოთქმული მოსაზრებები ორად იყოფა,¹ ხოლო სასამართლო პრაქტიკა ძირითადად აღიარებს მას.² გამიჯვნის პრინციპი, პირველ ყოვლისა, ნიშნავს იმას, რომ განკარგვა წარმოადგენს დამოუკიდებელ გარიგებას, რომელიც ფაქტობრივად შეიძლება ემთხვეოდეს მავალდებულებელ შეთანხმებას, თუმცა სამართლებრივად როგორც დამოუკიდებელი გარიგება, ისე უნდა შეფასდეს.³

სამართლის თანამედროვე დოგმატიკაში გამიჯვნის პრინციპი აბსტრაქციის პრინციპთან ერთად ფრიდრიხ კარლ ფონ სავინის ცნებათა სამყაროდან წარმოდგება.⁴ თუმცა მასაც, ისევე როგორც თითქმის ყველა სხვა სამოქალაქო-სამართლებრივ ფიგურას, აქვს თავისი წინამორბედი რომის სამართალში. რომის სამართლიდან ორივე ცნობილი ფრაგმენტი, რომლებსაც *სავინიმ* აბსტრაქციის პრინციპი დააფუძნა,⁵ თავდაპირველად ჯერ გამიჯვნის პრინციპის დასასაბუთებ-

* გიორგი რუსიაშვილი LL. M (Saarland Univ.) არის სამართლის დოქტორი, თსუ-ის ასისტენტ-პროფესორი და თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერ-თანამშრომელი.

¹ ბესარიონ ზოიძე, ქართული სანივთო სამართალი, მე-2 გამოცემა, თბილისი 2003, მე-9 და მომდევნო გვერდები; ზურაბ ჭეჭელაშვილი, მოძრავ ნივთებზე საკუთრების გადაცემა, ქართული კერძო სამართლის კრებული I, თბილისი 2004, 90-ე და მომდევნო გვერდები; გიორგი მარიამიძე, კაუზულები სანივთო სამართალში I, თბილისი 2014; გიორგი რუსიაშვილი, კაუზულები სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბილისი 2015, 257-ე და მომდევნო გვერდი; დანელია, ქართული სამართლის მიმოხილვა – სპეციალური გამოცემა (2008), 31, 64-ე და მომდევნო გვერდი; ბეგიაშვილი, სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი (2013), 53, 61; იხ. გამიჯვნის პრინციპის საწინააღმდეგოდ ლადო ჭანტურია, უძრავ ნივთებზე საკუთრება, თბილისი 2003, 183; იგივე, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბილისი 2013, 137; ყოველგვარი არგუმენტაციის გარეშე ლევან თოთლაძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, ჭანტურია (რედ.), 2018, მუხ. 186 30-ე და მომდევნო ველები.

² შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-1283-1538-09, 25/06/2010; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-221-213-2012 24/07/2012; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-483-457-2012, 20/09/2012; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-304-289-2013, 25/10/2013; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-1147-1094-2013, 14/07/2014; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-1504-1424-2017, 9/02/2018.

³ Astrid Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen 1996, 7.

⁴ Friedrich Carl v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band III, Berlin 1840, 312 f., Wilhelm Felgentraeger, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, Leipzig 1927, 31 ff.

⁵ Friedrich Carl v. Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Band II, Berlin 1854, 257; Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, ზემოთ სქ.4, 33 f.; Dieter Haag Molkennteller, *Die These vom dinglichen Vertrag*, Frankfurt a. M. 1991, 86 f.; Jens T. Füller, *Eigenständiges Sachenrecht?* Tübingen 2006, 121.

ლად გამოიყენა. ესენია ფრაგმენტი ინსტიტუციებიდან,⁶ სადაც საკუთრების გადაცემის ნებაზე კეთდება აქცენტი და იულიანეს ფრაგმენტი,⁷ სადაც ის აღწერს შემთხვევას, როდესაც ნივთის გადაცემა ხდება საკუთრების გადასვლის მიზნით, თუმცა გამცემსა და შემძენს შორის წარმოიშვება დისენსუსი საკუთრების მოპოვების საფუძველთან დაკავშირებით. იულიანეს მიხედვით, საკუთრება ამ შემთხვევაშიც გადადის შემძენზე, რასაც საინი აბსტრაქტული სანივთო გარიგების კონცეფციის გასამყარებლად იყენებს.

მიუხედავად მისა, თანამედროვე გერმანულ სამართალში გამიჯვნის პრინციპის თავისთავადი მნიშვნელობა ძირითადად ყურადღების მიღმაა დატოვებული. თითქმის ყოველთვის, როდესაც მის აუცილებლობაზე მიდგება საქმე, დისკუსია აბსტრაქციის პრინციპის საჭიროებისაკენ წარიმართება ხოლმე, ანუ საბოლოოდ სწორედ აბსტრაქციის პრინციპით მართლდება ასევე გამიჯვნის პრინციპიც.⁸ ამიტომაც, ჩვეულებრივ, გამიჯვნის პრინციპს აბსტრაქციის „წინარე საფეხურად“ მოიხსენიებენ.⁹ გერმანული პერსპექტივიდან ეს სრულებით გამართლებულია— გერმანელი იურისტისათვის, რა თქმა უნდა, არანაირი აზრი არ აქვს ჰიპოთეზურ მსჯელობას გამიჯვნის პრინციპის მოქმედების შესახებ კაუზალობის პრინციპის პირობებში, მაშინ როდესაც კაუზალობის პრინციპი გერმანიაში არ მოქმედებს. გამომდინარე აქედან, გერმანული დისკურსიდან მოპოვებული არგუმენტების გამოყენება ქართულ სამართალში მხოლოდ შერჩევითად არის შესაძლებელი. თუმცა აქვეა უკუსაგდები ის მოსაზრება, რომ გამიჯვნის პრინციპის მოქმედება აბსტრაქციის პრინციპის გარეშე ყოველგვარ აზრს მოკლებულია, ამის დასტურს წარმოადგენენ ის ქვეყნები, სადაც გამიჯვნის პრინციპი კაუზალობის პრინციპთან ერთად თანაარსებობს. ეს არის, მაგალითად, შვეიცარია, ავსტრია, საბერძნეთი და ა.შ.

II. გამიჯვნის პრინციპის მოწესრიგება საკანონმდებლო დონეზე

გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი იმგვარად არის კონცეპირებული, რომ არ ტოვებს ადგილს გამიჯვნის პრინციპის მოქმედებისათვის. ამ მოსაზრების მიმდევრები, პირველ ყოვლისა, უთითებენ სამოქალაქო კოდექსის 186-ე მუხლზე— მოძრავ ნივთებზე საკუთრების გადაცემის შემადგენლობა — სადაც მართლაც არ არის საუბარი სანივთო გარიგების შესახებ. ამ დანაწესის თანახმად, საკუთრების გადაცემისათვის, კაუზალური გარიგების გარდა, აუცილებელია მხოლოდ *traditio*— მფლობელობის მინიჭების რეალაქტი. ეს მნიშვნელოვანი არგუმენტია გამიჯვნის წინააღმდეგ. მაგრამ მის საპირისპიროდ შესაძლებელია შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის 714-ე მუხლზე მითითება, საიდანაც ასევე არ იკითხება გამიჯვნის პრინციპი, თუმცა ის შვეიცარიაში ცალსახად აღიარებულია. გარდა ამისა, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ცალკეული ნორმის ფორმულირება და კანონით გათვალისწინებული სამართლებრივი ფიგურები ერთმნიშვნელოვნად მიანიშნებენ გამიჯვნაზე სანივთო და ვალდებულებით გარიგებებს შორის.¹⁰ 1. პირველ ყოვლისა, ეს არის სსკ-ის 477-ე მუხლი, რომელიც ნასყიდობის ხელშეკრულების ტიპურ ვალდებულებებს განსაზღვრავს: აქაც, ისევე როგორც გსკ-ის 433-ე პარაგრაფის შემთხვევაში, ერთმანეთისაგან გამიჯნულია მფლობელობის მინიჭებისა და საკუთრების გადაცემის ვალდებულება. ეს ნიშნავს იმას, რომ ნასყიდობის დადება და მის შესასრულებლად მფლო-

⁶ Inst. 2.1.40.

⁷ D. 41.1.36.

⁸ შდრ. Hans Brox, Allgemeiner Teil, 36. Aufl., München 2012, Rn. 117; Hans-Martin Pawlowski, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Heidelberg 2003, Rn. 591; Bernd Rütters, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1993, Rn. 285; Karl Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. München 1986, § 39 II d (19). Vgl. auch Claude Witz, Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété, Festschrift für Günther Jahr (1993), 533.

⁹ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ.3,114, 277, 732; in dieser Richtung auch Heinrich Honsell, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt? FS Wiegand, Bern-München 2005, 357 ff.

¹⁰ პანდექტური აგებულება, რომელიც საფუძვლად უდევს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს, აუცილებლობის ძალით მიანიშნებს გამიჯვნის პრინციპზე და ზოგადად სუვერენული სანივთო სამართალი წარმოუდგენელია სანივთო გარიგების გარეშე, იხ. ამასთან დაკავშირებით Jakob Fortunat Stagl, Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen im DCFR und CESL, RabelsZ 79 (2015), 388 f.; Horst Heinrich Jakobs, Gibt es den dinglichen Vertrag? ZRG RA 119 (2002), 287 ff.; Hans Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940, 66 f.; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Band III, Berlin-Leipzig 1899, 2, 5.

ბელობის გადაცემა არ არის საკმარისი საკუთრების გადაცემისათვის, არამედ ეს საკუთრების გადაცემა დამოუკიდებელი სამართლებრივი აქტით, კერძოდ სანივთო გარიგებით, უნდა მოხდეს.

2. სანივთო სამართალში მოძრავ ნივთზე საკუთრების გადაცემის შემადგენლობის გვერდით, სსკ-ის 188-ე მუხლში, მონესრიგებულია პირობადებული საკუთრება, რომლის არსისა და მექანიზმის გაგება შეუძლებელია სანივთო გარიგების გარეშე. გადადების პირობით შეიძლება დაიდოს მხოლოდ გარიგება და არა მფლობელობის გადაცემის რეალაქტი—*traditio*.¹¹ შესაბამისად, თუ არ არსებობს სანივთო ხელშეკრულება, მაშინ პირობადებული შეიძლება იყოს მხოლოდ ნასყიდობის ხელშეკრულება.¹² ამ შემთხვევაში გაუგებარია, თუ რატომ არის მონესრიგებული პირობადებული საკუთრება სანივთო სამართალში. გარდა ამისა, თუ ნასყიდობაა პირობადებული, ეს ნიშნავს იმას, რომ ის სრულად არის პირობადებული, ანუ ორივე მხარისათვის—პირობის დადგომამდე მყიდველი არ ხდება მესაკუთრე და არც გამყიდველს აქვს მის წინააღმდეგ ფასის გადახდის მოთხოვნა.¹³ პირობადებული ნასყიდობის ამ მოუქნელი შედეგის თავიდან აცილებას ფრანგების ხვდასხვა კონსტრუქციის მეშვეობით ცდილობენ, თუმცა ამ კონსტრუქციითა დოგმატურად გამართვა უკვე შეუძლებელია.¹⁴ ამიტომაც უპირობოდ დადებული ნასყიდობა და პირობადებული სანივთო გარიგება წარმოადგენს პირობადებული საკუთრების ოპტიმალურ კონსტრუქციას, თუმცა ამისათვის, პირველ ყოვლისა, აუცილებელია, რომ ეს სანივთო გარიგება საერთოდ არსებობდეს.

3. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე შეუძლებელია იმის ახსნა, თუ რას ნიშნავს სსკ-ის 102-ე მუხლში მონესრიგებული „განკარგვის გარიგება“. განკარგვის, როგორც გარიგების აღიარება, სწორედ რომ გამიჯვნის პირდაპირ მტკიცებულებას წარმოადგენს¹⁵ და ის ხელშეკრულების შინაარსის თავისუფლების მნიშვნელოვანი ნაწილია. თუ, ნასყიდობის გარდა, აუცილებელია სხვა გარიგებაც საკუთრების გადაცემისათვის, მაშინ ქონებრივი სიკეთეების ტრანსფერის უფრო მრავალფეროვანი შინაარსობრივი გამართვა შესაძლებელი, ვიდრე მხოლოდ ერთი გარიგების პირობებში.

ამ კონტექსტშივე სახსენებელი მოთხოვნის დათმობის გარიგება, რომელიც საქართველოში სანივთო სამართალშია მონესრიგებული. ამ ინსტიტუტის სისტემური ადგილიდან და მისი შემადგენელი დანაწესების შინაარსიდან გამომდინარე, ცალსახაა, რომ მოთხოვნის დათმობა წარმოადგენს მოთხოვნის მიყიდვის ან მოთხოვნის ჩუქებისაგან გასამიჯნ დამოუკიდებელ განკარგვით გარიგებას.¹⁶ მაშინ საკმაოდ გაურკვეველია, თუ რატომ უნდა ჩაითვალოს სწორედ საკუთრების გადაცემა მხოლოდ რეალაქტად.

4. გამიჯვნის პრინციპის შემდეგი მტკიცებულებაა სსკ-ის 324-ე მუხლში მონესრიგებული „გასხვისების გარიგება“, რომელსაც კანონმდებელი მიჯნავს ამ გასხვისების მავალდებულებული გარიგებისაგან. აქვეა სახსენებელი სსკ-ის 114-ე მუხლი, რომელიც გსკ-ის 181-ე პარაგრაფის კალკს წარმოადგენს და „შესრულების გარიგების“ შესახებ საუბრობს, ანუ ისეთი გარიგების შესახებ, რომლის დადების შედეგადაც სრულდება სხვა გარიგება. ამგვარი მიმართება კი, ჩვეულებრივ, ვალდებულებით კაუზალურ და სანივთო შესრულების გარიგებებს შორის წარმოიშობა.

5. თუ ქართული სამართალი არ აღიარებს სანივთო გარიგებას, მაშინ გაუგებარია, თუ რას წარმოადგენს სანივთო სამართალში მონესრიგებული დერელიქცია (სსკ-ის 184-ე მუხლი), უარი იპოთეკაზე (სსკ-ის 299-ე მუხლი), გირავნობაზე (სსკ-ის 272-ე მუხლი) ან ნებისმიერ სხვა სანივთო უფლებაზე (მაგ. სსკ-ის 238 I მუხლი). ესენი, ყველანი, ცალმხრივი გარიგებებია და, რა თქმა უნდა, არა მხოლოდ რეალაქტები. მათი შედგომისთვის აუცილებელია გარიგებისმიერი ნების გამოხატვა.¹⁷ მაგრამ თუ ეს აქტები გარიგებებია, მაშინ ისინი სანივთო გარიგებების რიცხვს უნდა

¹¹ Honsell, FS Wiegand, ზემოთ სქ.9, 353; ders., Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, § 14.

¹² Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ.3, 278 ff.

¹³ Honsell, FS Wiegand, ზემოთ სქ.9, 353; ders., Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, § 14.

¹⁴ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 3, 279.

¹⁵ Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, ზემოთ სქ.8, § 39 II d (16), Stefan Habermeier, Das Trennungsdenken, AcP 195 (1995), 288 Anm. 1; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 3, 7.

¹⁶ შდრ. ამასთან დაკავშირებით Honsell, FS Wiegand, ზემოთ სქ.9, 366 ff.

¹⁷ შდრ. Enneccerus/Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 78 II 1 b (290); Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 875 Rn. 1 ff.; Damrau, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 1255 Rn. 1.

მივაკუთვნოთ, რადგან არანაირი ვალდებულებითი ეფექტი მათ არა ქვთ. ამ შემთხვევაში კი საკმაოდ გაუგებარი რჩება, თუ რატომ აღიარებს ქართული სანივთო სამართალი მხოლოდ ცალმხრივ სანივთო გარიგებებს და არ აღიარებს ორმხრივს, როგორც არის, მაგალითად, საკუთრების გადაცემა.

გარდა ამისა, ქართულ სამართალში არსებობს მთელი რიგი დანაწესებისა, რომლებიც იძლევა სანივთო უფლების შინაარსის განსაზღვრის შესაძლებლობას მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე. მაგალითად, დატვირთული ნივთის საკუთრებაში გადაცემის დათქმა გირავნობის ან იპოთეკის სამართალში. თუ სანივთო გარიგება არ არსებობს, ყველა ეს დანაწესი მხოლოდ ვალდებულებით-სამართლებრივ შეთანხმებას ეხება და მათი ადგილი ვალდებულებით სამართალშია შესაბამისი ქვეთავის – „გირავნობის ხელშეკრულების“ ან „იპოთეკის ხელშეკრულების“ – ქვეშ.

თუმცა მოცემულ დანაწესებზე მითითებით, ისევე როგორც ზოგადი შენიშვნით, რომ სამართლებრივ სიკეთეთა გადაცემის გერმანული მოდელის რეცეფცია არსად არ მომხდარა გამიჯვნის პრინციპის გარეშე, ქართველ სექსტიკოსთა დარწმუნება შეუძლებელია; ასევე იმ არგუმენტით, რომ, განსხვავებით ინსტიტუციების სისტემისაგან, პანდექტური აგებულება, რომელიც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს უდევს საფუძველად, პირდაპირ მიანიშნებს გამიჯვნის პრინციპის არსებობაზე და ზოგადად სანივთო გარიგებას უვერენული სანივთო სამართლის კორელატს წარმოადგენს.¹⁸ სანივთო გარიგების გარეშე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში მოწესრიგებული ტრადიციის პრინციპით ქართული მართლწესრიგი ესპანურ პარადიგმას გაიმეორებს, ანუ რომანული მართლწესრიგის ე.წ. კომპრომისულ გადაწყვეტას, სადაც ერთიანობის პრინციპს ტრადიციის პრინციპი ავსებს. საკმაოდ უცნაური შედეგი იმ წამოწყებისა, რომელსაც გერმანული სამართლის რეცეფცია ერქვა. ესპანურ მართლწესრიგში, ისევე როგორც ფრანგულში ამოსავალ წანამძღვრად მიჩნეულია ის დათქმა, რომ ვალდებულებითი გარიგება საკუთარ თავში მოიცავს განკარგვის მომენტს, თუმცა საფრანგეთისაგან განსხვავებით, საკუთრების გადაცემისათვის დამატებით აუცილებელია ასევე მფლობელობის გადაცემა. მაგრამ, გამომდინარე იქიდან, რომ ასევე ესპანელთათვის ამოსავალ წერტილს ერთიანობის პრინციპი წარმოადგენს, საჭიროდ მიგვაჩნია, ყურადღება მივაპყროთ იმ მართლწესრიგს, რომელიც ამ თვალსაზრისით პარადიგმატულ ხასიათს ატარებს, კერძოდ, ფრანგულ სამართალს.

III. გამიჯვნის პრინციპი ფრანგულ სამართალში

გამიჯვნის პრინციპი ფრანგულ სამართალში ცალსახად უკუგდებულია.¹⁹ თუმცა, მიუხედავად ფრანგულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული საწინააღმდეგო მოსაზრებებისა, ფრანგულ კერძო სამართალში გვხვდება ცალკეული შემთხვევა და გადაწყვეტა, რომელთა ახსნაც მოცემული პრინციპის გარეშე შეუძლებელია²⁰ მაშინაც კი, როდესაც მისი მოქმედება ცნებებისა და კანონის სისტემატიკის დონეზე არსად არის კონსტატირებული.²¹ ფრანგულ სამართალშიც არსებობს შემთხვევები, როდესაც საკუთრება მყიდველზე ვერ გადავა ნასყიდობის დადებასთან ერთად.²² მაგალითად, გერმანულის დარად, ფრანგული სამართალიც იცნობს ჯერ არ არსებული ნივთების ნასყიდობას, გვაროვნული ნივთის ნასყიდობას²³ და პირობადებულ საკუთრებას. ყველა ამ შემთხვევაში ნასყიდობის დადებასთან ერთად საკუთრების მყიდველზე გადასვლა ან არ არის ნასურვები მხარეთა მიერ, ან ფაქტობრივად გამორიცხულია.²⁴ გვაროვნული ვალდებულების სპეციფიკაციასთან ერთად—იგივე ეხება მყიდველის მიერ ნასყიდობის ფასის გადახდას—ნასყიდობის შემადგენლობას უნდა დამატოს დამატებითი ქმედება, რათა საკუთრება შემძენზე გადავიდეს. ამგვარი შემთხვევების მაგალითები ამით არ ამოიწურება: მოთხოვნის დათმობის ნამდვილობა

¹⁸ Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, ზემოთ სქ.8, § 39 II c (16); Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, Tübingen 1971, §15 (213 ff.); Witz, FS Jahr, ზემოთ სქ. 8, 547.

¹⁹ Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, ზემოთ სქ.8, § 39 II c (16); Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, Tübingen 1971, §15 (213 ff.); Witz, FS Jahr, ზემოთ სქ. 8, 547.

²⁰ Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ.15, 287.

²¹ შდრ. საკმარისია საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1138-ე და 1583-ე მუხლები.

²² Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ.15, 287.

²³ Witz, FS Jahr, ზემოთ სქ. 8, 538 ff.

²⁴ შდრ. Witz, FS Jahr, ზემოთ სქ. 15, 543.

მოთხოვნის ნასყიდობის გარდა მოითხოვს ასევე ამ დათმობის შეტყობინებას მოვალისათვის.²⁵ აქ მხარეები ვერ ასცდებიან რამდენიმე სამართლებრივი აქტის განხორციელების უცილებლობას, თუ დადებული გარიგების სრულად შესრულება სურთ. ამ გაგებით, ფრანგული სამართალი მოთხოვნის ცესიისას მეტწილად შეესატყვისება გერმანული სანივთო სამართლის გადაწყვეტას მოთხოვნის დათმობასთან დაკავშირებით.²⁶ იგივე წესი მოქმედებს საორდერო ფასიანი ქაღალდის გადაცემისას: აქაც, მართალია, ნასყიდობის წინაპირობას მხოლოდ მხარეთა შორის კონსენსუსი წარმოადგენს, თუმცა უფლების გადაცემა ვერ მოხდება დამატებითი აქტის, კერძოდ, ინდოსამენტი (და დოკუმენტის გადაცემის) გარეშე.²⁷

ამგვარად, ფრანგული სამართალი იცნობს შემთხვევებს, როდესაც, ვალდებულებითი გარიგების გარდა, აუცილებელია კიდევ დამატებითი სამართლებრივი აქტი საკუთრების გადაცემისათვის, თუმცა არ აქვს ამ აქტის კლასიფიკაციისათვის რაიმე გამზადებული სამართლებრივი ფიგურა თავის არსენალში. მაშინ იბადება კითხვა, თუ რატომ აწყდება ამ სამართლებრივი ფიგურის, კერძოდ კი, გამიჯვნის პრინციპის აღიარება ასეთ მძაფრ ოპოზიციას.

IV. გამიჯვნის პრინციპის კრიტიკა

გამიჯვნის პრინციპის კრიტიკას გრძელი ისტორი აქვს. ჯერ კიდევ ოტო ფონ გირკე მოიხსენიებდა გადაწყვეტას, რომლის მიხედვითაც წყვილი ხელთათმანის ნასყიდობისას სამი გარიგება უნდა დაიდოს, „დოქტრინალურ ძალადობად რეალურ ცხოვრებაზე“. ეს არგუმენტი დღემდე ხშირად გამოიყენება ხოლმე. თუმცა მისი გაქარწყლება საკმაოდ მარტივია. გამიჯვნის პრინციპი აღიარებს სამართლებრივ შემადგენლობათა და არა ფაქტობრივ ხდომილებათა სიმრავლეს. მართალია, ის ამით არ გვთავაზობს სანივთო განკარგვის გარიგების ნამდვილობად დატოვების შესაძლებლობას, როდესაც კაუზალური გარიგება ჩაიშლება, თუმცა მისი წყალობით შესაძლებელია სულ მცირე საპირისპირო შემთხვევაში დამაკმაყოფილებელი შედეგის მიღება—კერძოდ, კაუზალური ვალდებულებითი გარიგების ნამდვილობა მაშინაც კი, როდესაც სანივთო არანამდვილად უნდა გამოცხადდეს. საკუთრების გადაცემის ეს დანაწევრება ორ სამართლებრივ შემადგენლობად, რომლებიც განსხვავებულ წინაპირობებზეა დამოკიდებული, იძლევა საკუთრების გადასვლის ჩაშლის შესაძლებლობას იმ შემთხვევაშიც, როდესაც ვალდებულებითი გარიგება ნამდვილად უნდა იქნეს ცნობილი. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე ეს შედეგი საკმაოდ რთულად მისაღწევია, რადგან თუ არარსებობს სანივთო გარიგება, მაშინ ვალდებულებითი გარიგება ყველა მის შედეგს საკუთარ თავში მოიცავს. ანუ მავალდებულებელი გარიგების შინაარსის ნებისმიერი ტიპის გამართვა ავტომატურად აისახება სანივთო სიბრტყეში და ამის გამო ყოველთვის არ ხერხდება საკუთრების გადასვლის უარყოფა, იმავდროულად, მავალდებულებელი გარიგების გაბათილების გარეშე. თუმცა ეს შედეგი ყოველთვის არარის ნასურვები და ხანდახან კი პირდაპირ ეწინააღმდეგება მხარეთა ინტერესებს.

მიუხედავად ამისა, ამ ტიპის ზოგადი მოსაზრებებით ქართველ სკეპტიკოსთა დარწმუნება შეუძლებელია. რადგან ისინი საერთოდ არ შედიან დოგმატურ დისკუსიაში, არამედ მხოლოდ ერთ კონტრარგუმენტზე აპელირებენ:²⁸ „რა სარგებელი მოაქვს ამას პრაქტიკაში?“. ამ არგუმენტის უკუგდება კი კონკრეტული კაზუსტიკის გარეშე შეუძლებელია.

V. არასრულწლოვანი ან ფსიქიკური აშლილობის მქონე შემძენი

თუმცა ამ კონკრეტულ შემთხვევებზე მითითება არც თუ ისე რთულია. რეალურად ქართულ სამართალშიც არსებობს მთელი რიგი შემთხვევებისა, როდესაც პირმა არ უნდა მოიპოვოს საკუთრება, მიუხედავად იმისა, რომ სახეზეა ნამდვილი ვალდებულებითი კაუზალური გარიგება და ნივთი გადაეცა შემძენს. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე, ჩვეულებრივ, შეუძლებელია საკუთრების

²⁵ საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1160-ე მუხლი.

²⁶ *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 15, 289.

²⁷ *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 15, 289 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

²⁸ გარდა იმ არგუმენტისა, რომ ეს პრინციპი კანონში არსად არ არის მოწესრიგებული, რაც, როგორც ზევით იქნა აღნიშნული, სიმართლეს არ შეესატყვისება.

გადაცემის ჩაშლა კაუზალური გარიგების გაბათილების გარეშე, რასაც არასასურველ შედეგებამდე მიყვავართ.

1. არასრულწლოვანი/ფსიქიკური აშლილობის მქონე შემძენი

ამის მაგალითს წარმოადგენს არასრულწლოვანი შემძენის შემთხვევა: მშობლები დებენ თავიანთი ათი წლის შვილის სახელით ნასყიდობის ხელშეკრულებას, რომლიდანაც ბავშვი საკუთრების გადაცემის ნამდვილ მოთხოვნას მოიპოვებს. სამი დღის შემდეგ, როდესაც გამყიდველი საკუთრების გადასაცემად მიაშურებს მყიდველის, სახლში მას მხოლოდ ბავშვი დახვდება და სწორედ მას გადასცემს ნივთს. გადავიდა თუ არა აქ საკუთრება? წესით, აქ ამისთვის ყველა წინაპირობა სახეზეა—ნამდვილი კაუზა და შესრულების მიზნით მომხდარი გადაცემა გამყიდველის მხრიდან. გადაცემის რეალაქტის შედგომისათვის—მფლობელობის მოპოვება, საჭიროა მხოლოდ ნატურალური ნება, რაც არასრულწლოვანს აქ ყოველ მიზეზგარეშე გააჩნია. მიუხედავად ამისა, აქ საკმაოდ ცალსახაა, რომ არასრულწლოვანმა კრედიტორმა საკუთრება არ უნდა მოიპოვოს, რადგან ამით ის კარგავს თავის მოთხოვნას ნასყიდობის ხელშეკრულებიდან—არასარგებლიანი გარიგება. თუ არასრულწლოვანი ნივთს გადაცემისთანავე ფანჯრიდან მოისვრის, მას უნდა ჰქონდეს სხვა ნივთის გადაცემის მოთხოვნის უფლება და ეს მოცულია არასრულწლოვანთა დაცვის მიზნით.²⁹ გერმანულმა სამართალმა ამ შემთხვევების გადანყვეტის საკმაოდ დახვეწილი გზა შეიმუშავა—არასრულწლოვანი მოიპოვებს საკუთრებას, თუმცა ეს არ ითვლება შესრულებად, რადგან მას აკლია შესრულების მიღების კომპეტენცია.³⁰ ეს გამიჯვნა საკუთრების მოპოვებასა და შესრულების ეფექტს შორის თავის წინაპირობად მიითვლის არა მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპს, არამედ შინაგან აბსტრაქციასაც კაუზალურ გარიგებასა და საკუთრების გადაცემას შორის, რომლის განხორციელებაც ქართულ სამართალში შეუძლებელია. ამიტომაც ერთადერთ გამართლებულ გადანყვეტას საკუთრების გადაცემის სრულად უარყოფა წარმოადგენს, რათა იმ შემთხვევაში, როდესაც არასრულწლოვანი ნივთს ფანჯრიდან მოისვრის, ამით მან სხვისი და არა საკუთარი ნივთი გაანადგუროს. მაგრამ რამ შეიძლება ჩაშალოს აქ საკუთრების გადასვლა? ერთადერთ გარიგებისმიერ ნებელობით მომენტს შეიცავს სანივთო გარიგება და მხოლოდ სანივთო შეთანხმების სიბრტყეშია შესაძლებელი არასრულწლოვანის ნების ნაკლის გამო საკუთრების გადასვლის უარყოფა. თუმცა ამისათვის აუცილებელია სანივთო გარიგების არსებობა, რომელიც ამ ნების ნაკლის გამო არანამდვილი იქნებოდა და ჩაშლიდა საკუთრების გადაცემას.

იგივე პრობლემა წარმოიშობა ფსიქიკური აშლილობის მქონე პირისათვის ან ამ პირის მიერ გადაცემული ნივთის შემთხვევაშიც და ზოგადად ყოველთვის, როდესაც საკუთრების გადასვლა უნდა გამოირიცხოს ნების ნაკლის ან კანონისმიერი აკრძალვის მიზეზით, მიუხედავად კაუზალური გარიგების ნამდვილობისა. დამატებითი მაგალითის სახით შესაძლებელია შეძენის აკრძალვაზე მითითება.³¹

2. სანივთო გარიგების საცილობა

სანივთო გარიგების დამოუკიდებლად შეცილების შესაძლებლობა მხოლოდ მაშინ არის უზრუნველყოფილი, როდესაც ეს სანივთო გარიგება საერთოდ არსებობს. შეცილების ეს შესაძლებლობა არც თუ ისე უმნიშვნელო როლს ასრულებს პრაქტიკულ ცხოვრებაში, რადგან ყოველთვის არ არის ხოლმე საკუთრების გადაცემასთან ერთად ასევე მის საფუძვლად მდებარე კაუზალური გარიგება იმავე ან სხვა მიზეზით საცილო.³² ქართული რეალობისათვის საკმაოდ უცხო შემთხვე-

²⁹ Helmut Kohler/Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl., München 2018, § 10 Rn. 18; vgl. dagegen Manfred Harder, Die Erfüllungsnahme durch den Minderjährigen, lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, 151.

³⁰ Andreas Wacke, Nochmals - Die Erfüllungsnahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil? JuS 1978, 83.

³¹ შდრ. მაგალითისათვის ოკუპირებული ტერიტორიების შესახებ კანონის მე-5 და მე-6 მუხლები.

³² იხ. სანივთო გარიგების დამოუკიდებლად საცილობასთან დაკავშირებით *TheoMayer-Maly*, in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1993, § 142 Rdn. 19; *Stefan Grundmann*, Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, JA 1985, 82; OLG Hamm VersR 1975, 814 f.; *Heinrichs*, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 142 Rn. 4; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Band I, 473; *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung unveröffentlichter Quellen, Berlin-New York 1985, 738 ff., 77; *Hans-Peter Haferkamp*, Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft, Jura 1988, 512.

ვა, ხამანკაში მარგალიტის აღმოჩენისა,³³ გვერდზე რომ გადავდოთ, საქართველოშიც სრულებით შესაძლებელია ნასყიდობა დაიდოს შეცდომის, მოტყუების ან იძულების გარეშე, თუმცა საკუთრების გადაცემა მაინც შეცდომით, მოტყუებით ან იძულებით მოხდეს. სანივთო გარიგების დამოუკიდებელი საცილოობა წარმოადგენს შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლების შეზღუდვას. მაგალიტის სახით შესაძლებელია გვაროვნული ნივთის ნასყიდობის მოყვანა, რომლიდანაც გამყიდველი ვალდებულია, გადასცეს მყიდველს საშუალო ხარისხის ნივთი, მაგრამ გადაცემისას მას მოსდის შეცდომა და იმავე გვარის ნივთს გადასცემს, თუმცა საშუალოსთან შედარებით სამმაგი ღირებულების მქონეს. ან გამყიდველი ცდება მყიდველის გადახდისუნარიანობასთან დაკავშირებით და უარს ამბობს საკუთრებისათვის პირობის დადებაზე³⁴—შეცდომა კონტრაქტის პიროვნებაში. ორივე შემთხვევაში გამყიდველს მოსდის შეცდომა არა ნასყიდობის დადებისას ან ვალის დაფარვის მიზნის განსაზღვრისას, არამედ სანივთო შეთანხმების შემადგენლობაში, ამიტომაც სანივთო გარიგების დამოუკიდებელი საცილოობის გარეშე დამდგარი შედეგი სრულებით გაუმართლებელია—გამყიდველისათვის არანაირი მნიშვნელობა არ აქვს, შეცდომით გაყიდის ნივთს თუ შეცდომით გადასცემს საკუთრებას.³⁵ ამ შემთხვევაში საკუთრების სამუდამოდ გადასვლის დაშვება შეუთავსებელია კერძო ავტონომიის პრინციპებთან. თუმცა გამიჯვნის პრინციპის გარეშე ამ შედეგს უნდა შევეგუოთ, რადგან რეალაქტის საცილოობა შეუძლებელია.

3. შინაარსის გამართვის თავისუფლება გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობით

საერთო სურათის შექმნისათვის აუცილებელია იმ შემთხვევებზე მითითებაც, რომლებიც ნათელყოფენ, რომ მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობითაა შესაძლებელი კაუზალური გარიგებისა და მისი შესრულების აქტის შინაარსობრივად დამაკმაყოფილებლად გამართვა. ის გარემოება, რომ პირობადებული საკუთრების დოგმატურად გამართული კონსტრუქციის აგებამ მხოლოდ სანივთო გარიგების დაშვების გზით ხერხდება, ზემოთ უკვე ვახსენეთ.

გარდა ამისა, ქართულ პრაქტიკაში საკმაოდ გავრცელებული ახალი ავტომანქანის ნასყიდობისას სახელშეკრულებო ფორმულარში ავტომანქანის სერიული ნომრის მითითება—კონკრეტული მანქანის იდენტიფიცირების საშუალება. გამიჯვნის პრინციპის მოქმედების შემთხვევაში ეს არანაირი პრობლემა არ იქნება — სახეზეა გვაროვნული ნივთის ნასყიდობა და სერიული ნომრით განსაზღვრულ კონკრეტულ მანქანაზე საკუთრების გადაცემა. მაგრამ ამგვარი დანაწევრების გარეშე ამ შემთხვევაში ინდივიდუალური ნივთის — კონკრეტული ავტომანქანის—ნასყიდობა სახეზე. სანივთო გარიგების გარეშე ყველაფერი ის, რაც ხელშეკრულებაში წერია, ნასყიდობის ხელშეკრულების ნაწილს წარმოადგენს. თუმცა ამ შემთხვევაში მყიდველის მდგომარეობა საკმაოდ პრობლემურია, რადგან ქართული სამართალი, გერმანულისაგან განსხვავებით, ინდივიდუალური ნივთის ნასყიდობისას არ იცნობს ჩამნაცვლებელი ნივთის მოთხოვნას (სსკ-ის 490 I მუხლი). თუ ინდივიდუალური ნივთის ნასყიდობა სახეზე და ნაყიდი ნივთი განადგურდება, ან უკვე მანამდე განადგურებული, მაშინ დგება შეუძლებლობა და მყიდველს შეუძლია მოითხოვოს მხოლოდ გასვლა ან ზიანის ანაზღაურება. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე ეს გადაწყვეტა სავალდებულოა, თუმცა ეს ახალი ავტომანქანის ნასყიდობის შინაარსის გამართვის გონივრულ ვარიანტს ნამდვილად არ წარმოადგენს. მყიდველს, რომელიც ახალ ავტომანქანას ყიდულობს, რა თქმა უნდა, სურს შეინარჩუნოს ჩამნაცვლებელი ნივთის მოთხოვნის უფლება.

ამ კონტექსტშივე სახსენებელი რეგისტრაციის უძრავ ნივთზე უფლების წარმოშობისა და გაუქმების საკითხები, რომლებიც სცდება მხოლოდ რეგისტრაციის პროცედურის ფარგლებს. ქართულ საჯარო რეესტრის სამართალში არ მოქმედებს ე.წ. „თანხმობის პრინციპი“. ამის საპირისპიროდ, აუცილებელია რეესტრის სამსახურის წინაშე ხელშეკრულების წარდგენა, რომელიც წარმოადგენს შესაბამისი რეგისტრაციის საფუძველს. რეგისტრაციის გაუქმებაც იმავე წესით ხდება: რეესტრის მიერ დაშვებული ტექნიკურ შეცდომას თუ არ გავითვალისწინებთ, ყველა სხვა

³³ Michael Martinek, Die Perle in der Auster, JuS 1991, 710 ff.

³⁴ Haferkamp, Jura 1998, ზემოთ სქ. 31, 513; Harm Peter Westermann in Westermann/Eickmann, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998, § 4 IV 1; RGZ 66, S. 385 ff.

³⁵ შდრ. Grundmann, JA 1985, ზემოთ სქ. 31, 84; Achim Lindemann, Die Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips durch die höchststrichterliche Rechtsprechung seit 1900, Konstanz 1989, 53; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 5, 144 mit weiteren Literaturnachweisen.

შემთხვევაში, პირველ ყოვლისა, სასამართლოს მიერ უნდა გაუქმდეს რეგისტრაციის საფუძველად მდებარეხე ლშეკრულება. თუმცა არსებობს შემთხვევები, როდესაც ვალდებულებითი გარიგების ნამდვილობის მიუხედავად, რეგისტრაცია მაინც უნდა გაუქმდეს, თუ რა წარმოადგენს ამ გაუქმების საფუძველს, სრულებით გაუგებარია. ეს ეხება, მაგალითად, შემთხვევას, როდესაც მიწის ნაკვეთის გამყიდველს ნამდვილი ხელშეკრულების დადების შემდეგ ფსიქიკური აშლილობა ემართება და რეგისტრაციას ამ მდგომარეობაში ახორციელებს. აქ სახეზეა ნების ნაკლი, თუმცა მისი გათვალისწინება მხოლოდ გარიგების სიბრტყეშია შესაძლებელი. მაგრამ თუ, ნასყიდობის გარდა, არ არსებობს სხვა გარიგების მიერი სიბრტყე, მაშინ რეგისტრაცია ნამდვილი უნდა დარჩეს, რადგან ნასყიდობის დადება ნების ნაკლის გარეშე მოხდა. ეს, რა თქმა უნდა, არასწორია.

შინაარსის გამართვის თემის ნაწილს წამოადგენს ასევე ე.წ. „გასხვისების აკრძალვის“ საკითხი, რადგან მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობითაა შესაძლებელია, ამ აკრძალვას წაერთვას სანივთო მოქმედება, თუმცა ფარდობითი ვალდებულებითი ურთიერთობის ფარგლებში (*inter partes*) ის ძალაში დარჩეს.³⁶ გასხვისების აკრძალვის ფრანგული კონსტრუქცია ნაკლებ სახარბიელოა.³⁷

4. წარმომადგენლის მეშვეობით საკუთრების გადაცემა და მესამე პირის სასარგებლოდ დადებული ხელშეკრულება

გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობით გარიგების შინაარსის გამართვის შემთხვევების შესავსებად გამოდგება საკუთრების გადაცემა წარმომადგენლის მეშვეობით, რომელიც დგას განმსხვიებლის ან შემძენის მხარეზე. დაშვება იმისა, რომ ერთი პირისათვის, კერძოდ, წარმომადგენლისათვის, ნივთის რეალურად ჩაბარება უნდა ჩაითვალოს სხვა პირისათვის – წარმომადგენლისათვის – ამ ნივთზე მფლობელობის გადაცემად, მოითხოვს შეთანხმებას ამასთან დაკავშირებით, მხოლოდ რეალაქტი ამის გამოსახატავად უძღურია.³⁸ იმავეს თქმა შეიძლება ე.წ. „ბრძანებას დაქვემდებარებული პირის“ მიერ საკუთრების გადაცემაზეც ყველა მის ვარიაციაში,³⁹ რომლის კონსტრუირებაც სანივთო გარიგების გარეშე უძღვებელია.

ასევე მესამე პირის სასარგებლო დადებული გარიგებაც გამიჯვნის პრინციპის გარეშე საკმაოდ უცნაურ კონსტრუქციად წარმოგვიდგება. თუ არარსებობს სანივთო გარიგება, მაშინ მესამე პირი შემპირებლისაგან საკუთრებას მოიპოვებს საკუთარი გარიგებისმიერი თანაქმედების გარეშე,⁴⁰ მხოლოდ რეალაქტის საფუძველზე, რაც სხვა არაფერია, თუ არა მესამე პირის სასარგებლოდ განკარგვა, ეს კი დაუშვებელია. იგივე პრობლემები წარმოიშობა საანდერძო დანაკისრისა და ბევრ სხვა შემთხვევებში.

აქვე უნდა ვახსენოთ შემთხვევა, როდესაც სანივთო გარიგების არ არსებობას არა მხოლოდ უსამართლო შედეგამდე მივყავართ, არამედ სანივთო ვაკუუმთან, როდესაც შეუძლებელია იმის დადგენა, რა დაემართა საკუთრებას – გადავიდა თუ არ გადავიდა.

³⁶ Jörg Maurer, Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen, Frankfurt a. M. 2003, 54; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ.3, 251 f.

³⁷ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ.3, 252 ff.

³⁸ ეს წარმოადგენს გარკვეული ტიპის ფიქციას, რომლის შექმნაც ხდება გარიგებისმიერი შეთანხმებით. თუმცა რეალაქტი ამ ფიქციას ვერ გამოხატავს. ეს შეთანხმება ვერ იქნება ვერც ვალდებულებითი გარიგების ნაწილი, რადგან ეს არის შეთანხმება სანივთო სამართლებრივი განკარგვის მოდუსთან დაკავშირებით, რომელიც საკუთარ თავში არ შეიცავს არანაირ ვალდებულებით მომენტს. შდრ. ამასთან დაკავშირებით Jan Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin-New York 2010, Rn. 896 ff.

³⁹ იხ. ზოგადად ნაბრძანები პირის მეშვეობით მოპოვებასთან დაკავშირებით Oechsler in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 2; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., München 2007, Rn. 563, Wilhelm, Sachenrecht, ზემოთ სქ.4, Rn. 893.

⁴⁰ Gottwald, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 33; BGH NJW 1995, 520; Grüneberg, in Palandt BGB Komm., 77. Aufl. 2017, § 333 Rn. 1.

VI. რეალაქტის დიქტატი

შეჯამების სახით შესაძლებელია საკუთრების გადასვლის ქართული სისტემის, მთელი თავისი ზემოთ აღწერილი აპორიებით, „რეალაქტის დიქტატად“ მოხსენიება. ეს ნიშნავს იმას, რომ სწორედ მფლობელობის გადაცემის რეალაქტია ის, რაც სულ მცირე ცალკეულ შემთხვევებში ნყვეტს საკუთრების გადასვლის ბედს. რა მოიაზრება ამის ქვეშ? თუ კიდევ ერთხელ მივაპყრობთ ყურადღებას საკუთრების გადაცემის ფრანგულ მოდელს, ცხადი ხდება, რომ აქ სანივთო ურთიერთობების მაკონსტრუირებელ ძალა ნებას აქვს მინიჭებული, მავალდებულებელი ნების სახით. სწორედ ეს გადაწყვეტილებაა უფრო მეტად დამაჯერებელი და თანმიმდევრული, კერძოდ, სანივთო უფლების თავისთავადი ხასიათის სრულად უარყოფა და იმის თქმა, რომ ის არ საჭიროებს წარმოშობისათვის დამოუკიდებელ გარიგებისმიერ აქტს, ვიდრე ამ ფუნქციის რეალაქტისათვის მინიჭება. რადგან ამ შემთხვევაში ეს რეალაქტი მართლაც ცდილობს სანივთო ურთიერთობის წარმომშობი ფუნქციის მორგებას და თუ რამდენად დამაჯერებლად უმკლავდება ის ამ ამოცანას, ზემოთ უკვე ვიხილეთ: მცირეწლოვნის მიერ საკუთრების მოპოვების მაგალითზე, რომელიც გაუმართლებელია და ახალი ავტომანქანის ნასყიდობის მაგალითზე, როდესაც გაურკვეველი რჩება, ინდივიდუალური ნივთი იყიდა მყიდველმა თუ გვაროვნული.

რეალაქტს ზოგადად არ შესწევს ძალა ცალსახა სანივთო-სამართლებრივი მიკუთვნებადი ნესრიგის დამყარებისა,⁴¹ არც ვალდებულებითნებლობით კომპონენტთან ერთად ურთიერთკავშირში. ეს ნათელი ხდება ქვემოთ მოყვანილი სამი კაზუსის მაგალითზე. ამ შემთხვევებში პრობლემურია არა მხოლოდის, შემძენზე საკუთრება გადავიდეს თუ არა და არის თუ არა ეს შედეგი ჯერ კიდევ გამართლებული, არამედ საერთოდ დადგენადია თუ არა საკუთრების ბედი:

1. მყიდველი და გამყიდველი დებენ ნასყიდობის ხელშეკრულებას. ამის შემდეგ გამყიდველი მას გადასცემს შეპირებულ ნივთს, თუმცა უცხადებს, რომ მას ამ ქმედებით საკუთრების გადაცემა არ სურს. როგორ უნდა შეფასდეს ეს ქმედება სამართლებრივად? ერთი მხრივ, საკმაოდ ნათელია, რომ აქ საკუთრება ვერ გადავიდოდა, თუმცა, მეორე მხრივ, საკითხავია, თუ რა არის ამის მიზეზი. საკუთრების გადაცემის კანონისმიერი შემადგენლობა აქ ერთმნიშვნელოვნად სახეზეა—ნასყიდობა დადებულია და ნივთიც გადაეცა შემძენს. აქ შეიძლება ჯერ კიდევ ითქვას, რომ გადაცემა არ მომხდარა შესრულების ეფექტის გამოწვევის მიზნით, თუმცა შესრულების ეფექტის ცნება, თავის მხრივ, კამათის საგანს წარმოადგენს. მის განსაზღვრად სამი ალტერნატიული თეორიაა შემოთავაზებული: 1. „შესრულების რეალური ეფექტის თეორია“;⁴² 2. „შესრულების მიზნობრივი ეფექტის თეორია“;⁴³ 3. „შესრულების სახელშეკრულებო ეფექტის თეორია“⁴⁴ (ანუ ხელშეკრულების თეორია). ამათგან გაბატონებულია პირველი, რეალური ეფექტის თეორია, რომლის მიხედვითაც შესრულების ეფექტი განპირობებულია შესრულების შედეგის რეალური გამოწვევით,⁴⁵ ანუ ნასყიდობის შემთხვევაში: მფლობელობისა და საკუთრების გადაცემით, მომსახურების ხელშეკრულებისას—სამუშაოს შესრულებით და ა.შ. შესრულების რეალური ეფექტის თეორია ემყარება სანივთო-სამართლებრივ ხდომილებას, კერძოდ კი იმას, რომ შესრულდა ის, რაც შეპირებული იყო. თუ შეპირებული იყო საკუთრების გადაცემა და ის ფაქტობრივად გადავიდა, მაშინ შესრულების ეფექტი სახეზეა, თუმცა არა პირიქით. საპირისპირო თანმიმდევრობის დადგენა, ანუ შესრულების ეფექტიდან გამომდინარე სანივთო ხდომილების განსაზღვრა, საკმაოდ აბსურდულია, რადგან, ხომ არ შეიძლება იმის თქმა: „რომ როდესაც საკუთრების გადაცემა იყო შეპირებული და შესრულების ეს ეფექტი რეალურად დადგა, მაშინ ის გადაცემულად ჩაითვლება“? მაგრამ მოცემული შემთხვევის გადაწყვეტა ამ თეორიის საფუძველზე სწორედ ამას ნიშნავს: შესრულების ეფექტიდან გამომდინარე სანივთო ხდომილების დადგენას, ანუ იმის თქმას, რომ საკუთრება იმიტომ არ გადავიდა, რადგან აქ შესრულების ეფექტი სახეზე არ არის. ეს არასწორი

⁴¹ Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Band 1, 2. Aufl., Heidelberg 2006, § 1 III 1 b (29).

⁴² BGH NJW 1991, 1295; BGH NJW 1992, 2699; BGH, NJW-RR 2008, 109.

⁴³ Heinrichs, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014 § 362 Rn. 5; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 700; Dennhardt, in Bamberger/RothKommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21; Wenzel, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2007, § 362 Rn. 14; Schwab, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 812 Rn. 49.

⁴⁴ Larenz, Schuldrecht AT, ზემოთ სქ. 8, § 18 I 1.

⁴⁵ BGH NJW 1991, 1295.

და არაფრისმომცემი ფორმულაა და ნიშნავს იმას, რომ გერმანიაში გაბატონებული და ყველაზე პრაქტიკული შესრულების რეალური ეფექტის თეორია საქართველოში სრულებით უსარგებლოა: მოცემულ შემთხვევაში მის საფუძველზე შეუძლებელია ახსნა იმისა, თუ რატომ არ გადავიდა საკუთრება. თუმცა შესაძლებელია მოცემულ შემთხვევაში მეორე, ალტერნატიული, თეორიის მეშვეობით იყოს შესაძლებელი იმის ერთ მნიშვნელოვნად დადგენა, თუ რა მოხდა რეალურად, კერძოდ, შესრულების მიზნობრივი ეფექტის თეორიის საფუძველზე, რომელიც შესრულების ეფექტს აღარ განმარტავს, როგორც რეალაქტს. ამ თეორიის თანახმად, შესრულების ეფექტის გამონკვევისათვის აუცილებელია, შესრულების ფაქტობრივად განხორციელების გარდა, მოვალის მიერ ამ შესრულების კონკრეტული ვალდებულებისათვის მიეკუთვნება ნებელობითი ელემენტის საფუძველზე. თუმცა ეს მიდგომაც არასწორია მეთოდური კუთხით, გამომდინარე იქიდან, რომ ეს თეორია არ არის შექმნილი ამ მარტივი შემთხვევის გადასაწყვეტად და ზოგადად სანივთო-სამართლებრივი ურთიერთობებში სიცხადის შემოსატანად. ანუ იმ ფუნქციის შესასრულებლად, რომელიც აკისრიათ სანივთო სამართლის პრინციპებსა და მის ინსტიტუტებს. ეს თეორია შექმნილია, რათა რამდენიმე იდენტური შინაარსის ვალდებულებისას გამოარკვიოს, რომელს განეკუთვნება კონკრეტული შესრულება (სსკ-ის 387 I 1 მუხლი)⁴⁶ და არა ის საკითხი, საერთოდ გადავიდა თუ არა საკუთრება. მიუხედავად ამისა, ეს თეორია მაინც ახერხებს მოცემულ შემთხვევაში საკუთრების გადასვლის საკითხის ცალსახად დადგენას—მყიდველს არ მოუპოვებია საკუთრება, რადგან გამყიდველის მხრიდან სახეზე არ არის ვალის დაფარვის მიზნით განხორციელებული შესრულება.

2. თუმცა მოცემული თეორია ვერ დაგვეხმარება იმ შემთხვევაში—და სწორედ აქ ხდება საგრძნობი ზემოთ გამოთქმული მეთოდოლოგიური შეცდომა—თუ გამყიდველი ვალის დაფარვის მიზნით გადასცემს ნივთს, თუმცა მყიდველი, რომელიც იღებს მას, აცხადებს, რომ მას ნივთზე მხოლოდ მფლობელობისა და არა საკუთრების მოპოვება სურს. აქ, რა თქმა უნდა, არავის მოუვა აზრად იმის მტკიცება, რომ შემძენმა შეიძლება მოიპოვოს საკუთრება მისი ნების საწინააღმდეგოდ. სწორედ ამიტომაც ეს თეორია ვერ აღწევს აქ საკუთარ მიზანს—„ვალის დაფარვის მიზანი“ ცალმხრივი გარიგების დარი მოქმედებაა, რომელიც სამართლებრივ შედეგებს წარმოშობს დამოუკიდებლად მიმღების თანხმობისგან. მაშინ გაურკვეველია, რატომ არ უნდა გადავიდეს შემძენზე საკუთრება, როდესაც ამისათვის სახეზეა კანონით გათვალისწინებული ყველა წინაპირობა (კაუზალური გარიგება, მფლობელობის გადაცემა შესრულების ეფექტის გამონკვევის მიზნით). თუმცა ბოლოსკენ შესაძლებელია, უკანასკნელი გამოსავლის სახით, მესამე და გერმანიაში უკვე დიდი ხნის წინ გადალახული შესრულების ეფექტის განმსაზღვრელი თეორიის, კერძოდ, „ხელშეკრულების თეორიის“⁴⁷ მოშველიება. ამ თეორიის მიხედვით, შესრულების ეფექტი ემყარება მხარეთა შორის გარიგებისმიერ შეთანხმებას იმასთან დაკავშირებით, რომ შესრულებამ უნდა გამოიწვიოს ვალის დაფარვა და ამ შესრულებისაკენ მიმართული მოთხოვნის გაუქმება.⁴⁸ ანუ შესრულების ეფექტი ემყარება ხელშეკრულებას. თუმცა ქართულ სამართალში ამ თეორიის განხილვა, წესით, აქვე უნდა დასრულდეს. გამომდინარე იქიდან, რომ ეს კონსტრუქცია შესრულების ეფექტს აღიქვამს, როგორც შეთანხმებას, რომ შესრულებას უნდა მოჰყვეს ამ შესრულების მოთხოვნის გაუქმება და ამგვარად წარმოადგენს მოთხოვნის განკარგვას, რომელიც, მართალია, არ არის სანივთო გარიგება, თუმცა არის ვალდებულებითი გარიგებისგან გასამიჯნი განკარგვითი გარიგება, რომლის კონსტრუირებისათვისაც გამიჯვნის პრინციპია საჭირო. თუმცა შეიძლება დოგმატური კონტრარგუმენტები გვერდზე გადავდოთ და შევხედოთ იმას, საერთოდ დასაშვებია თუ არა ამ ხელშეკრულების თეორიის მეშვეობით იმ შემთხვევის ცალსახად გადაწყვეტა, როდესაც მყიდველი უარს ამბობს, ნივთზე მფლობელობის მოპოვებასთან ერთად მოიპოვოს მასზე საკუთრება. ეს მოცემული თეორიის მეშვეობით მიღწევად შედეგს წარმოადგენს. ცალსახაა, რომ მყიდველი არ მოიპოვებს საკუთრებას, რადგან ის არშეუთანხმდა გამყიდველს შესრულების ეფექტთან დაკავშირებით.

3. თუმცა „ხელშეკრულების თეორია“ ვერ წყვეტს დამაკმაყოფილებლად იმ შემთხვევას, რომელიც სახეზე გვექნება დასაწყისში მოყვანილი იულიანეს კაზუსის შეტრიალებით და დაფარული

⁴⁶ *Dennhardt*, in *Bamberger/RothKommentar zum BGB*, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21.

⁴⁷ *Larenz, Schuldrecht AT*, ზემოთ სქ. 8, § 18 I 1.

⁴⁸ *Larenz, Schuldrecht AT*, ზემოთ სქ. 8, § 18 I 1.

დისენსუსის გაცხადებულად ქცევით. მაგალითად, ა და ბ დებენ ნასყიდობას გვაროვნულ ნივთზე და, იმავდროულად, ქირავნობას იმავე გვარის ნივთზე. ორივე ნივთი მოვალემ კრედიტორს მეორე დღეს უნდა ჩააბაროს. თუმცა ამ მეორე დღეს მოვალემ ხოლოდ ერთი ნივთით გამოჩნდება და მას უსიტყვოდ გადასცემს კრედიტორს. კრედიტორი ასევე უსიტყვოდ ჩაიბარებს ამ ნივთს. რა შესრულდა აქ, ქირავნობა თუ ნასყიდობა და ვინ არის გადაცემული ნივთის მესაკუთრე? რადგან თუ გადაცემის შემდეგ ნივთი განადგურდა, მოვალე, რა თქმა უნდა, დაიწყებს იმის მტკიცებას, რომ მან ნივთი ნასყიდობის შესრულების ეფექტის გამოსაწვევად გადასცა და რისკს უკვე მეორე მხარე ატარებს, ხოლო კრედიტორი ზუსტად საპირისპიროს დაიწინებს. გერმანულ სამართალში აღიარებული შესრულების თეორიები, კერძოდ: შესრულების რეალური ეფექტის თეორია, შესრულების ფინალური ეფექტის თეორია, შესრულების სახელშეკრულებო ეფექტის თეორია, ამ შემთხვევას ვერ წყვეტენ. ეფექტის განმსაზღვრელი საპირისპირო შესრულების თეორია აქ ამასთან დაკავშირებულ ცალსახად ვერ გვპასუხობს.

ეს თეორიები შექმნილია, რათა უზრუნველყონ რამდენიმე ერთგვარი შესრულების შემთხვევაში ამ შესრულების ცალსახა მიკუთვნება შესაბამისი ხელშეკრულებისადმი, მაგრამ არა იმის დასადგენად, თუ რისი გადაცემა მოხდა შესრულების სახით, მხოლოდ მფლობელობის თუ ასევე—საკუთრების. რადგან ეს განეკუთვნება შესრულების შინაარსს. რა თქმა უნდა, აქ არ შეიძლება იმის თქმა, რომ მხარეები შესრულების ეფექტთან დაკავშირებით არ შეთანხმებულან, სწორედ რომ საპირისპირო შემთხვევა გვაქვს სახეზე: მხარეები, რა თქმა უნდა, შეთანხმდნენ ამ ეფექტთან დაკავშირებით, მაგრამ რომელი ხელშეკრულების შესრულებას წარმოადგენს ეს? ამაზე პასუხის გაცემა მხოლოდ შესრულების ეფექტის განმსაზღვრელ თეორიას არ ძალუძს. თუ საქმე ეხება რამდენიმე იდენტიური შინაარსის მქონე შესრულებას, მაშინ ეს თეორია ახერხებს თითოეულის შესაბამისი ხელშეკრულებისათვის მიკუთვნებას, მაგრამ ვერ ახერხებს იმის იდენტიფიცირებას, თუ რაშინაარსი აქვს ხელშეკრულებას—მხოლოდ მფლობელობის თუ ასევე საკუთრების გადაცემა. რადგან შეუძლებელია საკუთრების გადასვლის შემდეგი არგუმენტით მტკიცება: „საკუთრება გადავიდა იმიტომ, რომ აქ არ შესრულებულა ქირავნობა“ ან პირიქით. რეალურად, პირიქით, მხოლოდ სანივთო სამართლებრივი აქტით შეიძლება დადგინდეს შესრულების შინაარსი, ანუ სწორედ სანივთო გარიგებაა ის, რასაც ემყარება შესრულების ეფექტის ცნება, ამიტომაც მასზე მსჯელობას უნდა უძღოდეს სანივთო სამართლებრივი მდგომარეობის გამოკვლევა.⁴⁹ შესრულების შინაარსის დადგენა შესაძლებელია მხოლოდ სანივთო სამართლებრივი აქტის მეშვეობით, რის გამოც ეს სანივთო გარიგება ასევე მინიმალურ კონსენსუსად⁵⁰ მოიხსენიება და სწორედ მას იყენებენ ნანამძღვრის სახით შესრულების თეორიები. თუ ჯერ საერთოდ გაურკვეველია, რისი გადაცემა მოხდა შესრულების ფარგლებში — მხოლოდ მფლობელობის თუ ასევე საკუთრების—შეუძლებელია შესრულების ეფექტზე საუბარი. ამიტომაც მხოლოდ მინიმალური კონსენსუსიდან გამომდინარე შესაძლებელი აქ მწყობრი არგუმენტაციის განვითარება: ნასყიდობა არ შესრულდა, რადგან არ მომხდარა საკუთრების გადაცემა, ხოლო საკუთრების გადაცემა კი არ მოხდა იმიტომ, რომ ამისათვის სანივთო გარიგება იყო აუცილებელი, რომელიც აქ არ დადებულა. შესრულების სამართლის პერსპექტივა უუნაროა იმის დასადგენად, გადავიდა თუ არა საკუთრება, რადგან ამ ორ ხდომილებას შორის საპირისპირო კავშირია გაბმული, თავდაპირველად უნდა დადგინდეს, რა მოხდა სანივთო სამართლებრივად, რათა საერთოდ შევძლოთ შესრულების ეფექტზე საუბარი. ამ მწყობრ არგუმენტაციას სანივთო გარიგების აღიარების გარეშე ვერ გამოვიყენებთ და ეს ნამდვილად არ წარმოადგენს ქონებრივი სიკეთეების გადაცემის რამენაირად მისაღებ მოდელს.

⁴⁹ ის, რომ ერთმა პირმა მეორეს გადასცა ასი ლარი, შეიძლება ნიშნავდეს, როგორც ნასყიდობის ფასის გადახდას, ისე ამ ასი ლარის შესანახად მიბარებს. ამიტომაც მანამ, სანამ არ დადგინდება, ამ ას ლარზე საკუთრება გადასცა თუ მხოლოდ — მფლობელობა 763-ე მუხლის ფარგლებში, სსკ-ის 387 I 1 მუხლზე აპელირება ყოველგვარ აზრს მოკლებულია.

⁵⁰ *Oechsler* in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 24; *Fritz Baur/F. Baur*, *Sachenrecht*, 18. Aufl., München 2009, § 5 IV; *Hans Christoph Grigoleit*, *Abstraktion und Willensmängel - Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts*, AcP 199 (1999), 380.

VII. შეჯამება

შეჯამების სახით შესაძლებელია შემდეგის თქმა: *სავინის* ვალდებულებითი ხელშეკრულება და საკუთრების გადასვლას შორის ჩაჩრილი რეალაქტმა შეიძლება განაპირობოს ის, რომ არ ფუნქციონირებს არც ვალდებულებითი და არც სანივთო-სამართლებრივი გადანყვეტა. იგულისხმება ის ფაქტი, რომ ზემოთ მოყვანილი სამი შემთხვევა საფრანგეთშიც კი არ იქნებოდა პრობლემური.⁵¹ გერმანიაში კი საერთოდ მარტივად იქნებოდა გადანყვეტადი გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობით. მაგრამ ერთიანობა-ტრადიციის პრინციპების ქართული კომბინაციის წყალობით, შეუძლებელია, ამ შემთხვევათაგან რომელიმეს დამაკმაყოფილებლად ამოხსნა. ამიტომაც მართალია ვიტცი,⁵² როდესაც ამბობს, რომ ტრადიციის პრინციპს გამიჯვნის პრინციპის გარეშე დიდი აზრი არ აქვს.⁵³ შეგვიძლია დავამატოთ, რომ ეს კომბინაცია საბოლოოდ საზიანოც კი არის.

მიღებულ დასკვნას, რომლის მიხედვითაც, გამიჯვნის პრინციპის გარეშე ტრადიციის პრინციპით საკუთრებასთან დაკავშირებული ურთიერთობის დამაკმაყოფილებლად მონესრიგება შეუძლებელია, ერთი სუსტი მხარე აქვს. ისტორიულად არსებობდა სამართლებრივი სისტემა, რომელიც სანივთო უფლების გადასვლის „ამ მოდელს“ იყენებდა და დღემდე არსებობს ამ მოდელის მიმდევარი მართლწესრიგები. სამართლის ეს სისტემა იყო კლასიკური რომის სამართალი.

1. Traditio რომის სამართალში

კლასიკური რომის სამართალი სანივთო გარიგებას არ იცნობდა; *traditio* იყო მხოლოდ მფლობელობის გადაცემის აქტი, რომელსაც მხოლოდ მის საფუძვლად მდებარე *causa* ანიჭებდა საკუთრების გადაცემის მნიშვნელობას.⁵⁴ *Causa*, თავის მხრივ, იყო ტიპური, მართლწესრიგის მიერ საკუთრების მოპოვების საფუძვლად აღიარებული გარიგებისმიერი შემადგენლობა, რომლის თანამედროვე კაუზალურვალდებულებით გარიგებასთან გათანაბრება არასწორია.⁵⁵ რეალური გარიგებების შეთხვევაში (მაგ. *donatio, dotisdatio*) *causa* მდგომარეობდა ფაქტობრივი გადაცემის მომენტისათვის არსებულ შეთანხმებაში გადაცემის მიზანთან დაკავშირებით (*causa donationis, dotis*); ნასყიდობისას—თავად ნასყიდობის ხელშეკრულებაში;⁵⁶ ხოლო სტიპულაციისა და საანდერძო დანაკისრის შესრულებისას არა თავად ვალდებულების წარმომშობ გარიგებაში (*stipulatio, legatum per damnationem*), არამედ შესრულების ვალდებულებისაგან გამათავისუფლებელ ხასიათთან დაკავშირებით შეთანხმებაში (*causa solvendi*).⁵⁷

რეალური გარიგებების მარტივ შემადგენლობებს თუ არ გავითვალისწინებთ, სამართლებრივი საფუძვლების ამ სისტემაში ნათლად ჩანს დიქტომია ნასყიდობის საფუძველზე შექმნასა და სტიპულაციისა თუ საანდერძო დანაკისრის საფუძველზე შექმნას შორის.⁵⁸ პირველისათვის იყო მთლიანი საბაზისო შემადგენლობა, ხოლო მეორისათვის უშუალოდ *traditio*-ს დროს გაცხადებული შესრულების დათქმა; ამიტომაც პირველი იყო კაუზალური, ხოლო მეორე არა ნაკლებ აბსტრაქტული, ვიდრე თანამედროვე გერმანული სამართლის მიხედვით საკუთრების გადაცემა. ამის საფუძველი ისტორიულ განვითარებაში უნდა ვეძებოთ: კლასიკური რომის სამართალში ნასყიდობის ხელშეკრულება ჯერ კიდევ ვერ გათავისუფლდა არქაული წარმოდგენისაგან, რომელიც

⁵¹ ფრანგულ სამართალში მოქმედი „სუფთა“ ვალდებულებითი გადანყვეტის თანახმად, საკუთრება გადავიდოდა ნასყიდობის ხელშეკრულების დადების მომენტშივე, ან უკანასკნელ შემთხვევაში – ნაყიდი ნივთის დანარჩენი ნივთებისაგან გამოცალკევების მომენტში. ეს მომენტი, მართალია, მყიდველისათვის შეუმჩნეველია, თუმცა ამ შემთხვევის გადანყვეტა დოგმატურად მაინც ცალსახაა.

⁵² Witz, FS Jahr, ზემოთ სქ. 8, 533.

⁵³ თუმცა ამ ორ პრინციპს შორის ზოგადად ტოლობის ნიშნის დასმა, როგორც ამას აკეთებს ვიტცი, უკვე გაუმართლებელია, შდრ. ამასთან დაკავშირებით *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 15, 285.

⁵⁴ იხ. უპირველეს ყოვლისა *Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 1949, 127; *Max Kaser, Das Römische Privatrecht*, 2. Aufl., München 1971, 417 ff.

⁵⁵ *Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht*, ზემოთ სქ.52, 127.

⁵⁶ *Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht*, ზემოთ სქ.52, 127.

⁵⁷ *Paul. D. 6.2.4*; *Hermog. D. 41.3.46*; *Heinrich Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig 1930, 44 ff.

⁵⁸ შდრ. მაგალითისათვის *Paul. D. 41, 4, 2 pr. und 41,3,48*; *Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht*, ზემოთ სქ. 52, 128.

მას მხოლოდ ერთიანი რეალური გარიგების სახით იცნობდა.⁵⁹ *solutio*-ს როგორც საკუთრების მოპოვების კაუზას როლი განპირობებულია ძველრომაული პასუხისმგებლობის სამართლის თავისებურებებით. არქაული ფორმალური გარიგების ფარგლებში თავის დავალდებულება მოვალისათვის წარმოშობდა ბოჭვის მდგომარეობას, რომლისგანაც გათავისუფლებაც მხოლოდ განსაკუთრებული გამათავისუფლებელი გარიგების (*solutio*) მეშვეობით იყო შესაძლებელი. ამ გადაწყვეტის გათვალისწინებით, რომელიც *solutio*-ს მავალდებულებელ გარიგებასთან შედარებით მაღალი ხარისხის ავტონომიას ანიჭებდა, გასაგები ხდება, თუ რატომ გვევლინებას წორედ ის და არა მავალდებულებელი გარიგება საკუთრების მოპოვების *causa*-დ.⁶⁰ თანამედროვე დამკვირვებლისათვის *causae traditionis* რთულად აღსაქმელი სისტემა უფრო რთული ხდება, თუ გავითვალისწინებთ იმას, რომ კლასიკური პერიოდის იურისტები ცალკეულ სპეციალურ შემთხვევაში ზღუდავდნენ ზემოთ მოყვანილ პრინციპებს.⁶¹

რომაული სამართლის ეს მოდელი წარმოადგენს საკმაოდ დახვეწილ გადაწყვეტას, რომელიც ემყარება რეალაქტისა და შესრულების ეფექტის ელემენტების ზუსტ შერევას, კაუზალური გარიგების ტიპისდა მიხედვით. ამავე გზას ადგანან ესპანელები, როდესაც ჩუქებას სუფთა სახით განკარგვის გარიგებად აღიქვამენ.⁶² *სავინი*მაც თავდაპირველად გამიჯვნის პრინციპის კონტურები ჩუქების მაგალითზე გამოკვეთა.⁶³ ამიტომაც კოლექტიური არაცნობიერის ამოხეტევად უნდა შეფასდეს, ან *თეო მაიერ-მალის*⁶⁴ ხატოვანი გამოთქმა რომ გამოვიყენოთ, „სამართლებრივი ფიგურების დაბრუნებად“, როდესაც საქართველოს უზენაესი სასამართლო *სავინისა* და ესპანურ სამართალზე ყოველგვარი მითითების გარეშე ჩუქების ხელშეკრულებას, როგორც სანივთო გარიგებას, ისე განმარტავს. ამის მიზეზია ის გარემოება, რომ ქართველი მოსამართლეები სრულეზბით სწორად აცნობიერებენ იმ ფაქტს, რომ თუ ნასყიდობისას განკარგვის გარიგება საერთოდ არარსებობს და კაუზალური გარიგება განკარგვას არა თავისთავადი ელემენტის სახით საკუთარ თავში აერთიანებს, მაშინ ჩუქებისას საპირისპირო შემთხვევასთან გვაქვს საქმე. აქ სწორედ კაუზალური გარიგების ფორმირება ხდება განკარგვის გარშემო და ამ უკანასკნელმა უნდა შთანთქოს მავალდებულებელი ელემენტი, როგორც დაქვემდებარებული „რაიმე“.⁶⁵ მაშინ ჩუქებისა და ნასყიდობის ერთ რიგში დაყენება უკვე შეუძლებელია. მაგრამ ამის დაშვება ნიშნავს გერმანული სამართლის სისტემასთან საბოლოო გამომშვიდობებას. გარდა იმისა, ჩუქება ქართული სამართლის სისტემაში ჩვეულებრივ მავალდებულებელ გარიგებას წარმოადგენს, თავისი ვალდებულებათა პროგრამითა და ა.შ., რომაული მოდელი უბრალოდ არ ჯდება სამოქალაქო კოდექსის ამჟამინდელ სისტემატიკაში. ის საკმაოდ რთულია გააზრებისათვის და ძალზე მოცულობითი ქართულ სამართალში სრულად რეცეფციისათვის. თავად გვიანი კლასიკური პერიოდის რომაელები იხრებოდნენ *traditio*-ს აბსტრაქტულ გარიგებად გააზრებისაკენ⁶⁶ და სწორედ ამიტომაც მოახდინა *სავინი* მისი გამარტივებული ფორმით რეცეფცია სანივთო გარიგების სახით.⁶⁷ ისეთი რთული გადაწყვეტა, როგორსაც წარმოადგენდა რომაული, უბრალოდ არ შეესაბამება თანამედროვე მართივ დოგმატურ აზროვნებას.

⁵⁹ Ernst Rabel, Grundzüge des Römischen Privatrechts, München-Leipzig-Berlin 1915, 440; Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht, ზემოთ სქ.52, 128.

⁶⁰ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ.52, 128.

⁶¹ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ.52, 128

⁶² Michael Rainer, Europäisches Privatrecht, Die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2007, 339.

⁶³ Savigny, Obligationenrecht, II, ზემოთ სქ. 4, 257; Felgentraeger, Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, ზემოთ სქ.4, 33 f.; Haag Molkenteller, Die These vom dinglichen Vertrag, ზემოთ სქ.5, 86 f.; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ.5, 121.

⁶⁴ Theo Mayer-Maly, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1 ff.

⁶⁵ გამიჯვნის პრინციპის წინაპირობას არ წარმოადგენს ის გარემოება, რომ ამ ორი გარიგების ერთმანეთისაგან გამიჯვნა ასევე გარეგნულადაც შეცნობადია (Füller, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 5, 115), მაგრამ, თუ ხელშეკრულების გარეგან გამოვლინებას მივენდობით, მაშინ ჩუქება მხოლოდ სუფთა სახით განკარგვას წარმოადგენს.

⁶⁶ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ.52, 129.

⁶⁷ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ.52, 29 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

2. საბოლოო შედეგი

დამოუკიდებელი სანივთო სამართლის იდეა, სანივთო უფლების კონცეპტთან ერთად შეუძლებელია არსებობდეს გამიჯვნის პრინციპის გარეშე. სწორედ გამიჯვნისა და არა აბსტრაქციის პრინციპი იძენს აქ გადამწყვეტ მნიშვნელობას, რადგან სწორედ მის მიხედვით ხდება იმის განსაზღვრა, ექნება თუ არა სანივთო უფლებას დამოუკიდებელი სახე. აბსტრაქციის პრინციპი მხოლოდ მის შედეგებს აწესრიგებს. გერმანული სამართალი იცნობს კაუზალური განკარგვის შემთხვევებს. მაგალითად, გაქვითვა (გსკ-ის 389-ე პარაგრაფი),⁶⁸ რომლის წინაპირობასაც ურთიერთდაპირისპირებული მოთხოვნების არსებობა წარმოადგენს. გარდა ამისა, აბსტრაქციის პრინციპიდან გამონაკლისი დაიშვება საავტორო და საპატენტო სამართალშიც.⁶⁹ მაგრამ გამიჯვნის პრინციპიდან გამონაკლისის დაშვება, ანუ განკარგვის გარიგების უარყოფა, გერმანულ სამართალში სრულებით წარმოუდგენელია, რადგან სწორედ ის არის მთავარი საყრდენი, რომელსაც ემყარება დამოუკიდებელი სანივთო სამართალი.⁷⁰ სამართლებრივ სიკეთეთა გადაცემის ურთიერთობის ერთადერთ შემოქმედ და გამაფორმებელ ძალას პირის ნება წარმოადგენს. მაგრამ თუ ამ ნებას მხოლოდ ვალდებულებითი სამართლის სიბრტყეში გავიაზრებთ, მაშინ სანივთო სამართალი ვალდებულებითის არათავისთავად დანამატად დეგრადირდება, ხოლო სანივთო უფლება კი ვალდებულებითი უფლების არათავისთავად გაფორმებად.

ნების თეორიის თანახმად, უფლება ეს არის ძალმოსილება, საკუთარი ნებისგან ხორციელებსა.⁷¹ ეს ნება ზღვარდადებულია მხოლოდ კანონისმიერი აკრძალვებით, რომელთა მიღმაც პირს ნებისმიერი სამართლებრივი შედეგების გამოწვევა ძალუძს. ამ წინამძღვრიდან გამომდინარე, რა თქმა უნდა, გამართლებული იყო *სავინის* მიერ ვალდებულებით და სანივთო უფლების დიქტომიაზე დამყარებული გამიჯვნა სანივთო და ვალდებულებით სამართალს შორის. პირს შეუძლია ისარგებლოს პირადი ან სანივთო უფლებით. შესაბამისად, უნდა გაიმიჯნოს ორ განსხვავებულ ნებას შორის, ერთი მათგანი წარმოშობს ვალდებულებით, ხოლო მეორე-სანივთო უფლებას.⁷²

ფრანგები შეგნებულად უარყოფენ სანივთო სამართლის ამ დამოუკიდებელ ღირებულებას და სრულებით გაცნობიერებულად აგებენ სისტემას ვალდებულებითი კაუზის გარშემო. ეს არის სამართლის ალტერნატიული ხედვა, რომელიც შეიძლება მოგვწონდეს ან არ მოგვწონდეს. გერმანული პერსპექტივიდან სავარაუდოდ ალბათ უფრო-არა. მაგრამ ის, რაც ცალსახად არასწორია, ეს არის ამ ორი სიტემის შერევა, უფრო ზუსტად კი ამ გერმანულ და ფრანგულ გადაწყვეტას შორის მერყეობა არის ის, როგორაც შეიძლება დახასიათდეს დღესდღეობით ქართული სამართალი-ბოლომდე გაუაზრებელი პრინციპებისა და ამოუხსნელი კაუზების ერთიანობა. მხოლოდ ამ გამიჯვნას დაფუძნებული სანივთო გარიგების კონცეპტი უზრუნველყოფს გარიგების შინაარსის განსაზღვრის ნამდვილ თავისუფლებას.

⁶⁸ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 3, 16 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

⁶⁹ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 5, 113.

⁷⁰ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechtes, III, ზემოთ სქ. 4, 312 ff.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 5, 120.

⁷¹ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben სქ. 5, 120.

⁷² *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben სქ. 5, 121; *Molkensteller*, Die These vom dinglichen Vertrag, oben სქ. 4, 106 f.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben სქ. 3, 49.

Gestaltungsfreiheit durch dingliches Geschäft**

I. Einleitung

Das Thema des vorliegenden Aufsatzes bildet das Trennungsprinzip bei der Gewährleistung von Gestaltungsfreiheit, d. h. die Frage, ob es losgelöst von andere Prinzipien eine eigenständige Bedeutung haben und von Nutzen sein kann in einem System, in dem das Abstraktionsprinzip ganz eindeutig zurückgewiesen wird. Das georgische Sachenrecht ist so ein System. Bei der Rezeption des deutschen Sachenrechts hat die georgische Gesetzgebungskommission und deren *spiritus rector* deutscher Professor *Rolf Knieper* das Abstraktionsprinzip ausdrücklich verworfen. So steht im Art. 186 des georgischen ZGB, dass es für die Übereignung von beweglichen Sachen nur eines gültigen Anspruches auf Übereignung (Kausalgeschäft) und der Übergabe (*traditio*) bedarf. Damit ist die Geltung des Abstraktionsprinzips von vorne herein ausgeschlossen. Nicht so eindeutig ist die Lage mit dem Trennungsprinzip. Die Literaturlauffassungen sind diesbezüglich zweigeteilt,¹ die Rechtsprechung² spricht meistens für das Trennungsprinzip. Das Trennungsprinzip an sich bedeutet zunächst nichts anderes, als dass das Verfügungsgeschäft einen selbständigen Vertrag darstellt, der zwar rein tatsächlich mit der verpflichtenden Einigung zusammenfallen kann, rechtlich aber als selbständiges Rechtsgeschäft zu werten ist.³

Wesentlich für die moderne Rechtsdogmatik war, wie das Trennungsprinzip zusammen mit dem Abstraktionsprinzip in Begriffswelt von *Friedrich Carl von Savigny* auftauchte.⁴ Dieses Auftauchen hat wie fast alle zivilrechtlichen Rechtsfiguren seinen Vorläufer im Römischen Recht. Die beiden berühmten Stellen aus dem römischen Recht, aus denen *Savigny* das Abstraktionsprinzip ableitet,⁵ hat er zunächst benutzt, um das Trennungsprinzip zu untermauern. Zum einen ist das ein Fragment aus den Institutionen,⁶ wo die Anerkennung des Willens des Übereignenden gefordert wird, zum anderen eine Stelle Julians,⁷ in der Julian den Fall beschreibt, dass eine Sache zu Übereignungszwecken übergeben wird, aber Dissens zwischen Empfänger und Geber über den Rechtsgrund besteht. Nach Julian geht in diesem Fall das Eigentum über, was *Savigny* zur Stützung seiner Konzeption des abstrakten dinglichen Geschäfts anführt.

* Dr. Giorgi Rusiashvili, LL. M. (Saarland Univ.) ist Assistent Professor an der Staatlichen Universität Tbilisi und wissenschaftlicher Mitarbeiter des Tinatin-Tsereteli- Instituts für Staat und Recht

** Ein ganz herzlicher Dank des Verfassers gebührt dem Herrn Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod für die sprachliche Korrektur des Textes und wichtige inhaltliche Hinweise.

¹ *Zurab Chechelashvili*, Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, in von der Migriauli/Zoidze/Chechelashvili, Hrsg., Collected Articles in the Georgian Private Law, Band I, Tbilisi 2004, 90 ff.; *Giorgi Mariamidze*, Fallbuch zum Sachenrecht, Band I, Tbilisi 2014 (Auf Georgisch); *Ekaterine Danelia*, Trennungsprinzip auf dem Beispiel des Schenkungsvertrages, Georgian Law Review – Special Edition 2008, 31 ff. (Auf Georgisch); *Nino Begishvili*, Eigentumsübertragung – Trennungs- oder Einheitsprinzip? Studentischer Rechts-Zeitschrift (2013), 53 ff. (Auf Georgisch); vgl. gegen Trennungsprinzip *Lado Chaturia*, Eigentum an unbeweglichen Sachen, Tbilisi 2003, 183 ff. (Auf Georgisch); *Ders.*, Kreditsicherungsrecht, Tbilisi 2013, 137 (Auf Georgisch); ohne jegliche Argumentation *Levan Totladze*, in von dem Chaturia, Hrsg., Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht, Band II, Tbilisi 2017, Art. 186 Rn. 30 ff. (Auf Georgisch).

² Vgl. Supreme Court of Georgia, № as-1283-1538-09, Mai 25, 2010; Supreme Court of Georgia, № as-221-213-2012, Juli 24, 2012; Supreme Court of Georgia, № as-483-457-2012, September 20, 2012; Supreme Court of Georgia, № as-304-289-2013, Oktober 25, 2013; Supreme Court of Georgia, № as-1147-1094-2013, Juli 14, 2014; Supreme Court of Georgia, № as-1504-1424-2017, Februar 9, 2018.

³ *Astrid Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996, 7.

⁴ *Friedrich Carl v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band III, Berlin 1840, 312 f.; *Wilhelm Felgentraeger*, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927, 31 ff.

⁵ *Friedrich Carl v. Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band II, Berlin 1854, 257; *Felgentraeger*, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, oben Fn. 4, 33 f.; *Dieter Haag Molkenteller*, Die These vom dinglichen Vertrag, Frankfurt a. M. 1991, 86 f.; *Jens T. Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen 2006, 121.

⁶ Inst. 2.1.40.

⁷ D. 41.1.36.

Im modernen deutschen Recht wird der eigenständige Wert des Trennungsprinzips in rechtspolitischer Hinsicht wenig beachtet. Fast immer wenn seine Notwendigkeit diskutiert wird geht es darum, ob das Abstraktionsprinzip notwendig ist bzw. mit dem Abstraktionsprinzip auch das Trennungsprinzip gerechtfertigt.⁸ Deswegen wird meistens das Trennungsprinzip nur als Vorstufe der abstrakten Gestaltung bezeichnet.⁹ Aus deutscher Perspektive mag das auch richtig sein – ja, es macht nicht viel Sinn für den deutschen Juristen, sich mit der hypothetischen Geltung des Trennungsprinzips als Teil des Kausalitätsprinzips zu beschäftigen, wenn dieses Kausalitätsprinzip in Deutschland gar nicht gibt. Aber eben deswegen können die Argumente aus dem deutschen Diskurs für das georgische Recht nicht immer fruchtbar gemacht werden.

II. Anhaltspunkte für das Trennungsprinzip im ZGB

Nach einer Auffassung sei das georgische ZGB so konzipiert, dass es keine Trennung zum Ausdruck bringen soll. Das Gesetz sieht jedoch tatsächlich anders aus. Abgesehen von der generellen Systematik¹⁰ verweisen die Formulierungen einiger gesetzlicher Vorschriften und gesetzlich geregelter Rechtsfiguren eindeutig auf den Trennungsgedanken:

1. Zunächst ist das Art. 477 ZGB,¹¹ der die vertragstypischen Pflichten des Kaufvertrages bestimmt: Hier ist, genauso wie in § 433 BGB, von der Verpflichtung zur Besitzverschaffung und Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gesondert die Rede. Das bedeutet, dass nur aus dem Abschluss des Kaufvertrages und der Besitzübergabe für seine Erfüllung kein automatischer Eigentumsübergang folgt, sondern diese Übergabe des Eigentums durch einen separaten Rechtsakt erfolgen soll. Dieser separate Rechtsakt kann aber nur das Verfügungsgeschäft in Form des dinglichen Vertrages sein.

2. Im Sachenrecht ist, neben den Eigentumsübergangstatbestand, der Tatbestand des Eigentumsvorbehalts geregelt, nämlich in Art. 188 ZGB,¹² dessen Wesen und Mechanismus ohne dinglichen Vertrag nicht zu erklären sind. Aufschiebend bedingt kann nur der Vertrag und nicht der Realakt der *traditio*, Besitzübergabe, sein.¹³ Wenn es aber keinen dinglichen Vertrag gibt, dann könnte nur der Kaufvertrag bedingt geschlossen werden.¹⁴ Dann ist unverständlich warum der Eigentumsvorbehalt im Sachenrecht geregelt ist. Wenn der Kaufvertrag bedingt ist, dann ist er wirklich bedingt, d. h. für beide Seiten – bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung wird der Käufer nicht Eigentümer, aber auch der Verkäufer hat keinen Anspruch auf die Zahlung des Kaufpreises.¹⁵ Diese ungewollte Folge des bedingten Kaufvertrages versuchen die Französer mit verschiedenen Konstruktionen zu überwinden, dogmatisch sauber scheinen diese aber nicht.¹⁶ Insoweit stellt unbedingt geschlossener Kaufvertrag

⁸ Für die Gleichsetzung von diesen zwei Prinzipien *Hans Brox*, Allgemeiner Teil, 36. Aufl., München 2012, Rn. 117; *Hans-Martin Pawlowski*, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Heidelberg 2003, Rn. 591; *Bernd Rütters*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1993, Rn. 285; *Karl Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. München 1986, § 39 II d (19). Vgl. auch *Claude Witz*, Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété, Festschrift für Günther Jahr (1993), 533.

⁹ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 114, 277, 732; in dieser Richtung auch *Heinrich Honsell*, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt? FS Wiegand, Bern-München 2005, 357 ff.

¹⁰ Etwa, dass dem georgischen ZGB zugrunde liegende Pandektensystem notwendigerweise auf die Existenz von Trennungsprinzip hindeutet und das souveräne Sachenrecht ohne dingliches Geschäft undenkbar ist, dazu *Jakob Fortunat Stagl*, Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen im DCFR und CESL, *RabelsZ* 79 (2015), 388 f.; *Horst Heinrich Jakobs*, Gibt es den dinglichen Vertrag? *ZRG RA* 119 (2002), 287 ff.; *Hans Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940, 66 f.; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Band III, Berlin-Leipzig 1899, 2, 5.

¹¹ Art. 477 Begriff. Inhalt. (1) *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen sowie die damit verbundenen Dokumente und die Ware zu übergeben. ...*

¹² Art. 188 Eigentumsvorbehalt. (1) *Hat der Veräußerer sich vorbehalten, dass die Übertragung des Eigentums auf den Erwerber nur nach der Zahlung des Kaufpreises der Sache erfolgen kann, so wird vermutet, dass die Übertragung des Eigentums auf den Erwerber nach der vollständigen Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Gerät der Erwerber mit der Zahlung in Verzug und erklärt der Veräußerer den Rücktritt, so müssen die wechselseitig bereits erbrachten Leistungen zurückerstattet werden. ...*

¹³ *Honsell*, FS Wiegand, oben Fn. 9, 353; *ders.*, *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, § 14.

¹⁴ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 278 ff.

¹⁵ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 280.

¹⁶ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 279.

und das bedingte Übereignungsgeschäft den bestmöglichen Ausgleich von der gegenseitigen Interessen dar, dafür aber muss aber ist zunächst der dingliche Vertrag anerkannt werden.

3. Ohne Trennungsprinzip ist nicht zu erklären, was das in Art. 102 ZGB¹⁷ (fast wortgleich zu § 185 BGB) geregeltes „Verfügungsgeschäft“ bedeutet. Die Anerkennung der Verfügung, die als Oberbegriff sowohl den dinglichen Vertrag als auch die Forderungsabtretung und generell die Rechtsübertragung erfasst, ist eben die direkte Anerkennung des Trennungsprinzips.¹⁸ Das eigenständige Verfügungsgeschäft ist ein wichtiges Glied der Gestaltungsfreiheit. Wenn man neben den Kaufvertrag für die Eigentumsüberübertragung noch ein anderes Rechtsgeschäft braucht, dann kann man dieses andere Geschäft auch anders gestalten (vgl. dazu unten).

In diesem Zusammenhang gehört auch das im Sachenrecht geregelte Abtretungsgeschäft.¹⁹ Aus systematischer Stellung und Inhalt dieser Vorschriften ist eindeutig, dass die Abtretung ein vom Forderungskauf bzw. Forderungsschenkung usw. zu trennendes eigenständiges Verfügungsgeschäft darstellt.²⁰ Dann ist ziemlich unklar warum die Eigentumsübertragung eben nur der Realakt sein soll.

4. Die in Art. 324 ZGB²¹ geregeltes Veräußerungsgeschäft, das von der zur Veräußerung verpflichtenden obligatorischen Geschäft zu trennen ist, ist ein weitere Nachweis des Trennungsprinzips. Hierzu gehört noch Art. 114 ZGB,²² die eine wortgleiche Übernahme des § 181 BGB darstellt und vom Erfüllungsgeschäft spricht, d. h. von dem Rechtsgeschäft wodurch ein anderes Rechtsgeschäft erfüllt wird. Das ist eine typische Beziehung zwischen dem schuldrechtlichen Kausal- und dinglichen Erfüllungsgeschäft.

5. Wenn es im georgischen Recht kein dingliches Rechtsgeschäft gibt bleibt unklar, was die im Sachenrecht normierte Dereliktion (Art. 184 ZGB), der Verzicht auf die Hypothek (Art. 299 ZGB), auf Pfandrecht (Art. 272 ZGB) oder auf ein anderes dingliches Recht (z. B. 238 I) ist. Diese sind alle einseitige Rechtsgeschäfte und natürlich keine reine Realakte. Für ihre Vornahme ist ein rechtsgeschäftlicher Wille erforderlich.²³ Aber wenn diese Akte eben Rechtsgeschäfte sind, sollten sie in die Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäftes fallen, da sie keine schuldrechtliche Wirkung haben. Dann ist aber schwer zu erklären, dass das georgische Recht nur einseitige dingliche Rechtsgeschäften kennt und keine zweiseitige, nämlich die Übereignung.

Darüber hinaus gibt es im georgischen Sachenrecht jede Menge von Vorschriften die eine Möglichkeit der Gestaltung des dinglichen Rechtes durch Parteivereinbarung zulassen, etwa der Verfallsklausel im Pfand- oder Hypothekenrecht.²⁴ Wenn es aber kein dingliches Geschäft gibt, sind alle diese Vorschriften ein Teil der schuldrechtlichen Vereinbarung und sollten dann im besonderen Schuldrecht unter dem Titel „Pfandvertrag“ bzw. „Hypothekenvertrag“ usw. stehen.

¹⁷ Art. 102 Verfügung eines Gegenstands durch einen Nichtberechtigten. (1)Die Verfügung eines Gegenstands durch einen Nichtberechtigten ist wirksam, wenn sie mit vorheriger Zustimmung des Berechtigten erfolgt.(2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt.

¹⁸ Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, oben Fn. 8, § 39 II d (16), Stefan Habermeier, DasTrennungsdenken, AcP 195 (1995), 288 Anm. 1; Stadler,Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 7.

¹⁹ Art. 199 ZGB. Forderungsabtretung..... (2) Die Abtretung der Forderung wird durch Vertrag zwischen dem Inhaber der Forderung und dem Dritten durchgeführt. In diesem Fall tritt der Dritte an die Stelle des früheren Inhabers.

²⁰ Vgl. dazu Honsell, FS Wiegand, oben Fn. 9, 366 ff.

²¹ Art. 324 Umfang eines Vertrages über die Belastung einer Sache. Verpflichtet sich eine Person zur Veräußerung oder Belastung ihrer Sache, so erstreckt sich diese Verpflichtung auch auf das Zubehör der Sache, soweit in dem Vertrag nichts anderes vorgesehen ist.

²² Art. 114 Unzulässigkeit des Insichgeschäfts.Sofern nichts anderes vereinbart ist, kann ein Vertreter nicht im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft für die Erfüllung irgendeiner Verpflichtung schon besteht.

²³ Vgl. Enneccerus/Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 78 II 1 b (290); Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 875 Rn. 1 ff.; Damrau, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 1255 Rn. 1.

²⁴ Art. 260¹ Übergang des Pfandgegenstandes ins Eigentum des Gläubigers (Pfandgläubigers) (29.06.2007 N5127-RS). Der Pfandgegenstand kann aus den in diesem Gesetz vorgesehenen Gründen ins Eigentum des Gläubigers (Pfandgläubigers) nur im Falle des eingetragenen Pfandrechts übergehen. Darauf ist ausdrücklich im Vertrag hinzuweisen (29.06.2007 N5127-RS).

Art. 300 Übergang der mit Hypothek belasteten unbeweglichen Sache ins Eigentum des Gläubigers (Hypothekengläubigers) (29.06.2007 N5127-RS). 1. Verzögert der Eigentümer einer mit Hypothek belasteten unbeweglichen Sache die Befriedigung der mit Hypothek gesicherten Forderung, so kann die mit Hypothek belastete unbewegliche Sache auf einen gemeinsamen Antrag des Gläubigers und des Schuldners beim Grundbuchamt ins Eigentum des Gläubigers (Hypothekengläubigers) übergehen(25.12.2013 N1864-RS).

Aber mit allen diesen Vorschriften und einer generelle Betrachtung, dass die Rezeption des deutschen Gütertransfersystems nirgendwo ohne Trennungsprinzip erfolgt ist, konnte man die georgischen Skeptiker nicht überzeugen. Genauso wenig mit dem Argument, dass im Unterschied zum Institutionensystem, das dem ZGB zugrunde liegendes Pandektensystem notwendigerweise auf die Existenz des Trennungsprinzips hindeutet und der dingliche Vertrag das konstruktive Korrelat eines souveränen Sachenrechts darstellt.²⁵ Aber ohne dingliches Geschäft und mit unserem im Gesetz geregelten Traditionsprinzip landen wir bei der spanischen Lösung, bei den sog. Mittelweg einer romanischen Rechtsordnung, wo das Einheitsprinzip durch das Traditionsprinzip ergänzt wird (vgl. dazu unten). Ein absonderliches Ergebnis, wenn man bedenkt, dass wir mit der Rezeption des deutschen Rechtes begonnen haben. Spanier gehen genauso wie die Franzosen davon aus, dass der schuldrechtlicher Vertrag alles enthält, was mit der Verfügung zusammenhängt, aber im Unterschied zu Frankreich, ist noch die Besitzverschaffung für den Eigentumsübergang erforderlich. Aber da auch für das spanische Recht Ausgangspunkt das Einheitsprinzip bildet, sollten wir einen kurzen Blick auf die Rechtsordnung werfen, die in dieser Hinsicht den paradigmatischen Charakter hat, nämlich auf Frankreich.

III. Zum Trennungsdenken im französischen Recht

Im französischen Recht ist das Trennungsprinzip ausdrücklich verworfen.²⁶ Trotzdem ist dem französischen Privatrecht, ungeachtet entgegenstehender Stimmen in der Literatur, der Trennungsgedanke durchaus bekannt,²⁷ wenngleich es in Code civil nicht zum Ausdruck kommt.²⁸

Auch im französischen Recht gibt es bestimmte Fälle, in denen der Kaufvertrag allein kein Eigentumsübergang bewirkt. Das ist etwa der Fall des Gattungskaufs und Kauf der noch nicht entstandenen Sachen. In beiden Fällen ist es faktisch unmöglich, dass bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrags das Eigentum auf den Käufer übergeht.²⁹ Im Falle des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt ist der sofortige Eigentumsübergang zwar möglich, aber von den Parteien nicht gewollt. In allen diesen Fällen tritt neben den Kaufvertrag noch eine weitere Handlung zur Eigentumsübertragung hinzu: die Spezifikation der Gattungsschuld,³⁰ die Zahlung des vom Käufer geschuldeten Kaufpreises; oder das Entstehen der Sache. Man kann diese Liste der Durchbrechung des Einheitsprinzips³¹ noch weiterführen: Die rechtsgeschäftliche Forderungszession bedarf in Frankreich außer den Kaufvertrag (bzw. anderen Schulvertrag) für die Wirksamkeit der Abtretung noch regelmäßig eine Abtretungsanzeige an den Schuldner.³² Damit weist die französische Forderungsabtretung einige Züge der Rechtsübertragung des deutschen Sachenrechts aus.³³ D. h. wenn die Parteien ihr Geschäft vollständig durchführen wollen, kommen sie ohne mehrere Akte nicht aus. Auch bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Orderpapieren setzt der Kaufvertrag zwar nur einen Parteikonsens voraus, die Übertragung des Rechts bedarf aber einen zusätzlichen Akt: das Indossament und die Übergabe des Papiers.³⁴

Wie man sieht, kennt somit auch das französische Recht die Konstellationen, bei denen außer den schuldrechtlichen Vertrag noch etwas Zusätzliches für den Eigentumsübergang erforderlich ist, hat aber für ihn keinen ausgeformten Rechtsfigur zu Verfügung. Dann stellt sich aber Frage, warum man dennoch so nachdrücklich die Konzeption des dinglichen Vertrages bekämpft.

IV. Kritik am Trennungsprinzip

Kritik am Trennungsprinzip hat eine lange Geschichte. Bereits *Otto v. Gierke* bezeichnete als eine „doktrinäre Vergewaltigung des Lebens“, wenn man für den Kauf von paar Handschuhen drei Rechtsgeschäfte

²⁵ *Jakob Fortunat Stagl*, Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen im DCFR und CESL, *RabelsZ* 79 (2015), 388.

²⁶ *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil, oben Fn. 8, § 39 II c (16); *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, Tübingen 1971, §15 (213 ff.); *Witz*, FS Jahr, oben Fn. 8, 547.

²⁷ *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 18, 287.

²⁸ Art. 1138, 1583 Code civil.

²⁹ *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 18, 287.

³⁰ *Witz*, FS Jahr, oben Fn. 8, 538 ff.

³¹ Vgl. *Witz*, FS Jahr, oben 8, 543.

³² Art. 1690 Code civil.

³³ *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 18, 289.

³⁴ *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 18, 289 und dort angegebene Literatur.

abschließen soll. Und dieser Einwand ist heute noch sehr beliebt. Ihn kann man aber ziemlich leicht entschärfen. Das Trennungsprinzip postuliert eine Mehrheit von Tatbeständen, nicht notwendig eine Mehrheit von Sachverhalten. Daraus folgt nicht die Wirksamkeit der dinglichen Verfügung unabhängig vom Kausalgeschäft, aber umgekehrt – die Wirksamkeit und Geltung des Kausalgeschäftes dann, auch wenn das dingliche außer Kraft gesetzt wird. Diese Zergliederung in zwei rechtliche Tatbestände, die an verschiedene Voraussetzungen gebunden sind, erlaubt, den Eigentumsübergang scheitern zu lassen, selbst wenn das Verpflichtungsgeschäft wirksam bleibt. Ohne das Trennungsprinzip ist das eigentlich ein ziemlich schwer zu bewältigendes Problem, weil, wenn es kein dingliches Geschäft gibt, der schuldrechtliche Grund sozusagen alle Wirkungen absorbiert. Das führt dazu, dass sich jede Veränderung hinsichtlich des schuldrechtlichen Vertrages unmittelbar auf der dinglichen Ebene auswirkt. So kann der Eigentumsübergang teilweise nicht rückgängig gemacht werden, ohne gleichzeitig das Verpflichtungsgeschäft außer Kraft zu setzen, obwohl der Eigentumsübergang manchmal oder oft bestehen bleiben soll.

Solch allgemeine Überlegungen reichen wohl nicht aus, um das Trennungsprinzip für das georgische Recht zu verfechten. Dessen Gegner lassen sich auf dogmatische Diskussion gar nicht ein, sondern machen nur den ganz einfachen Einwand geltend:³⁵ Was bringt das für die Praxis? Deswegen könnten wir an dieser Stelle auf Kasuistik nicht verzichten.

V. Erwerb durch den Minderjährigen bzw. Geisteskranken

1. Minderjähriger bzw. geisteskranker Erwerber

Das ist aber nicht so schwierig, weil es tatsächlich eine Vielzahl von Konstellationen gibt, bei denen jemand kein Eigentum erwerben soll, obwohl das schuldrechtliche Kausalgeschäft wirksam und auch die Übergabe erfolgt ist. Man denke etwa an minderjährigen Erwerber: Die Eltern schließen für ihr 10-jähriges Kind einen Kaufvertrag, woraus das Kind einen wirksamen Übereignungsanspruch erwirbt. Wenn drei Tage später der Verkäufer für die Übereignung kommt, findet er nur das Kind zu Hause und übergibt ihm die Sache. Ist hier das Eigentum an das Kind übergegangen? Eigentlich liegen hier alle gesetzlich vorgeschriebene Voraussetzungen dafür vor – eine gültige Causa und zum Erfüllungszweck erfolgte Übergabe durch den Verkäufer, weil für den Realakt der Besitzverschaffung nur ein natürlicher Wille erforderlich ist, was der Zehnjährige sicherlich hat. Aber trotzdem ist es klar, dass der minderjährige Gläubiger hier kein Eigentum erwerben soll, da ihm damit sein Anspruch aus dem Kaufvertrag verloren geht, es sich um ein für ihn nachteiliges Geschäft handelt. Wenn das Kind die Sache gleich nach der Übergabe aus dem Fenster wirft, soll es die Übereignung einer anderen Sache fordern dürfen, was auch vom den Minderjährigenschutz erfasst ist.³⁶ Das deutsche Recht hat eine sehr feine Lösung dieser Fälle entwickelt – der Minderjährige erwirbt zwar Eigentum, aber das gilt nicht als Erfüllung, weil ihm der Empfangskompetenz fehlt.³⁷ Diese Trennung zwischen Eigentumserwerb und Erfüllungswirkung setzt nicht nur das Trennungsprinzip, sondern auch eine innere Abstraktion zwischen Kausalgeschäft und Übereignung voraus, die im georgischen Recht nicht zu verwirklichen ist. Deswegen ist die einzige gerechte Lösung den Eigentumsübergang an den Minderjährigen scheitern zu lassen, damit er, wenn er die Sache aus dem Fenster wirft, zumindest eine fremde Sache zerstört. Aber woran könnte man diesen Eigentumserwerb scheitern lassen? Nur ein dingliches Geschäft könnte ein rechtsgeschäftliches Willensmoment enthalten und nur auf der Ebene der dinglichen Willenseinigung könnte man wegen Willensmangel des Minderjährigen die Übereignung scheitern lassen. Dafür braucht man aber zunächst das Trennungsprinzip.

Die gleiche Konstellation kann man für den Geisteskranken bilden. Und das gilt überhaupt für alle Fälle bei denen der Eigentumserwerb an Willensmängel oder an gesetzliches Verbot scheitern soll, trotz der Wirksamkeit des Kausalgeschäftes. Man denke etwa an Erwerbsverbote usw.

³⁵ Abgesehen von dem Argument, dass es nirgendwo im Gesetz normiert ist, was, wie wir oben gesehen haben, nicht zutrifft.

³⁶ Helmut Kohler/Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl., München 2018, § 10 Rn. 18; vgl. dagegen Manfred Harder, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen, lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, 151.

³⁷ Andreas Wacke, Nochmals - Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil? JuS 1978, 83.

2. Anfechtung des dinglichen Geschäftes

Die separate Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäftes ist natürlich nur dann gewährleistet, wenn es dieses überhaupt gibt. Diese Anfechtung ist im praktischen Leben nicht ganz bedeutungslos. Es ist nicht immer zusammen mit der Übereignung auch ihr zugrunde liegendes Geschäft aus dem gleichen (Fehleridentität) oder aus irgendwelchem anderen Grund anfechtbar.¹ Abgesehen von für Georgien eher lehrbuchartigen Fall, wie etwa die irrtümliche Übereignung der Auster mit der Perle,² kann man auch in Georgien den Kaufvertrag durchaus ohne Irrtum abschließen, dann aber bei der Eigentumsübertragung einen Irrtum begehen. Man denke etwa an dem Gattungskauf, woraus der Verkäufer eine Sache mittlerer Qualität schuldet, dann vergreift er sich aber und übergibt eine andere Sache gleicher Gattung, die aber dreimal so viel kostet als die Mittelmäßige. Oder der Verkäufer irrt über die Kreditwürdigkeit seines Gegenübers und verzichtet deswegen bei der Eigentumsübertragung auf den Eigentumsvorbehalt³ – Irrtum über verkehrswesentlichen Eigenschaften der Person. In beiden Fällen hat der Verkäufer sich natürlich nicht beim Abschluss des Kaufvertrages oder bei der Abgabe der Tilgungsbestimmung, sondern nur beim dinglichen Einigungstatbestand geirrt. Ohne gesonderte Anfechtung des dinglichen Geschäftes ist das Ergebnis vollkommen ungerecht – es macht doch für den Verkäufer keinen Unterschied, ob er die Sache irrtümlicherweise verkauft, oder sie irrtümlicherweise übereignet.⁴ In solchen Fällen das Eigentum endgültig übergehen zu lassen, ist mit den Grundsätzen der Privatautonomie nicht vereinbar, aber da man den Realakt nicht anfechten kann, ist der einzige sinnvolle Ausweg die Anerkennung des dinglichen Geschäftes. Diese separate Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäftes bildet die Kehrseite von Gestaltungsfreiheit.

3. Gestaltungspielraum durch Trennungsprinzip

Das Bild vervollständigen die Fälle bei denen nur durch das dingliche Geschäft eine sinnvolle Gestaltung von Kausalgeschäft und dem darauf bezogenen Erfüllungsakt erreicht werden kann. Dass die dogmatisch korrekte Gestaltung des Eigentumsvorbehalts nur mit Hilfe des dinglichen Geschäftes möglich ist haben wir oben schon erwähnt.

Darüber hinaus pflegt man in Georgien beim Kauf eines neuen Autos, im Vertragsformular auch die Seriennummer des Autos einzutragen – das Identifizierungsmerkmal eines konkreten Autos. Unter dem Trennungsprinzip wäre das kein Problem – es läge ein Kauf einer Gattungssache vor und eine Übereignung des durch die Seriennummer bestimmten konkreten Autos. Aber ohne diese Zergliederung mit Hilfe des Trennungsprinzips liegt hier eine Stückschuld vor – Kauf eines konkreten Autos. Ohne dingliches Geschäft gehört alles das was im Vertrag steht zum Kaufvertrag. Dann hat aber der Käufer ein Problem, da das georgische Recht, im Unterschied zum deutschen, beim Stückkauf kein Nachlieferungsanspruch kennt. Wenn ein Stückkauf vorliegt und die gekaufte Sache untergeht, oder schon vorher untergegangen ist, tritt natürlich Unmöglichkeit ein und der Käufer kann nur Schadenersatz bzw. Rücktritt geltend machen. Ohne Trennungsprinzip ist diese Lösung zwingend, das ist aber keine sinnvolle Gestaltung des Kaufvertrages über ein neues Auto. Wer ein neues Auto kauft will sich natürlich ein Nachlieferungsanspruch vorbehalten.

In diesem Zusammenhang gehört auch die registerrechtliche Gestaltung der Übereignung von Immobilien. Im georgischen öffentlichen Registerrecht gilt kein Bewilligungsprinzip. Man hat vor dem Registeramt

¹ S. für die separate Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäftes *TheoMayer-Maly*, in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1993, § 142 Rdn. 19; *Stefan Grundmann*, Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, JA 1985, 82; OLG Hamm VersR 1975, 814 f.; *Heinrichs*, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 142 Rn. 4; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Band I, 473; *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung unveröffentlichter Quellen, Berlin-New York 1985, 738 ff., 77; *Hans-Peter Haferkamp*, Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft, Jura 1988, 512.

² *Michael Martinek*, Die Perle in der Auster, JuS 1991, 710 ff.

³ *Haferkamp*, Jura 1998, oben Fn. 38, 513; *Harm Peter Westermann* in Westermann/Eickmann, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998, § 4 IV 1; RGZ 66, S. 385 ff.

⁴ Vgl. *Grundmann*, JA 1985, oben Fn. 37, 84; *Achim Lindemann*, Die Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips durch die höchstrichterliche Rechtsprechung seit 1900, Konstanz 1989, 53; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 144 mit weiteren Literaturnachweisen.

nur den entsprechenden Vertrag vorzulegen, dieser bildet dann die Grundlage der entsprechenden Eintragung. Auch die Aufhebung der Eintragung passiert genauso: abgesehen vom registertechnischer Fehler, soll zunächst der der Eintragung zu Grunde liegende Vertrag durch das Gericht für unwirksam erklärt werden. Nun gibt es auch Fälle, bei denen trotz der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages die Eintragung gelöscht werden soll, aber was man zur Grundlage dieser Löschung macht, ist vollkommen unklar. Man denke an dem Fall, wenn etwa der Verkäufer nach dem wirksam geschlossenen Grundstückskauf geisteskrank wird und die Eintragung in so einem Zustand vornimmt. Hier handelt es sich um einen Willensmangel, dieser könnte aber nur auf der Rechtsgeschäftsebene berücksichtigt werden. Wenn es aber außer dem Kaufvertrag keine anderen rechtsgeschäftlichen Ebenen gibt, müsste die Eintragung wirksam bleiben, was aber unrichtig ist.

Im den Zusammenhang mit der Gestaltungsfreiheit gehört auch das Thema des Veräußerungsverbotes, weil es nur mit dem Trennungsprinzip möglich ist, diesem Verbot die dingliche Wirkungen zu versagen, aber schuldrechtlich es (*inter partes*) dennoch zur Geltung zu bringen.⁵ Die französische Konstruktion des Veräußerungsverbots ist minder überzeugend.⁶

4. Übereignung durch den Vertreter und Vertrag zu Gunsten Dritter

Ein Fall der Gestaltungsfreiheit mittels Trennungsprinzip ist auch die Übereignung mittels Vertreter auf der Veräußerer- oder Erwerberseite. Dass die tatsächliche Übergabe an eine Person, nämlich an den Vertreter, als die Übergabe an einen Anderen – an den Vertretenen – gelten soll, erfordert eine Willensübereinstimmung über diese Tatsache. Ein reiner Realakt der Besitzverschaffung kann das nicht zum Ausdruck bringen.⁷ Das gleiche gilt für die Übereignung mittels Geheißperson in allen ihren Variationen,⁸ die ohne den dinglichen Vertrag nicht zu konstruieren ist.

Auch der Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 349 ff. ZGB) wird ohne Trennungsprinzip zu einem sonderlichen Konstrukt. Wenn es kein dingliches Geschäft gibt, erwirbt der Dritte das Eigentum vom Versprechenden ohne seine rechtsgeschäftliche Mitwirkung,⁹ nur aufgrund des Realaktes, was auf eine unzulässige Verfügung zu Gunsten Dritten hinausläuft. Gleiche Probleme entstehen bei Vermächtnissen und vielen anderen Fällen.

VI. Diktat des Realaktes

Zusammenfassend könnte man das georgische Eigentumsübertragungssystem mit seinen oben beschriebenen Aporien als „Diktat des Realaktes“ bezeichnen. D. h. es ist eben der Realakt der Übergabe, der zumindest in einigen Fällen über den Eigentumsübergang entscheidet. Was ist aber damit gemeint? Wenn man nochmals einen kurzen Blick auf das französische Eigentumsübertragungsmodell wirft ist es natürlich eindeutig, dass hier die einzige dingliche Rechtsverhältnisse gestaltende Kraft eben dem Willen, in Gestalt des Verpflichtungswillens zukommt. Und das ist viel überzeugender und viel konsequenter, nämlich das eigenständige Wesen des dinglichen Rechtes gänzlich zu negieren und zu sagen, dass kein selbständiger, von rechtsgeschäftlichen Willen getragener Schöpfungsakt braucht, als diese Schöpfungsfunktion dem Realakt zuzuweisen. Weil dann beansprucht dieser Realakt tatsächlich diese schöpfende Funktion. Wie gut der Realakt das meistern kann, haben wir schon gesehen: anhand vom Eigentumserwerb von Minderjährigen, der unter Wertungsgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen ist, und anhand des „Autokaufs auf Georgisch“, bei dem man nicht mehr weiß, ob er eine Stück- oder Gattungssache gekauft hat.

⁵ Jörg Maurer, Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen, Frankfurt a. M. 2003, 54; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 251 f.

⁶ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 252 ff.

⁷ Das ist eine Art von Fiktion die mittels rechtsgeschäftlichen Einigung geschöpft wird. Aber der Realakt könnte die Fiktion nicht zum Ausdruck bringen. Diese Einigung könnte auch kein Teil des schuldrechtlichen Vertrages sein, weil das ist die Einigung über sachenrechtlichen Verfügungsmodus, die nichts schuldrechtliches in sich hat, vgl. dazu Jan Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin-New York 2010, Rn. 896 ff.

⁸ Generell zum Geheißerwerb Oechsler in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 2; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., München 2007, Rn. 563, Wilhelm, Sachenrecht, oben Fn. 44, Rn. 893.

⁹ Gottwald, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 33; BGH NJW 1995, 520; Grüneberg, in Palandt BGB Komm., 77. Aufl. 2017, § 333 Rn. 1.

Der Realakt ist generell nicht geeignet, strikte sachenrechtliche Zuordnungsverhältnisse zu schaffen,¹⁰ auch nicht in Verbindung mit der obligatorischen Willenskomponente, was sich anhand der drei folgenden Fällen bestätigt. Es geht bei diesen Fällen nicht darum, ob das Eigentum übergehen soll oder nicht und ob das unter Wertungsgesichtspunkten angreifbar ist oder nicht, sondern ob überhaupt feststellbar ist, wo das Eigentum gelandet ist:

1. Der Käufer und der Verkäufer schließen einen Kaufvertrag. Danach übergibt der Verkäufer dem Käufer die versprochene Sache, fügt aber ausdrücklich hinzu, dass er damit die Sache noch nicht übereignen will. Was ist hier eigentlich passiert? Einerseits ist es ziemlich klar, dass hier das Eigentum nicht übergehen darf, aber andererseits stellt sich die Frage warum. Der gesetzliche Tatbestand der Eigentumsüberübertragung ist hier eindeutig erfüllt – der Kaufvertrag ist geschlossen worden und die Sache ist übergeben. Man könnte einwenden, dass der Verkäufer hier nicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit übergeben hat. Das lässt sich aber so einfach nicht feststellen. Für die Bestimmung der Erfüllung werden drei alternative Theorien angeboten: das ist die Theorie der realen Leistungsbewirkung;¹¹ die Theorie der finalen Leistungsbewirkung¹² und die Vertragstheorie.¹³ Die herrschende davon ist die erstere, die Theorie der realen Leistungsbewirkung, wonach für die Erfüllung die tatsächliche Herbeiführung des Leistungserfolgs genügt,¹⁴ d. h. beim Kaufvertrag: Übergabe und Übereignung, beim Dienstvertrag: Verrichtung der Tätigkeit usw. Die Theorie der realen Leistungsbewirkung baut auf dem sachenrechtlichen Vorgang, nämlich darauf auf, dass bewirkt wurde, was versprochen war, d. h. wenn die Eigentumsübertragung versprochen war und tatsächlich übertragen worden ist, dann handelt es sich auch um eine Erfüllung und nicht umgekehrt. Die umgekehrte Reihenfolge zugrunde zu legen ist widersinnig, es leuchtet nicht ein zu behaupten, „dass, wenn die Eigentumsübertragung versprochen wurde und es erfüllt worden ist, auch übertragen worden ist“. Aber den genannten Fall mit dieser Theorie zu lösen bedeutet eben dies: ausgehend von Erfüllungstatbestand den sachenrechtlichen Vorgang zu definieren und zu sagen, dass das Eigentum hier deshalb nicht übergegangen ist, da hier keine Erfüllung vorliegt. Das überzeugt nicht. Deswegen soll man die herrschende und die praktische Fälle am besten lösende Theorie der realen Leistungsbewirkung für das georgische Recht über den Haufen werfen, weil sie hier einfach nicht passt, hier nicht erklärt, warum das Eigentum nicht übergegangen ist. Vielleicht könnte man aber hier die Klarheit darüber, was passiert ist, mittels einer anderen Theorie herstellen, nämlich durch die Theorie der finalen Leistungsbewirkung, die die Erfüllung nicht mehr als einen Realakt definiert. Nach dieser Theorie ist neben der reinen Leistungserbringung bzw. dem Akt an sich eine Leistungszweckbestimmung durch den Leistenden erforderlich, bei der der Schuldner Leistung auf eine bestimmte Schuld bezieht. Aber auch das geht methodisch fehlerhaft, weil diese Theorie nicht dafür geschaffen worden ist, um für diesen einfachen Fall Lösung zu bieten und generell die sachenrechtliche Verhältnisse zu klären, d. h. diejenige Funktion zu erfüllen, die die sachenrechtlichen Grundsätze und Instituten haben. Diese Theorie ist da, um Fälle mehrerer gleichartigen Leistungen zu klären (Art. 387 I 1 ZGB)¹⁵ usw., aber nicht die Frage ob das Eigentum überhaupt übergegangen ist. Aber immerhin ist diese zweite Theorie zumindest imstande, hier die Lage bezüglich des Eigentumsübergangs eindeutig zu machen – der Käufer hat kein Eigentum erworben, da der Verkäufer gar nicht mit der Tilgungsbestimmung geleistet hat.

2. Aber auch diese Theorie gar nicht mehr weiter – und dabei merkt man den oben angesprochenen methodischen Fehler – wenn der Verkäufer mit Tilgungsbestimmung die Sache übergibt, aber der Käufer, der sie entgegennimmt, meint, dass er zwar Besitz, aber momentan noch kein Eigentum erwerben möchte. In seinem solchen Fall würde doch niemand behaupten, dass jemand entgegen seinen Willen das Eigentum erwerben kann. Deswegen verfehlt hier diese zweite Erfüllungstheorie ihren Zweck – Tilgungsbestimmung ist eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die unabhängig von der Zustimmung des Gegners Wirkungen erzeugt. Aber warum dann dennoch hier kein Eigentum übergehen soll, obwohl alle gesetzlich festgelegte

¹⁰ *Hans Josef Wieling*, Sachenrecht, Band 1, 2. Aufl., Heidelberg 2006, § 1 III 1 b (29).

¹¹ BGH NJW 1991, 1295; BGH NJW 1992, 2699; BGH, NJW-RR 2008, 109.

¹² *Heinrichs*, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014 § 362 Rn. 5; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 700; *Dennhardt*, in Bamberger/RothKommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21; *Wenzel*, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2007, § 362 Rn. 14; *Schwab*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 812 Rn. 49.

¹³ *Larenz*, Schuldrecht AT, oben Fn. 8, § 18 I 1.

¹⁴ BGH NJW 1991, 1295.

¹⁵ *Dennhardt*, in Bamberger/RothKommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21.

Voraussetzungen (Kausalgeschäft und Besitzübergabe zum Zweck der Erfüllung) vorliegen, ist unklar. Aber zum Schluss könnte man die letzte und in Deutschland längst überwundene¹⁶ dritte Erfüllungstheorie, nämlich die Vertragstheorie, ins Spiel bringen, wonach die Erfüllung auf die rechtsgeschäftliche Einigung von Parteien beruht, dass die Leistung die Erfüllung bewirken soll. Die Erfüllung ist dann ein Vertrag. Aber eigentlich kann man für das georgische Recht die Prüfung dieser Theorie gleich verwerfen. Nach dieser Konstruktion ist die Erfüllung eine Vereinbarung, dass mit dem Bewirken der Leistung der darauf gerichteter Anspruch aufgehoben werden soll,¹⁷ und somit eine Verfügung über den Anspruch, die zwar kein dingliches Geschäft darstellt, aber immerhin von dem Obligatorischen zu trennendes Verfügungsgeschäft für deren Konstruieren man das Trennungsprinzip braucht. Aber lassen wir diesen dogmatischen Einwand beiseite und versuchen zumindest mit Hilfe dieser Vertragstheorie den vorliegenden einfachen Fall – wenn der Käufer darauf verzichtet mit der Inbesitznahme der Sache Eigentum darauf zu erwerben – irgendwie vertretbar zu klären. Diesmal gelingt das wirklich. Der Käufer erwirbt kein Eigentum, da er sich mit dem Verkäufer nicht über die Erfüllung geeinigt hat.

3. Aber die Vertragstheorie hilft nicht weiter, wenn man den am Anfang angeführten Fall von Julian umgestaltet und aus dem versteckten Dissens den Offenen macht. Z. B.: A und B haben einen Kaufvertrag über die gattungsgemäß bestimmte Sache geschlossen und gleichzeitig einen Mietvertrag über die gleiche Gattungssache. Beides soll B am folgenden Tag liefern. Am nächsten Tag erscheint der Schuldner und übergibt nur eine Sache ohne ein einziges Wort darüber zu verlieren. Der Gläubiger nimmt sie genauso wortlos entgegen. Was wurde hier erfüllt, der Miet- oder Kaufvertrag und vor allem wer ist der Eigentümer dieser Sache? Wenn die Sache gleich nach der Übergabe durch den Blitz getroffen wird der Schuldner natürlich versuchen zu behaupten, dass die Sache eben für die Erfüllung des Kaufvertrages übergeben wurde und die Gegenseite schon die Gefahr trägt, der Gläubiger wird eben auf das Gegenteil bestehen. Die erfüllungsrechtliche Vertragstheorie vermag hier keine eindeutige Lösung zu liefern.

In diesem Falle könnte man wohl nicht sagen, dass die Parteien sich nicht über die Erfüllung geeinigt haben – eben das Umgekehrte ist der Fall: sie haben sich über die Erfüllung des Vertrages geeinigt, aber Erfüllung von welchem Vertrag? Dazu ist der reine Erfüllungsvertrag nicht mehr aussagekräftig. Wenn es um mehrere gleichartige Leistungen geht, dann schafft es eine Zuordnung zu dem entsprechenden Vertrag, aber nicht die Identifizierung dessen was geleistet wurde – nur Besitz oder auch das Eigentum. Man könnte den Eigentumsübergang wohl nicht mit folgendem Argument begründen: „Eigentum ist übergegangen, da kein Mietvertrag erfüllt wurde“, oder umgekehrt. Tatsächlich ist es die Leistungsinhalt dasjenige worauf sich der Erfüllungsbegriff aufbaut, deswegen soll er zunächst festgestellt werden. Aber dieser Leistungsinhalt kann nur durch den dinglichen Rechtsakt bestimmt werden, weshalb dieses dingliche Geschäft auch als Minimalkonsens¹⁸ bezeichnet wird. Wenn man nicht weiß was geleistet wurde, ob nur der Besitz oder auch das Eigentum, darf man doch gar nicht von der Erfüllung sprechen. Nur ausgehend von dieses Minimalkonsenses wäre hier die Argumentationsführung folgerichtig: Der Kaufvertrag wurde nicht erfüllt, da kein Eigentum übertragen worden ist, und Eigentum wurde deswegen nicht übertragen, weil dafür das dingliche Geschäft notwendig ist, das hier offensichtlich nicht geschlossen worden ist. Die erfüllungsrechtliche Perspektive ist ungeeignet für die Feststellung dessen ob Eigentum übergegangen ist oder nicht, weil eben der umgekehrte Zusammenhang zwischen diesen zwei Vorgängen besteht, zunächst sollen die dingliche Geschehnisse exakt festgestellt werden, damit überhaupt von einer Erfüllungswirkung gesprochen werden kann.

VII. Zusammenfassung

Zusammenfassend gilt folgendes: Der zwischen obligatorischen Vertrag und Eigentumsübergang dazwischengeschobener Realakt kann dazu beitragen, dass weder rein schuldrechtliche noch die sachenrechtliche Lösungen funktionieren. Damit ist gemeint, dass die drei oben aufgezählten Fälle in Frankreich überhaupt

¹⁶ Larenz, Schuldrecht AT, oben Fn. 8, § 18 I 1.

¹⁷ Larenz, Schuldrecht AT, oben Fn. 8, § 18 I 1.

¹⁸ Oechsler in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 24; Fritz Baur/F. Baur, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 5 IV; Hans Christoph Grigoleit, Abstraktion und Willensmängel - Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, AcP 199 (1999), 380.

nicht problematisch wären.¹⁹ In Deutschland wären sie mit Hilfe des dinglichen Vertrages noch einfacher zu lösen. Aber mit dieser georgischen Kombination von Einheits- und Traditionsprinzip ist keiner von diesen Fällen befriedigend zu bewältigen. Deswegen hat *Witz*²⁰ insoweit Recht, wenn er meint, dass Traditionsprinzip ohne Trennungsprinzip nicht sinnvoll ist.²¹ Man konnte darüber hinaus noch sagen, dass es sogar schädlich ist.

Aber dieser Befund, dass das Traditionsprinzip ohne Trennungsprinzip die Eigentumsverhältnisse nicht befriedigend regeln kann, ist einem gewichtigen Einwand ausgesetzt. Es gab nämlich in der Geschichte ein hochentwickeltes Rechtssystem, das eben „dieses Model“ der Eigentumsübertragung benutzt hat und es gibt noch einige moderne Rechtsordnungen, die das noch machen. Dieses System ist nämlich das klassische römische Recht gewesen.

1. traditio im Römischen Recht

Das klassische römische Recht kannte keinen dinglichen Vertrag; *traditio* selbst war nur der Akt der tatsächlichen Besitzhingabe, dem erst die zugrundeliegende *causa* die Bedeutung der Übereignung verliehen hat.²² *Causa* ist im Römischen Recht ein typischer, von der Rechtsordnung als Eigentumserwerbsgrund anerkannter rechtsgeschäftlicher Tatbestand und ist nicht mit dem modernen schuldrechtlichen Kausalgeschäft gleichzusetzen.²³ Bei *donatio* und *dotis datio*, d. h. bei reinen Bargeschäften, besteht sie in der Einigung über den Rechtszweck der Übereignung (*causa donationis*, *causa dotis*) zur Zeit der tatsächlichen Hingabe. Beim Kauf bestand *causa* im Kaufvertrag selbst.²⁴ Dagegen liegt *causa* nicht in dem schuld begründenden Rechtsgeschäft (*Stipulation*, *Damnationslegat*) bei der Erfüllung von Stipulations- und Vermächtnisschulden, sondern in der Einigung über die schuld befreiende Wirkung, die die Leistung in sich trägt (*causa solvendi*).²⁵

Abgesehen von den einfachen Sachverhalten (reine Bargeschäfte), ist das römische System rechtlich anerkannter Erwerbsgründe durch den Gegensatz zwischen dem kaufweisen Erwerb und dem Erwerb auf Grund von Stipulation und Vermächtnis geprägt.²⁶ Für die Ersteren ist der gesamte Grundtatbestand – diese ist darum kausal – für den Letzteren mit der *traditio* verbundene Erfüllungsabrede maßgebend, deswegen ist sie genauso abstrakt wie die moderne Übereignung nach § 929 S. 1 BGB. Grund dafür liegt in den Überresten des archaischen Kaufvertrages als eines einheitlichen Bargeschäfts, die nicht zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft unterschied und von denen der Kaufvertrag des klassischen Rechts sich noch nicht völlig befreit hat.²⁷ *solutio* als *causa* des Eigentumserwerbs entspringt dagegen aus der Eigenart des altrömischen Haftungsrechts. Die altzivilen Formalgeschäfte begründeten einen Zustand des Gebundenseins für den Schuldner. Dieser Zustand des Gebundenseins konnte nur durch *solutio*, ein besonderes Lösungsgeschäft, aufgehoben werden. Deswegen hat der *solutio* im Vergleich mit dem Verpflichtungsgeschäft ein hohes Maß von Selbständigkeit und das ist der Grund dafür, warum sie und nicht das Verpflichtungsgeschäft für den Eigentumserwerb maßgebend ist.²⁸

¹⁹ Nach französischen rein schuldrechtlichen Lösung wäre das Eigentum gleich mit dem Abschluss des Kaufvertrages übergegangen, bzw. im letzten Fall – mit der Aussonderung der gekauften Sache. Dies wäre zwar für den Käufer unerkennbar, aber trotzdem die Lösung des Falles wäre dogmatisch ziemlich eindeutig.

²⁰ *Witz*, FS Jahr, oben Fn. 8, 533.

²¹ Aber darüber hinausgehende Gleichsetzung dieser zweier Prinzipien ist nicht mehr ganz berechtigt, vgl. dazu *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 18, 285.

²² Vgl. vor allem *Paul Jörs*, *Wolfgang Kunkel*, *Leopold Wenger*, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1949, 127; *Max Kaser*, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl., München 1971, 417 ff.

²³ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 60, 127.

²⁴ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 60, 127.

²⁵ Paul. D. 6.2.4; Hermog. D. 41.3.46; *Heinrich Lange*, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, 44 ff.

²⁶ Vgl. etwa Paul. D. 41, 4, 2 pr. und 41,3,48; *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 60, 128.

²⁷ *Ernst Rabel*, Grundzüge des Römischen Privatrechts, München-Leipzig-Berlin 1915, 440; *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Recht, oben Fn. 60, 128.

²⁸ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 60, 128, dieses System der *causae traditionis* wird noch schwieriger mit allen diesen Ausnahmeregelungen, die die römische Juristen für die einzelne Fälle bereit gehabt haben.

Dieses römischrechtliche Model ist eine ziemlich raffinierte Lösung, die auf die präzise Mischung der Elementen des Realaktes mit der erfüllungsrechtlichen Lösung beruht je nach dem Typ des Kausalvertrages. Diesen römischen Weg schlagen auch die Spanier ein, indem sie die Handschenkung als reines Verfügungsgeschäft einstufen.²⁹ Auch *Savigny* hat die Grundlagen für das Trennungsprinzips aufgrund der Handschenkung entwickelt.³⁰ Deshalb soll man als Ausbruch des kollektiven Unbewussten bzw. wie es *Theo Mayer-Maly*³¹ plastisch bezeichnet, „Wiederkehr von Rechtsfiguren“ bewerten, wenn das georgische OGHohne *Savigny* und ohne Spanier den Schenkungsvertrag als dingliches Geschäft definiert. Weil die georgischen Richter vollkommen zu Recht meinen, dass, wenn es beim Kaufvertrag den Verfügungsgeschäft nicht gibt und das Kausalgeschäft die Verfügung als unselbständiges Element aufnimmt, dann bei der Schenkung das Umgekehrte der Fall ist. Hier wird das Kausalgeschäft um die Verfügung formiert und dann soll dieser Letzte das Verpflichtungselement als untergeordnetes „Etwas“ in sich aufnehmen.³² Dann könnte man die Schenkung nicht mehr in eine Reihe zusammen mit dem Kaufvertrag stellen. Aber das ist dann ein endgültiger Abkehr vom deutschen Rechtssystem, abgesehen davon, dass die Schenkung im georgischen Recht, nach der Gesetzessystematik und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, ein ganz normales Verpflichtungsgeschäft darstellt mit obligatorischen Pflichtenprogramm usw. Im Übrigen passt dieses römische Model in die Systematik des ZGB nicht hinein, es ist einfach zu schwierig durchzudenken und zu umständlich für eine Rezeption im georgischen Recht. Selbst das nachklassische römische Recht tendierte dazu, *traditio* als abstrakte Einigung aufzufassen,³³ eben deswegen hat *Savigny* es vereinfacht in Form des dinglichen Vertrages rezipiert.³⁴ Eine so komplizierte Lösung wie die Römischrechtliche passt in den Rahmen des modernen einfachdogmatischen Denkens nicht.

2. Endergebnis

Die Idee eines eigenständigen Sachenrechtes und des Konzeptes des dinglichen Rechtes ist ohne Trennungsprinzip nicht aufrechtzuerhalten, und gerade dem Trennungsprinzip kommt dabei die entscheidende Bedeutung zu und nicht dem Abstraktionsprinzip, weil eben nur das Trennungsprinzip entscheidet, ob das dingliche Recht eine eigenständige Gestalt haben kann. Das Abstraktionsprinzip regelt nur die Folgen davon. Das deutsche Recht kennt die Fälle von kausalen Verfügungen. Etwa die Aufrechnung (§ 389 BGB),³⁵ wo vorausgesetzt wird, dass Haupt- und Gegenforderung existieren. Abstraktionsprinzip wird auch in Urheber und Patentrecht durchgebrochen.³⁶ Aber einen Fall der Durchbrechung des Trennungsprinzips, d. h. Negierung des Verfügungsgeschäfts konnte es nicht geben, weil es eben die Hauptsäule des eigenständigen Sachenrechtes darstellt.³⁷ Einzige schöpfende und gestaltende Kraft im privaten Güterverkehr ist dem rechtsgeschäftlichen Willen vorbehalten. Wenn man aber diesen Willen nur auf schuldrechtlichen Ebene anerkennt, dann degradiert das Sachenrecht nur zum unselbständigen Annex des Schuldrechtes und das dingliche Recht wird nur zum unselbständigen Form der Existenz des obligatorischen Rechts.

Das subjektive Recht wird als die Macht definiert, den Willen durchzusetzen (Willenstheorie).³⁸ Dieser Wille ist beschränkt allein durch gesetzliche Verbote, sonst kann aber der Einzelne beliebige Rechtswirkungen erzeugen. Wenn der Einzelne nach seinem Belieben ein persönliches Recht oder ein dingliches Recht ausüben

²⁹ *Michael Rainer*, Europäisches Privatrecht, Die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2007, 339.

³⁰ *Savigny*, Obligationenrecht, II, oben Fn. 4, 257; *Felgentraeger*, Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, oben Fn. 4, 33 f.; *Haag Molkenteller*, zDie These vom dinglichen Vertrag, oben Fn. 5, 86 f.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 121.

³¹ *Theo Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1 ff.

³² Das Trennungsprinzip setzt nicht voraus, dass die Trennung zweier Rechtsgeschäfte auch äußerlich erkennbar ist (*Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 115). Wenn man sich aber der äußeren Erscheinung des Vertrages zu sehr vertraut, dann ist die Schenkung nur reines Verfügungsgeschäft.

³³ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 60, 129.

³⁴ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 60, 29 mit weiteren Nachweisen.

³⁵ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 16 mit weiteren Nachweisen.

³⁶ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 113.

³⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechtes, III, oben Fn. 4, 312 ff.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 120.

³⁸ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 120.

kann, muss es ein unterschiedlicher Wille sein, der ein persönliches oder dingliches Recht zum Entstehen bringt. Deswegen war es nur folgerichtig, wenn *Savigny* die Arten der subjektiven Rechte dazu verwandte, ein Sachen- und Schuldrecht aufzuspalten, basiert auf Unterscheidung zwischen dinglichem und persönlichem Recht.³⁹

Die Franzosen negieren ganz absichtlich diesen eigenständigen Wert des Sachenrechtes und bauen vollkommen bewusst das System um den schuldrechtlichen *Causa*. Das ist eine alternative Vision des Rechtes, die man gefällig finden kann oder auch nicht. Aus deutscher Sicht eher nicht. Aber was eindeutig nicht gefällig ist, ist die Mischung dieser zweier Systemen, bzw. das Schwanken zwischen deutschen und französischen Lösungen ist das, was das georgische Recht definiert – eine Menge von nicht durchgedachten Grundsätzen und Wirrwarr von ungelösten Fällen.

³⁹ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 5, 121; *Molkenteller*, Die These vom dinglichen Vertrag, oben Fn. 4, 106 f.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 3, 49.

Georgian Text Editor
Ketevan Qurdovanidze

გამომცემლობის რედაქტორი
ქეთევან ქურდოვანიძე

Typesetting
Lela Tsiklauri

კომპიუტერული უზრუნველყოფა
ლელა წიკლაური

Cover Designer
Mariam Ebralidze

გარეკანის დიზაინი
მარიამ ებრალიძე



0179, თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 14
14, Ilia Tchavtchavadze Ave., Tbilisi 0179
Tel: +995 (32) 2250484, # 6284; #6278
www.press.tsu.ge

